

**Prof. Dr. Bertram Michel**  
**- FHW Berlin -**

# **ARBEITSRECHT**

**und seine kollektivrechtlichen Bestimmungsfaktoren**

Pflichtveranstaltung im Schwerpunkt „Personal und Organisation“  
Vorlesungsbegleitendes Skript Sommersemester 2005

Berlin, März 2005

Wortbruch: noch eine „Last Edition“, verbessert und aktualisiert.

Unveröffentlichtes Manuskript / Nicht zitieren!

Ein Mensch, der mit genauem Glücke,  
Geschlüpft durch des Gesetzes Lücke,  
Bebt noch ein Weilchen angstbeklommen.  
Doch dann, als wäre er gekommen  
Durchs Haupttor der Gerechtigkeit,  
Stolziert er dreist und macht sich breit.  
Und keiner wacht so streng wie er,  
Dass niemand schlüpft durch Lücken mehr.

Eugen Roth

*“Nicht nur Recht haben, sondern auch Recht bekommen!”*

## **VORBEMERKUNGEN:**

### **I.**

<b>Die erfolgreiche Teilnahme an der LV setzt Grundkenntnisse in folgenden Teilgebieten voraus:</b>
---

1. Allgemeine Rechtsquellenlehre; Aufbau der Rechtsordnung
2. Gerichtsbarkeit in der BRD
3. Vertragsrecht
  - a) Zustandekommen von Verträgen
    - Vertragsfreiheit: Inhaltsfreiheit und Formfreiheit
    - Wirksamwerden von Willenserklärungen
  - b) Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Willenserklärungen / Verträgen
4. Grundzüge des Rechts der Pflichtverletzungen  
(die Institute Unmöglichkeit, positive Vertragsverletzung, Culpa in contrahendo); seit 1.1.2002 – Schuldrechtmodernisierungsgesetz - neu geregelt im BGB, §§ 275, 280, 323 ff u.a.m.).
5. Schadenshaftung
  - aus Vertrag
  - aus Delikt
6. Arbeitsrechtliche Grundkenntnisse
  - Rechtsquellen im Arbeitsrecht
  - Arbeitnehmerbegriff
  - Zustandekommen von Arbeitsverträgen (Fragerecht des Arbeitgebers, Mitwirkung des Betriebsrats)
  - Grundzüge des Kündigungsrechts

### **Empfehlung zum eigenständigen Nacharbeiten:**

- Brox - Rütters, Arbeitsrecht, 15. A., 2002
- Däubler, BGB kompakt, 2. A., 2003
- Dauner-Lieb u. a., Das Neue Schuldrecht. 2002 (C.F. Müller)
- Müssig, Wirtschaftsprivatrecht, 3. A., 2000 (R. v. Decker)
- Rauda / Zenthöfer, Das Neue Schuldrecht, 2001, (Richter)
- Wörlen, Schuldrecht, AT, 5. A., 2002 (Carl Heymanns)

<b>Ohne entsprechende Kenntnisse ist ein Bestehen der Klausur eher unwahrscheinlich!!!</b>
--

### **II.**

Dieses Skript ist konzipiert als Materialsammlung für die Gestaltung meiner Vorlesungen. Es versucht, durch Verbindung von schematisierenden Darstellungen, Fällen, Problemhinweisen und Rechtsprechungsauszügen in die Thematik des Arbeitsrechts einzuführen. Es versteht sich, wie gesagt, als „Materialsammlung“, als Anregung. Keinesfalls kann es die Beschäftigung mit der Materie anhand von Literatur, also durch Selbststudium ersetzen.

Hinweise auf einführende und weiterführende Literatur finden sich auf S. 14 f. des Skripts.

### III. Inhalt der LV - Inhaltsübersicht

Gegenstand der LV sind folgende Bereiche:

Teil I:	Das Arbeitsverhältnis: Rechtsquellen, Bestimmungsfaktoren
Teil II:	Das Arbeitsverhältnis: Zustandekommen und Inhalt
Teil III:	Das Arbeitsverhältnis: Beendigung
Teil IV:	Das Arbeitsverhältnis: Änderung
Teil V:	Die Durchsetzung arbeitsrechtlicher Ansprüche

Diese Inhalte werden in folgenden - vom Umfang her unterschiedlich angelegten – Lektionen dargestellt und erörtert. Der Anhang enthält u. a. (technische) Hinweise für die Lösung arbeitsrechtlicher Klausuren sowie die seit 1995 gegebenen Prüfungsfälle.

<b>TEIL I</b>	<b>Das Arbeitsverhältnis: Begriff; Rechtsquellen; kollektivrechtliche Bestimmungsfaktoren</b>	<b>18</b>
Lektion Nr. 1	Einleitung: Arbeitsverhältnis - Arbeitnehmerbegriff	19
Lektion Nr. 2	Rechtsquellen im Arbeitsrecht	33
Lektion Nr. 3	Tarifrecht	45
Lektion Nr. 4	Die Betriebsvereinbarung	75
Lektion Nr. 5	Zustandekommen von Kollektivverträgen außerhalb von Verhandlungen	87
<b>TEIL II</b>	<b>Begründung und Inhalt des Arbeitsverhältnisses</b>	<b>103</b>
Lektion Nr. 6	Begründung des Arbeitsverhältnisses	104
Lektion Nr. 7	Inhalt des Arbeitsverhältnisses: Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien	122
Lektion Nr. 8	Schlechtleistung des Arbeitnehmers: Haftung	150
Lektion Nr. 9	Nichtleistung des Arbeitnehmers: Lohn ohne Leistung ?	155
Lektion Nr. 10	Telearbeit	177
Lektion Nr. 11	Arbeitsunfallschutz	178
Lektion Nr. 12	Betriebsübergang	181
<b>TEIL III</b>	<b>Beendigung des Arbeitsverhältnisses</b>	<b>184</b>
Lektion Nr. 13	Einführung in das Kündigungsrecht: System und zusammenfassende Kurzdarstellung	185
Lektion Nr. 14	Allgemeine Fragestellungen	195
	I. Kündigung als einseitiges Rechtsgeschäft	195
	II. Anhörung des Betriebsrates	200
	III. Ordentliche Kündigung mit Kündigungsschutz (Überblick)	217
	IV. Ordentliche Kündigung ohne Kündigungsschutz	221

Lektion Nr. 15	Die stichhaltigen Gründe – Betriebsbedingte Gründe	224
Lektion Nr. 16	Die stichhaltigen Gründe – Personenbedingte Gründe	237
Lektion Nr. 17	Die stichhaltigen Gründe – Verhaltensbedingte Gründe	251
Lektion Nr. 18	Sonderprobleme: Auflösurteil – Abfindung nach § 1a KSchG - Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers	263
Lektion Nr. 19	Die außerordentliche Kündigung	268
Lektion Nr. 20	Sonderkündigungsschutz	288
Lektion Nr. 21	Massenentlassungen	292
Lektion Nr. 22	Beendigung des Arbeitsverhältnisses: Folgeansprüche / Verjährung	293
Lektion Nr. 23	Unkündbarkeit und Wiedereinstellungsanspruch	303
Lektion Nr. 24	Verschiedenes: 1. Ein paar „große“ Fälle 2. Statistisches Material zur Kündigungsproblematik 3. Geschichtliche Dokumente zum Kündigungsschutz	306 309 310
Lektion Nr. 25	Andere Beendigungsarten A. Fristablauf (Befristete Arbeitsverträge) B. Aufhebungsvertrag	318 320
<b>TEIL IV</b>	<b>Änderung der Arbeitsbedingungen</b>	
Lektion Nr. 26	Vertragsänderung und Änderungskündigung	324
<b>TEIL V</b>	<b>Durchsetzung arbeitsrechtlicher Ansprüche</b>	
Lektion Nr. 27	Arbeitsgerichtsbarkeit, Verfahren und Statistik	327
<b>ANHANG</b>	<b>Hinweise</b>	
1. Kap.	Bearbeitungshinweise für die Lösung von Kündigungsfällen	332
2. Kap.	Zum Üben – aus früheren Klausuren	337
<b>INDEX</b>		357

## IV. DETAILLIERTES INHALTSVERZEICHNIS

### **1. Lektion:** Einleitung: Arbeitsverhältnis - Arbeitnehmerbegriff

1. Gegenstand des Arbeitsrechts; Arbeitnehmerbegriff
2. Ort des Arbeitsrechts
3. Wirkungsweise der arbeitsrechtlichen Normen
4. Funktion und Funktionieren der Grundrechte im Arbeitsrecht
5. Beteiligte im Arbeitsrecht
6. Eigentumssituation hinsichtlich der vom AN produzierten Gegenstände

### **2. Lektion:** Rechtsquellen im Arbeitsrecht

1. Teil: Systematik
  - A. Supranationales und Internationales Recht
    - I. Zwischenstaatliches Recht
    - II. Internationales Privatrecht (Kollisionsrecht)
  - B. Nationales Recht
    - I. Verfassungsrecht
    - II. Gesetze
    - III. Tarifverträge
    - IV. Betriebsvereinbarungen
    - V. Arbeitsvertrag
    - VI. Rechtssprechung als Rechtsquelle ?
    - VII. Die Normenpyramide
    - VIII. Zum Üben
  - C. Europäisches Arbeitsrecht
    - I. Rechtsgrundlagen
    - II. Die Rechtsprechung des EuGH
2. Teil: Fälle

### **3. Lektion:** Tarifrecht

1. Teil: Grundlegung
  - A. Vorbemerkungen
  - B. Systematische Darstellung
    - I. Zustandekommen von Tarifverträgen
    - II. Arten von Tarifverträgen
    - III. Der normative Inhalt von Tarifverträgen
    - IV. Zu einzelnen Punkten des normativen Teils
    - V. Der obligatorische Teil des Tarifvertrages
    - VI. Beendigung von Tarifverträgen
    - VII Auslegung von Tarifverträgen
    - VIII. Gerichtliche Kontrolle von Tarifverträgen
    - IX. Schwieriger Rechtsschutz
    - X. Schemata

- 2. Teil: Fälle
- 3. Teil: Probleme
  - 1. Außerordentliche Kündigung eines Tarifvertrages ?
  - 2. Verbandsaustritt und Nachwirkung von Tarifverträgen
  - 3. Flächendeckende Tarifverträge
  - 4. Neudefinition des Günstigkeitsprinzips ?
  - 5. Anrechnung der Tariflohnerhöhung auf übertarifliche Gehaltsbestandteile ?
  - 6. Tarifvertrag und Kirche
  - 7. Tarifvertrag ohne Kündigungsfrist
  - 8. Rückwirkende Tarifverträge ?
  - 9. Nachwirkung eines Tarifvertrages
- 4. Teil: Ergänzende Ausführungen
  - 1. Inhalt von Tarifverträgen
  - 2. Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifvertrages
- 5. Teil: Historische Texte
  - 1. Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund vom 21.6.1869
  - 2. Gesetz betr. Die Aufhebung des § 153 GewO, vom 22.5.1918
  - 3. Zentralgemeinschafts-Vereinbarung zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden vom 15.11.1918

#### **4. Lektion: Die Betriebsvereinbarung**

- A. Analyse der Betriebsvereinbarung
- B. Regelungsabrede
- C. Betriebsvereinbarung und Tarifvertrag
- D. Fälle

#### **5. Lektion: Zustandekommen von Kollektivverträgen außerhalb von Verhandlungen**

- A. Erzwingung von Tarifverträgen
  - I. Arbeitskampf
    - 1. Begrifflichkeit
    - 2. Überlegungen
    - 3. Arbeitskampfrecht
      - a) Richterrecht
      - b) Die Großen Etappen der Rechtsprechung
      - c) die Arten des Arbeitskampfes
      - d) Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen
      - e) Rechtsfolgen von Streiks
      - f) Speziell zur Aussperrung
      - g) Rechtsfolgen von rechtswidrigen Arbeitskampfmaßnahmen
  - II. Schlichtung
- B. Erzwingung von Betriebsvereinbarungen: Einigungsstelle

## **6. Lektion:** Begründung des Arbeitsverhältnisses

A. Fälle

B. Rechtliche Grundlegung

- I. Der Arbeitsvertrag als „normaler“ bürgerlich-rechtlicher Vertrag
- II. Der Arbeitsvertrag als „Schutzinstitut“ im Gefüge des Arbeitsrechts
- III. Das fehlerhafte Arbeitsvertrag
- IV. Exkurs 1: Zur Formfreiheit
- V. Exkurs 2: Zur Beteiligung des Betriebsrats bei Einstellungen
- VI. Exkurs 3: Die Bewerbung – neuartige Probleme (Internet)
- VII. Exkurs 4: Die fehlgeschlagene Bewerbung
- VIII. Exkurs 5: Anwendung der Grundsätze von c.i.c. auch im Arbeitsrecht

## **7. Lektion:** Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien

A. Hinführung: Ein paar Situationen zur Verdeutlichung der Problematik

B. Fälle

C. Die rechtliche Ausprägung

- I. Die rechtliche Grundsituation
- II. Ausprägung beim Arbeitgeber
- III. Ausprägung beim Arbeitnehmer
- IV. Einzelheiten zur Hauptpflicht des Arbeitgebers
  1. Formen des Entgelts
  2. Fälligkeit des Entgeltanspruchs
  3. Entgeltschutz
  4. Entgeltüberzahlung
  5. Befreiung von der Entgeltzahlungspflicht
  6. Zurückbehaltungsrecht des AN
  7. Arbeitsvertrag und Allgemeine Geschäftsbedingungen
  8. Etwas Statistik
- V. Einzelheiten zur sog. Fürsorgepflicht des AG
- VI. Einzelheiten zur Hauptpflicht des Arbeitnehmers
  1. Art der Tätigkeit
  2. Qualität der Arbeitsleistung
  3. Ort der Arbeitsleistung
  4. Einige Schemata zur Vertiefung und Wiederholung
  5. Überprüfung des Direktionsrechts
  6. Arbeitszeit
- VII. Einzelheiten zur sog. Treuepflicht des AN
  1. Problem: Strafanzeige gegen den Arbeitgeber
  2. Problem: Außerdienstliche Verhaltenspflichten
  3. Problem: Nebentätigkeit



## **8. Lektion:** Schlechtleistung des Arbeitnehmers: Haftung

A. Fälle

B. Theorie

I. Die „normale“ Arbeitnehmerhaftung

1. Die Grundsätze des BAG

2. Kontrovers gebliebene Punkte nach Abschaffung des Kriteriums der „Gefahren-  
geneigtheit“

II. Der Spezialfall der sog. Mankohaftung

C. Rechtsprechungs- und Literaturhinweise

## **9. Lektion:** Nichtleistung des Arbeitnehmers: Lohn ohne Leistung ?

A. Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung

I. Fälle

II. System

B. Annahmeverzug des Arbeitgebers

I. Fälle

II. Theorie

1. Grundsätzliches

2. Einzelheiten

C. Persönliche Verhinderung

D. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

I. Fälle

II. Zahlen

III. Theorie

1. Anspruchsberechtigte

2. Voraussetzungen

3. Beginn und Dauer des Anspruchs

4. Höhe des Entgelts

5. Anzeige- und Nachweispflichten

6. Verzahnung mit der Sozialversicherung

IV. Rechtsprechung

V. Spezialliteratur

VI. Prüfungsschema

E. Urlaub

I. Fälle

II. Zahlen

III. Grundsätze

1. Urlaubsgewährung als Ausfluss der Fürsorgepflicht

2. Systematik des Urlaubsrechts

## **10. Lektion:** Telearbeit

## **11. Lektion:** Arbeitsunfallschutz

- A. Fälle
- B. Theorie
  - I. Privatrechtlicher Unfallschutz
  - II. Öffentlichrechtlicher Unfallschutz

## **12. Lektion:** Betriebsübergang

- A. Fälle
- B. Theorie
  - 1. Begriff
  - 2. Voraussetzungen des Betriebsübergangs
  - 3. Rechtsfolgen des Betriebsübergangs
  - 4. Probleme

## **13. Lektion:** Einführung in das Kündigungsrecht

- A. Vorbemerkungen
- B. System des Kündigungsrechts – Kurzdarstellung
  - I. Das System
  - II. Zusammenfassende Kurzdarstellung
    - Nr. 1: Was allen Kündigungen gemeinsam ist ...
    - Nr. 2: Die ordentliche Kündigung
      - 1- Gemeinsamkeit: Kündigungsfrist
      - 2 - Kündigung mit Kündigungsschutz
      - 3 - Kündigung ohne Kündigungsschutz
    - Nr. 3: Die außerordentliche Kündigung
    - Nr. 4: Die Bestandteile einer Kündigung - Schema
    - Nr. 5: Kündigungsrecht – ein Fristenrecht

## **14. Lektion:** Allgemeine Fragestellungen

1. Sektion: Kündigung als einseitiges Rechtsgeschäft
  - A. Fälle
  - B. Theorie
    1. Nochmals: Problem der Schriftform
    2. Kündigung unter auflösender Bedingung
    3. Weitere Probleme
2. Sektion: Anhörung des Betriebsrats
  - A. Fälle
  - B. System
    1. Vorrede
    2. Darstellung
    3. Schemata zur Anhörung des Betriebsrates
    4. Einige wichtige Entscheidungen in Leitsätzen
    5. Probleme
    6. Berechnung der Fristen nach § 102 Abs. 2 BetrVG
    7. Widerspruch des Betriebsrates
    8. Muster einer BR-Anhörung
3. Sektion: Ordentliche Kündigung bei (allgemeinem) Kündigungsschutz
  - A. Fälle
  - B. System
    - I – Inhalt des Kündigungsschutzes (Grundsätze)
    - II – Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des KSchG
    - III - Bedeutung der Beweislastumkehr nach § 1 Abs. 2 S. 4 KSchG
    - IV – Die Klagefrist
4. Sektion: Kündigung ohne Kündigungsschutz

## **15. Lektion:** Die stichhaltigen Gründe nach § 1 II 1 KSchG: Betriebsbedingte Gründe

- A. Fälle
- B. System
  1. Sektion: Schematische Darstellung
  2. Sektion: Theorie
  3. Sektion: Inkongruenz der Regelungen in § 1 II 2 1 und 2 KSchG
  4. Sektion: Insolvenz und Kündigung

## **16. Lektion:** Die stichhaltigen Gründe nach § 1 II 1 KSchG: Personenbedingte Gründe

- A. Fälle
- B. System
  1. Sektion: Zusammenfassende Kurzdarstellung
  2. Sektion: Der Fall der sog. krankheitsbedingten Kündigung
  3. Sektion: Etwas Rechtsprechung
  4. Sektion: Weitere Fälle von personenbedingten Gründen
  5. Sektion: Kuriosa

**17. Lektion:** Die stichhaltigen Gründe nach § 1 II 1 KSchG: Verhaltensbedingte Gründe

A. Fälle

B. System

1. Sektion: Grundlegung
  - 1 - Bisherige Rechtsprechung
  - 2 - Neuere Rechtsprechungstendenzen
2. Sektion: Speziell – Das Abmahnungsrecht
3. Sektion: Einzelne häufige (verhaltensbedingte) Kündigungsgründe
4. Sektion: Muster eines Abmahnungsschreibens
5. Sektion: Literaturhinweise

**18. Lektion:** Sonderprobleme: Auflösungsurteil – Abfindungsanspruch - Weiterbeschäftigung

1. Sektion: Auflösungsurteil

- A. Darstellung
- B. Versuch einer Schematisierung
- C. Ergänzende Hinweise zur Abfindung nach § 9 KSchG

2. Sektion: Der Abfindungsanspruch gem. § 1a KSchG

3. Sektion: Der Weiterbeschäftigungsanspruch

- A. Das System
- B. Literaturhinweise
- C. Rechtsprechung

**19. Lektion:** Die außerordentliche Kündigung

A. Fälle

B. Rechtsgeschichte

C. Theorie

- Nr. 1: Der sog. Wichtige Grund nach § 626 Abs. 1 BGB
- Nr. 2: Die Kündigungserklärungsfrist nach § 626 Abs. 2 BGB
- Nr. 3: Die fristlose Verdachtskündigung
- Nr. 4: Die sog. Druck-Kündigung
- Nr. 5: Außerordentliche Kündigung und soziale Folgen
- Nr. 6: Etwas zusätzliche Rechtsprechung
- Nr. 7: Umdeutung einer außerordentlichen in eine ordentliche Kündigung

**20. Lektion:** Sonderkündigungsschutz

A. Betriebliche Interessenvertreter: Bestandschutz nach §§ 103 BetrVG, 15 KSchG

B. Sonderkündigungsschutz für gewerkschaftliche Vertrauensleute ?

C. Weitere Fälle

**21. Lektion:** Massenentlassungen

**22. Lektion:** Beendigung des Arbeitsverhältnisses: Folgeansprüche

1. Freistellung von der Arbeitsleistung
2. Finanzielle Folgen
3. Zeugnis
4. Ausgleichsquittung
5. Ausschlussfristen, Verjährung, Verwirkung

**23. Lektion:** Unkündbarkeit und Wiedereinstellungsanspruch

1. Sektion: Unkündbarkeit
2. Sektion: Wiedereinstellungsanspruch
  1. Fall: Betriebsbedingte Kündigung
  2. Fall: Außerordentliche Verdachtskündigung
  3. Fall: Personenbedingt Kündigung (wegen Krankheit)

**24. Lektion:** Verschiedenes: Ein paar große „Fälle“ – Statistik – Geschichtliches

1. Sektion: Ein paar „große“ Fälle
2. Sektion: Statistisches Material zur Kündigungsproblematik
3. Geschichtliche Dokumente zum Kündigungsschutz
  - A. Die ersten Kündigungsschutzregelungen in Deutschland: BRG vom 4.2.1920 (Auszug)
  - B. Die Kündigungsschutzbestimmungen zur NS-Zeit: Auszug aus dem AOG von 1934
  - C. Urteil des LAG Essen vom 8.7.1936
  - D. Auszug aus dem Berliner KSchG vom 20.5.1950

**25. Lektion:** Andere Beendigungsarten

1. Sektion: Fristablauf
  - I. Zahlenmaterial
  - II. Problematik der Befristung
  - III. Darstellung
2. Sektion: Aufhebungsvertrag
  1. Fälle
  2. Grundlegung
  3. Rechtsprechung
  4. Aufhebungsvertrag und Sozialversicherung
  5. Aufhebungsvertrag und Steuerrecht

**26. Lektion:** Vertragsänderung und Änderungskündigung

- A. Fälle
- B. Theorie
- C. Literatur
- D. Rechtsprechung

**27. Lektion:** Arbeitsgerichtsbarkeit, Verfahren und Statistik

- A. Die verschiedenen Möglichkeiten

- B. Ablauf des Verfahrens vor dem Arbeitsgericht
- C. Das Bundesarbeitsgericht
- D. Zur Geschichte der Arbeitsgerichtsbarkeit
- E. Ein paar Ratschläge für die (private) Praxis: Klageerhebung

## V. Literatur

### 1. Kommentare, Handbücher

- Erfurter Kommentar (Hg.: Dieterich/ Hanau/ Schaub), 3. A. , 2003 (Beck), mit CD-ROM
- Küttner, Personalbuch 2001, 11. A., 2004 (Beck), mit CD-ROM
- Memento Personalrecht für die Praxis, 3. A., 2001 (Haufe – Francis Lefebvre)
- Schaub, Handbuch des Arbeitsrechts, 11. A., 2004 (Beck)
- Schaub, Arbeitsrecht von A bis Z, 17. A., 2004 (Beck)

### 2. Klassische Lehrbücher

- Brox, Hans / Rütters, Bernd, Arbeitsrecht, 16. A., 2004 (Kohlhammer)
- Däubler, Wolfgang, Das Arbeitsrecht, 2 Bände, 10. A., 1995 (Rowohlt)
- Däubler, Wolfgang, Arbeitsrecht, 5. A., 2004 (Bund Verlag)
- Däubler, Wolfgang; Internet und Arbeitsrecht, 3. A., 2004 (Bund-Verlag)
- Dütz, Arbeitsrecht, 8. A., 2003 (Vahlen)
- Gamillscheg, Franz, Arbeitsrecht I, Arbeitsvertrags- und Arbeitsschutzrecht, 8. A., 2000, (Beck)
- Gitter / Michalski, Arbeitsrecht, 5. A., 2001 (UTB)
- Halbach u.a., Übersicht über das Arbeitsrecht, 8. A. (Stand 1.1.2000), Hg. BM f. Arbeit, Tel:0180/ 5151 510)
- Hanau / Adomeit, Arbeitsrecht, 13. A., 2003 (Luchterhand, Neuwied)
- Hromadka / Maschmann, Arbeitsrecht, 2 Bände, 1999 und 2000
- Junker, Abbo, Grundkurs Arbeitsrecht, 2001, (Beck)
- Otto, Hansjörg, Einführung in das Arbeitsrecht, 2. A., 1997 (de Gruyter)
- Schmid / Trenk-Hinterberger, Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. A., 1994 [leider veraltet, in den Grundstrukturen aber brauchbar]
- Söllner, Alfred, Grundriss des Arbeitsrechts, 13. A., 2003 (Vahlen)
- Zöllner / Loritz, Arbeitsrecht, 5. A., 1998 (Beck) [veraltet]

### 3. Weniger klassische Bücher

- § Bährle, Arbeitsrecht, 1997 (UTB)
- § Gebhardt / Umnuß, Arbeitsrecht, 1998 (Beck)
- § Hanau / Louven, Abmahnung und Kündigung (Ratgeber Recht), 2000 (dtv/nomos)
- § Lieb, Arbeitsrecht, 7. A., 2000 (C. F. Müller)
- § Preis, U., Arbeitsrecht. Praxis-Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht (mit CD), 1999 (Dr. Otto Schmidt)
- § Preis, U., Arbeitsrecht, Kollektives Arbeitsrecht, (mit CD zu beiden Teilen), 2003 (Dr. Otto Schmidt)

- § Reinert / Schulz, Arbeitsrecht – Einführung mit Fällen und Lösungen, 2. A., 1999 (Nomos)
- § Ring, Arbeitsrecht, 1. A., 1998 (Nomos)
- § Schaub / Rühle, Guter Rat im Arbeitsrecht, 2. A. (Stand: 1.1.1998) (dtv)
- § Senne, Arbeitsrecht, 1998 (Luchterhand)
- § Wollenschläger, Arbeitsrecht, 1999 (Carl Heymanns)

#### 4. Spezialliteratur

- § Bauer / Röder / Lingemann, Krankheit im Arbeitsverhältnis, 2. A., (Verlag Recht u. Wirtschaft)
- § Beckerle / Schuster, Die Abmahnung, 5. A., 1995 (W. Haufe)
- § Berkowsky, Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung, 2. A., 1995 (Beck)
- § Braun, Kündigungs-ABC, 1997 (VSRW Bonn)
- § Bütefisch, Die Sozialauswahl, 2000 (Dr. Otto Schmidt, Köln)
- § Francken / Hartmann, Die Abfindung, 1999, (W. Haufe)
- § Frey / Pulte, Betriebsvereinbarungen in der Praxis, 1992 (Beck)
- § Fuchs, Rainer, Arbeitnehmer und ihr Recht, 2000 (Bund-Verlag)
- § Krimphove, Europäische Arbeitsrecht, 2. A., 2001, (Beck)
- § Lepke, Kündigung bei Krankheiten, 10. A., 2000 (Erich Schmidt)
- § Renner, Das Arbeitsverhältnis: Abschluss und Auflösung, 1995 (expert Verlag)
- § Pulte, Kollektives Arbeitsrecht, 1998 (Fortis Verlag FH)
- § Schoof, Betriebsratspraxis von A bis Z, 5. A., 2000 (Bund Verlag) [auch CD-ROM]

#### 5. Ratgeber, Taschenbücher usw.

Seit Anfang der 90er wird der Markt regelrecht überschwemmt mit – z. T. instruktiven, häufig leider recht oberflächlich gemachten, „billigen“ - Ratgebern und kleineren Schriften (sehr oft von Anwälten). Hier eine Miniauswahl von wenigstens teilweise brauchbaren Werken:

- § Baumann, Das aktuelle Recht für Arbeitnehmer, 2. A., 1996 (Walhalla)
- § Besgen / Jüngert, ABC der Kündigung, 3. A., 1999 (Stollfuss)
- § Kreuzer - Teschke - Bährle, Arbeitsrecht – Schnell erfasst, 4. A., 2001 (Springer)
- § Notter, u. a. , Meine Rechte am Arbeitsplatz, 1997 (Beck/dtv)
- § Scherr, Kündigung, 1998 (Knaur)
- § Scherr, 1000 Tips für Arbeitnehmer, 2. A., 2000 (Knaur)
- § Seidel / Felser, Kündigung – was tun?, 1997

#### 6. Gut geeignet zum Wiederholen:

- § Kittner, Bausteine des Arbeits- und Sozialrechts, 1997 (Bund-Verlag)
- § Marschollek, Arbeitsrecht, 11. A., 2000 (Alpmann – Schmidt)
- § Marschollek, Arbeitsrecht, Bd. 2: Beendigung des Arbeitsverhältnisses, 1998 (Alpmann-Schmidt)
- § Then / Haarpainter, Arbeitsrecht, 2. A., 2001 (Verlag Recht und Praxis)

## VI. HINWEISE

1.

**Absolut unerlässlich**: Eine Sammlung arbeitsrechtlicher Gesetzestexten, **neueste Auflage**, z. B. Beck-dtv Texte, 65. A., 2004 (die beliebteste und aktuellste Sammlung) oder Kittner (Hg.), Arbeits- und Sozialrecht, 28. A., 2003 (die dickste Sammlung) oder Etzel (Hg.), Arbeitsrecht, juristexte, 2003 (wohl die beste Sammlung; 15 €!)  
Auf CD-ROM: Kittner sowie Nipperdey plus Arbeitsrecht.  
Online: von RA-MICRO unter <http://www.e-gesetze.de/gesetze.shtml>

2. Mittlerweile gibt es auch durchaus brauchbare Darstellungen und Sammlungen zum Arbeitsrecht auf Datenträgern (CD-ROM oder Disketten), z. B.

- § Dietz, Ihre Rechte als Arbeitnehmer von A bis Z (UB Media),
- § Krummel u.a., Arbeitnehmer und Arbeitgeber (Ratgeber Recht, Fischer – Heymans),
- § Ratgeber Recht, Abmahnung und Kündigung (Nomos),
- § Scherr, 1000 Tipps für Arbeitnehmer (Knaur), mit CD-ROM,
- § Then, Systematik des Arbeitsrechts, 1997, mit CD-ROM,

3. Wer ONLINE gehen will: arbeitsgerichtliche Urteile und Gesetzestexte sind auf zahlreichen Webseiten erhältlich. Hier nur eine ganz kleine Auswahl:

- § BAG-Pressmitteilungen: <http://www.bundesarbeitsgericht.de/>
- § Personalrechtsdatenbank der AOK: <http://www.sbb.aok.de>
- § FOCUS-Online Urteilsdienst: <http://focus.de/E/EG/eg.htm>
- § Betriebsrat, Weiterbildung, Urteile: <http://betriebsrat.com/PG03Recht/Urteile/>
- § ARD-Ratgeber Recht: <http://www.wdr.de/tv/recht/>
- § Informationsstelle für Europäisches Arbeitsrecht: <http://www.jura.uni-sb.de/FB/LS/>
- § Zum Tarifwesen s. das Tarifregister des WSI: <http://www.tarifvertrag.de/>
- § Bundesministerium für Arbeit und Soziales: [www.bma.de/de/arbeit/arbeitsrecht](http://www.bma.de/de/arbeit/arbeitsrecht)
- § Freie Webseite für Arbeitsrechtsfragen: <http://www.arbeitsrecht4free.de>
- § Homepage der Uni Saarbrücken – Jur. Fakultät: <http://www.jura.uni-sb.de/>
- § Homepage der Uni Jena – Jur. Fakultät : <http://www.recht.uni-jena.de/z06/boulevard.htm>
- § Homepage der Uni Köln – Jur. Fakultät:  
[http://www.uni-koeln.de/jur-fak/Dekanat\\_de/index.htm](http://www.uni-koeln.de/jur-fak/Dekanat_de/index.htm)
- § Homepage der FU – Jur FB: <http://www.fu-berlin.de/einrichtungen/fachbereiche/jura/>
- § [www.labournet.de](http://www.labournet.de)
- § [www.bepefo.de/Betriebsraete.htm](http://www.bepefo.de/Betriebsraete.htm)
- § [www.kamm3000.de/Recht.htm](http://www.kamm3000.de/Recht.htm)
- § <http://www.juracafe.de/mandant/glossar/index.htm> (ein recht gut gemachtes Lexikon juristischer Begriffe)

*Die AOK-Personalrechtsdatenbank ist sehr umfangreich, allerdings etwas schwer zu „handhaben“. FOCUS: bringt viel neue Urteile. ARD-Ratgeber Recht: gut gemacht; gut geeignet zum surfen und stöbern, z. T. mit Video-Einlagen. Arbeitsrecht4free: gut gemacht; Urteilscommentierungen, Fachbeiträge, Expertentipps.*

4. Soweit nichts anderes vermerkt ist, stammen die Karikaturen aus der Zeitschrift „Arbeitsrecht im Betrieb“



5. Einige der zitierten Entscheidungen stehen – in bearbeiteter Form - zu Verfügung auf meiner Homepage [www.bertramnichel.de](http://www.bertramnichel.de), unter „Lehre – Materialien“.

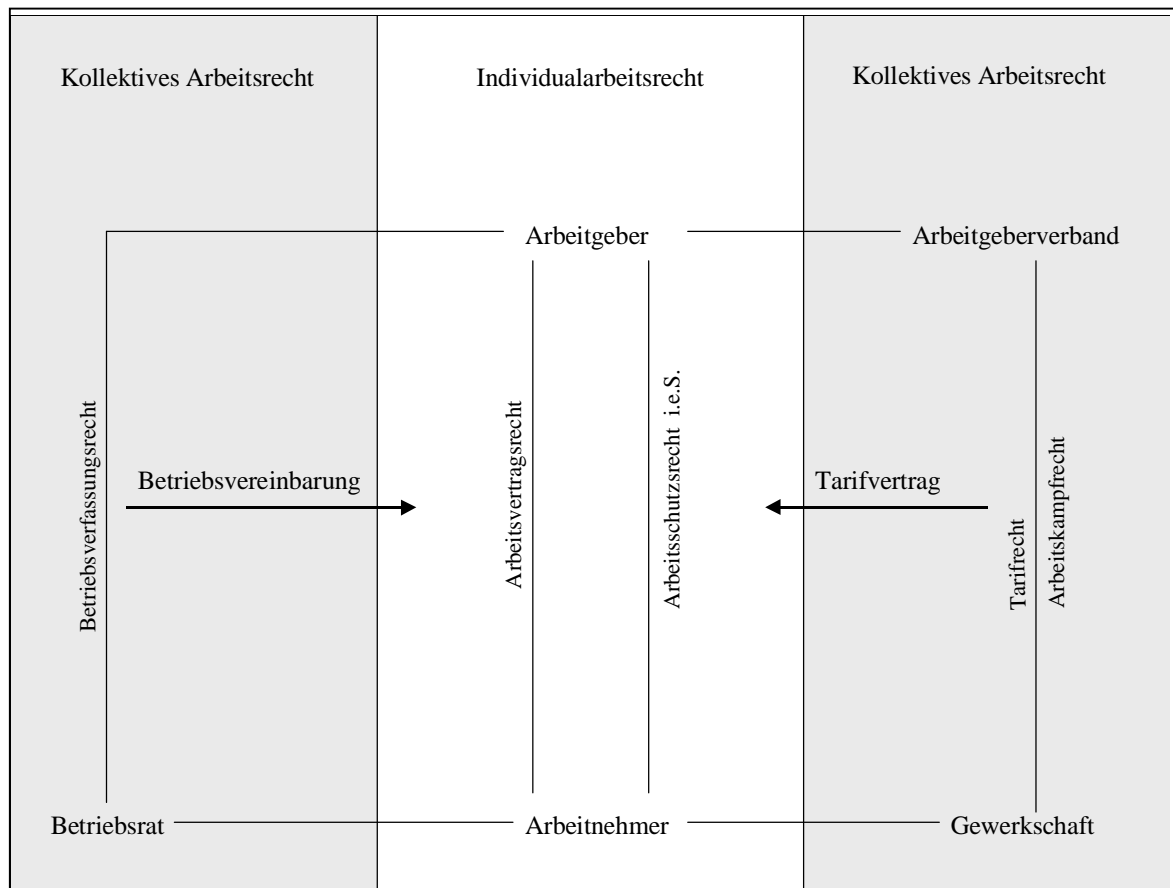
Diese Entscheidungen sind im Skript mit dem Zeichen - **n** - und ihrem Dateinamen angeführt.

Hier die Liste dieser Entscheidungen:

Nr.	Entscheidung	Bezeichnung	Skript-Seite
1	BAG vom 05.07.1993	Rote-Kreuz-Schwestern (AN-Begriff).pdf	23
2	BAG vom 22.03.1995	Scientology. pdf	23
3	BAG vom 05.03.1980	Gleichbehandlung Arbeiter – Angestellte. pdf	28
4	BAG vom 07.12.1989	Ipr-ar1.pdf	44
5	BAG vom 20.12.1984	Gewiss1.pdf	123
6	BAG vom 25.10.1984	AN-Zurückbehaltungsrecht an Arbeitsleistung. pdf	132
7	BAG vom 25.06.1975	Fuersor1.pdf	134
8	BAG vom 24.04.1997	Ehebruch.pdf	148, 238
9	BAG vom 07.11.1975	Lohnf1-4.pdf	165
10	BAG vom 21.01.1976	Lohnf1-2.pdf	165
11	BAG vom 28.02.1979	EFZG und Selbstmordversuch.pdf	165
12	BAG vom 05.02.1985	Arbeitsvertrag und Bedingung. pdf	165
13	BAG vom 19.10.1997	Asbest. pdf	179
14	BAG vom 08.05.1996	618BGB.pdf	179
15	BAG vom 11.11.1992	Zugang4.pdf	189
16	BAG vom 16.03.1988	Zugang1.pdf	189
17	BAG vom 16.12.1980	Zugang3.pdf	189
18	BAG vom 02.03.1989	Zugang2.pdf	189
19	BAG vom 20.08.1997	Vollmachtlose_Kuendigung.pdf	190
20	BAG vom 16.09.1993	Unwirksamkeit der BR-Anhörung.pdf	213
21	BAG vom 23.06.1994	Kündigung wegen Sexualverhaltens.pdf	221
22	BAG vom 24.02.1983	Punktetabelle1.pdf	235
23	BAG vom 07.12.1995	Punktetabelle2.pdf	235
24	BAG vom 20.01.2000	Krankheitskündigung und Unterhaltspflichten.pdf	243
25	BAG vom 21.10.1982	Kirchenlehre und Kündigung.pdf	248
26	BAG vom 28.02.1972	Dkp.pdf	252
27	BAG vom 17.05.1984	Bienenstich1.pdf	258
28	BAG vom 12.08.1999	Bienenstich2.pdf	258
29	BAG vom 30.09.1993	Widerruf.pdf	321

# Teil I

## Das Arbeitsverhältnis: Begriff, Rechtsquellen, kollektivrechtliche Bestimmungsfaktoren



## Lektion Nr. 1: Einleitung: Arbeitsverhältnis - Arbeitnehmerbegriff

Ø EINFÜHRENDE LITERATUR: Brox, Arbeitsrecht, 15. A., Rn. 1-36

Ø INHALT:

1. Gegenstand des Arbeitsrechts; Arbeitnehmerbegriff
2. Ort des Arbeitsrechts
3. Wirkungsweise der arbeitsrechtlichen Normen
4. Funktion und Funktionieren der Grundrechte im Arbeitsrecht
5. Beteiligte im Arbeitsrecht
6. Eigentumssituation hinsichtlich der vom AN produzierten Gegenstände

\*\*\*

Arbeitsrecht, das heißt (auch):

- ca. 120 Gesetze, ca. 6000 Vorschriften (Legislative),
- zentrale Bedeutung für einen Großteil der Bevölkerung: im Jahre 2000 waren in Deutschland bei einer Gesamtbevölkerung von ca. 80 Mio Menschen 38,4 Mio Frauen und Männer Arbeitnehmer<sup>1</sup>, davon 17,172 Mio Angestellte, 12,300 Mio Arbeiter, - nicht mitgerechnet die Arbeitslosen, ca. 4 Mio Personen, 2002: belief sich die Zahl der Erwerbstätigen auf 36,8 Mio,
- ca. 10 000 Entscheidungen, die das Arbeitsrecht prägen (Judikative),
- ca. 4000 – 5000 Tarifvertragsabschlüsse pro Jahr,
- stetiges Sinken der Anzahl von Betriebsräten in betriebsratsfähigen Betrieben seit 1994 (u.a. deshalb die Reform von 2001!).

### Problembereich Nr. 1: Was ist der Gegenstand von „Arbeitsrecht“?

#### A. EINLEITUNGSFÄLLE

*Nr. 1*

*Architekt Zanner hat sich zum 2.1.2001 in einem Büro in Friedenau, Isoldestrasse 2, niedergelassen. Das Büro "läuft gut"; nach kurzer Zeit beschäftigt er bereits 2 Sekretärinnen und einen Boten. Da die Arbeit sich häuft, sucht er per Annonce im "Tagesspiegel" vom 10.1.2002 eine weitere Schreibkraft. Frau M. meldet sich.*

*Nach einem kurzen Vorstellungsgespräch werden sich die beiden einig, dass Frau M zum nächsten Monatsersten, d. i. der 1.2.2002, die Arbeit aufnehmen soll. Zu den Arbeitsbedingungen wird folgendes vereinbart:*

---

<sup>1</sup> Zahlen nach Stat. Bundesamt (Hg.), Minizensus April 1998, Datenreport 1999 S. 94 sowie Meldung im ZDF „Heute“ vom 31.01.2001; Neues Arbeitsrecht für Vorgesetzte, Magazin Januar 2003 S. 4

Die Arbeit von Frau M. besteht ausschließlich darin, die Korrespondenz von Zanner, die dieser auf Diktiergerät gesprochen hat, zu schreiben. Frau M. soll von Montag bis Freitag ins Büro kommen, und zwar morgens um 9 Uhr, und dort bleiben, bis alles Diktierte abgeschrieben ist. Wenn sie damit fertig ist, kann sie nach Hause gehen. Frau M. wird als "freie Mitarbeiterin" eingestellt. Sie erhält kein festes Gehalt, sondern wird "nach Leistung bezahlt", d.h. 2,50 € pro Seite. Beide Vertragsteile sind berechtigt, das Vertragsverhältnis mit einer Frist von einer Woche zu kündigen. - Diese Vereinbarungen werden mündlich getroffen; eine schriftliche Fixierung erfolgt nicht. Bei der Krankenkasse wird Frau M. nicht gemeldet; Sozialversicherungsbeiträge werden nicht entrichtet.

Frau M. wird am 15.3.2001 – nach einer heftigen Auseinandersetzung mit Zanner – „fristlos gefeuert“. Sie möchte sich gegen diese „un glaubliche Frechheit“ wehren. Sie möchte von Ihnen wissen, ob sie sich an das Arbeitsgericht oder an eines der zahlreichen Berliner Amtsgerichte, und wenn ja: welches?, wenden muss.

Nr. 2

Zora ist seit Jahren als Beleghebamme im Krankenhaus Ettlingen aufgrund eines als "freier Mitarbeiter-Vertrag" bezeichneten Vertrages beschäftigt. Sie erhielt vom Krankenhaus kein Gehalt, sondern rechnete auf Honorarbasis mit den Patienten ab (ca. 3.500,- € plus MWSt pro Monat). Dementsprechend kümmerte sie sich um die Abführung von Steuern und Sozialabgaben selbst.

Sie war gem. § 2 II des Anstellungsvertrages "in Fragen der Organisation und der Hygiene im Krankenhaus an die Weisungen des Leitenden Abteilungsarztes der Frauenklinik, des Ärztlichen Direktors und des Krankenhausträgers gebunden" und bei Entbindungen verpflichtet, den zuständigen Arzt beizuziehen, dem sie wiederum weisungsunterworfen war.

Zora wurde nach einem vom Krankenhaus zu genehmigenden Dienstplan tätig. Der jeweils für einen bestimmten Zeitraum im voraus aufzustellende Dienstplan wurde von den 4 beim Krankenhaus tätigen Hebammen aufgestellt, unter diesen abgestimmt und schließlich vom Krankenhaus genehmigt. Dabei nahm das Krankenhaus keinen Einfluss auf die Einteilung der einzelnen Hebamme. Auch eine bestimmte zeitliche Vorgabe, wie lange die Z. jeweils tätig sein musste, gab es nicht.

Auch die Urlaubseinteilung folgte diesen Regeln. Die Hebammen sprachen untereinander ab, wer wie lange Urlaub machte, wobei lediglich eine Urlaubsvertretung sichergestellt sein musste.

Das Krankenhaus hat den Arbeitsvertrag am 11.11.2000 außerordentlich gekündigt.

Zora klagt beim Arbeitsgericht auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist.

Wie wird das Arbeitsgericht entscheiden?

Technischer Hinweis: § 48 ArbGG und § 17a Abs. 2 GVG beachten!

## B. THEORIE

1. Grundlage: § 84 Abs. 1 S. 2 HGB, § 106 GewO.

2. Hanau-Adomeit, Arbeitsrecht, S. 150: „Arbeitnehmer ist, wer aufgrund freier Bereitschaft für einen anderen, also als Nichtselbständiger, eine im wesentlichen von diesem bestimmte Arbeit leistet.“

Hueck (in: Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. A., 1963, Bd. I, § 9 II): „Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags zur Arbeit im Dienste eines anderen verpflichtet ist.“

Nach h. M. sprechen u.a. folgende Merkmale für eine abhängige Beschäftigung als Arbeitnehmer:

- persönliche und fachliche Weisungsgebundenheit,
- zeitliche und örtliche Bindung der zu erbringenden Arbeitsleistung,
- die für einen störungsfreien Betriebsablauf unverzichtbare und eingeplante Arbeitsbereitschaft,
- die Eingliederung in die betriebliche Organisation (Arbeitsmittel),
- die ständige enge Zusammenarbeit mit anderen im Dienste des Arbeitgebers stehenden Personen,
- die Befugnis des Arbeitgebers, über die Arbeitszeit des Mitarbeiters zu verfügen.

Die wirtschaftliche Abhängigkeit dagegen ist kein Kriterium, allenfalls ein Indiz.

Zu beachten ist, dass die Bezeichnung als "freier Mitarbeiter" für den rechtlichen Status unbeachtlich ist. Wie und ob der Mitarbeiter versichert wird, ob er Lohnsteuer oder Einkommenssteuer zahlt, ist unbeachtlich.

## C. RECHTSPRECHUNG

Das Bundesarbeitsgericht hat in zahlreichen Urteilen zur Unterscheidung zwischen einer abhängigen Beschäftigung und selbständigen, sog. freien Mitarbeiter Stellung nehmen müssen.

### 1. BAG vom 29.1.1992 - 7 ABR 27/91, NZA 1992, 894:

a) Das Arbeitsverhältnis unterscheidet sich von Rechtsverhältnissen eines freien Mitarbeiters (Dienstverhältnis) durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in welchem der zur Dienstleistung Verpflichtete jeweils zum Dienstberechtigten steht.

Arbeitnehmer ist, wer seine Dienstleistung gegenüber einem Dritten im Rahmen einer von diesem Dritten bestimmten Arbeitsorganisation zu erbringen hat. Die Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation wird besonders dadurch deutlich, dass der Arbeitnehmer hinsichtlich Zeit, Dauer und Ort der Ausführung der übernommenen Dienste einem umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt (ständige Rechtsprechung des BAG, vgl. BAGE 41,247, 253 = AP Nr. 42 zu § 611 BGB Abhängigkeit, zu B II 1 der Gründe). Die Seltenheit oder kurze Dauer der Einsätze und die weitgehende Bestimmung der zu erbringenden Dienstleistung bereits im Vertrag selbst sprechen gegen eine persönliche Abhängigkeit des Dienstverpflichteten mit der Folge, dass kein Arbeitsverhältnis vorliegt. Bei der Frage nach der persönlichen Abhängigkeit muss indessen vor allem auf die Eigenart der jeweiligen Tätigkeit geachtet werden. Abstrakte, für alle Arbeitsverhältnisse gleichermaßen geltende Kriterien lassen sich insoweit nicht aufstellen. Eine Anzahl von Tätigkeiten kann sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses (freien Mitarbeiterverhältnisses) erbracht werden. Maßgeblich für ein Arbeitsverhältnis ist, dass der Arbeitgeber innerhalb eines bestimmten zeitlichen Rahmens über die Arbeitsleistung eines Arbeitnehmers verfügen darf.

b) Über die Einordnung eines Rechtsverhältnisses als freier Dienstvertrag oder als Arbeitsvertrag entscheidet der Geschäftsinhalt, nicht dagegen eine von den Parteien lediglich gewählte Bezeichnung, die dem Geschäftsinhalt nicht entspricht. Der den Vertragstyp bestimmende Geschäftsinhalt ergibt sich aus den getroffenen Vereinbarungen oder aus der tatsächlichen Durchführung des Vertrages. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, so ist letztere maßgebend. Denn aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen lassen sich am ehesten Schlüsse darauf ziehen, von welchen Rechten und Pflichten

die Parteien in Wirklichkeit ausgegangen sind (ständige Rechtsprechung, vgl. BAGE 41,247, 258 = AP, aaO, zu B II 3 der Gründe).

## 2. BAG v. 13.1.1983 - 5 AZR 149/82, AP Nr. 42 zu § 611 BGB Abhängigkeit

a) Der Senat hält daran fest, dass sich ein Arbeitsverhältnis von dem Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit unterscheidet, in dem sich der zur Dienstleistung Verpflichtete jeweils befindet.

b) Die persönliche Abhängigkeit eines Mitarbeiters kann darin bestehen, dass der Mitarbeiter Arbeitsanweisungen hinsichtlich Zeit, Ort und Inhalt der geschuldeten Dienstleistungen beachten muss.

(Vgl. die Rundfunkentscheidung des BVerfG vom 13.1.1982, BVerfGE 59, 231 ff).<sup>2</sup>

## 3. BSG v. 21.4.1993, AP Nr. 27 zu § 611 BGB Abhängigkeit:

[Zur Frage, ob Bezirksstellenleiter des Süd-Lotto München selbständig Tätige sind oder eine abhängige Beschäftigung ausüben.]

Arbeitnehmer ist ..., wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Persönliche Abhängigkeit erfordert Eingliederung in den Betrieb und Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers in bezug auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung .... Zwar kann das Weisungsrecht erhebl. eingeschränkt sein, wie dies insbesondere bei Diensten höherer Art der Fall ist, vollständig entfallen darf es jedoch nicht; es muss eine fremdbestimmte Dienstleistung verbleiben, die Dienstleistung also zumindest in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehen. Ist ein Weisungsrecht nicht vorhanden, kann der Betreffende seine Tätigkeit also wesentlich frei gestalten, insbesondere über die eigene Arbeitskraft, über Arbeitsort und Arbeitszeit frei verfügen, oder fügt er sich nur in die von ihm selbst gegebene Ordnung des Betriebes ein, liegt keine abhängige, sondern eine selbständige Tätigkeit vor, die zusätzlich durch ein Unternehmerrisiko gekennzeichnet zu sein pflegt.

4. BAG vom 11.3.1998, NZA 1998, 704: Regelmäßig eingesetzte Sprecher ... im fremdsprachlichen Dienst von Rundfunkanstalten können auch dann AN sein, wenn ihre wöchentliche Arbeitszeit nur 4 Stunden beträgt.

5. BAG vom 25.8.1982, BAGE 39, 329 ff: wirtschaftliche Abhängigkeit ist nicht entscheidend.

---

<sup>2</sup> Interessehalber hier einmal der Tenor der Entscheidung des BVerfG: I. 1. Die Urteile des Bundesarbeitsgerichts vom 22. Juni 1977 - 5 AZR 134/76, 5 AZR 498/76, 5 AZR 753/75 -, vom 20. September 1978 - 5 AZR 1101/77 -, vom 13. Dezember 1978 - 5 AZR 487/77 -, vom 12. Dezember 1979 - 5 AZR 1102/77 -, vom 23. April 1980 - 5 AZR 426/79 - und vom 16. Juli 1980 - 5 AZR 339/78 - verletzen Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 des Grundgesetzes. Sie werden aufgehoben. Die Sachen werden an das Bundesarbeitsgericht zurückverwiesen.

2. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 22. Juni 1978 - 3 Sa 112/76 - und das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 15. März 1978 - 5 AZR 818/76 - verletzen Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 des Grundgesetzes. Sie werden aufgehoben. Die Sache wird an das Bundesarbeitsgericht zurückverwiesen.

3. Die Bundesrepublik Deutschland hat dem Beschwerdeführer die notwendigen Auslagen zu erstatten.

II. 1. Die Urteile des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 9. September 1980 - 19 Sa 102/80 - und vom 27. Oktober 1980 - 22 (19) Sa 400/77 - verletzen Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 des Grundgesetzes. Sie werden aufgehoben. Die Sachen werden an das Landesarbeitsgericht Düsseldorf zurückverwiesen.

2. Das Land Nordrhein-Westfalen hat dem Beschwerdeführer die notwendigen Auslagen zu erstatten.

III. Die Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 7. Mai 1980 - 5 AZR 593/78 - wird zurückgewiesen.“

6. Rote-Kreuz-Schwestern sind keine Arbeitnehmer und auch keine arbeitnehmerähnliche Personen i.S.v. § 5 ArbGG ([BAG vom 5.7.1993, NZA 1996, 33](#)) [**n** Rote-Kreuz-Schwestern (AN-Begriff).doc].

7. Mitglieder von Scientology sind AN, [BAG vom 22.3.1995](#), NZA 1995, 823 ff [**n** Scientology.doc].

## D. PROBLEME

### 1. Sog. Scheinselbständigkeit

a) Zunächst anhaltender Streit in der Literatur, vgl. statt vieler Wank, Die neue Selbständigkeit, DB 1992, 90 ff. Damit einhergehend zahlreiche Äußerungen der Rechtsprechung, u. a. zum Problem der Franchisenehmer, vgl. BAG vom 16.7.1997, Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr. 37/1997 vom 16. Juli 1997; NJW 1997, 2973. BGH (!) vom 4.11.1998, NZA 1999, 53 ff: Franchisenehmer als arbeitnehmerähnliche Person (Eisman-City-Fall) [Problem war: Rechtsweg für Klagen des Franchisegebers gegen einen arbeitnehmerähnlichen Franchisenehmer, § 13 GVG, § 2 I Nr. 3 lit. a, 5 I ArbGG].

Franchise-Verträge = Vertragsverhältnisse über den Vertrieb von Waren und / oder Dienstleistungen, wobei der Franchisenehmer im eigenen Namen und für eigene Rechnung sein Geschäft betreibt.

b) Mittlerweile ist eine gesetzliche Regelung in Kraft getreten, die die Abgrenzung zwischen Selbständigen und Scheinselbständigen erleichtern soll. Aufgrund heftiger Proteste in allen „Lagern“ ist inzwischen „nachgebessert“ worden. Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung vom 19.12.1998 (BGBl I S. 3841): Einfügung von Abs. 4 in § 7 SGB IV mit einem Katalog, in dem Kriterien aufgezählt sind, die eine sozialversicherungspflichtige Tätigkeit vermuten lassen; Änderung per Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit vom 20.12.1999 (BGBl 2000 I S. 3). 5 Kriterien, von denen 3 vorliegen müssen.

- Erwerbsmäßige Tätigkeit
- Nichtbeschäftigung versicherungspflichtiger Arbeitnehmer
- Bindung nur an einen Auftraggeber
- Arbeitnehmertypische Tätigkeit, insbesondere Weisungsabhängigkeit und Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation
- Fehlende unternehmerische Tätigkeit am Markt.

Die Abgrenzung zwischen Selbständigem und Arbeitnehmer wird trotzdem schwierig bleiben. Da die arbeitsrechtlichen Kriterien, die im Rahmen der Gesamtbeurteilung herangezogen werden, von den sozialversicherungsrechtlichen Maßstäben abweichen können, sind durchaus divergierende Resultate in beiden Bereichen denkbar.

Nützlich mag dabei der von der IHK Ulm erarbeitete Kriterienkatalog sein<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> [URL: [www.ulm.ihk.de/scheinselbständigkeit/merkblätter.html](http://www.ulm.ihk.de/scheinselbständigkeit/merkblätter.html)]

<b>Selbständiger</b>	<b>Arbeitnehmer</b>
Nicht ständig für dieselbe Firma tätig, kann uneingeschränkt für mehrere Geschäftspartner tätig werden	In der Regel nur für eine Firma tätig
Frei in der Annahme der einzelnen Aufträge	Arbeitgeber weist die einzelnen Arbeiten an
Kann die Arbeit in der Regel auch außerhalb des Betriebes leisten	Kann die Arbeit in der Regel nur im Betrieb leisten; die Tätigkeit ist räumlich, zeitlich und organisatorisch eng mit den übrigen Abläufen im Betrieb verbunden
Einsatz eigenen Kapitals und eigener Betriebsmittel	Eigene Arbeitskraft wird eingesetzt
Bestimmt seine Arbeitszeit selbst (im Rahmen des vereinbarten Termins für die Vollendung der Arbeit)	Muss die betriebsübliche oder eine besonders vereinbarte Arbeitszeit einhalten
Außer Auftragsinhalt und Termin für die Vollendung der Arbeit keine Bindungen an Weisungen der Firma	Arbeitgeber bestimmt, welche Arbeiten auszuführen sind und wie der Beschäftigte dabei vorzugehen hat; Beschäftigter arbeitet wie andere Arbeitnehmer im Betrieb
Entscheidet selbst darüber, wie die Arbeit ausgeführt wird	Bindung an Weisungen des Arbeitgebers überwiegt gegenüber persönlicher Gestaltungsfreiheit und Initiative des Beschäftigten
Möglichkeit, bei Verhinderung einen Vertreter zu stellen	Nur persönliche Leistungspflicht
Darf auf eigene Rechnung Arbeitnehmer beschäftigen	Keine Arbeitgeberbereienschaft
Trägt Verantwortung nach außen	Verantwortung nach außen trägt Arbeitgeber
Berechtigung zu eigener Werbung	

Unabhängig von dem Gesetz haben sich Berufsverbände mit dem Sozialversicherungsträger darauf geeinigt, für Angehörige bestimmter Berufsgruppen eine typisierende Betrachtung zur Bestimmung der etwaigen Abhängigkeit zuzulassen.



**Berufsgruppe****Beurteilung der Abhängigkeit**

Dozenten/Lehrbeauftragte	Regelmäßig nicht abhängig, wenn sie mit einer von vornherein zeitlich und sachlich beschränkten Lehrverpflichtung betraut sind und weitere Pflichten nicht zu übernehmen haben.
Frachtführer	Selbständig, wenn sie ein eigenes Fahrzeug einsetzen und die Erlaubnis nach § 3 Güterkraftverkehrsgesetz besitzen. Eigene Mitarbeiter müssen nicht nachgewiesen werden.
Freie Berufe z.B. Anwälte, Architekten, Gutachter	Trotz Qualifikationen der Tätigkeit kann Selbständigkeit nicht unterstellt werden. Gesamtbetrachtung ist erforderlich.
Krankengymnasten	Bei Vertrag über freie Mitarbeit mit einem Praxisinhaber, aber fehlender Zulassung (keine direkte Abrechnung mit den Krankenkassen), kann nicht Selbständigkeit unterstellt werden (Rechtsprechung).
Künstlerische oder publizistische Tätigkeit	Hat die Künstlersozialkasse bereits eine selbständige Tätigkeit festgestellt und ist seit dieser Feststellung keine Änderung in den Verhältnissen eingetreten, gilt die Vermutung ohne Einschaltung der Einzugsstelle als widerlegt.
Kurier-, Express- und Paketdienstfahrer	Arbeitnehmertätigkeit. Anders als Frachtführer reicht ein eigenes Fahrzeug für die Bejahung Selbständigkeit nicht aus.
Physiotherapeuten	s. Krankengymnasten.
Tagesmütter	Selbständigkeit (keine Weisungsgebundenheit)
Taxifahrer	Abhängigkeit, wenn kein eigenes Fahrzeug. Selbständigkeit, wenn eigenes Fahrzeug und eigene Konzession.
Übungsleiter (in Sportvereinen u.ä.)	Abhängigkeit wird typischerweise unterstellt. Einkünfte im Rahmen der steuerfreien Aufwandsentschädigung (z. Zt. 1848 €/jährlich) sind sozialversicherungsfrei.

## c) Weiterführende Literatur:

Hohmeister, Scheinselbständige und arbeitnehmerähnliche Selbständige in der Sozialversicherung, NZA 1999, 337 ff; Rundschreiben der Spitzenverbände und der Bundesanstalt für Arbeit vom 19.1.1999, NZA 1999, 365 ff.

Siehe auch die FHW-Diplomarbeiten von

- Nicole Gürnth, Die Stellung des Scheinselbständigen im Arbeits-, Sozial- und Steuerrecht unter besonderer Berücksichtigung der aktuellen Rechtslage (Februar 2000),
- Andrea Lange, Scheinselbständigkeit: Ökonomische, soziologische und rechtliche Aspekte einer Kontroverse (März 2000).

2. Sog. Pauschalist (Fotoreporter, der eine Pauschale bezieht, dafür eine bestimmte Anzahl von Fotos pro Monat liefern muss) ist AN; so BAG vom 29.1.1992, NZA 1992, 835 ff, es sei denn, er ist in der Übernahme der Fototermine frei. M.a.W.: der fest eingeplante Pauschalist ist AN. (So auch neuerdings das BAG, in der Entscheidung über eine Nichtzulassungsbeschwerde, 5 AZN 154/98, - leider ohne Datum, im FOCUS-Internetdienst; bei mir in AR-RSPR.ASK; Sachverhalt: *Der Fotograf war vertraglich verpflichtet, monatlich mindestens 80 Fotos abzuliefern. Hierfür erhielt er eine Pauschale von 5500 Mark. Laut Vertrag war er "selbständiger Unternehmer", musste jedoch "im Rahmen betrieblicher Prioritäten freie Arbeitskapazitäten bereit halten". Das sächsische Landesarbeitsgericht (LAG) gab der Klage auf einen festen Arbeitsplatz statt: Der Verlag habe im Umfang eines vollen Arbeitsverhältnisses über den Fotografen verfügt. Sein Recht zu Absagen von Aufträgen habe nur formal*

*bestanden. Der Verlag habe vielmehr erwartet und sei auch darauf angewiesen gewesen, dass der Fotograf die ihm zugeteilten Dienste wahrnehme.)*

3. Zur neuen Entwicklung s. insb. Wank: Arbeitnehmer und Selbständige, 1988. Danach ist der AN nicht durch Weisungsabhängigkeit gekennzeichnet, sondern durch auf Dauer angelegte Tätigkeit nur für einen Auftraggeber in eigener Person ohne Mitarbeiter und im wesentlichen ohne eigenes Kapital und ohne eigene Organisation. Selbständigkeit dagegen soll nur vorliegen bei freiwilliger Übernahme von Unternehmerrisiko Auftreten am Markt. (Dazu Hromadka, Zukunft des Arbeitsrechts, NZA 1998, 1 ff,(5); Griebeling, Die Merkmale des Arbeitsverhältnisses, NZA 1998, 1137 ff).

## E. GRUNDLEGENDE ABGRENZUNGSMERKMALE

I. § 611 BGB spricht von Dienstvertrag. Darunter fallen sowohl der (selbständige) eigentliche Dienstvertrag (Honorarvertrag, Freier Mitarbeiter etc.) als auch der (nicht selbständige, abhängige) Dienstvertrag, d. h. der Arbeitsvertrag. Insbesondere zwei Punkte verdienen Beachtung.

- Der (selbständige) Dienstvertrag beinhaltet im allgemeinen die Leistung selbständiger Arbeit gegen Honorar.
- Er ist zumeist auf den einmaligen Austausch von Leistung und Gegenleistung zugeschnitten, während der Arbeitsvertrag regelmäßig die Vertragspartner für einen längeren Zeitraum bindet (sog. Dauerschuldverhältnis).

## II. Prüfungsschema

1. Es kommt nicht auf die Bezeichnung des Rechtsverhältnisses an, sondern auf die tatsächliche Durchführung. Eine falsche Bezeichnung hat keinerlei Einfluss auf die rechtliche Qualität des Rechtsverhältnisses.
2. Folgende Kriterien sind zu prüfen (Beantwortung der Frage mit „ja“ spricht für Arbeitsverhältnis. Aber nur Indiz!)
  - a) Wird die Leistung von „Arbeit“ (im weitesten Sinne) geschuldet?
  - b) Wird die Arbeit aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages geleistet?
  - c) Werden Arbeitsleistungen erbracht, für die typischerweise ein Entgelt gezahlt wird?
  - d) Wird die Arbeitsleistung in persönlicher Abhängigkeit, also Weisungsgebundenheit erbracht (Art, Ort und Zeitpunkt der Arbeitsleistung)?
  - e) Ist der „Arbeitsleister“ in eine organisatorische Einheit (z. B. Betrieb) eingegliedert?
  - f) Trägt der „Arbeitsleister“ kein – typisches – Unternehmerrisiko?
  - g) Hat er keine oder nur eingeschränkte Betätigungsfreiheit außerhalb des Rechtsverhältnisses?
  - h) Erbringt er die Arbeit ohne Einsatz eigener Arbeitsmittel bzw. ohne eigenen Kapitaleinsatz?

### Problembereich Nr. 2: Wo findet sich das „Arbeitsrecht“?

**Fall Nr. 1:** Arbeitgeber Anton machte im November 1994 folgenden Aushang am Schwarzen Brett seines Betriebes: *“Alle Mitarbeiter, die seit mindestens einem Jahr bei mir sind, erhalten ein Weihnachtsgeld in Höhe von 1.000 DM”* [jetzt 511 €]. Der Angestellte Märklin, der seit 1991 bei der Firma tätig ist, verlangte am 16.12.1994 das Weihnachtsgeld. Die Firma

lehnte ab mit der Begründung, eine entsprechende Vereinbarung sei mit Märklin nie abgeschlossen worden. - Zu Recht?

Alternative: Es wird im Sinne des Aushangs verfahren. "Wegen der Wirtschaftslage" möchte die Firma aber 1997 kein Weihnachtsgeld mehr zahlen. In einem Aushang (wiederum am Schwarzen Brett) vom 10.9.1997 widerruft sie daher ihr Schreiben vom November 1994. Der Arbeiter Otto verlangt im Dezember 1997 das Weihnachtsgeld. Erfolgchancen?

**Fall Nr. 2:** Fa. Krücke & Co. in Berlin-Wilmersdorf. Am Freitag, dem 21.3.1997 gibt es für den Kraftfahrer Horst T. keine Fahrten zu erledigen. Um 10 Uhr weist daher der Firmeninhaber Horst an, den Malern bei der Fassadenrenovierung zu helfen. Horst weigert sich mit der Begründung, er sei nur für den Einsatz als Kraftfahrer eingestellt worden. Die Firma will daher für den 21.3.1997 kein Entgelt zahlen. - Zu Recht?

### **Problembereich Nr. 3: Wie wirken die arbeitsrechtliche Normen?**

**Fall Nr. 3:** Hugo ist Mitglied des Arbeitgeber-Verbandes; er stellt Matthes ein, der ihm versichert, keiner Gewerkschaft anzugehören. Vereinbart wird ein Lohn, der um 20% unter dem Tariflohn liegt. Am Tage seiner Einstellung tritt Matthes der (?) Gewerkschaft bei und verlangt bei der ersten Lohnzahlung den vollen Tariflohn. Hugo lehnt das ab. Seine Argumente:

- \* Matthes müsse sich an den Vertrag halten;
- \* da er seit langem arbeitslos gewesen sei, sei die Einstellung zu einem untertariflichen Lohn für ihn noch immer besser als weiter arbeitslos zu sein;
- \* sein Verhalten verstoße gegen Treu und Glauben: Matthes habe ihn (Hugo) über seine Absicht, alsbald der Gewerkschaft beizutreten, getäuscht; deshalb fechte er den Arbeitsvertrag an.

Frage: Muss Hugo den Unterschiedsbetrag zahlen?

### **Problembereich Nr. 4: Welche Rolle spielen hierbei die Grundrechte?**

**Fall Nr. 4:** Dr. med. Ortho beschäftigt in seiner Riesenpraxis u.a. neben vier Sekretärinnen die junge und nette Sekretärin Linda. Als er sie eines Morgens - er hatte gerade einen Lokalpolitiker erfolgreich operiert - antraf, sagte er ganz spontan: "Ach wissen Sie, ich finde Sie so richtig nett! Ab nächstem Ersten bekommen Sie 100 € mehr." - Die anderen Sekretärinnen verlangen die gleiche Aufbesserung. Sie verweisen darauf, dass sie die gleiche Arbeit wie Frau Linda leisten. - Mit Recht?

**Fall Nr. 5:** In der Firma Oimel & Co. sind 130 Arbeiter und 55 Angestellte beschäftigt. 1987 erhielten die Arbeiter zum Jahresende aufgrund des einschlägigen Tarifvertrages 50% ihres Monatslohns als Gratifikation; den Angestellten gewährte die Firma ohne rechtliche Verpflichtung ein volles Monatsgehalt als Gratifikation. Die Arbeiter Etter und Geltig verlangen Gleichstellung mit den Angestellten. - Zu Recht?

**Fall Nr. 6:** Mira Krüger ist angestellte Apothekerin in der Roland-Apotheke in Memmingen. Unter Berufung darauf, dass sie praktizierende Katholikin ist, die katholische Kirche den Gebrauch empfängnisverhütender Mittel verbietet, weigert sie sich, diese im Handverkauf abzugeben. Die übrigen fünf Angestellten der Roland-Apotheke sind hierzu bereit. Frau Krüger wird daher (wegen beharrlicher Arbeitsverweigerung) gekündigt. Sie wendet ein, die Weisung des Arbeitgebers verstoße gegen ihre Gewissensfreiheit und sei deshalb unwirksam. - Zu Recht?

Der Fall hat Mitte der fünfziger Jahre die Gemüter erhitzt. Er mag heute etwas unmodern wirken, hat aber durchaus noch Beispiels- und Argumentationswert.

**Fall Nr. 7:** *Otto Köhler ist als Gärtner bei Baron von der Laue in Wasserburg (Bayern) beschäftigt. Zu dem Haushalt von Laue zählt noch ein Koch, ein Chauffeur, eine Zugehfrau, zwei Kindermädchen, drei Dienstboten und ein Butler. Eines Tages erfährt Laue, dass Köhler Mitglied der Gewerkschaft BAU ist. Er kündigt daraufhin Köhler fristlos mit der Begründung, Gewerkschaftsmitglieder könne er auf seinem Herrensitz nicht gebrauchen. – Zu Recht?*

**Zu Fall Nr. 5:** vgl. [BAG vom 5.3.1980](#), JuS 1981, 155 = AP Nr. 44 zu § 242 BGB Gleichbehandlung [[n Gleichbehandlung Arbeiter – Angestellte.doc](#)].

**Zu Fall Nr. 2:** Vgl. S. 136.

#### A. Übung:

1. Welche Grundrechte kommen hier in Betracht?
2. Lesen Sie die entsprechenden Artikel des Grundgesetzes sorgfältig !
3. Was ist der enorme Unterschied – rechtlich gesehen – zwischen der Funktionsweise von Art. 3, 4, 5 GG einerseits, Art. 9 Abs. 3 GG andererseits ?

#### B. Grundsätzliche Überlegungen

Eine Anwendung der Grundrechte auf die Rechtsverhältnisse zwischen einzelnen Grundrechtsträgern ist dem Wesen der Grundrechte zunächst fremd. Die Grundrechte sind nach ihrer geistesgeschichtlichen Entwicklung Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Sie verhelfen ihm in erster Linie zu einem Freiheitsraum, in den die öffentliche Gewalt nicht eingreifen darf. Vor diesem Hintergrund betonen die Grundrechte den Vorrang der Würde des Menschen gegenüber der Macht des Staates.

BVerfG vom 15.1.1958, BVerfGE 7, 198, 204 f. (sog. Lüth-Urteil):

*Ohne Zweifel sind die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Dies ergibt sich aus der geistesgeschichtlichen Entwicklung der Grundrechtsidee wie aus den geschichtlichen Vorgängen, die zur Aufnahme der Grundrechte in die Verfassungen der einzelnen Staaten geführt haben. Diesen Sinn haben auch die Grundrechte des Grundgesetzes, das mit der Voranstellung des Grundrechtsabschnitts den Vorrang des Menschen und seiner Würde gegenüber der Macht des Staates betonen wollte.*

Bereits früh zeigte sich indessen, dass eine Begrenzung der Grundrechte auf eine Abwehrfunktion ihrer herausragenden Bedeutung nicht gerecht wird. Der Grundrechtskatalog stellt nicht nur eine Aufzählung von Abwehrrechten des Bürgers dar, mit denen er sich gegen die Staatsgewalt zur Wehr setzen kann. Dieser Katalog muss vielmehr als objektive Wertentscheidung verstanden werden, die für alle Bereiche des Rechts - also auch das Zivilrecht - Geltung beansprucht.

Seit der Lüth-Entscheidung ist die Einwirkung der Grundrechte auf das Zivilrecht allgemein anerkannt. Umfang und Reichweite der Bindung an die Grundrechte sind allerdings lange Zeit strittig geblieben. Im Kern ging es dabei um die Frage, ob die Grundrechte unmittelbare oder nur mittelbare Drittwirkung entfalten. Die Lehre von der unmittelbaren Wirkung, wie sie insbesondere vom BAG vertreten wurde, hat dabei zur Konsequenz, dass die Grundrechte mit ih-

rem Rechtsgehalt im Privatrecht normative Wirkung entfalten. Das hat dann wiederum zur Folge, dass sich ein einzelner Bürger im Privatrechtsverkehr unmittelbar auf die Grundrechte berufen und sie gegen andere Bürger geltend machen kann. Nach dieser Auffassung sind also die Grundrechte nicht nur für den Staat, sondern auch für die einzelnen Rechtssubjekte in ihren Beziehungen untereinander verbindlich.

Mittlerweile geht die herrschende Lehre - abgesehen vom Sonderfall der positivrechtlich normierten unmittelbaren Drittwirkung in Art. 9 Abs. 3 GG (Koalitionsfreiheit) - von einer nur mittelbaren Drittwirkung aus. Die Grundrechte wirken demnach auf die Rechtsbeziehung der Privatrechtssubjekte nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar über die auslegungsfähigen und ausfüllungsbedürftigen Generalklauseln des Privatrechts ein. Die Grundrechte entscheiden privatrechtliche Rechtsstreitigkeiten damit nicht ohne weiteres, sondern benötigen immer eine Norm des Zivilrechts als eine Art Schlüssel, um Einlass zu finden in ein privatrechtliches Rechtsverhältnis. Diesen Schlüssel stellen die Generalklauseln der §§ 134, 138, 242, 315 BGB dar. Die Grundrechte können demgemäss - mit Ausnahme des Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG - nicht als Nichtigkeitsgrund im Sinne des § 134 BGB wirken.<sup>4</sup>

### C. Im einzelnen

#### I.. Art 3 GG (Gleichheitssatz, Gleichbehandlung).

1. Die Fürsorgepflicht des AG verbietet eine willkürliche, d. h. sachfremde Schlechterstellung einzelner AN gegenüber anderen, die sich in vergleichbarer Lage befinden. So BAG vom 25.5.1995, NZA 1996, 84 ff:

*1.) Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz ist verletzt, wenn der Arbeitgeber einzelne Arbeitnehmer gegenüber anderen Arbeitnehmern in vergleichbarer Lage sachfremd schlechter stellt. 2.) Der Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet jedoch nicht die Begünstigung einzelner (BAG vom 13.12.1972, AP Nr. 37 zu § 242 BGB Gleichbehandlung. 3.) Eine Differenzierung aus sachlichen Gründen ist möglich.*

2. BAG vom 21.06.2000, NZA 2000, 1050 f: *Die deutsche Rechtsordnung kennt keine allgemeingültige Anspruchsgrundlage „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“. Dies wird besonders deutlich an § 612 Abs. 3 BGB, wonach bei einem Arbeitsverhältnis für gleiche oder für gleichwertige Arbeit nicht wegen des Geschlechts des Arbeitnehmers eine geringere Vergütung vereinbart werden darf als bei einem Arbeitnehmer des anderen Geschlechts. Diese Art. 3 Abs. 2 GG und Art. 114 EGV konkretisierende Bestimmung des BGB wäre bedeutungslos, wenn es einen den Grundsatz der Vertragsfreiheit einschränkenden überpositiven Grundsatz „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ gäbe. Vielmehr besteht in Fragen der Vergütung Vertragsfreiheit, die lediglich durch verschiedene rechtliche Bindungen wie Diskriminierungsverbote und tarifliche Mindestentgelte eingeschränkt ist.*

3. Vgl. weiterhin BVerfG vom 1.9.1997, AiB 1998, 355 ff: Gleichbehandlung aller AN (Arbeiter und Angestellte) bei der Kürzung des 13. Monatsgehalts aufgrund von krankheitsbedingten Fehlzeiten.

4. BAG v. 18.9.1997, AiB 1998, 413 ff: § 53 Abs. 3 BAT ist wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG verfassungswidrig (Unkündbarkeit nach 15-jähriger Beschäftigungszeit nur für Vollzeit-, nicht auch für Teilzeitbeschäftigte; § 53 III BAT insoweit per 5.5.1998 geändert!)

---

<sup>4</sup> So Preis, Arbeitsrecht, 2000, S. 118. Vgl. auch Wollenschläger. Arbeitsrecht, 1999, Rn. 21 ff.

## II. Gewissensfreiheit, Art. 4 GG, Arbeitsverweigerung aus Gewissensgründen

BAG vom 20.12.1984, NZA 1986, 21 ff: Unwirksamkeit der Kündigung eines Druckers, der sich weigerte, kriegsverherrlichende Schriften zu drucken.

[BAG vom 24.5.1989](#), NZA 1990, 144 ff<sup>5</sup>: Arzt, der sich aus Gewissensgründen weigerte, an der Entwicklung eines Medikaments mitzuwirken, das zur Linderung der Folgen eines Atomkrieges eingesetzt werden kann.

Rechtstechnische Lösung in diesem Fall: Das BAG setzt beim Direktionsrecht an und will die Zuweisung von Arbeit, die aus Gewissensgründen nicht geleistet werden muss, als unzulässig und damit unwirksam behandeln. – Wohl unrichtiger Ansatzpunkt. Es ist allein Sache des AN, sich gegenüber der Zuweisung bestimmter Arbeiten auf sein Gewissen zu berufen und damit ein Leistungsverweigerungsrecht, letztlich nach § 242 BGB, geltend zu machen. Der AG ist gehalten, bei begründetem Leistungsverweigerungsrecht, dem AN im Rahmen seiner arbeitsvertraglichen Verpflichtung andere Arbeit zuzuweisen. Unterlässt der AG dies, so bleibt der Lohnanspruch des AN erhalten (§ 615 BGB). Kann der AG aber den AN nicht anderweitig einsetzen, so gerät er gem. § 297 BGB auch nicht in Annahmeverzug, so dass der Lohnanspruch entfällt. Kann der betreffende AN aufgrund seiner Gewissensnöte überhaupt nicht mehr eingesetzt werden, so kommt eine personenbedingte Kündigung in Betracht (so BAG vom 24.5.1989, aaO).

ArbG Hamburg vom 3.1.1996, ArbU 1996, 243 f: Es gehört zur unternehmerischen Betätigungsfreiheit des Arbeitgebers, im Rahmen der arbeitsvertraglichen Möglichkeiten auch das äußere Erscheinungsbild des Arbeitnehmers zu bestimmen. Dieses Recht ist aber begrenzt durch das Grundrecht der Glaubensfreiheit. Danach muss es der Arbeitgeber, der ein Restaurant betreibt, unter Umständen hinnehmen, dass ein an einem Grill beschäftigter Arbeitnehmer, der der Glaubensgemeinschaft der Sikhs angehört, während der Arbeit einen Turban trägt, während seine Arbeitskollegen Papiermützen tragen.

ArbG Reutlingen vom 3.1.1993, BB 1993, 1012: Einer Krankenschwester in einem staatlichen Krankenhaus, das zur religiösen Neutralität verpflichtet ist, kann untersagt werden, für ihre religiösen Vorstellungen bei den Patienten des Krankenhauses zu werben. Missioniert eine solche Krankenschwester dennoch entgegen dem Verbot ihre Patienten, so ist dies ein Grund für eine Kündigung. Auf das Recht auf freie Religionsausübung gem. Art 4 GG kann sich in einem solchen Fall die Arbeitnehmerin nicht berufen.

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer keine Arbeit zuweisen darf, die den Arbeitnehmer in einen Gewissenskonflikt bringt, der unter Abwägung der beiderseitigen Interessen vermeidbar gewesen wäre. Zwar kann der Arbeitgeber aufgrund seines Weisungsrechts einseitig die im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschriebene Leistungspflicht des Arbeitnehmers nach Zeit, Ort und Art der Leistung bestimmen. Das Weisungsrecht darf jedoch gemäß § 315 Abs. 1 BGB nur nach billigem Ermessen ausgeübt werden. Die in

---

<sup>5</sup> Leitsätze der Entscheidung: 1. Der Senat hält an seiner Auffassung fest, im Rahmen des billigen Ermessens nach § 315 Abs. 1 BGB, der voraussetzt, dass der Inhalt der geschuldeten Leistung noch zu konkretisieren ist, habe der Arbeitgeber einen ihm offenbaren Gewissenskonflikt des Arbeitnehmers zu berücksichtigen

2. Maßgebend ist der sogenannte subjektive Gewissensbegriff. Dieser setzt voraus, dass der Arbeitnehmer darlegt, ihm sei wegen einer aus einer spezifischen Sachlage folgenden Gewissensnot heraus nicht zuzumuten, die an sich vertraglich geschuldete Leistung zu erbringen. Lässt sich aus den festgestellten Tatsachen im konkreten Fall ein Gewissenskonflikt ableiten, so unterliegt die Relevanz und Gewichtigkeit der Gewissensbildung keiner gerichtlichen Kontrolle.

3. Verbietet eine nach § 315 Abs. 1 BGB im Rahmen des billigen Ermessens erhebliche Gewissensentscheidung dem Arbeitgeber, dem Arbeitnehmer eine an sich geschuldete Arbeit zuzuweisen, so kann ein in der Person des Arbeitnehmers liegender Grund gegeben sein, das Arbeitsverhältnis zu kündigen, wenn eine andere Beschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer nicht besteht.

4. Die Gewissensentscheidung des Arbeitnehmers schränkt die unternehmerische Freiheit, den Inhalt der Produktion zu bestimmen, nicht ein. Der Arbeitnehmer ist vielmehr nach § 297 BGB außerstande, die geschuldete Leistung zu erbringen.

§ 315 BGB geforderte Billigkeit wird inhaltlich auch durch das Grundrecht der Gewissensfreiheit bestimmt.

### III. Problem der Meinungsfreiheit, Art. 5 GG

Vgl. das sog. Maulkorburteil, [BAG vom 28.9.1972](#), AP Nr. 2 zu § 134 BGB, n dkp.doc.  
Exzellente Kritik an diesem Urteil und beachtliche Ausführungen zu den Grenzen der Meinungsfreiheit bei Däubler, Arbeitsrecht 2, 10. A., 1995, S. 322 (Punkt 5.8.2.).

### IV. Eigentumsschutz, Art. 9 GG

BAG vom 23.2.1979, AP Nr. 30 zu Art. 9 GG: Das Gericht hatte im Jahr 1979 darüber zu befinden, ob AN berechtigt sind, den ihnen vom AG zur Verfügung gestellten Schutzhelm mit einem Gewerkschaftsaufkleber (IG BSE) zu schmücken. Nach Auffassung des BAG hat der AG in einem derartigen Fall einen Beseitigungsanspruch gem. § 1004 BGB, da es sich bei einer derartigen Handlungsweise um eine erhebliche Beeinträchtigung der Eigentümerbefugnisse handle.

### Problembereich Nr. 5: Welche Beteiligte kennt das Arbeitsrecht?

- Arbeitgeber
- Arbeitnehmer: Arbeiter – Angestellte - Leitende Angestellte – Arbeitnehmerähnliche Personen
- Betrieb

1. Unterscheidung von Arbeitern und Angestellten : wurzelt in der geschichtlichen Entwicklung; logisch nicht mehr begründbar, sogar verfassungswidrig<sup>6</sup>. Zunehmender Bedeutungsverlust, seitdem der Gesetzgeber die Gleichstellung bei den Kündigungsfristen und der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall verfügt hat (1994). Mittlerweile gibt es schon Tarifverträge, die nicht mehr zwischen Arbeitern und Angestellten unterscheiden. Wo noch Unterschiede gemacht werden, orientieren sie sich meistens an sozialversicherungsrechtlichen Maßstäben (vgl. § 133 Abs. 2 SGB VI). Unterscheidung wird nunmehr (seit 28.7.2001) auch nicht mehr in der Betriebsverfassung praktiziert (alter § 6 BetrVG 1972 ist aufgehoben worden). Auch für die Wahlen zum Aufsichtsrat (MitbestG 1976) ist die alte Unterscheidung aufgehoben worden (vgl. § 3 MitbestG 1976)

2. Leitende Angestellte: Leitende Angestellte sind Arbeitnehmer; aufgrund ihrer herausgehobenen Funktion und ihrer Befugnisse haben sie jedoch eine Stellung inne, die vielfach einen Interessengegensatz zu den übrigen AN bedingt und sie eher der AG-Position annähert. Daher gelten für sie eine Reihe von Sonderbestimmungen. Grob gesagt handelt es sich um Beschäftigte in einer Schlüsselstellung, z. B. soweit sie eigenverantwortlich den Betrieb, einen bedeutenden Betriebsteil oder einen wesentlichen Aufgabenbereich leiten. Wichtige Bestimmung: § 5 Abs. 3 und 4 BetrVG.

Leitende Angestellte werden vom Geltungsbereich zahlreicher Gesetze ausgeschlossen; sie unterliegen weder dem BetrVG (§ 5 III BetrVG) noch dem ArbZG (§ 18 I Nr. 1 ArbZG). Nach der Rechtssprechung gelten eine Reihe weiterer Besonderheiten:

- sie sind in wesentlich stärkerem Maße zur Wahrung der AG-Interessen verpflichtet;

---

<sup>6</sup> BVerfG vom 30.5.1990, BVerfGE 82, 126 ff (Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit der unterschiedlichen Kündigungsfristen für Arbeiter und Angestellte.

- Umfang der von ihnen zu erbringenden Arbeitsleistung erheblich größer, so dass die Abgeltung von Überstunden entfällt;
- Wegen des besonderen Vertrauensverhältnisses zum AG dürfen an die Kündigungsgründe bei einer arbeitgeberseitigen Kündigung keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden.

3. Betrieb: Der Betrieb wird definiert (h. M., Definition des BAG, u.a. Urteil v. 17.2.1981, AP Nr. 9 zu § 111 BetrVG 1972) als:

- organisatorische Einheit,
- innerhalb derer der Unternehmer allein oder zusammen mit seinen Mitarbeitern
- bestimmte arbeitstechnische Zwecke
- mit Hilfe sächlicher oder immaterieller Mittel
- fortgesetzt verfolgt.

Wesentlich ist weiterhin: ein selbständiger Leitungsapparat.

*BAG 18.1.1990 AP Nr. 9 zu § 23 KSchG 1969: Danach ist also als Betrieb die organisatorische Einheit anzusehen, innerhalb derer der Unternehmer allein oder zusammen mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe sächlicher oder immaterieller Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt. In erster Linie kommt es dabei auf die Einheit der Organisation, weniger auf die Einheitlichkeit der arbeitstechnischen Zweckbestimmung an. Regelmäßig liegt ein einheitlicher Betrieb vor, wenn die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen oder immateriellen Betriebsmittel für den oder die verfolgten arbeitstechnischen Zwecke zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt werden und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird.*

Diese Definition kann jedoch nur der Ausgangspunkt einer Begriffsbestimmung sein. Der Begriff wird sowohl in den verschiedenen Rechtsdisziplinen als auch im Arbeitsrecht in unterschiedlicher Bedeutung gebraucht. Auch wenn bisweilen darauf abgestellt wird, dass etwa der Betriebsbegriff des KSchG und des BetrVG der gleiche sei, ist in Grenzfällen stets zu beachten, dass der teleologische Zusammenhang eine abweichende Definition erfordern kann. Bisweilen wird der Begriff der Betriebszugehörigkeit auch im Sinne von Unternehmenszugehörigkeit zu interpretieren sein. Selbst im BetrVG wird der Betriebsbegriff an einigen Stellen auch als Unternehmen gelesen werden können (vgl. § 2 BetrVG).

Hervorzuheben ist, dass das BAG unter starkem Einfluss des EuGH gerade bei der Frage des Betriebsübergangs nach § 613a BGB einen differenzierten Betriebsbegriff vertritt. Zunächst sah das BAG nur die sächlichen und immateriellen Betriebsmittel, nicht aber die Arbeitnehmer als Tatbestandsvoraussetzung an, da der Übergang des Arbeitsverhältnisses Rechtsfolge des § 613a BGB sei (BAG 22.5.1985, AP Nr. 42 zu § 613a BGB). Nunmehr bekennt sich das BAG dazu, dass der Übernahme des Personals ein gleichwertiger Rang neben den anderen möglichen Kriterien eines Betriebsübergangs zukomme, dass also die zwischen den Arbeitnehmern bestehende Verbundenheit auf der Tatbestandsseite des § 613a BGB anzusiedeln sei (BAG 22.5.1997, AP Nr. 154 zu § 613a BGB).<sup>7</sup>

### **Problembereich Nr. 6: Eigentumssituation an den vom AN hergestellten Gegenständen?**

Vgl. § 950 BGB !!

Einschränkungen aber durch das Gesetz über Arbeitnehmererfindungen vom 25.7.1957.

<sup>7</sup> Vgl. zu dem Problem Preis, Arbeitsrecht, 1999, S. 89 ff



## Lektion Nr. 2: Rechtsquellen im Arbeitsrecht

Ø EINFÜHRENDE LITERATUR: Brox, Rn. 37 – 49 f

Ø INHALT

2. Teil: Systematik

A. Supranationales und Internationales Recht

I. Zwischenstaatliches Recht

II. Internationales Privatrecht (Kollisionsrecht)

B. Nationales Recht

I. Verfassungsrecht

II. Gesetze

III. Tarifverträge

IV. Betriebsvereinbarungen

V. Arbeitsvertrag

VI. Rechtsprechung als Rechtsquelle ?

VII. Die Normenpyramide

VIII. Zum Üben

C. Europäisches Arbeitsrecht

I. Rechtsgrundlagen

II. Die Rechtsprechung des EuGH

2. Teil: Fälle

\*\*\*

### 1. Teil: Systematik

Im Gegensatz zu anderen Ländern, z. B. Frankreich und Österreich, ist das in Deutschland geltende Arbeitsrecht nicht in einem Arbeitsgesetzbuch zusammengefasst, kodifiziert. Als Grund dafür wird immer wieder genannt die herausragende politische Bedeutung des Arbeitsrechts, die wegen der starken politischen Frontstellungen eine Kodifikation unmöglich machen soll. Mehrere Anläufe zur Schaffung eines Arbeitsgesetzbuches sind gescheitert (1922, 1977, 1995). Resultat: das Arbeitsrecht ist in zahlreiche Einzelgesetze zersplittert. Mehr noch: häufig finden zusammengehörige Lebenssachverhalte ihre Regelung in unterschiedlichen Gesetzen. Beispiel: Die Gründe, die eine ordentliche Kündigung rechtfertigen können, sind im KSchG geregelt, während die Kündigungsfristen in § 622 BGB enthalten sind.

Ob es möglich sein wird, das zersplitterte Arbeitsrecht in absehbarer Zukunft in einem Gesetzbuch zusammenzuführen, ist ungewiss. Fest steht, dass der gegenwärtige Zustand die Erfassung des Arbeitsrechts erheblich erschwert. Insbesondere im Individualarbeitsrecht fehlt es an einer übergreifenden Gesamtkonzeption. Zahlreiche Rechtsquellen wirken auf das Arbeitsverhältnis ein, die das Arbeitsrecht zu einem überaus komplexen Rechtsgebiet machen. Im Überblick sind mindestens folgende Rechtsquellen zu nennen:

## **A. SUPRANATIONALES UND INTERNATIONALES RECHT**

### ***I. Zwischenstaatliches Recht***

#### **1. Europäisches Recht**

##### **1.1 Recht der Europäischen Union**

a) EG-Vertrag = EGV vom 22.3.1957 (konsolidierte Fassung durch den Vertrag von Amsterdam vom 2.10.1997):

- Art. 48 I, III, IV EGV: Freizügigkeit
- Art. 48 II: Diskriminierungsverbot wg. Staatsangehörigkeit
- Art. 118a und b: Verbesserung der Arbeitsumwelt
- Art. 119: Gleiches Entgelt für Männer und Frauen

b) EG-Verordnungen

c) EG-Richtlinien

##### **1.2 Andere**

a) Europäische Menschenrechtskonvention vom 4.11.1950 (MRK)

b) Europäische Sozialcharta von 1961 (ESC)

#### **2. Internationales Recht**

Die Abkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO oder ILO)

### ***II. Internationales Privatrecht (Kollisionsrecht)***

1. Grundsätzlich können die Arbeitsvertragsparteien frei bestimmen, welches Recht Anwendung finden soll.
2. Fehlt eine derartige Vereinbarung, so gilt das Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet (Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB).
3. Wird er ständig in verschiedenen Ländern tätig, so gilt das Recht des Staates, in dem sich die Niederlassung befindet, die den AN eingestellt hat.
4. Die Rechtswahl (nach Art. 27 EGBGB) darf nicht dazu führen, dass dem AN der Schutz entzogen wird, der ihm von den nach Art. 30 Abs. 2 EGBGB einschlägigen zwingenden Rechtsnormen gewährt würde.
5. Für öffentlich-rechtliche Normen, z. B. den Mutterschutz, gilt das Territorialitätsprinzip.

## **B. NATIONALES RECHT**

**I. Verfassungsrecht** (Problem der Drittwirkung der Grundrechte), u. a. Art. 1, 2, 3, 4, 5, 12 GG

Zum Problem des Verfassungsrechts als nationale Rechtsquelle s. die gute Zusammenfassung bei Reinert / Schulz, Arbeitsrecht, S. 28 f.

Zur Problematik generell siehe 1. Lektion, S. 27 ff

## II. Gesetze

### **Unterscheidung in zwingendes, dispositives und tarifdispositives Gesetzesrecht**

- BGB
- HGB
- GewO
- Arbeitnehmerschutzgesetze wie z. B. KSchG, EFZG, BUrlG u. a. m.
- Gesetze über kollektive Regelungen wie z. B. BetrVG, TVG u. a. m.

Zwingendes Gesetzesrecht: kann nicht zu Lasten der AN verändert werden.

Beispiele: §§ 619 BGB, 5 NachweisG, 12 EFZG

Dispositives Recht: kann von Arbeitsvertragsparteien geändert, auch verschlechtert werden, z. B. §§ 612, 613, 614, 616 BGB.

Tarifdispositives Gesetzesrecht: Einige der Normen, die einzelvertraglich entweder gar nicht oder nur zugunsten der Arbeitnehmer abbedungen werden können, können durch Tarifverträge weitergehend modifiziert werden. Diese Möglichkeit erklärt sich aus der Funktion der Sozialpartner in der Arbeitsrechtsordnung. Im Gegensatz zum einzelnen Arbeitnehmer besteht im Tarifvertragssystem - mehr oder weniger - ein Gleichgewicht der Verhandlungspartner, so dass die Notwendigkeit einer zwingenden Ausgestaltung der Norm nicht besteht, sofern sie Gegenstand von Tarifverhandlungen ist. Dabei ist zu beachten, dass die Normen nicht nur Abweichungen zugunsten der Arbeitnehmer, sondern bei entsprechender gesetzlicher Anordnung auch Abweichungen zu Lasten des Arbeitnehmers vorsehen können.

Also, kurz gesagt, gesetzliche (Schutz-)Bestimmungen, die durch Tarifvertrag *verschlechtert* werden können, z. B.:

Lohnfortzahlung (§ 4 Abs. 4 EFZG); Kündigungsfristen (§ 622 Abs. 4 BGB); Urlaubsrecht (§ 13 BUrlG); betriebliche Altersversorgung (§ 17 Abs. 3 BetrAVG); Arbeitszeitschutz (§ 7 ArbZG, § 21a JArbSchG); Arbeitnehmerüberlassung (§ 1 Abs. 1 und 3 AÜG); Arbeitsrecht für Seeleute (§§ 100a, 104, 140 SeemG); Zuständigkeitsregelungen im Arbeitsgerichtsprozess (§§ 48 Abs. 2 und 101 Abs. 1 und 2 ArbGG).

Zu beachten ist, dass die Geltung zuungunsten der Arbeitnehmer abweichender Regelungen in Tarifverträgen auch zwischen nicht tarifgebundenen Parteien vereinbart werden kann. Insoweit stehen auch einseitig zwingende Regelungen zur Disposition. Zu nennen sind hier § 622 Abs. 4 S. 2 BGB, § 13 Abs. 1 S. 2 BUrlG, § 17 Abs. 3 S. 2 BetrAVG.<sup>8</sup>

## III. Tarifverträge

- Arten der tarifvertraglichen Normen (vgl. § 1 Abs. 1 TVG)
- Wirkungsweise: unmittelbar und zwingend, § 4 Abs. 1 TVG

## IV. Betriebsvereinbarungen

Wirkungsweise: vgl. § 77 Abs. 4 BetrVG

---

<sup>8</sup> Preis, Arbeitsrecht, 1999, S. 142

## V. Arbeitsvertrag

Beeinflusst von

1. Allgemeinen Arbeitsbedingungen (z. B. Betriebsordnungen)
2. Gesamtzusage
3. Betrieblicher Übung
4. Gleichbehandlungsgrundsatz
5. Direktionsrecht (Weisungsrecht) des Arbeitgebers: vgl. S. 135 ff.

### Zu 2: Gesamtzusage

[BAG vom 25.01.2000, NZA 2000, 879](#): Eine Gesamtzusage ist eine an alle Arbeitnehmer oder an abgrenzbare Gruppen von Arbeitnehmern in allgemeiner Form gerichtete einseitige Erklärung des Arbeitgebers, zusätzliche Leistungen zu erbringen. Der Arbeitnehmer erwirbt dann einen einzelvertraglichen Anspruch auf diese Leistung, wenn er die vom Arbeitgeber genannten Anspruchsvoraussetzungen erfüllt. - Ob eine Gesamtzusage vorliegt und welchen Inhalt sie hat, richtet sich gemäß §§ 133, 157 BGB nach dem objektiven Erklärungsinhalt, der sich aus der Sicht des Empfängers bestimmt. - Ein Arbeitgeber, der in einer Publikation auf offene Stellen und über die aus Anlass eines Arbeitsplatzwechsels gewährten finanziellen Leistungen unterrichtet, weist damit regelmäßig nur auf Voraussetzungen hin, unter denen die Zahlung eines Nachteilsausgleichs in Betracht kommt. Eine rechtsverbindliche Erklärung diesbezüglich gibt er nicht ab. - Der Arbeitnehmer kann die Leistung nur beanspruchen, wenn er sie ausdrücklich mit dem Arbeitgeber vereinbart oder sie in einer kollektiven Regelung (Tarifvertrag / Betriebsvereinbarung) enthalten ist.

### Zu 3.: Betriebliche Übung:

- a) ein ständiges gleich bleibendes Verhalten des AG, aus dem der AN den Schluss ziehen kann, dass der AG sich für die Zukunft binden will; dazu reicht in der Regel ein dreimaliges entsprechendes Verhalten aus (manchmal auch ein zweimaliges)!
- b) Entstehen eines Vertrauensstatbestandes, dass der AG sich für die Zukunft binden will;
- c) die Unzumutbarkeit der späteren Einstellung der Leistung für den AN.

Ansprüche aus betrieblicher Übung können nur entstehen, wenn für den geltend gemachten Anspruch keine anderweitige Anspruchsgrundlage besteht (BAG vom 27. 6. 1985, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 14). Gewährt der Arbeitgeber mehrere Jahre, mindestens 3 Jahre, eine Leistung (Weihnachtsgratifikation, Ruhegeld), entsteht auch ohne eine ausdrückliche vertragliche Regelung aus diesem als Willenserklärung zu wertenden Verhalten, das von den Arbeitnehmern stillschweigend angenommen (§ 151) wird, ein Anspruch in den Folgejahren (sog. **Vertragstheorie** - BAG 14. 8. 1996 AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 47; 21. 1. 1997 AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 64; ablehnend Singer ZfA 1993, 487ff.). Es kommt nicht darauf an, ob ein Verpflichtungswille besteht, sondern wie die Arbeitnehmer als Erklärungsempfänger das Verhalten unter Berücksichtigung aller Begleitumstände gemäß §§ 133, 157 verstehen mussten. Die wohl herrschende Vertragstheorie wird durch Elemente der Theorie der Vertrauenshaftung (grundlegend Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 387ff.) ergänzt, da bestimmte Erscheinungen der betrieblichen Übung dogmatisch nur mit dem Grundsatz des Vertrauensschutzes über § 242 BGB begründet werden können. Dies gilt insbesondere bezüglich der Rspr. zur dreimaligen vorbehaltlosen Gewährung von Sonderleistungen .... Die Annahme einer Willenserklärung

bei rein tatsächlicher Leistung erscheint konstruiert. Vielmehr kommt es maßgeblich auf die Schutzwürdigkeit des Vertrauens an, das den Bruch mit einer regelmäßigen Übung als ein gegen Treu und Glauben verstoßendes widersprüchliches Verhalten erscheinen lassen würde.<sup>9</sup>

BAG vom 7.10.1987, 5 AZR 339/86, nicht aml. veröffentlicht:

*Unter betrieblicher Übung versteht man die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen, die bei den Betriebsangehörigen den Eindruck einer Gesetzmäßigkeit oder eines Brauchs erwecken. Die tatsächliche Übung ist als solche keine Rechtsquelle eigener Art; ihr kommt keine normative Wirkung zu, und sie setzt auch nicht betriebliches Gewohnheitsrecht. Sie gestaltet vielmehr durch eine an alle betroffenen Arbeitnehmer gerichtete konkludente Gesamtzusage die einzelnen Arbeitsverhältnisse. Aus ihr erwachsen vertragliche Ansprüche der Arbeitnehmer auf die üblich gewordenen Vergünstigungen (vgl. BAG vom 10.4.1985, 7 AZR 36/83, AP Nr. 19 zu § 242 BGB Betriebliche Übung). Voraussetzung für die Begründung vertraglicher Ansprüche durch eine betriebliche Übung ist, dass die begünstigten Arbeitnehmer die tatsächliche Übung nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte (§ 133 BGB, § 157 BGB) dahin verstehen durften, der Arbeitgeber habe sich in bestimmter Weise binden wollen. Dabei kommt es auf alle Umstände des Falles an.*

BAG vom 24.3.1993, 5 AZR 16/92, NZA 1993, 749 ff:

*Der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes muss in aller Regel davon ausgehen, dass ihm sein Arbeitgeber nur die Leistungen gewähren will, zu denen er rechtlich verpflichtet ist. Ohne besonderen Anhalt darf der Arbeitnehmer deshalb auch bei langjähriger Gewährung einer zusätzlichen Vergünstigung nicht darauf vertrauen, sie sei Vertragsinhalt geworden*

*... Unter einer betrieblichen Übung versteht man die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden. Aus diesem als Willenserklärung des Arbeitgebers, die von den Arbeitnehmern stillschweigend angenommen wird (§ 151 BGB), zu wertenden Verhalten des Arbeitgebers erwachsen vertragliche Ansprüche auf die üblich gewordenen Leistungen.*

BAG vom 4.5.1999, NZA 1999, 1162 ff: *Eine betriebliche Übung kann dadurch geändert werden, dass die AN einer neuen Handhabung über einen Zeitraum von drei Jahren nicht widersprechen. Die Annahme einer geänderten betrieblichen Übung in bezug auf die Zahlung eines Weihnachtsgeldes nur noch unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit der Leistung erfordert jedoch, dass der AG klar und unmissverständlich erklärt, die bisherige betriebliche Übung einer vorbehaltlosen Zahlung solle beendet und durch eine Leistung ersetzt werden, auf die in Zukunft kein Rechtsanspruch mehr bestehe.*

*Vgl. auch BAG vom 6. Januar 2002 - 5 AZR 715/00 -, Vorabmeldung als Pressemitteilung Nr. 02/02 des BAG: keine betriebliche Übung, falls nicht-tarifgebundener AG jahrelang Tarifierhöhung „mitmacht“.*

---

<sup>9</sup> Preis in: Erfurter Kommentar, § 611 BGB Rn. 276. – Kritisch zur sog. Vertragstheorie Lieb, Arbeitsrecht, S. 22

VI. Immer wieder erörtert: **Rechtsprechung als Rechtsquelle?** Problem des Richterrechts (EuGH, BAG, BVerfG).

Das Richterrecht ist keine Rechtsquelle im eigentlichen Sinn, da es keine rechtliche Bindungswirkung für zukünftige Fälle entfaltet. Allerdings folgen die Instanzgerichte häufig der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, so dass es gerechtfertigt ist, von einer **faktischen Bindungswirkung** zu sprechen. Angesichts dieser Bindungswirkung ist das Richterrecht einer Rechtsquelle ähnlich. Die Bedeutung des Richterrechts im Arbeitsrecht ist enorm, denn speziell im Arbeitsrecht existieren viele unbestimmte Rechtsbegriffe, die der gerichtlichen Interpretation bedürfen, z.B. "soziale Rechtfertigung" im Sinne des § 1 KSchG und "Unzumutbarkeit" im Sinne des § 626 BGB. Des weiteren sind Bereiche wie z.B. das Arbeitskampfrecht überhaupt nicht gesetzlich geregelt. Darüber hinaus sind die Betriebsrisikolehre, das Ruhegeldrecht und die Haftung der Arbeitnehmer im Individualarbeitsrecht ebenfalls hauptsächlich durch Rechtsprechung und Wissenschaft entwickelt worden. Wegen des starken Einflusses des Richterrechts sieht Gamillscheg den Richter gar als den eigentlichen Herrn des Arbeitsrechts an.<sup>10</sup>

Sog. gesetzesvertretendes Richterrecht als häufige Erscheinung im Arbeitsrecht.  
*BVerfG 26.6.1991, BVerfGE 84, 212-232* : *Bei unzureichenden gesetzlichen Vorgaben müssen die Gerichte das materielle Recht mit den anerkannten Methoden der Rechtsfindung aus den allgemeinen Rechtsgrundlagen ableiten, die für das betreffende Rechtsverhältnis maßgeblich sind.*

Kurz gefasst:

Das Arbeitsrecht besteht aus

1. **staatlich** gesetzten Vorschriften (Verfassung, Gesetze, Rechtsverordnungen),
2. **autonomen**, also eigenverantwortlich, ohne staatliche Einflussnahme gesetzten Regelungen (Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen, Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften),
3. **Grundsätzen des Richterrechts** (insb. Rechtsprechung des BAG und des BVerfG).

---

<sup>10</sup> Preis, a.a.O., S. 143

## VII. Die Normenpyramide



## VIII. ZUM ÜBEN:

Aus einem BAG-Urteil<sup>11</sup>:

Der Kl. ist seit Mitte 1969 für den Bekl. als Autor, Regisseur und Realisator tätig. Er stellt für den Bekl. größere Sendungen und Magazinbeiträge her. Er arbeitet hauptsächlich für Sendungen mit naturwissenschaftlichem Hintergrund. Dabei wird er im wesentlichen für die Redaktionen Kulturspiegel sowie Weiterbildung II tätig.

Während einer Produktion hält sich der Kl. im Betrieb des Beklagten auf und verrichtet dort seine Arbeit. Dabei stellt der Bekl. dem Kl. die zur Herstellung eines sendefähigen Beitrages notwendige technische Ausrüstung sowie die entsprechenden Mitarbeiter zur Verfügung.

In der Regel rechnen die Parteien jeweils nach einer fertigen Produktion auf der Grundlage der Honorarbedingungen für freie Mitarbeiter im Fernsehen ab. Dort wird der Kl. jeweils ausdrücklich als freier Mitarbeiter des Bekl. bezeichnet

Der Kl. hat die Auffassung vertreten, zwischen ihm und dem Bekl. bestehe seit dem 1. 12. 1969 bzw. seit einem späteren Zeitpunkt ein unbefristetes Arbeitsverhältnis. Entscheidend sei, dass der Beklagte wie ein Arbeitgeber über ihn verfüge. Das komme zum einen in den Dienstplänen zum Ausdruck, in denen er aufgeführt sei, zum anderen in dem zeitlichen Umfang seiner Tätigkeit. Er sei in den ganzen Jahren nahezu ausschließlich für den Bekl. tätig gewesen. Dieser plane ihn auch über längere Zeiträume hinweg ein und nehme ihn in Anspruch; so hätten beispielsweise die Arbeiten in der Hauptabteilung Kursus und Bildungsprogramm über zwei Jahre gedauert. Außerdem müsse er mit Nachteilen rechnen, falls er infolge anderweitiger Angebote dem Bekl. nicht zur Verfügung stehe. Er habe bei dem Bekl. einen festen Arbeitsplatz, auf dem er auch telefonisch erreichbar sei. Im übrigen werde eine Perso-

---

<sup>11</sup> 9.6.1993, AP Nr. 66 zu § 611 BGB Abhängigkeit

nalakte über ihn geführt. Er müsse zudem seinen Urlaub beantragen und genehmigen lassen. Er sei außerdem in jedem Jahr als Redakteur eingesetzt worden und habe im "Kulturspiegel" ständig redaktionelle Alltagsarbeiten verrichtet. Der Kl. hat einen entsprechenden Feststellungsantrag gestellt.

Der Bekl. hat demgegenüber die Auffassung vertreten, es bestehe zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis, da der Kl. nicht persönlich abhängig sei. Denn er sei weder weisungsgebunden noch müsse er jeden Auftrag annehmen. Vielmehr werde er vor der Übernahme eines jeden Auftrags gefragt. Außerdem könne er Aufträge aus mehreren Hauptabteilungen annehmen.

a) Warum streiten die Parteien wohl um die gen. Rechtsfrage? M.a.W.: Welches sind die Vor- und Nachteile eines Arbeitsverhältnisses für die "Parteien"?

b) Woraus ergibt sich die Beantwortung der Frage, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt oder nicht?

## C. EUROPÄISCHES ARBEITSRECHT<sup>12</sup>

### 1. Rechtsgrundlagen

a. **Ausgangspunkt** für "Europagesetze", also für europarechtliche Normen, ist der **EG-Vertrag**. Dieser enthält jedoch kaum materielle arbeitsrechtliche Regelungen.

Am weitesten entwickelt sind die Regelungen zur **Garantie der Freizügigkeit** in den Art. 48 ff. EGV. Es geht dabei um die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer durch die Mitgliedstaaten.

Zu beachten ist, dass diese Garantie gem. Art. 48 EGV keine Anwendung auf die Beschäftigten im Öffentlichen Dienst findet.

Wichtig ist die **Garantie der Lohngleichheit für Männer und Frauen**. Sie ist in Art. 119 EGV geregelt. Dies ist übrigens die einzige Norm im EGV, die unmittelbar ein Stück europaweites Arbeitsrecht schafft. Insbesondere die Richtlinien 75/117 (Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen) und 76/207 (Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung) haben diesen Grundsatz konkretisiert.

b. Die nähere **Ausgestaltung**, also die eigentliche **Rechtssetzung**, erfolgt durch Verordnungen und Richtlinien.

#### **Die Verordnung (Art. 189 II EGV)**

Sie hat allgemeine Geltung, ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat. Die VO schafft damit einheitliches Recht in der EU mit Wirkung oder für und gegen jeden Normadressaten. Eine Umsetzung in nationales Recht ist nicht nötig, sie verdrängt materielles Recht und verhindert dessen Wirksamkeit für die Zukunft. Bewusste Lücken (sog. hinkende VO) werden durch materielles Recht geschlossen.

Im Arbeitsrecht kommt die VO vor allem im Zusammenhang mit Fragen der Freizügigkeit der Arbeitnehmer vor.

#### **Die Richtlinie (189 III EGV)**

---

<sup>12</sup> Auszug aus Then, Systematik, S. 250 ff, von mir bearbeitet und ergänzt.



Die Richtlinie regelt in einer ersten Stufe einen bestimmten Bereich. Sie ist an die Mitgliedstaaten gerichtet und für diese hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich. Vgl. z. B. Art. 5 der Richtlinie 76/207: Abs. 1 normiert den Grundsatz der Gleichbehandlung hinsichtlich aller Arbeitsbedingungen.

Die innerstaatlichen Stellen haben in einer zweiten Stufe diesen Grundsatz in nationales Recht umzusetzen. Vgl. hierzu die weitere Formulierung in Art. 5 der Richtlinie: "Zu diesem Zweck treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen ..." Die Wahl der Form und der Mittel (Ausgestaltung durch Gesetze usw.) für die Umsetzung der Ziele der Richtlinie in nationales Recht wird den Mitgliedstaaten überlassen. Die Grundsätze der Richtlinie 76/207 sind etwa in § 611a BGB umgesetzt worden.

Die Richtlinie entfaltet über den Umsetzungsbefehl hinaus eine Sperrwirkung gegenüber nationalen Regelungen. Dabei ist jeweils durch Auslegung der Richtlinie zu ermitteln, ob die Sperrwirkung nur für nationale Regelungen gilt, die den Arbeitnehmer benachteiligen oder auch für Regelungen, die über die Richtlinie zugunsten des Arbeitnehmers hinausgehen.

Zu beachten: Wenn der Staat die Richtlinie nicht fristgemäß oder nicht hinreichend in nationales Recht umgesetzt hat, kann sich der Bürger gegenüber dem Staat auf die Richtlinie berufen, wenn diese eine Vergünstigung begründet, inhaltlich unbeding ist (also keiner Bedingung unterliegt) und hinreichend bestimmt ist (unmittelbare vertikale Direktwirkung).

Argument des EuGH: Es wäre mit der Verbindlichkeit des Art. 189 EGV unvereinbar, wenn ein Staat die Richtlinie nicht umsetzt und sich dann gegenüber dem Begünstigten auf das Versäumnis beruft. Das BVerfG hat dies anerkannt (BVerfGE 75, 223; interessant zu diesem Problembereich ist auch BVerfG 22.10.86, BVerfGE 73, 339 ff).

Kommt der Bürger über die unmittelbare Direktwirkung nicht zu seinem Recht, hat er einen Schadensersatzanspruch gegen den Staat.

Die Richtlinie kann andererseits aber keine Verpflichtung des einzelnen Bürgers begründen, so dass sich ein Bürger nicht gegenüber seinem Rechtsgenossen auf die Richtlinie berufen kann (keine horizontale Drittwirkung).

## 2. Die Rechtsprechung des EuGH

Dem EuGH obliegt gem. Art. 164 EGV die **Sicherung der Einheit der Gemeinschaftsrechtsordnung**, er hat die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des Vertrages zu sichern. Es sollen die im europäischen Recht festgelegten Grundsätze und Regelungen in allen Mitgliedstaaten gleich gelten und angewendet werden. Der EuGH ist aber **nicht** zuständig für die Auslegung und Anwendung des **Rechts der Mitgliedstaaten**.

Der EuGH hat die in den §§ 168 a ff. EGV geregelte Kompetenzen. Arbeitsrechtlich bedeutsam sind die folgenden Fälle:

- a) Klagen der Kommission gegen die Mitgliedstaaten (**Vertragsverletzungsverfahren** gem. § 169 EGV),
- b) Vorlagen nationaler Gerichte im Wege der **Vorabentscheidungen** (Art. 177 EGV).

Zu a. Vertragsverletzungsverfahren (Art. 169 EGV)

Wenn der Mitgliedstaat nach Ansicht der Kommission gegen EG-Recht verstoßen hat, wird er angehört, dann gemahnt und schließlich wird der EuGH angerufen.

Merke: Antragsberechtigt ist nur die **Kommission**, der vom vertragswidrigen Verhalten betroffene **Bürger** muss die nationalen Gerichte anrufen (Anspruchsgrundlage: unmittelbare Wirkung der EU-Normen). Das nationale Gericht kann dann den EuGH anrufen (Vorabentscheidungsverfahren).

Zu b. Besonders wichtig für die arbeitsrechtliche Praxis ist das Vorabentscheidungsverfahren (Art. 177 EGV)

Ist für ein nationales Gericht bei der Entscheidung eines Falles eine EU-Regelung **entscheidungserheblich**, so kann es (das letztinstanzliche Gericht **muss**: Bei Nichtvorlage trotz Vorlagepflicht wird der Betroffene im Recht auf seinen gesetzlichen Richter verletzt [Art. 101 I 2 GG]) hinsichtlich der **Auslegung dieser Norm** den EuGH zur Entscheidung anrufen.

Der EuGH ist damit nicht in die nationale Rechtsprechung eingebunden, er ist kein "Super-Verfassungsgericht". Der EuGH und die nationalen Gerichte üben ihre Rechtsprechung **nebeneinander** aus.

Der EuGH **entscheidet** in einem objektiven prozessualen **Zwischenverfahren** durch Urteil über die vom nationalen Gericht **aufgeworfene Frage**. Er hat dazu zu prüfen, **wie die EU-Regelungen auszulegen** sind. Insbesondere sind zu prüfen

die **Auslegung** der Regelungen des **EU-Vertrages**,

die Gültigkeit und **Auslegung** der Handlungen der Organe der Gemeinschaft und der europäischen Zentralbank, also die **Verordnungen und Richtlinien**.

Das **Urteil** ergeht nach schriftlicher Anhörung der Parteien des Ausgangsverfahrens, dem Mitgliedstaat, der Kommission und ggf. des Rats und mündlicher Verhandlung.

Das Urteil **bindet** das vorlegende Gericht wie auch andere Gerichte **in dieser Sache**. Allerdings ist eine **erneute Anrufung** des EuGH in derselben Sache zur weiteren Klärung möglich. Darüber hinaus entfaltet das Urteil aber keine Bindungswirkung. Die nationalen Gerichte werden das Gemeinschaftsrecht jedoch i.d.R. in der vom EuGH vorgegeben Auslegung anwenden.

### 3. Die arbeitsrechtlichen Richtlinien der EU<sup>13</sup>

#### Arbeitsrechtliche Richtlinien der EG

Richtlinie	Stichwort	Umsetzung	Rdnr.
75/177/EWG	Gleiches Entgelt	§§ 611 a, 612 III BGB	38
75/129/EWG	Massenentlassungen	§§ 17-22 KSchG	355
76/207/EWG	Gleichbehandlung	§§ 611a, 611b BGB	162
77/187/EWG	Betriebsübergang	§ 613 a BGB	133,546
80/987/EWG	Zahlungsunfähigkeit	§§ 183 ff. SGB III	257, 447
86/378/EWG	Gleiches Ruhegeld	Rechtsprechung	38
91/553/EWG	Unterrichtung	NachwG	175
93/104/EG	Arbeitszeitgestaltung	ArbZG	217
94/33/EG	Jugendarbeitsschutz	JArbSchG	179
94/45/EG	Europ. Betriebsrat	EBRG	798, 799
96/71/EG	Entsendung	AEntG	551 '
97/80/EG	Gleichbehandlung	§ 611aI3BGB	164
97/81/EG	Teilzeitarbeit	§ 4 I TzBfG	119
98/50/EG	Betriebsübergang	§ 613 a BGB	133,546
98/59/EG	Massenentlassungen	§§ 17-22 KSchG	355
99/70/EG	Befristete Arbeitsverträge	§ 14 TzBfG	437
00/43/EG	Rassendiskriminierung	(noch nicht)	31

<sup>13</sup> Quelle: Junkers, Grundkurs Arbeitsrecht, S. 24 f

## 2. Teil: Fälle

**Fall Nr. 8:** *Gunnar Stein, geb. 1960, wurde - als diplomierter Agronom - am 1.2.1994 vom Deutschen Entwicklungshilfedienst (Sitz: Bonn) eingestellt, um bei einem Kultivierungsprojekt im Norden Kolumbiens (voraussichtliche Dauer: 4 Jahre) mitzuarbeiten. Die lokale Zentrale des Projekts befindet sich in Bogotá; Stein ist dort mindestens zweimal im Monat. Im Oktober 1995 kam es zu fachlichen (und persönlichen) Auseinandersetzungen mit dem Projektleiter. Am 2.11.1995 wurde dem Stein sodann zum 31.12.1995 gekündigt "wegen unüberbrückbarer sachlicher Differenzen". Stein meint, hier hätte der Betriebsrat des DED in Bonn beteiligt werden müssen. Da dies (unstreitig) unterblieben sei, habe die Kündigung keinerlei Wirkung.*

Hinweis: vgl. [BAG vom 7.12.1989, AP Nr. 27 zu Internat. Privatrecht Arbeitsrecht](#) [n ipr-ar1.doc]

**Fall Nr. 9:** *Frau Lieselotte Kern, geb. 1958, will - nach gescheiterter Ehe und Einschulung ihrer Zwillinge ins Gymnasium - wieder in ihrem Beruf als Sekretärin arbeiten. Nach längerem Suchen findet sie anfangs 1995 eine Stelle bei der Fa. Metallic GmbH & Co. KG. Im (schriftlichen) Arbeitsvertrag findet sich u.a. folgende Klausel: "Bezahlt wird nur die effektiv geleistete Arbeit".*

a) *In der Zeit vom 6. bis 23.2.1996 ist sie wegen einer schlimmen Erkältung krank geschrieben.*

b) *Am 1.3.1996 fährt sie - mit Einwilligung ihres Vorgesetzten - nach Freiburg, um dort die Goldene Hochzeit ihrer Eltern zu feiern.*

*Die Firma will für die jeweiligen Fehlzeiten nicht zahlen und beruft sich dabei auf die gen. Vertragsklausel. Zu Recht?*

**Fall Nr. 10:** *In einem Tarifvertrag finden sich folgende Bestimmungen:*

*§ 11: Der Jahresurlaub beträgt für Arbeitnehmer, die das 18. Lebensjahr vollendet haben und jünger als 25 Jahre sind: 20 Tage. Ab Vollendung des 30. Lebensjahres beträgt der Urlaub 24 Tage.*

*§ 12: Der Anspruch auf den vollen Jahresurlaub entsteht erstmalig nach einer ununterbrochenen Beschäftigungsdauer von 9 Monaten.*

*Anton Huber, 22 Jahre alt, arbeitet in der Fa. X-AG seit dem 1.10.1995. Am 1.3.1996 beantragt er Urlaub für die Zeit vom 29.4. bis zum 25.5.1996. Die Firma lehnt dies unter Hinweis auf den für beide Seiten verbindlichen Tarifvertrag ab. Zu Recht?*

**Fall Nr. 11:** *Judenwitz als Kündigungsgrund: Abmahnung nicht nötig; BAG v. 5.11.1992 ArbU 1993, 124 f. Kann Schulleiter A. (Berlin) hieraus "Honig saugen" für die Fallkonstellation, dass ein Lehrer Blondinenwitze erzählt hat? Oder Türkenwitze?*

Zur Problematik von Rechtsextremismus als Kündigungsgrund vgl. S. 261 ff

**Fall Nr. 11a:**

*Die Flughafen AG Frankfurt/Mai hatte den Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen der Verwaltung von 1972 bis 1990 Jahr für Jahr einen halben Arbeitstag bezahlte Freizeit für den Besuch des Frankfurter Volksfestes „Wäldchestag“ (Pfungstdienstag) gewährt. Dies geschah jedes Jahr durch einen Aushang einige Wochen vor Pfingsten, der die Modalitäten der Arbeitsbefreiung regelte und u. a. folgende Ausführungen enthielt: "Zum Besuch de Frankfurter Volksfestes kann am Pfungstdienstag ab 12.30 Uhr – sofern die betrieblichen Belange dies zulassen – wie bereits in den Vorjahren von den Vorgesetzten eine zweckgebundene Arbeitsbe-*

*freierung gewährt werden. Wir freuen uns, dass die günstige wirtschaftliche Entwicklung in diesem Jahr wieder die Arbeitsbefreiung erlaubt. Im Frühjahr 1991 erklärte die Geschäftsleitung, wegen der stark angestiegenen Personalkosten werde es künftig keine Arbeitsbefreiung mehr am „Wäldchestag“ geben. Ottokar Schiehli – seit 1978 in der Personalabteilung der Flughafen AG beschäftigt – möchte wissen, ob er am Pfingstdienstag 1991 Arbeitsfreistellung verlangen kann*

Vgl. hierzu [BAG vom 12.1.1994](#), NZA 1994, 694 ff („Wäldchestag“)

### Lektion Nr. 3: Tarifrecht

Ø EINFÜHRENDE LITERATUR: Brox, Rn. 249-300a

Ø INHALT:

1. Teil: Grundlegung
  - A. Vorbemerkungen
  - B. Systematische Darstellung
    - I. Doppelnatur von Tarifverträgen
    - II. Zustandekommen von Tarifverträgen
    - III. Arten von Tarifverträgen
    - IV. Der normative Inhalt von Tarifverträgen
    - V. Der obligatorische Teil des Tarifvertrages
    - VI. Beendigung von Tarifverträgen
    - VII. Auslegung von Tarifverträgen
    - VIII. Gerichtliche Kontrolle von Tarifverträgen
    - IX. Schwieriger Rechtsschutz
2. Teil: Fälle
3. Teil: Probleme
  1. Flächendeckende Tarifverträge
  2. Neudefinition des Günstigkeitsprinzips ?
  3. Tarifvertrag und Kirche
  4. Rückwirkende Tarifverträge ?
  5. Nachwirkung eines Tarifvertrages
4. Teil: Ergänzende Ausführungen
  1. Inhalt von Tarifverträgen
  2. Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifvertrages
5. Teil: Historische Texte
  1. Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund vom 21.6.1869
  2. Gesetz betr. Die Aufhebung des § 153 GewO, vom 22.5.1918
  3. Zentralgemeinschafts-Vereinbarung zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden vom 15.11.1918

\*\*\*\*

# 1. Teil: Grundlegung

## A. Vorbemerkungen

- a) Die Stabilität des Systems der sog. Sozialen Marktwirtschaft basiert wesentlich auf der Funktionstüchtigkeit eines ausgebauten Tarifsystems. Dafür ist entscheidend, dass den sozialen Gegenspielern auf der Grundlage der Tarifautonomie eine Schlüsselrolle bei der Gestaltung des Arbeitslebens eingeräumt wird. – In den Bereichen, in denen es zu keinem Abschluss von Tarifverträgen kommt, ist es möglich, durch staatliches Handeln zur Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen zu kommen, allerdings nur unter ganz bestimmten, eng umschriebenen Voraussetzungen (Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen vom 11.1.1952). Bislang ist von dieser Möglichkeit noch in keinem Fall Gebrauch gemacht worden.

Die praktische Bedeutung von Tarifverträgen: zurzeit sind ca. 49.500 Tarifverträge in Kraft, die die Arbeitsbedingungen von ca. 90 % aller AN in Deutschland regeln. Davon sind ca. 4.700 Firmentarifverträge.

*Insgesamt lässt sich sagen, dass die Tarifvertragsparteien seit 1949 von der Möglichkeit, Tarifverträge abzuschließen, starken Gebrauch gemacht haben.. Die abgeschlossenen Tarifverträge gelten für Wirtschaftszweige, in denen etwa 90% der Arbeitnehmer beschäftigt sind. Nur für wenige Branchen, vor allem in Teilen des Dienstleistungssektors, gibt es keine Tarifverträge. Die Gesamtzahl der in den vergangenen 50 Jahren abgeschlossenen Tarifverträge beläuft sich auf sage und schreibe 317.000, im Gesamtdurchschnitt mehr als 6.300, im Durchschnitt der letzten zehn Jahre sogar mehr als 7.800 Tarifverträge pro Jahr. An jedem Arbeitstag werden in Deutschland durchschnittlich rund 30 Tarifverträge abgeschlossen. Im Jahr 1999 wurden in Deutschland ca. 7.000 Tarifverträge abgeschlossen und im Tarifregister eingetragen.<sup>14</sup>*

- b) Rechtsgrundlage für Tarifverträge: das TVG vom 9.4.1949 i.d.F. vom 25.8.1969

Das TVG ist im Jahr 1999 50 Jahre alt geworden. Ebenso lange besteht das aufgrund von § 6 TVG im Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung geführte Tarifregister, in das alle in Deutschland abgeschlossenen Tarifverträge eingetragen werden.

Die Geschichte des Tarifvertragswesens in Deutschland ist wesentlich älter als die des heute gültigen Tarifvertragsrechts. Bereits im Jahr 1873 wurde der erste zentrale Tarifvertrag abgeschlossen, der "Erste allgemeine Tarif der Buchdrucker". Vor dem Ersten Weltkrieg, im Jahr 1913, galten bereits etwa 13.500 Tarifverträge. Sie erfassten aber nur etwa 2 Millionen Arbeiter, das waren knapp 10% aller damals beschäftigten Arbeiter. Die erste gesetzliche Regelung des Tarifvertragsrechts war die "Verordnung über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten" vom 23. Dezember 1918. Im Jahr 1919 wurden bereits rund 6 Millionen Arbeitnehmer von Tarifverträgen erfasst.

Im Jahr 1933 wurden Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie beseitigt. Die frei vereinbarten Tarifverträge wurden durch staatliche "Tarifordnungen" abgelöst. Nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges konnten auf Grund einer Kontrollratsdirektive bereits ab 1946 wieder Tarifverträge abgeschlossen werden. Von den Alliierten wurde jedoch ein Lohnstopp verfügt, der die gewerkschaftliche Bewegungsfreiheit bis zur Währungsreform im Juni 1948 erheblich einschränkte.

Das Tarifvertragsgesetz vom 9. April 1949 galt räumlich zunächst nur für die Länder der britischen und amerikanischen Besatzungszonen. Die Länder der französischen Besatzungszone kamen durch Gesetz vom 23. April 1953 hinzu; das wieder in die Bundesrepublik Deutschland eingegliederte Saarland durch Gesetz vom 30. Juni 1959. Berlin hatte zunächst ein eigenes Tarifvertragsgesetz vom 12. September 1950, das nur unwesentlich vom bundesdeutschen Tarifvertragsgesetz abwich. Durch Gesetz vom 25. Januar 1975 hat das Land Berlin das Tarifvertragsgesetz der Bundesrepublik Deutschland übernommen. Mit Wirkung vom 1. Juli 1990 wur-

---

<sup>14</sup> Clasen, Tarifentwicklung '99, BABl 4/2000 S. 11 ff (11)

den durch Artikel 17 des Vertrages über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion Tarifautonomie und Koalitionsfreiheit auch in der Deutschen Demokratischen Republik eingeführt.

Das Tarifvertragsgesetz regelt in wenigen Paragraphen die rechtlichen Grundlagen über Inhalt und Form des Tarifvertrages, Tarifvertragsparteien, Tarifgebundenheit, Wirkung der Rechtsnormen, Allgemeinverbindlichkeit, Tarifregister und die damit zusammenhängenden Fragen. Der Tarifvertrag regelt die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien und enthält Rechtsnormen, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen können.

Das Tarifvertragsgesetz ist seit 1949 nur wenige Male geändert worden. Bedeutsam war die Einfügung der §§ 12a und 12b durch Gesetz vom 29. Oktober 1974. Dadurch wurde den Tarifvertragsparteien erstmals die Möglichkeit eröffnet, Tarifverträge für "Arbeitnehmerähnliche Personen" abzuschließen, also für wirtschaftlich abhängige Personen, die als sozial schutzwürdige Personen vergleichbar mit einem Arbeitnehmer sind.<sup>15</sup>

c) Charakteristisch: neben einem obligatorischen Teil (der die Rechte und Pflichten der **Tarifvertragsparteien** festlegt, § 1 Abs. 1, 1. Hs. TVG) enthält der Tarifvertrag (meistens) einen sog. normativen Teil, der die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer regelt, § 1 Abs. 1 2. Hs. TVG).

d) Funktionen des Tarifvertrages:

- Schutzfunktion
- Ordnungsfunktion
- Verteilungsfunktion
- Friedensfunktion.

e) Tarifliche Regelungen haben gegenüber staatlich gesetztem Recht eine Interessenausgewogenheit und eine Richtigkeitschance als Plus aufzuweisen. Dadurch wird eine Prioritätsvermutung von tarifautonomen gegenüber staatlichem Recht begründet.

Vgl. hierzu BVerfGE 34, 307 (317): „Das Zurücktreten des Staates zugunsten der Tarifvertragsparteien rechtfertigt sich auch daraus, dass die Betroffenen besser wissen und handeln können, was ihren beiderseitigen Interessen und dem gemeinsamen Interesse entspricht, als der demokratisch gewählte Gesetzgeber.“ Vgl. auch BVerfG vom 9.10.1991, NJW 1992, 549 ff. (zu Art. 9 Abs. 1 GG).

Wesentliches Merkmal und Voraussetzung für das Funktionieren des Systems ist die **Tarifautonomie**. [BVerfG vom 26.6.1991](#), BVerfGE 84, 212 (229) = NJW 1991, 2549:

*„Die Tarifautonomie ist darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluss von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen.“*

Vgl. insoweit auch die Festschreibung im „Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der BRD und der DDR“ vom 18.5.1990, Gemeinsames Protokoll über Leitsätze, A. ..., III. Sozialunion Ziff. 3:

---

<sup>15</sup> ebenda

*Löhne und sonstige Arbeitsbedingungen werden nicht vom Staat, sondern durch freie Vereinbarungen von Gewerkschaften, Arbeitgeberverbänden und Arbeitgebern festgelegt.*

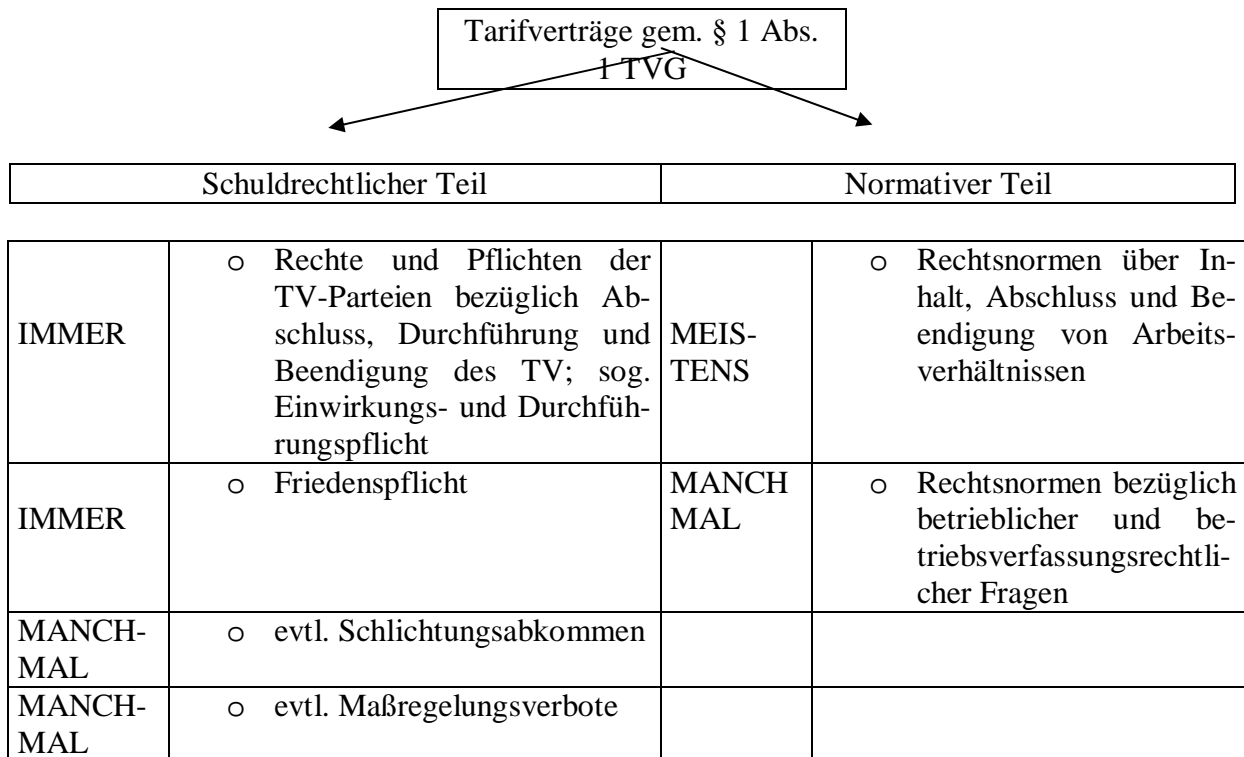
[Beck-Texte im dtv, Arbeitsgesetze, Leitziffer 71]

f) Als Beispiele für die Vielfalt von Tarifverträgen s. die Auflistung in AiB 1997, 651 ff, 712 ff, 1998, 37 ff

HINWEIS: Eine vorzügliche Darstellung des Spannungsverhältnisses „Arbeitsrecht - Vertragsfreiheit – Tarifvertrag“ bietet Uwe Wesel in seinem Buch „Fast alles was Recht ist. – Jura für Nichtjuristen“, Frankfurt a. M., 1991, S. 343 ff (Kapitel „Arbeitsrecht“).

## B. Systematische Darstellung

### I. Rechtsnatur: Doppelnatur als Schuldvertrag und Normenvertrag.





## II. Zustandekommen von Tarifverträgen

### 1. Tarifparteien (tariffähige Vereinigungen, § 2 TVG)

a) Zum Begriff der tariffähigen Gewerkschaft s. Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der BRD und der DDR vom 18.5.1990, Gemeinsames Protokoll der Leitsätze, III. Sozialunion (Beck/dtv, Leitnummer 71). Erste Versuche im Hinblick auf eine Begriffsbestimmung bereits im Deutsch-polnischen Abkommen über Oberschlesien vom 15.5.1922 (RGBl 1922 II 305).

Zwei Gruppen von Merkmalen<sup>16</sup>:

1° Merkmale, die vom *Legitimationsinteresse der Mitglieder der Tarifparteien* getragen werden: freie Bildung von Koalitionen, privatrechtlicher Charakter, demokratische Organisation, Tarifwilligkeit;

2° Merkmale, die aus dem *Anliegen des Staates* resultieren, *Tariffähigkeit* nur solchen Vereinigungen zuzugestehen, die zur *Herbeiführung eines Interessenausgleichs in der Lage sind*: Dauerorganisation (keine Ad-hoc-Vereinigung), Anerkennung des staatlichen Tarifwesens, Gegnerreinheit und Gegnerunabhängigkeit, Unabhängigkeit vom Staat, Überbetrieblichkeit, soziale Mächtigkeit.

Beispiel eines Verfahrens: ArbG Berlin vom 23.2.1996, ArbuR 1996, 342 (Gewerkschaft der Kraftfahrer Deutschlands).

Siehe auch: BAG v. 6.6.2000 - 1 ABR 10/99, AP Nr. 55 zu § 2 TVG:

*Die Tariffähigkeit und damit Gewerkschaftseigenschaft einer Arbeitnehmervereinigung setzt voraus, dass diese ihre Aufgabe als Tarifpartnerin sinnvoll erfüllen kann. Dazu bedarf es einer entsprechenden Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler und einer ausreichenden Leistungsfähigkeit der Organisation (Bestätigung der ständigen Rechtsprechung).*

*Der Interessenverband "Bedienstete der Technischen Überwachung" (BTÜ) erfüllt diese Voraussetzungen nicht und ist daher keine Gewerkschaft.*

BAG, Beschluss vom 14.12.2004 – 1 ABR 51/53, Pressemitteilung Nr. 93/04: "UFO" ist eine Gewerkschaft

*Die Unabhängige Flugbegleiter Organisation (UFO) ist eine Gewerkschaft und deshalb zu Tarifabschlüssen in der Lage. Sie erfüllt alle hierfür nach der Rechtsprechung erforderlichen Voraussetzungen. Die Arbeitnehmervereinigung hat sich als satzungsgemäße Aufgabe die Wahrnehmung der Interessen ihrer Mitglieder gesetzt und ist willens, Tarifverträge abzuschließen. Sie ist frei gebildet, gegnerfrei, auf überbetrieblicher Grundlage organisiert, strukturell unabhängig und erkennt das geltende Tarifrecht an. Obwohl es sich um eine relativ kleine Organisation handelt, ist sie hinreichend mächtig, um Druck auf die Arbeitgeberseite auszuüben. Bei ihr sind mindestens 32 % der ca. 20.000 Flugbegleiter organisiert. Diese sind im Falle eines Streiks kurzfristig nur schwer ersetzbar.*

*Der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts wies daher wie bereits die Vorinstanzen einen Antrag der Gewerkschaft Ver.di ab, mit dem diese die Feststellung begehrte, UFO sei keine Gewerkschaft. Ursprünglich hatte sich UFO lediglich zum Ziel gesetzt, den in den damaligen Gewerkschaften ÖTV und DAG organisierten Flugbegleitern eine gemeinsame Plattform zu geben. Im Jahr 1999 entschloss sie sich jedoch, künftig selbst als Gewerkschaft aufzutreten, und änderte ihre Satzung entsprechend. Seit dem Jahr 2000 hat UFO schon eine Reihe von Tarifverträgen abgeschlossen.*

---

<sup>16</sup> Löwisch, ZfA 1970, 295

Statistik: In der größten Gewerkschaftsorganisation – dem Deutschen Gewerkschaftsbund (DGB) mit seinen acht Einzelgewerkschaften – sind ca. 7,7 Millionen Mitglieder organisiert (Stand: Ende 2004). 1989: 7,9 Millionen, 1990 – nach der Wiedervereinigung: 11,8 Millionen Mitglieder.<sup>17</sup> Weitere Gewerkschaftsorganisationen sind die zahlreichen Verbände im Bereich des Öffentlichen Dienstes (z. B. Deutscher Beamtenbund mit ca. 1 Mio Mitgliedern; KOMBA, Philologenverband) und der Christliche Gewerkschaftsbund (CGB) mit ca. 303 000 Mitgliedern im Jahre 1998.<sup>18</sup>

Vgl. Artikel im „Tagesspiegel“ vom 17.3.2004: DGB verliert 337 000 Mitglieder. – Mitgliederstand zur Zeit:

Ver.di = 2,614 Mio; IG Metall = 2,525 Mio. Große Verluste infolge des verlorenen Streiks in Berlin – Brandenburg und Sachsen, von 212.000 auf 191.000 Mitglieder.

Rechtsvergleichender Hinweis: In Frankreich können nur sog. repräsentative Gewerkschaften (syndicats représentatifs) Tarifverträge abschließen, art. 133-1 C. trav. Die Repräsentativität wird von Amts wegen festgelegt nach gesetzlich vorgegebenen Kriterien, art. 133-2 C. trav.

b) Neuerdings Diskussionen um den Gewerkschaftsbegriff:

§ Stelling, Das Erfordernis der Überbetrieblichkeit – ein Anachronismus des modernen Gewerkschaftsbegriffs, NZA 1998, 920 ff

§ Schleusener, Der Gewerkschaftsbegriff des § 11 ArbGG, NZA 1999, 408 ff (Zur Frage, ob die soziale Mächtigkeit unabdingbare Voraussetzung einer Koalition ist; hierzu BAG vom 9.7.1968, AP Nr. 25 zu § 2 TVG (grundlegende Entscheidung); BAG vom 15.3.1977, AP Nr. 24 zu Art 9 GG; [BAG vom 16.1.1990](#), NZA 1990, 623 ff)

c) Problem: Kann eine Gewerkschaft von Gewerkschaftsangehörigen gebildet werden?

BAG vom 17. Februar 1998 - 1 AZR 364/97, NZA 1998, 756 ff:

Gewerkschaftsbeschäftigte können zum Zweck der tariflichen Regelung ihrer Arbeitsbedingungen einen Verband gründen, der – sobald zur Gewerkschaft erstarkt – auch zum Streik aufrufen kann. Allerdings besondere Loyalitätspflichten gegenüber der AG (Gewerkschaft).

Mitgliedschaft im „Verband der Gewerkschaftsbeschäftigten“ als Kündigungsgrund gegenüber DGB-Angestellten?

d) Problem: Betätigungsfreiheit der Koalitionen (Grenzen)

Umfangreiche Rechtsprechung und Literatur. Grundlegend BVerfG vom 14.11.1995, NZA 1996, 381 ff.<sup>19</sup> Vgl. neuerdings BAG vom 25. Januar 2005 – 1 AZR 657/03 – Pressemitteilung Nr. 5/05: *Eine Polizeigewerkschaft darf in Dienstgebäuden der Polizei keine Unterschriftenlisten auslegen, mit denen beim Publikum um Unterstützung der Forderung nach einer Vermehrung der Planstellen für Polizeibeamte geworben wird. Zwar fallen solche Aktionen von Gewerkschaften unter die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Betätigungsfreiheit der Koalitionen. Diese unterliegt aber Schranken, wenn sie mit anderen verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern kollidiert. Dazu gehört auch der durch Art. 20 Abs. 3 GG gewährleistete Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Dieser verlangt, nicht nur die Möglichkeit einer sachwidrigen Beeinflussung des Verwaltungshandelns auszuschließen, sondern schon deren Anschein zu vermeiden. Auch dürfen staatliche Einrich-*

<sup>17</sup> Schoof, Betriebsratspraxis, Stichwort „Gewerkschaft“.

<sup>18</sup> Halbach u. a., Übersicht über das Arbeitsrecht, 4/25. Weitere Zahlenangaben, bezogen auf 1995, bei Otto, Einführung in das Arbeitsrecht, 2. A., S. 230

<sup>19</sup> Vgl. dazu Schulte-Westenberg, Gewerkschafts- kontra Arbeitgeberinteressen: Gewerkschaftliche Mitgliederwerbung während der Arbeitszeit - Abschied von der Kernbereichstheorie, NZA 1997, 375 ff

*tungen grundsätzlich nur im Rahmen ihres bestimmungsgemäßen Gebrauchs genutzt werden. Diese Grundsätze werden berührt, wenn eine Gewerkschaft in Polizeidienststellen Listen auslegt, auf denen die Besucher mit ihrer Unterschrift die an den Landesgesetzgeber gerichtete Forderung nach einem Stellenausbau der Polizei unterstützen sollen. Beim Publikum kann dadurch der Eindruck entstehen, mit der Unterschrift den Bediensteten einen Gefallen zu tun und so die Behandlung des eigenen Anliegens beeinflussen zu können. Außerdem besteht die Gefahr, dass die gewerkschaftliche Aktion durch den Ort ihrer Durchführung den Anschein staatlicher Billigung erfährt. Die gewerkschaftliche Betätigungsfreiheit muss in diesem Fall zurücktreten. Die Gewerkschaft ist nicht darauf angewiesen, die Unterschriftenaktion in den Polizeidienststellen durchzuführen.*

## 2. Tarifzuständigkeit

Ergibt sich grundsätzlich aus der jew. Satzung. Bisweilen Schwierigkeiten. Vgl. z. B. BAG, Beschluss vom 14. Dezember 1999 - 1 ABR 74/98, NZA 2000, 949 ff<sup>20</sup>: IG Metall tarifzuständige Gewerkschaft für ein Handelsunternehmen? Im konkreten Fall: ja !

Die Tarifzuständigkeit der IG Metall folgt schon aus der zwischen ihr und der HBV im Schiedsverfahren nach § 16 der DGB-Satzung erzielten Einigung, die die IG-Metall-Satzung auch für die Antragstellerin verbindlich interpretiert. Dieser Einigung im Vermittlungsverfahren kommt die gleiche Bindungswirkung zu wie einem Schiedsspruch, sie bleibt in den Grenzen der streitigen Satzungsbestimmung. Die Antragstellerin führt nämlich einen Betrieb, der nach seinem überwiegenden Zweck darauf gerichtet ist, Betriebe der Metallindustrie bei der Verwirklichung ihrer Zielsetzung zu unterstützen. Auf die Rechtsform und Branchenzugehörigkeit des Unternehmens der Antragstellerin kommt es nach § 3 Nr. 1 Satz 3 der IG-Metall-Satzung nicht an.

## 3. Form

Schriftform, § 1 Abs. 2 TVG, d.h. eine von beiden Seiten unterschriebene Vertragsurkunde, § 126 BGB. Zusätzlich Mitteilungspflicht, § 7 TVG gegenüber dem Arbeitsministerium und die Bekanntgabepflicht (Auslegungspflicht im Betrieb, gem. § 8 TVG).

Probleme wirft die Bekanntgabepflicht auf, u. a. in zweifacher Hinsicht:

- Was ist die „geeignete Stelle im Betrieb“? Die überwiegende Meinung sieht mittlerweile auch die Personalverwaltung oder das Betriebsratsbüro als „geeignet“ an (vgl. die Nachweise bei Hohenhaus, Die Bekanntmachung von Tarifverträgen im Betrieb nach § 8 TVG, NZA 2001, 1107 ff, 1110).
- Stellt § 8 TVG ein Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB dar? Falls ja, kann der AN Schadensersatzansprüche geltend machen, wenn er – wegen unterlassener Auslegung des TV – eine Ausschlussfrist für die Geltendmachung von tariflichen Ansprüchen versäumt hat. H. M. § 8 TVG ist eine reine Ordnungsvorschrift, so z. B. BAG vom 6.7.1972, AP Nr. 1 zu § 8 TVG. - Neuerdings wieder kontrovers diskutiert, S. die Hinweise bei Hohenhaus, aaO, S. 1111. BAG vom 11.11.1998, NZA 1999, 605: Sonderfall, dass in einem Tarifvertrag zwar Ausschlussfristen vorgesehen waren, die Ansprüche der AN aber nicht erlöschen sollten, wenn der fragliche TV dem AN nicht ausgehändigt wurde oder im Betrieb nicht ausgelegt war (also reine Einzelfallentscheidung, die keinerlei Rückschlüsse etwa auf eine bevorstehende Änderung der Rechtsprechung zulässt).

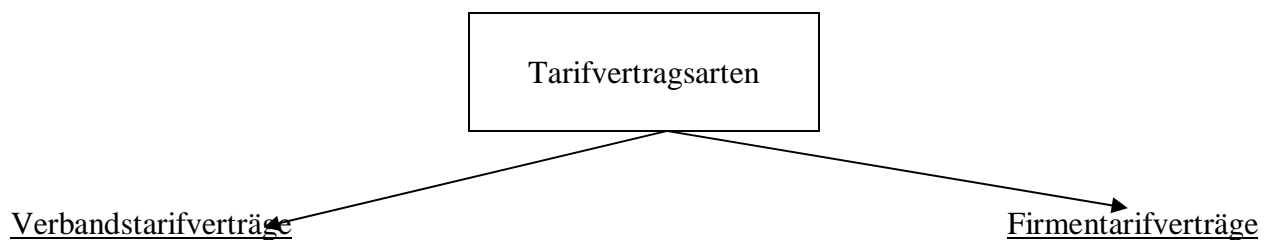
Auf jeden Fall gehört die Bekanntgabe des Tarifvertrages zu dessen Durchführung. Deshalb hat die tarifvertragsschließende Gewerkschaft einen einklagbaren Anspruch auf Erfüllung der Auslegungspflicht. Beim Firmentarifvertrag richtet sich der Anspruch direkt gegen den Arbeitgeber; beim Verbandstarifvertrag richtet sich der Anspruch gegen den Arbeitgeberverband in Gestalt einer Einwirkungspflicht auf die einzelnen Verbandsmitglieder..

---

<sup>20</sup> Leitsatz: Einer Einigung der beteiligten Gewerkschaften über die Tarifzuständigkeit in einem Vermittlungsverfahren nach § 16 der DGB-Satzung kommt die gleiche Bindungswirkung zu wie einem Schiedsspruch. Sie ist daher nicht nur für die beteiligten Gewerkschaften, sondern auch für den Arbeitgeber verbindlich.

### III. Arten von Tarifverträgen

- Verbands- / Firmentarifverträge
- Lohn- bzw. Gehaltstarifverträge  
Grundsätzlich kurze Laufzeiten, im Allgemeinen zwischen 9 und 12 Monaten.  
Vgl. aber Tarifvertrag im Öff. Dienst Juni 2000: Laufzeit 31 Monate!
- Lohnrahmentarifverträge, Rahmen- oder Manteltarifverträge  
Im Allgemeinen längere Laufzeiten, 3 bis 5 Jahre.



### IV. Der normative Teil des Tarifvertrages

#### 1. Inhalt des normativen Teils

- a) Normen für Arbeitsverhältnisse
  - Inhaltsnormen
  - Abschlussnormen
  - Beendigungsnormen
- b) Normen über betriebliche Fragen
  - Zeichnen sich schon vom Gegenstand her durch die Notwendigkeit einheitlicher Geltung im ganzen Betrieb ohne Rücksicht auf die Organisationszugehörigkeit der AN aus, d. h. sie betreffen die ganze Belegschaft oder bestimmte Teile davon: *Ordnungsnormen* (Rauchverbot, Torkontrolle)<sup>21</sup>; *Solidarnormen* (Werkskantine, Waschräume, Entlüftungsanlagen, Sicherheitsvorkehrungen); *Zulassungsnormen* (z. B. Verlängerung der arbeitsschutzrechtlich zulässigen Arbeitszeit durch TV, § 7 bzw. § 12 ArbZG)
- c) Normen über betriebsverfassungsrechtliche Fragen
  - Zu beachten: die Beteiligungsrechte des BR können vielfach erweitert werden; die organisatorischen Regelungen des BetrVG aber sind zwingender Natur; eine Abänderung durch TV ist nicht möglich; vgl. § 3 BetrVG (staatliche Zustimmung nötig!)
  - Hinweis: Die Zulassung von sog. betriebsverfassungsrechtlichen Normen hatte 1949 einen ganz anderen Stellenwert als heute, da seinerzeit noch das Kontrollratsgesetz Nr. 22 galt, das die Ausgestaltung der Betriebsverfassung durch Tarifverträge ausdrücklich forderte.
- d) Normen über gemeinsame Einrichtungen, vgl. § 4 Abs. 2 TVG
  - Von großer praktischer Bedeutung vor allem im Baugewerbe: Urlaubs- und Lohnausgleichskasse.

<sup>21</sup> HM. Zweifelnd Lieb, Arbeitsrecht, 7. A., Rn. 539, für den insbesondere die dafür erforderliche Unterwerfung der Außenseiter unter die Rechtssetzungsmacht der Tarifvertragsparteien unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten problematisch erscheint.

#### e) Prorogationsnormen

Das sind Normen, die eine vom gesetzlichen Regelfall abweichende Vereinbarung über die örtliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte enthalten, z. B. § 48 Abs. 2 ArbGG

Eine analytische Betrachtung ermöglicht dabei folgende Differenzierung der Tarifnormen:

#### ► **Individualnormen:**

- Inhalt der Arbeitsverhältnisse (z.B. Lohn, Arbeitszeit, Urlaub)
- Abschluss von Arbeitsverhältnissen (z.B. Formvorschriften, Einstellungsge- oder -verbote)
- Beendigung von Arbeitsverhältnissen (z.B. Altersgrenzen, Kündigungsfristen, Ausschluss der ordentlichen Kündigung)

#### ► **Kollektivnormen:**

- Betriebsnormen: Solidarnormen (z.B. Werkskantine) oder Ordnungsnormen (Rauch- oder Alkoholverbot)
- Betriebsverfassungsrechtliche Normen (vgl. §§ 3, 76 VIII BetrVG)
- Sog. Gemeinsame Einrichtungen (z.B. Urlaubskasse beim Bau)

### 2. Grenzen der Tarifautonomie (vgl. hierzu Otto, aaO, S. 243-251)

#### a) Innenschranken (Regelungskompetenz der Tarifparteien)

- ü Regelung von Arbeitsbedingungen
- ü Mindestarbeitsbedingungen / Günstigkeitsprinzip
- ü Kollektivfreie Individualsphäre (Lohnverwendungsabreden)
- ü Personelle Grenzen – Außenseiterschutz
- ü Geltungsbereich. Vgl. hierzu BAG vom 30.8.2000, 4 AZR 563/99<sup>22</sup>.

#### b) Außenschranken (Verstoß gegen höherrangiges Recht)

- ü verfassungsrechtliche Schranken (Art. 9 Abs. 3, 3 Abs. 2 GG, Rückwirkung?)
- ü gesetzliche Schutznormen
- ü allgemeine Inhaltskontrolle (aber: keine TARIFZENSUR !!)

### 3. Voraussetzungen der normativen Wirkung

- Wirksamkeit des Arbeitsvertrages

---

<sup>22</sup> Der Kläger arbeitete bei der Beklagten als Werkstudent. Er war zu dieser Zeit Mitglied der IG Metall. Die IG Metall hat mit der Beklagten Firmentarifverträge abgeschlossen, von deren persönlichem Geltungsbereich u.a. Werkstudenten ausdrücklich ausgenommen sind. Der Kläger begehrt die höhere tarifvertragliche anstelle der im Arbeitsvertrag vereinbarten Vergütung. Er macht geltend, die Herausnahme von Werkstudenten aus dem persönlichen Geltungsbereich der Tarifverträge sei wegen Verstoßes gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG unwirksam, so dass ihm infolge Tarifgebundenheit Tarifvergütung zustehe. Die Beklagte beruft sich demgegenüber darauf, dass die Tarifvertragsparteien aufgrund ihrer Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 3 GG in der Gestaltung des persönlichen Geltungsbereichs der Tarifverträge frei seien. Im übrigen gebe es für die Herausnahme der Werkstudenten sachliche Gründe. Das Landesarbeitsgericht hat ebenso wie das Arbeitsgericht den Anspruch des Klägers auf tarifliche Vergütung anerkannt. Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten. Die Revision hatte Erfolg, weil die Klage abzuweisen war. Die Herausnahme der Werkstudenten aus dem persönlichen Geltungsbereich der in Rede stehenden Tarifverträge ist nicht unwirksam, weil sie nicht gegen höherrangiges Recht verstößt. Die Bestimmung des persönlichen Geltungsbereichs eines Tarifvertrages ist von der Koalitionsfreiheit der Tarifvertragsparteien gedeckt. Art. 9 Abs. 3 GG findet hinsichtlich des persönlichen Geltungsbereichs von Tarifverträgen seine Grenzen nur im Verbot der Willkür durch Art. 3 Abs. 1 GG und in den Diskriminierungsverboten. Diese Grenzen sind hier nicht überschritten. Auch wenn man von einer stärkeren Bindung der Tarifvertragsparteien an Art. 3 Abs. 1 GG ausgeht, ist die tarifvertragliche Regelung wirksam, weil die Tarifvertragsparteien sich auf sachliche Gründe für die Herausnahme der Werkstudenten berufen können.

- Wirksamkeit des Tarifvertrages
- Richtiger Geltungsbereich des Tarifvertrages
- Tarifgebundenheit (beiderseitige Tarifbindung, § 3 Abs. 1 TVG, für Normen für Arbeitsverhältnisse; Tarifbindung des AG, § 3 Abs. 2 TVG, für Normen über betriebliche Fragen)

Im deutschen Tarifrecht gelten Tarifnormen grundsätzlich nur für Verbandsmitglieder. Anders z. B. Frankreich: Wirkung „erga omnes“, art. 135-2 C. trav.; ebenso Österreich in § 12 Abs. 1 Arbeitsverfassungsgesetz vom 14.2.1973: „Die Rechtswirkungen des Kollektivvertrages treten auch für Arbeitnehmer eines kollektivvertragsangehörigen Arbeitgebers ein, die nicht kollektivvertragsangehörig sind (Außenseiter).“

Eine Erstreckung der Wirkung der Tarifnormen ist aber möglich:

- Ü durch sog. Bezugnahme in den Arbeitsverträgen (evtl. Jeweiligkeitsklausel, auch Gleichstellungsabrede genannt. Vgl. hierzu: Schliemann, Arbeitsvertragliche Verweisung auf Tarifverträge, in: NZA, Sonderbeilage zu Heft 16/2003, S. 3 ff),
- Ü durch Allgemeinverbindlichkeitserklärung des Tarifvertrages, § 5 TVG,
- Ü aufgrund betrieblicher Übung, wodurch die Anwendung des TV dann Inhalt der jeweiligen Arbeitsverträge wird. In diesem Zusammenhang ist aber äußerste Vorsicht bei der Beurteilung geboten. Vgl. BAG vom 16.1.2002, NZA 2002, 632 ff.<sup>23</sup>

#### 4. Rechtswirkungen des normativen Teils (§ 4 TVG)

- Unabdingbarkeitsprinzip, § 4 Abs. 1
- Günstigkeitsprinzip, § 4 Abs. 3
- Unverbrüchlichkeitsprinzip, § 4 Abs. 4 TVG
  - Verzichtsverbot
  - Verwirkungsverbot
  - Ausschlussfristen,  
*Beispiel: Verzicht auf tarifliche Lohnansprüche in einer sog. Ausgleichsquittung ist nach § 134 BGB nichtig.*
- Nachwirkung der Tarifnormen, § 4 Abs. 5

Zu diesen Rechtswirkungen im einzelnen:

#### Ø **Die unmittelbare Wirkung**

---

<sup>23</sup> Orientierungssätze des BAG: Bei einem nicht tarifgebundenen Arbeitgeber kann eine betriebliche Übung der Erhöhung der Löhne und Gehälter entsprechend der Tarifentwicklung in einem bestimmten Tarifgebiet nur angenommen werden, wenn es deutliche Anhaltspunkte im Verhalten des Arbeitgebers dafür gibt, dass er auf Dauer die von den Tarifvertragsparteien ausgehandelten Tariflohnerhöhungen übernehmen will. Die nicht vorhersehbare Dynamik der Lohnentwicklung und die hierdurch verursachten Personalkosten sprechen grundsätzlich gegen einen erkennbaren rechtsgeschäftlichen Willen des Arbeitgebers zu einer regelmäßigen Entgeltanhebung entsprechend der Tarifentwicklung in einem bestimmten Tarifgebiet.

Die Tarifnorm gilt zwischen den Arbeitsvertragsparteien ohne dass Arbeitnehmer oder Arbeitgeber vom Bestehen oder dem Inhalt Kenntnis haben müssen. Sie erfasst alle bestehenden und neu begründeten Arbeitsverhältnisse.

### Ø Die zwingende Wirkung

- Dem TV widersprechende Regelungen im Arbeitsvertrag sind gem. § 134 BGB nichtig.

Neuerdings wird diskutiert, ob die zwingende Wirkung der Tarifnormen unbedingt dahingehend zu verstehen ist, dass widersprechende arbeitsvertragliche Vereinbarungen – anstatt nichtig zu sein – nicht einfach nur suspendiert werden, wie dies das BAG für die Normen einer Betriebsvereinbarung angenommen hat, [BAG vom 21.9.1989, NZA 1990, 351 ff.](#) In diesem Sinne: Lieb, Arbeitsrecht, 7. A., Rn. 479.

Zu bedenken ist weiterhin, dass § 139 BGB im Arbeitsrecht nur **eingeschränkt** gilt. Es ist also nur die widersprechende Vertragsklausel nichtig, nicht der ganze Vertrag. Dies leuchtet unmittelbar ein. Der TV soll den Arbeitnehmer schützen, es wäre ein schlechter Schutz, wenn wegen Verstoßes gegen eine für den Arbeitnehmer günstige Norm er nun gar keinen Arbeitsvertrag mehr hätte, weil dieser über § 139 BGB ganz nichtig wäre.

Die weggefallene (oder suspendierte) arbeitsvertragliche Regelung wird von der entsprechenden tarifvertraglichen Regelung **ersetzt**.

- Die zwingende Wirkung ist dann **nicht** gegeben, wenn der TV ausdrücklich eine abweichende Regelung im Arbeitsvertrag gestattet. Man spricht dann von einer **Öffnungsklausel**.
- Die zwingende Wirkung ist auch dann nicht gegeben, wenn die arbeitsvertragliche Regelung für den Arbeitnehmer günstiger ist. Das Günstigkeitsprinzip ist in § 4 III TVG festgeschrieben.

### Ø Das Verzichtsverbot

Der Verzicht auf tarifvertragliche Rechte ist unwirksam.

- Für zukünftig erst erwachsende Tarifrechte: folgt bereits aus der unmittelbaren und zwingenden Wirkung des TV.
- Für die bereits entstandenen Rechte: ergibt sich aus § 4 Abs. 4 S. 1 TVG.

Hat der Arbeitnehmer etwa einen tariflichen Urlaubsanspruch, so kann er darauf selbst in einem anlässlich der Kündigungsschutzklage vor dem Arbeitsgericht geschlossenen Auflösungsvergleich nicht verzichten.

**WICHTIG!** Der Arbeitnehmer kann auf den Anspruch nicht verzichten, das ist klar. Er kann aber selbstverständlich einen Vergleich über die **Voraussetzungen** des tariflichen Anspruchs schließen ("**Tatsachenvergleich**"). **Unwirksam** ist somit ein Vergleich, nach dem der Arbeitnehmer auf Überstundenvergütung verzichtet; **wirksam** ist er über die Tatsache, wie viel (z.B. keine!) Überstunden geleistet worden sind.

### Ø Ausschlussfristen

Geltendmachung tariflicher Ausschlussfristen

In zahlreichen Tarifverträgen ist vorgesehen, dass alle beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und solche, die mit dem Arbeitsverhältnis in Verbindung stehen, verfallen, wenn sie nicht innerhalb von bspw. zwei Monaten nach der Fälligkeit gegenüber dem anderen Vertragspartner schriftlich geltend gemacht werden. Weiter ist vorgesehen, dass für den Fall, dass die Gegenpartei den schriftlich geltend gemachten Anspruch abgelehnt oder dass innerhalb einer Frist keine entsprechende Stellungnahme erfolgt, die Ansprüche nach einem weiteren Fristablauf verfallen, sofern sie nicht gerichtlich geltend gemacht werden.

Das Bundesarbeitsgericht<sup>24</sup> hatte sich vor kurzem mit der Problematik zu beschäftigen, ob tarifliche Ausschlussfristen auch dann gewahrt sind, wenn die Geltendmachung durch einen Bevollmächtigten, z. B. einen Rechtsanwalt, erfolgt und dieser keine entsprechende Vollmacht der Gegenpartei vorgelegt hat. Im entschiedenen Fall hatte der Bevollmächtigte des Arbeitnehmers Entgeltfortzahlungsansprüche innerhalb der vorgesehenen Frist schriftlich geltend gemacht. Die Ansprüche wurden von dem Arbeitgeber zurückgewiesen mit der Begründung, dass keine Vollmacht vorgelegt wurde. Nach § 174 BGB ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das ein Bevollmächtigter einem anderen gegenüber vornimmt, unwirksam, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Ein solches einseitiges Rechtsgeschäft ist z.B. die Kündigung eines Vertragsverhältnisses. Im vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fall vertrat der Arbeitgeber die Auffassung, dass diese Vorschrift auch auf die Geltendmachung tariflicher Ansprüche innerhalb der Ausschlussfristen anzuwenden sei.

Das Bundesarbeitsgericht hat eine entsprechende Anwendung des § 174 BGB auf die Geltendmachung von Ansprüchen zur Wahrung tariflicher Ausschlussfristen für nicht gerechtfertigt gehalten. Nach den Ausführungen des Bundesarbeitsgerichts dienen diese Ausschlussfristen dem Rechtsfrieden und der Rechtssicherheit. Nach Ablauf der Ausschlussfrist soll der Schuldner sich darauf verlassen können, dass keine Ansprüche mehr erhoben werden. Dieser Zweck werde auch erfüllt, wenn die schriftliche Geltendmachung durch einen bevollmächtigten Vertreter erfolgt, auch wenn dieser keine Vollmachtsurkunde vorlegt. In diesem Fall kann sich der Schuldner nicht darauf verlassen, dass nach Ablauf der Ausschlussfrist keine Ansprüche mehr gegen ihn geltend gemacht werden. Anders als bei einer Kündigung, die rechtsgestaltend auf das Arbeitsverhältnis einwirkt, hat der Empfänger bei der schriftlichen Geltendmachung kein schützenswertes Interesse, unverzüglich klare Verhältnisse zu schaffen.

#### 5. Folgen eines Verbandsaustritts (§ 3 Abs. 3 TVG) und Nachwirkung von Tarifverträgen.

BAG v. 13.12.1995, 4 AZR 1062/94, AiB 1997, 63 f, = AP Nr. 3 zu § 3 TVG Verbandsaustritt: *Mitglieder eines tarifvertragschliessenden Verbandes (hier: eine Firma des Baugewerbes), die aus diesem ausscheiden, bleiben gem. § 3 Abs. 3 TVG an die zu diesem Zeitpunkt geltenden Tarifverträge gebunden. Enden diese Tarifverträge, wirken sie gem. § 4 Abs. 5 TVG nach. Ihre Rechtsnormen gelten daher weiter, bis sie für das einzelne Arbeitsverhältnis verbindlich durch eine andere Abmachung ersetzt werden.*

*Dies gilt auch dann, wenn der Zeitpunkt der Beendigung der Mitgliedschaft mit demjenigen der Beendigung des Tarifvertrages identisch ist.*

Rechtstechnisch:

§ 3 Abs. 3 TVG	ordnet für den Fall des Verbandsaustritts die <u>zwingende Wirkung der Tarifnormen bis zur Beendigung des TV</u> an. Jur. Mittel: Fiktion der weiter bestehenden Tarifgebundenheit (dann also
----------------	--

<sup>24</sup> BAG Urteil vom 14.08.2002 - 5 AZR 341/01, NZA 2002, 1344 ff



	§ 4 I TVG)
§ 4 Abs. 5 TVG	ordnet die <u>dispositive Weitergeltung der Tarifnormen nach Ablauf des Tarifvertrages an.</u>

1. Zur verfassungsrechtlichen Problematik von Verbandsaustritt und Fortgeltung von Tarifbestimmungen siehe Frieges, Der Verbandsaustritt, NZA 1998, 630 ff.
2. Zum Problem der weiterhin bestehenden Tarifbindung trotz Verbandsaustritts, vgl. *Büdenbender*, Tarifbindung trotz Austritts aus dem Arbeitgeberverband - eine notwendige oder eine korrekturbedürftige Regelung?, NZA 2000, 509 ff

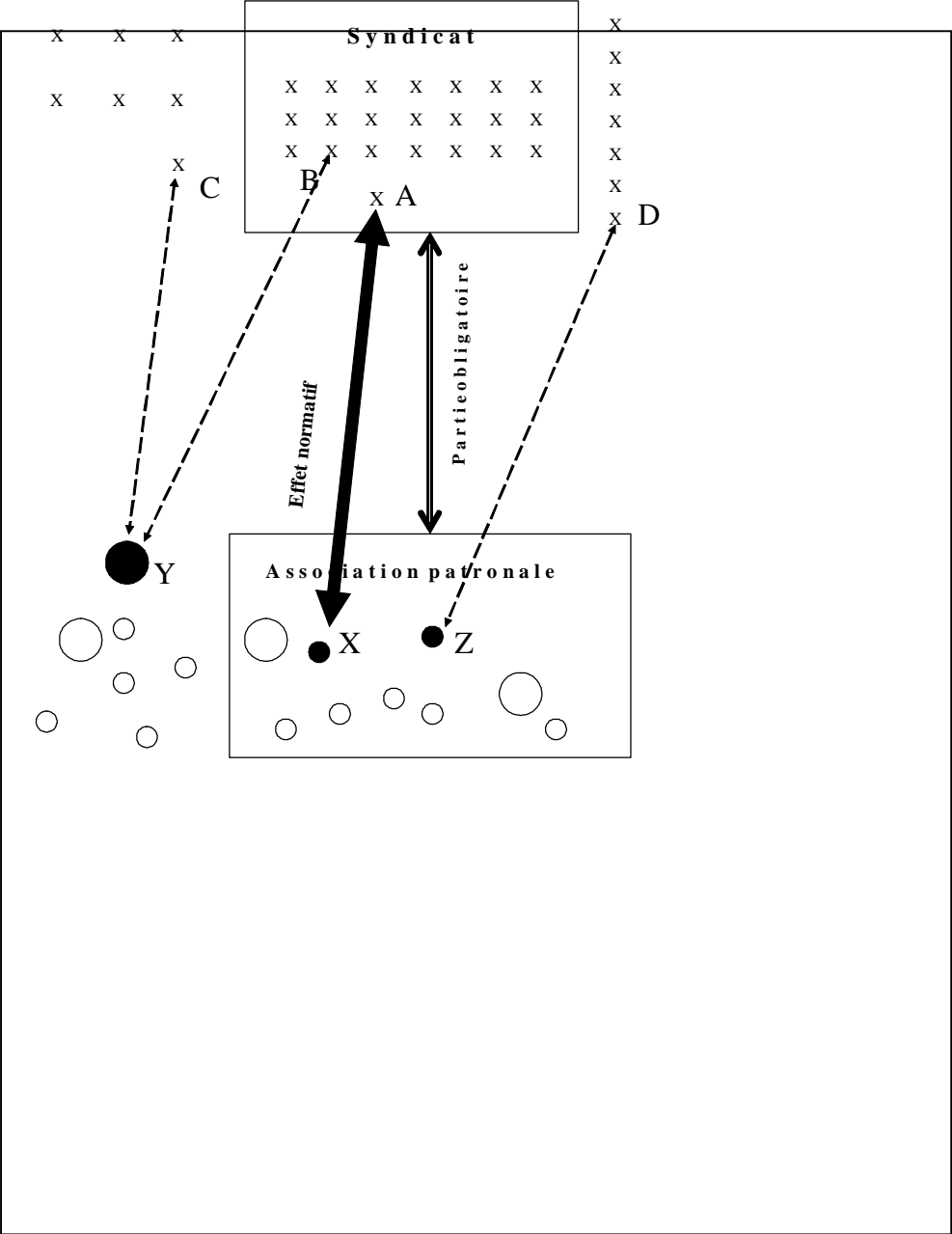
Normzweck:

§ 3 Abs. 3	1. Verhinderung des Unterlaufens von Tarifverträgen, indem die Dauer der Tarifgebundenheit an den zeitlichen Bestand des Tarifvertrages selbst geknüpft wird. 2. Austritt aus den Arbeitgeberverbänden soll erschwert werden.
§ 4 Abs. 5	Überbrückungshilfe, um die prinzipiell wünschenswerte Kontinuität der Arbeitsbedingungen zu gewährleisten.

Hinweis:

Setzen die Tarifvertragsparteien den Tarifvertrag mit einer Zeitverschiebung in Kraft, besteht eine Tarifbindung nur dann, wenn im Zeitpunkt des Inkrafttretens Tarifgebundenheit gegeben ist (Hanau-Adomeit, Rn 726 m. w. N.).

6. Schema zur tariflichen Bindung:



## V. Der obligatorische Teil des Tarifvertrages

1. Die Friedenspflicht
2. Die Durchführungs- und die Einwirkungspflicht
3. Maßregelungsverbote

Zu letzteren einige Beispiele aus dem Arbeitskampf in der Druck- und Metallindustrie im Jahre 1976, zitiert nach „Handelsblatt“ vom 24.5.1976:

### a) DRUCK:

„... wird unbeschadet der unterschiedlichen Auffassungen über die rechtliche Bewertung von Sympathie-Arbeitskampfmaßnahmen folgendes vereinbart:

1. Jede Maßregelung von Journalisten, Angestellten, Redaktionsvolontären, gewerblichen Arbeitnehmern und Auszubildenden aus Anlass der Teilnahme an Arbeitskampfmaßnahmen in der Lohntarifauseinandersetzung für den Abschluss des Lohntarifvertrages vom 13. Mai 1976 unterbleibt oder wird rückgängig gemacht, falls sie bereits erfolgt ist.

2. ...

3. Dieses Maßregelungsverbot erstreckt sich insbesondere auch auf Angestellte und Journalisten, die aus Anlass der Lohntarifauseinandersetzung in den Sympathiestreik getreten sind.

4. Schadensersatzansprüche aus Anlass der Teilnahme am Arbeitskampf entfallen.

5. Die Tarifvertragsparteien verpflichten sich, aus Anlass der Teilnahme am Arbeitskampf keine Rechtstreitigkeiten gegeneinander zu führen.

6. Die Tarifvertragsparteien verpflichten sich, jede Arbeitskampfmaßnahme sofort aufzuheben.“

b) METALL, BADEN-WURTTENBERG: "Beide Parteien stimmen darin überein, dass irgendetwelche Maßregelungen im Zusammenhang mit der Tarifbewegung unterbleiben bzw. rückgängig gemacht werden." (Vereinbarung.)

c) METALL, HESSEN: "Zur schnellstmöglichen Beilegung des Tarifkonfliktes 1975/76 erkläre ich namens des Arbeitgeberverbandes der hessischen Metallindustrie e. V. im Anschluss an die Verhandlungen vom 26./27. März 1976, dass die Mitgliedsfirmen des Arbeitgeberverbandes der hessischen Metallindustrie e.V. veranlasst werden, Arbeitnehmer, die an Arbeitsniederlegungen bei bestehender Friedenspflicht während dieses Tarifkonfliktes beteiligt waren, von Maßregelungen freizuhalten und bereits eingeleitete Maßnahmen nicht zu verwirklichen bzw. zurückzunehmen. Es ist nach wie vor unsere Auffassung, dass Arbeitsniederlegungen während bestehender Friedenspflicht rechtswidrig sind. Deshalb kann die übernommene Verpflichtung kein Präjudiz sein." (Arbeitgeberbrief an die IG Metall.)

## VI. Beendigung von Tarifverträgen

- Zeitablauf
- Aufhebungsvertrag
- Kündigung

1. Problem: Außerordentliche Kündigung von Tarifverträgen wegen veränderter wirtschaftlicher Bedingungen?

Heftig umstritten in Lehre und Rechtsprechung.

a) Zur Lehre siehe u. a. : Oetker, Die Kündigung von Tarifverträgen, RdA 1995, 82 ff; Zachert, Möglichkeit der fristlosen Kündigung von Tarifverträgen in den neuen Bundesländern, NZA 1993, 299 ff.

b) Zur Rechtsprechung:

ArbG Stralsund 13.5.1993, NZA 1993, 811 ff

ArbG Wiesbaden v. 5.2.1997, AiB 1997, 235 ff: Fristlose Kündigung von Tarifverträgen: nur in ganz besonderen Ausnahmefällen möglich.

Begründung seitens des ArbG.

- a) Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz,
- b) kein wichtiger Grund gegeben,
- c) die angekündigten erheblichen Verbandsaustritte rechtfertigen nicht die Druckkündigung.

Jetzt aber [BAG vom 18.12.1996](#), NZA 1997, 830 ff: *1.) Ein Tarifvertrag, auch ein befristeter, ist außerordentlich kündbar. Die Zulässigkeit der Kündigung ergibt sich aus der Rechtsnatur des Tarifvertrages als Dauerrechtsverhältnis. Es gilt der Grundsatz, dass jedes Dauerrechtsverhältnis vorzeitig aus wichtigem Grund beendet werden kann, wenn seine Fortsetzung bis zum vereinbarten Ende oder bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist einer Seite nicht zugemutet werden kann.*

*2.) Aus dem Ultima-Ratio-Grundsatz, der die außerordentliche Kündigung von Dauerrechtsverhältnissen prägt, folgt, dass die außerordentliche Kündigung des Tarifvertrages nur wirksam ist, wenn keine andere Möglichkeit besteht, die Unzumutbarkeit zu beseitigen. Die durch den Tarifvertrag unzumutbar belastete Partei muss daher zunächst versuchen, die Möglichkeiten der tarifautonomen Anpassung als milderer Mittel auszuschöpfen. Sie hat auch ohne im Tarifvertrag ausdrücklich enthaltene Nachverhandlungsklausel die Obliegenheit, mit der anderen Seite Verhandlungen zur Anpassung des Tarifvertrages aufzunehmen.*

## 2. Problem: Was ist, wenn ein TV keine Kündigungsfristen enthält?

Rechtsvergleichender Hinweis: Art. L. 138-8 Abs. 1 C. Trav. des franz Arbeitsgesetzbuches sieht dann automatisch eine Kündigungsfrist von 3 Monaten vor.

Deutsches Recht: Analogie gem. § 77 Abs. 5 BetrVG möglich ??

## VII. Auslegung von Tarifverträgen:

Auslegung von Tarifverträgen nach den für die Auslegung von Gesetzen geltenden Regeln!

BAG vom 5.2.1998; 2 AZR 270/97, NZA 1998, 644 ff:

*Die Auslegung des normativen Teils eines Tarifvertrages ... folgt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts den für die Auslegung von Gesetzen geltenden Regeln. Danach ist zunächst vom Tarifwortlaut auszugehen, wobei der maßgebliche Sinn der Erklärung zu erforschen ist, ohne am Buchstaben zu haften. Soweit der Tarifwortlaut jedoch nicht eindeutig ist, ist der wirkliche Wille der Tarifparteien mit zu berücksichtigen, soweit er in den tariflichen Normen seinen Niederschlag gefunden hat. Abzustellen ist ferner auf den tariflichen Gesamtzusammenhang, weil dieser Anhaltspunkte für den wirklichen Willen der Tarifparteien liefern und nur so der Sinn und Zweck der Tarifnorm zutreffend ermittelt werden kann. Lässt dies zweifelsfreie Auslegungsergebnisse nicht zu, dann können die Gerichte für Arbeitsachen*

*ohne Bindung an eine Reihenfolge weitere Kriterien wie die Entstehungsgeschichte des Tarifvertrages, ggf. auch die praktische Tarifübung ergänzend heranziehen*

*a) ...*

*b) Dieses Ergebnis der Auslegung steht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, wonach dann, wenn die Tarifpartner gesetzliche Begriffe übernehmen, grundsätzlich davon auszugehen ist, dass sie den Begriff in seiner allgemein gültigen Bedeutung - nämlich der des Gesetzes - gebraucht haben und nicht anders verstanden wissen wollten.*

## VIII.. Gerichtliche Kontrolle von Tarifverträgen?

Die spezifische Richtigkeitsgewähr des Vertragsverfahrens, verbunden mit der annähernd gleichen Stärke der Verhandlungspartner (Gewerkschaft /Arbeitgeberverband), ist – neben der Garantie nach Art. 9 Abs. 3 GG – der Grund dafür, dass bei Tarifverträgen keine Inhaltskontrolle durch die Arbeitsgerichte im Hinblick auf Angemessenheit und Ausgewogenheit der Regelungen stattfindet. Eine Tarifzensur widerspräche dem Prinzip der Tarifautonomie, deren Schranken lediglich die Verfassung, höherrangiges Recht und rechtsstaatliche Grundsätze bilden (BAG vom 6.9.1995, NZA 1996, 437 ff = AP Nr. 22 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe, unter Pkt. III 1-3 der Entscheidungsgründe). Beispiele: Rückwirkungsverbot, Gleichheitsgrundsatz. – Der Begriff der Gesetzgebung in Art. 1 Abs. 3 GG umfasst auch den normativen Teil der Tarifverträge, d. h. Rechtsprechung und Verwaltung sind gem. Art. 20 Abs. 3 GG an den normativen Teil gebunden. Da von Art. 100 GG nur formelle Gesetze erfasst werden, kann jedes Arbeitsgericht die Tarifverträge auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung überprüfen, ohne eine Entscheidung des BVerfG einholen zu müssen (BAG vom 23.3.1957, BAG E 4, 133 ff = AP Nr. 18 zu Art. 3 GG).

## IX. Schwieriger Rechtsschutz

### 1. Problem der Einwirkungsklage

**Fall:** Der tarifgebundene Arbeitgeber Alpha schließt mit seinem Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung über die Lage der Arbeitszeit (§ 87 I Nr. 2 BetrVG) ab, die nach Ansicht der Gewerkschaft gegen normative tarifliche Bestimmungen verstößt. Die Gewerkschaft klagt daher gegen den Arbeitgeberverband mit dem Antrag, dieser solle auf sein Mitglied Alpha einwirken, damit er die Betriebsvereinbarung nicht durchführe.

Vgl. [BAG vom 29.4.1992](#), NZA 1992, 846 ff: *Eine Einwirkungspflicht einer Tarifvertragspartei auf ihre Mitglieder, eine bestimmte Regelung der Arbeitsbedingungen zu unterlassen, besteht nur dann, wenn die Auslegung des Tarifvertrags eindeutig ergibt, dass die Regelung nicht dem Tarifvertrag entspricht oder ein entsprechendes rechtskräftiges Urteil bzw. eine verbindliche Entscheidung einer tariflichen Schiedsstelle vorliegt oder die Tarifvertragspartei selbst von der Tarifwidrigkeit der Regelung ausgeht.*

### 2. Problem der Kollektivklage (Verbandsklage).

Dazu BAG, Beschluss vom 20. April 1999 - 1 ABR 72/98 – NZA 1999, 887 ff („Burda“)

*Der 1. Senat des BAG hatte darüber zu entscheiden, ob Gewerkschaften von Arbeitgebern verlangen können, dass sie die Anwendung betrieblich vereinbarter untertariflicher Arbeitsbedingungen unterlassen. Die betr. Arbeitgeberinnen führen gemeinsam einen Druckereibe-*

trieb. Ob sie dem Arbeitgeberverband angehören, ist streitig. Aus wirtschaftlichen Gründen vereinbarten sie 1996 mit dem Betriebsrat u. a., dass anstelle der tariflichen 35-Stunden-Woche eine Arbeitszeit von 39 Stunden gelten solle, wobei die 36. und 37. Stunde nicht gesondert zu vergüten seien. Im Gegenzug wurde eine Beschäftigungsgarantie bis Ende 2000 erteilt. Die Regelung sollte nur nach entsprechender Ergänzung der einzelnen Arbeitsverträge gelten. Über 95% der Belegschaft stimmten zu. Seither wird im Betrieb entsprechend verfahren. Ausgenommen sind nur diejenigen Arbeitnehmer, welche die Unterschrift verweigert haben. Die IG Medien hat die Auffassung vertreten, dieses Vorgehen verletze sie in ihrer verfassungsrechtlich geschützten Koalitionsfreiheit. Sie hat beantragt, die Arbeitgeberinnen zu verpflichten, die Anwendung der vom Tarifvertrag abweichenden Regelungen zu unterlassen. Die Arbeitgeberinnen und der Betriebsrat haben hiergegen eingewandt, der Betrieb unterliege mangels Verbandsmitgliedschaft nicht dem Tarifvertrag. Außerdem scheide ein Tarifverstoß auch deshalb aus, weil die betriebliche Regelung wegen der Beschäftigungsgarantie günstiger sei als die tarifliche. Generell habe die Gewerkschaft keine Befugnis, die Anwendung von Tarifverträgen gerichtlich durchzusetzen. ArbG und LAG haben den Antrag der Gewerkschaft zurückgewiesen. Das BAG hat den angefochtenen Beschluss aufgehoben und die Sache an das LAG zurückverwiesen. Nach ständiger Rechtsprechung kann sich eine Gewerkschaft gegen Eingriffe in ihre Koalitionsfreiheit mit einem Unterlassungsanspruch wehren. Ein derartiger Eingriff kann auch in einer betrieblichen Regelung liegen. In Betracht kommt eine Betriebsvereinbarung. Darüber hinaus kann der Eingriff aber auch in einer arbeitsvertraglichen Einheitsregelung bestehen, die durch eine Regelungsabrede mit dem Betriebsrat vorgegeben ist, soweit hierdurch entsprechende Tarifnormen verdrängt werden sollen. Für die Arbeitnehmer günstigere Vertragsgestaltungen sind allerdings nach dem Günstigkeitsprinzip des § 4 III TVG erlaubt. Eine günstigere Regelung lag aber hier nicht vor. Die Beschäftigungsgarantie kann nicht in den Günstigkeitsvergleich einbezogen werden. Die Bedeutung der Arbeitskostenbelastung und ihre Bewertung im Hinblick auf Arbeitsplatzrisiken unterliegen der Einschätzungsprärogative der Tarifvertragsparteien und ist einer gerichtlichen Überprüfung nicht zugänglich...

Siehe auch Pfarr / Kocher, Kollektivverfahren im Arbeitsrecht, NZA 1999, 357 ff.  
Gute Darstellung der Problematik bei Hanau / Adomeit, 12. A., Rn. 730 ff

## 2. Teil: Fälle

**Fall Nr. 12:** Otto Müller, 56 Jahre alt, ist seit Anfang 1979 in der Fa. Metallverarbeitung, Wetzlar tätig. Zunächst arbeitete er in der Produktion. Seit dieser Zeit ist er Mitglied der IG Metall. 1987 wurde ihm diese Arbeit zu schwer; er übernahm daher in demselben Betrieb eine Tätigkeit als Kraftfahrer, die er auch heute noch ausübt. 1993 war Herr Müller einige Male krank. Da Personaleinsparungen in der Firma geplant sind, befürchtet er die Entlassung. Von Herrn Schump, Vertrauensmann der IG Metall, erfährt er, dass die IG Metall kürzlich mit dem Metallarbeitgeberverband Hessen, dem auch "seine" Firma angehört, eine "Allgemeine Vereinbarung über den Schutz der Arbeitsplätze" getroffen hat. Darin findet sich folgende Regelung:

"Einem Arbeitnehmer, der das 53., aber noch nicht das 65. Lebensjahr vollendet hat und dem Betrieb mindestens 3 Jahre angehört, kann nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden."

Herr Müller möchte wissen, ob ihn diese Regelung gegen eine Entlassung schützt.

**Fall Nr. 13:** *In einem Tarifvertrag zwischen der Gewerkschaft Textil - Bekleidung und dem zuständigen Arbeitgeberverband ist ein zusätzliches Urlaubsgeld festgelegt worden. Dabei wurde vereinbart:*

*“Das Gewerkschaftsmitgliedern zu gewährende Urlaubsgeld muss 100 € höher sein als das Urlaubsgeld, das die nichtorganisierten Arbeitnehmer erhalten.”*

*Der Tarifvertrag enthält außerdem die Bestimmung, dass es dem Arbeitgeber verboten ist, die Differenz durch zusätzliche Leistung an nichtorganisierte Arbeitnehmer auszugleichen. Ist diese Regelung wirksam?*

*Zur Vertiefung: das Urteil zur Differenzierung, BAG (GS) v. 29.11.1967, BAGE 20,175 ff = NJW 1968, 1903 ff.*

**Fall Nr. 14:**

*Anton ist seit 1992 bei der Fa. Metall-Huber in Reutlingen als Dreher beschäftigt. Die Firma gehört keinem Arbeitgeberverband an. Seit 1987 erhöhte Metall-Huber die Löhne der bei ihr beschäftigten Arbeitnehmer alljährlich in Anlehnung an die Tarifentwicklung im Bereich der Metallindustrie Nordwürttemberg/Nordbaden. Im Jahre 1999 unterblieb eine solche Lohnerhöhung, obwohl in dem Tarifgebiet eine Tariflohnerhöhung erfolgte. Anton meint nun, ihm stehe aus betrieblicher Übung ein Anspruch auf Lohnerhöhung im Umfang der Erhöhung der Tariflöhne in der Metallindustrie Nordwürttemberg/Nordbaden zu. - Zu Recht?*

Vgl. hierzu BAG vom 6. Januar 2002 - 5 AZR 715/00, NZA 2002, 632 ff

**Fall Nr. 14a:**

a) [Aufsaugungsprinzip]

*Alpha ist bei Arbeitgeber Beta beschäftigt. Beide sind tarifgebunden. Ein Betriebsrat existiert nicht. Der tarifliche Stundenlohn für Alphas Arbeit beträgt 8 € Aufgrund einer Vereinbarung mit Beta erhält Alpha 9,00 € pro Stunde. Der zum 1.4.2002 in Kraft getretene Tarifvertrag erhöht den Tariflohn um 10 %. – Welchen Lohn kann Alpha verlangen?*

Fehlt eine arbeitsvertragliche Regelung über die Anrechenbarkeit, so ist nach std. Rechtsprechung (BAG vom 12.11.1986, NZA 1987, 281 ff) davon auszugehen, dass der einmal vereinbarte Lohn, einschließlich des übertariflichen Bestandteils, solange in seiner alten Höhe weitergezahlt werden kann, bis er durch die neue tarifliche Mindestvergütung überschritten wird. O-Ton BAG: „... es gilt der allgemeine Rechtsgrundsatz, dass eine Tariflohnerhöhung zur entsprechenden Verringerung übertariflicher Lohnbestandteile führt.“ – Dies gilt auch dann, wenn der AG den Zuschlag bei mehreren vorhergehenden Tariflohnerhöhungen vorbehaltlos in vollem Umfang auf den jeweiligen höheren Tariflohn aufgestockt hat ([BAG vom 7.2.1995](#), NZA 1995, 894 ff)

Anmerkung: Heftig umstritten ist die Frage, ob die Ausübung eines dem AG vorbehaltenen Widerrufs von übertariflichen Zulagen und / oder der Anrechnung einer Tariflohnerhöhung auf übertarifliche Zulagen der Mitbestimmung des Betriebsrates unterliegt (vgl. § 87 I Nr. 10 BetrVG). Siehe dazu BAG, GS, 3.12.1991, NZA 1992, 749 ff, S. 81 des Skripts.

*Mögliche Klauseln:*

*\* Der Lohn beträgt 1 € über dem Tariflohn.*

*\* Die übertarifliche Zulage gilt nur für die Laufzeit des Tarifvertrages.*

*\* Es wird eine freiwillige übertarifliche Zulage gewährt, die jederzeit widerruflich ist.*

b) [Effektivgarantieklausel]

*In einem Tarifvertrag soll folgendes vereinbart werden: „Der Grundlohn wird von 8 € auf 8,60 € erhöht. Bisher gezahlte übertarifliche Zulagen sind dem erhöhten Grundlohn hinzuzurechnen und gelten als Bestandteil des Tariflohnes“ – Wäre eine solche Bestimmung wirksam?*

Sinn der Effektivgarantieklausel ist zunächst, dem Arbeitnehmer, der eine übertarifliche Zulage erhält, den damit gegebenen Vorsprung vor dem Tariflohn zu erhalten, also das sog. Aufsaugungsprinzip auszuschalten. Darüber hinaus soll die übertarifliche Zulage in den Tarifvertrag einbezogen werden und damit an der Unabdingbarkeit des Tariflohnes - § 4 I 1 TVG – teilhaben. Es wäre mithin unzulässig, die bisherige übertarifliche Zulage durch Vereinbarung wieder abzubauen.

c) [Begrenzte Effektivklausel]

*Die Gewerkschaft bemüht sich um Aufnahme folgender Klausel in den Tarifvertrag: „ Die tarifliche Erhöhung muss je Arbeitnehmer und Stunde voll wirksam werden“. – Hätte eine derartige Klausel Bestand?*

Ebenso wie durch die Effektivgarantieklausel soll auch hier zunächst erreicht werden, dass der Lohn eines jeden AN sich auch wirklich um den Betrag der tariflichen Lohnerhöhung erhöht, also das Aufsaugungsprinzip ausgeschaltet wird. Im Unterschied zur Effektivgarantieklausel wird aber die übertarifliche Zulage nicht Bestandteil des Tariflohns. Sie bleibt übertariflich. AG und AN können daher durch Vertrag die übertarifliche Zulage wieder abbauen.

d) [Arbeitszeitverkürzung bei vollem Lohnausgleich]

*Ab ... wird die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von ... auf ... verkürzt. Die Tariflöhne werden im Zusammenhang mit der Arbeitszeitverkürzung um ... erhöht. Die Verkürzung der Arbeitszeit um ... erfolgt ohne Entgeltminderung auf der Basis der bisher geltenden ... Stunden-Woche.“*

Nach BAG bezieht sich der tariflich angeordnete „volle Lohnausgleich“ nur auf den Tariflohn, so dass sich die Zulässigkeit der Anrechnung der übertariflichen Lohnbestandteile ausschließlich nach dem Arbeitsvertrag richtet. Eine Aufstockung des Tariflohnes um den übertariflichen Lohnbestandteil kann von den Tarifparteien nicht geregelt werden, weil es sich dabei um eine unzulässige Effektivklausel handeln würde. Danach kann die Sicherung des bisherigen Effektivlohnes bei Arbeitszeitverkürzungen durch Tarifverträge nicht erreicht werden, wenn die Vergütung unter Zugrundelegung eines Stundenlohnes ermittelt wird. M. a. W., die Anrechnung solcher Tariflohnerhöhungen, die als Ausgleich für eine Arbeitszeitverkürzung vereinbart werden, ist zulässig, BAG vom 3.6.1987, NZA 1987, 848 ff. – Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung nötig, d. h. AG darf nicht die übertarifliche Zulage ohne sachlichen Grund nur einigen wenigen AN anrechnen, während er bei der Mehrzahl hiervon absieht.

Zur Vertiefung:

- Effektivklausel-Urteil des BAG v. 14.2.1968, BAGE 20, 308 ff = NJW 1968, 1396 ff;
- Mitbestimmungsrecht des BR nach § 87 I Nr. 10 BetrVG bei der Anrechnung einer übertariflichen Bezahlung auf die Tariflohnerhöhung? → [BAG – GS – vom 3.12.1991](#), NZA 1992, 749 ff

**Fall Nr. 15:** *Zwischen den Städtischen Bühnen Dortmund (Stadtverwaltung) und dem Deutschen Musikverband, Landesbezirk Westfalen, besteht ein Tarifvertrag, dessen § 6 eine Vergütung für Überstunden vorsieht. § 15 bestimmt, dass die jeweiligen Arbeitsverträge schriftlich abzuschließen sind. § 20 schließlich besagt, dass sämtliche gegenseitigen Ansprüche binnen 4 Wochen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisse geltend zu machen sind.*

*Der Flötenspieler Zimbel gehört dem Musikverband nicht an. Nach einem längeren „Personalgespräch“ trat Zimbel am 1.3.1982 in die Dienste der Städtischen Bühnen Dortmund; bei diesem Gespräch wurde ferner – ebenfalls mündlich - vereinbart, dass auf das Arbeitsverhältnis die Bestimmungen des jeweils geltenden Tarifvertrages Anwendung finden sollten. Hierüber fertigte der zuständige Sachbearbeiter bei den Städtischen Bühnen einen Aktenvermerk an.*

*Am 31.3.1983 schied Zimbel im gegenseitigen Einvernehmen aus. Am 4.6.1983 verlangte er - in eingeschriebenem Brief - 300 DM [jetzt 154 €] Überstundenentgelt. Nachdem diese Forde-*



rung abgelehnt worden war, klagte er am 17.9.1983 diesen Betrag nebst 4 % Zinsen<sup>25</sup> beim Arbeitsgericht Dortmund ein. In der Klageschrift geht Zimmel auch auf die Frist nach § 20 des Tarifvertrages ein. Er trägt vor, von der Frist keine Ahnung gehabt zu haben. Im Stadttheater liege der Tarifvertrag nicht aus. Dadurch habe die Stadtverwaltung ihm gegenüber ihre Fürsorgepflicht verletzt. Wenn sie sich nun auf die Frist berufe, so sei das arglistig. Die Stadtverwaltung wendet ein (in der Klageerwiderung), Zimmel habe niemals Einblick in den Tarifvertrag verlangt. Er hätte nur ins Büro des Theaters zu kommen brauchen, wo er jederzeit den Tarifvertrag hätte einsehen können.

a) Wie wird das Gericht entscheiden?

b) Was wäre, wenn Zimmel die Klage irrtümlich beim Amtsgericht Dortmund erhoben hätte?

#### Bearbeitungshinweise:

1. Die Tatsachenbehauptungen der Parteien sind als richtig zu unterstellen.

2. Zu b): vgl. § 48 ArbGG und § 17a Abs. 2 GVG !!

- Vgl. BAG vom 8.1.1970, BAGE 22, 241 ff und 6.7.1972, AP Nr. 1 zu § 8 TVG 1969, wonach § 8 TVG eine reine Ordnungsvorschrift ist (std. Rspr.).
- Siehe ferner BAG vom 22.1.1997, 10 AZR 459/96, NZA 1997, 445 f :  
Macht ein Arbeitnehmer (hier: im öffentlichen Dienst) erst nach Ablauf der tariflichen Ausschlussfrist (hier: von 6 Monaten) Lohnzulagen geltend, so kann der Arbeitgeber die Zahlung verweigern und muss sich nicht vorhalten lassen, er hätte den Arbeitnehmer auf den Anspruch und seinen möglichen Verfall wegen Zeitablaufs aufmerksam machen müssen, weil Arbeitnehmer insoweit verpflichtet sind, "sich selbst zu informieren".
- Vgl. auch BAG vom 11. November 1998, 5 AZR 63/98, NZA 1999, 605 f:  
Bestimmt ein Tarifvertrag, dass Ansprüche dann nicht wegen Versäumung der Ausschlussfrist erlöschen, wenn der Tarifvertrag "dem Arbeitnehmer nicht ausgehändigt oder im Betrieb nicht ausgelegt oder ausgehängt ist", so genügt der Arbeitgeber seinen Verpflichtungen nicht dadurch, dass er den Tarifvertrag zusammen mit Arbeitsanweisungen in einen allgemein zugänglichen mit "Info" beschrifteten Ordner ablegt.
- In diesem Zusammenhang von Interesse ArbG Frankfurt a. M. vom 25.8.1999, NZA-RR 1999, 648 ff: Anspruch des AN auf Schadensersatz aus positiver Forderungsverletzung und aus § 823 Abs. 2 BGB, wenn der AG seiner Nachweispflicht gem. § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 10 NachwG nicht entsprochen hat und der AN deshalb Ansprüche nicht rechtzeitig geltend machen konnte.
- [BAG vom 23.01.2002](#), Az: 4 AZR 56/01 [Url: recht-und-fuehrung, infomail vom 30.1.2002]: Hinweis auf Tarifvertrag (und damit auf die tarifliche Ausschlussfrist) im Arbeitsvertrag ist ausreichend i.S.v. § 2 NachwG. Vgl. auch Newsletter 65 von [www.arbeitsrecht.de](http://www.arbeitsrecht.de) S. 1 f.

**Fall Nr. 16:** *Meier ist Mitglied der IG Metall; in seinem Berliner Betrieb herrscht seit einiger Zeit große Unzufriedenheit mit der Tarifpolitik dieser Gewerkschaft sowie mit ihrem (mangelhaften) Engagement in betrieblichen Angelegenheiten. Meier kandidiert daher bei den Betriebsratswahlen 1998 auf der Liste der Christlichen Metallarbeitergewerkschaft. Er wird daher anfangs Juni 1998 wegen gewerkschaftsschädigendem Verhalten aus der IGM ausgeschlossen. Er wendet sich daher an das Arbeitsgericht Berlin mit dem Antrag festzustellen, dass der Ausschluss rechtswidrig sei.*

a) Zuständiges Gericht?

b) Wird er mit diesem Begehren Erfolg haben?

Vgl. hierzu [BGH vom 30.5.1983](#), BGHZ 87, 337 ff (ständige Rechtsprechung des BGH, wonach ein solcherart begründeter Gewerkschaftsausschluss gegen § 20 Abs. 2 BetrVG verstößt.) Im Wege der Verfassungsbeschwerde – gegen ein die IG Metall betreffendes Urteil - aufgehoben durch Be-

<sup>25</sup> Nach § 288 II BGB neu jetzt 8 % über dem Basiszinssatz, ... falls Rspr AN als Verbraucher ansieht.

schluss des [BVerfG vom 24.2.1999](#), NZA 1999, 713 f. Somit also: Eine Gewerkschaft kann Mitglieder wirksam ausschließen, die bei Betriebsratswahlen auf einer konkurrierenden Liste kandidieren.

**Fall Nr. 17:** *Der Manteltarifvertrag für die Druckindustrie Anhang B Druckformherstellung III Korrektur, Nr. 1 enthält u. a. folgende Regelung:*

*"Die Tätigkeit des Korrektors umfasst alle erforderlichen Korrekturen. Jeder Korrektor ist verpflichtet, seine Korrekturen abzuzeichnen. Als Korrektoren werden geeignete Schriftsetzer oder vorzugsweise Fachkräfte der Druckindustrie beschäftigt. Wenn das zuständige Arbeitsamt nicht in der Lage ist, geeignete Schriftsetzer nachzuweisen, können andere nach ihrer Vorbildung geeignete Arbeitskräfte als Korrektor herangezogen werden; sie sind als Korrektor zu entlohnen. Bei Stellenneubesetzung ist ein Vertreter der Korrektoren zur Feststellung der Eignung beratend hinzuziehen."*

*Die Fa. Meyerowski Berliner Druck AG ist nach Abschluss des Bewerbungsverfahrens der Auffassung, dass die drei Schriftsetzer-Bewerber fachlich nicht geeignet sind; sie will den nichtorganisierten Geschichtslehrer Fortran als Korrektor einstellen. Der Betriebsrat weigert gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG unter Hinweis auf den Manteltarifvertrag die Zustimmung. Die Firma stellt daraufhin beim zuständigen Arbeitsgericht einen Antrag auf Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrates. Erfolgsaussichten dieses Antrags?*

(Problematik der sog. qualitativen Besetzungsregelungen, [BAG vom 22.1.1991](#), NZA 1991, 675)

### 3. Teil: Probleme

#### 1. Flächendeckende Tarifverträge

##### 1.1 Zu unflexibel, schlecht für den Wirtschaftsstandort Deutschland?

- § Gesamtmetall, Informationen für Presse, Funk und Fernsehen: 21.01.98 - Die Modernisierung des Flächentarifvertrags: Positionen und Meinungen
- § Dazu Kittner, Angriffe auf das Tarifvertragssystem, in: AiB 1995, 158 ff
- § Gaumann / Schafft, Tarifvertragliche Öffnungsklauseln – ein sinnvolles Flexibilisierungsinstrument, NZA 1998, 176 ff

##### 1.2 Weitere Kritikpunkte in der Öffentlichkeit bzw. Schlagworte:

- Beschränkung auf Mindestbedingungen
- Größere Betriebsnähe
- Öffnungsklauseln für betriebliche Regelungen
- Größere Flexibilität bei den Entgelten und Arbeitszeiten
- Einstiegstarife für Berufsanfänger und Arbeitslose

1.3 Vgl. hierzu den nachstehenden Beitrag der Hans-Böckler-Stiftung (Reinhard Bispinck und WSI-Tarifarchiv, Tarifliche Öffnungsklauseln - Eine Untersuchung in 80 Tarifbereichen, Elemente qualitativer Tarifpolitik Nr. 32, Düsseldorf, Oktober 1997).

#### **Tarifliche Öffnungsklauseln auf dem Vormarsch**

Der Flächentarifvertrag verändert sein Gesicht: In einer wachsenden Zahl von Tarifverträgen gibt es Öffnungsklauseln und Differenzierungsbestimmungen, die eine Anpassung der branchenbezogenen Vorschriften des (Flächen-)Tarifvertrags an die betrieblichen Gegebenheiten erlauben.

Vielfach sind auch – in inhaltlich und zeitlich begrenztem Umfang – Abweichungen von den Tarifstandards nach unten erlaubt. Dies ergibt eine Untersuchung von **Tarifverträgen aus 80 Tarifbereichen mit 12,5 Mio. Beschäftigten**, die das Tarifarchiv des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts in der Hans-Böckler-Stiftung jetzt vorgelegt hat.

Die tariflichen Öffnungsklauseln beziehen sich auf die wirtschaftliche Situation der Unternehmen, die Unternehmensgröße oder auf bestimmte Beschäftigtengruppen. Sie gelten vor allem für folgende Regelungen und Regelungsbereiche:

• **Allgemeine Klauseln zur Abweichung von Tarifstandards:**

z.B. sog. Härteklauseln

• **Arbeitszeit:**

Arbeitszeitverlängerung, Arbeitszeitkorridor, befristete Arbeitszeitreduzierung (ohne Lohnausgleich)

• **Lohn/Gehalt:**

z.B. Absenken von tariflichen Grundvergütungen, Aussetzen von Tarifierhöhungen, unterschiedliche Tarifanpassung nach Betriebsgröße, Einstiegstarife für bestimmte Beschäftigtengruppen, Absenkung der Ausbildungsvergütung

• **sonstige Vergütungsbestandteile:**

Absenkung von Urlaubsgeld und Jahressonderzahlung

In vielen Fällen werden die Arbeitgeber bei der Inanspruchnahme dieser Klauseln verpflichtet, bestimmte **Gegenleistungen** zu erbringen. Dazu zählt vor allem der Verzicht auf betriebsbedingte Kündigungen. Gelegentlich wurden auch Neueinstellungen bzw. die Schaffung zusätzlicher Ausbildungsplätze, Verzicht auf Ausgründungen u.a. vereinbart. Oft bleiben die Unternehmen jedoch auch frei von solchen Verpflichtungen. Für die Gewerkschaften, die sich viele der Zugeständnisse erst gegen erbitterten Widerstand haben abringen lassen, bleiben bei dieser Entwicklung zur tarifpolitischen Differenzierung und Dezentralisierung viele offene Fragen: Handelt es sich um einen unaufhaltsamen Prozess, den sie allenfalls mitgestalten, aber nicht aufhalten können? Gibt es realistische Haltelinien, für die es sich zu kämpfen lohnt? Welche Zugeständnisse gefährden die Substanz des Flächentarifvertrags? Wie sehen mögliche tarifpolitische Alternativen aus? Sicher scheint derzeit nur eins: Tarifliche Öffnungsklauseln entfalten eine zwiespältige Wirkung: ein Zaubermittel zur Reform und Sicherung des Flächentarifvertrags sind sie nicht.

## 2. Neudefinition des Günstigkeitsprinzips

Adomeit (NJW 1984, 26) hat eine Lehre von der sog. neuen Günstigkeit begründet, z. B. bei Einbeziehung von drohender Arbeitslosigkeit gegenüber einer Entgeltreduzierung. Die Rechtsprechung beharrt indessen auf dem hergebrachten Günstigkeitsvergleich (sog. Sachgruppenvergleich). Vgl. [BAG vom 20.4.1999](#), NZA 1999, 887 ff: *Es ist daran festzuhalten, dass bei einem Günstigkeitsvergleich von tariflichen und vertraglichen Regelungen nach § 4 Abs. 3 TVG nur sachlich zusammenhängende Arbeitsbedingungen vergleichbar und deshalb zu berücksichtigen sind (ständige Rechtsprechung). § 4 Abs. 3 TVG lässt es nicht zu, dass Tarifbestimmungen über die Höhe des Arbeitsentgelts und über die Dauer der regelmäßigen Arbeitszeit mit einer betrieblichen Arbeitsplatzgarantie verglichen werden.*

Hier die Begründung des BAG:

b) Die Abweichungen sind nicht vom Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG gedeckt.

aa) Die einzelnen Entgelt- und Arbeitszeitregelungen sind hinsichtlich ihrer jeweiligen Gegenstände unstreitig für die Arbeitnehmer ungünstiger als die entsprechenden Tarifbestimmungen; ihr Zweck besteht gerade darin, die Kostenbelastung der Arbeitgeberinnen zu vermindern. Diese machen allerdings geltend, der Günstigkeitsvergleich dürfe sich nicht auf die einzelnen Regelungsgegenstände beschränken. Vielmehr sei auch die Beschäftigungsgarantie einzubeziehen, welche sie den Arbeitnehmern im Austausch gegen die vereinbarten Sparmaßnahmen zugestanden hätten. Die Erhaltung des Arbeitsplatzes um den Preis einer vermehrten Arbeitsleistung oder eines gekürzten Arbeitsentgelts sei für die Arbeitnehmer hier günstiger als die Beibehaltung der tariflichen Ar-

beitsbedingungen. Diese belasteten die Arbeitgeberinnen über Gebühr und zwängen zu Einschränkungen des Betriebs, was mit Entlassungen verbunden sei (ähnlich insbesondere Buchner, DB Beil. 12/1996, 10 ff.).

Ein derartiger Vergleich von Regelungen, deren Gegenstände sich thematisch nicht berühren, ist indessen methodisch unmöglich ("Äpfel mit Birnen") und mit § 4 Abs. 3 TVG nicht vereinbar. Die Vorschrift verlangt vielmehr nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und der herrschenden Meinung im arbeitsrechtlichen Schrifttum, dass die zu vergleichenden Regelungen miteinander in einem sachlichen Zusammenhang stehen ("Sachgruppenvergleich"). Es sind also, soweit nicht sowohl der Tarifvertrag als auch der Einzelarbeitsvertrag Anhaltspunkte für ein abweichendes Vorgehen bieten, die sachlich einander entsprechenden Regelungen zu vergleichen (BAGE 46, 50, 58 = AP Nr. 9 zu § 339 BGB; Däubler, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl., Rz. 204 ff.; MünchArbR/Löwisch, § 265 Rz 41 ff.; Löwisch/Rieble, TVG, § 4 Rz 198 ff.; ErfK/Schaub, § 4 TVG Rz 66 f.; Zichert in Kempen/Zachert, TVG, 3. Aufl., § 4 Rz 188; Wank in Wiedemann, TVG, 6. Aufl., § 4 Rz 436 ff.; ebenso BAG GS - BAGE 63, 211, 220 = AP Nr. 46 zu § 77 BetrVG 1972, zu C II 3 der Gründe - zur Anwendung des Günstigkeitsprinzips, das als allgemeiner Grundsatz verstanden wird, auf das Verhältnis zwischen Einzelarbeitsvertrag und Betriebsvereinbarung). Arbeitszeit oder Arbeitsentgelt einerseits und eine Beschäftigungsgarantie andererseits sind jedoch völlig unterschiedlich geartete Regelungsgegenstände, für deren Bewertung es keinen gemeinsamen Maßstab gibt. Sie können nicht miteinander verglichen werden. Eine Beschäftigungsgarantie ist nicht geeignet, Verschlechterungen beim Arbeitsentgelt oder bei der Arbeitszeit zu rechtfertigen (z.B. Ehmann/Schmidt, NZA 1995, 193, 202; Hanau, RdA 1998, 65, 70; Reichold, ZfA 1998, 237, 252; Walker, Festschrift für Wiese, 1998, S. 603, 608; Wiedemann, Anm. zu BAG Urteil vom 18. Dezember 1997 - 2 AZR 709/96 - AP Nr. 46 zu § 2 KSchG 1969, zu 3 b).

Nur dieses Verständnis entspricht dem Zweck des Tarifvertragsgesetzes, welches zum Schutz der Arbeitnehmer die Normwirkung von Tarifverträgen gewährleistet. Die wertende Entscheidung darüber, wie bei der Regelung der Arbeitsbedingungen das Interesse der Arbeitnehmer an möglichst hohen Entgelten mit dem unternehmerischen Interesse an geringen Arbeitskosten um der Wettbewerbsfähigkeit willen und damit auch zur Sicherung der Arbeitsplätze in Einklang gebracht werden kann, ist eine tarifpolitische Grundsatzfrage und gehört zu den typischen Aufgaben der Tarifvertragsparteien. Diesen ist es überlassen, nach ihren gemeinsamen Zweckmäßigkeitseinstellungen einerseits Kostenfaktoren für die unternehmerische Tätigkeit und andererseits Untergrenzen der Arbeitsbedingungen, insbesondere der Arbeitseinkommen, zu bestimmen. Diese Kompetenz können die Tarifvertragsparteien freilich in der Praxis nicht beliebig ausschöpfen. Sie stehen nämlich unter koalitionspolitischem Konkurrenzdruck. So muss die Gewerkschaft den Verlust von Mitgliedern fürchten, wenn sie bei ihrer Tarifpolitik deren Günstigkeitseinstellungen, z.B. von Arbeitsentgelt und Arbeitsplatzsicherheit, nicht hinreichend berücksichtigt. Auf Arbeitgeberseite kommt als Korrektiv der Wettbewerb mit Unternehmen hinzu, die nicht der Tarifbindung unterliegen.

Die Rechtsprechung würde nicht nur ihre Möglichkeiten rationaler Kontrolle überschreiten, sondern auch in Wertungsfragen der Tarifpolitik eindringen, wollte sie die gemeinsame Meinungsbildung der Tarifvertragsparteien daraufhin überprüfen, ob sich eine andere Gewichtung der betroffenen Interessenlage für die Arbeitnehmer einzelner Betriebe günstiger auswirkt. Der nach § 4 Abs. 3 TVG vorzunehmende Günstigkeitsvergleich ist Normvollzug. Seine Maßstäbe müssen aus den Wertungen des Tarifvertrags abgeleitet werden. Ein Versuch, die normierten Wertungen im Rahmen des Günstigkeitsvergleichs zu überwinden, muss schon deshalb scheitern, weil es insoweit an handhabbaren Kriterien fehlt. So lassen sich vielfach - wie auch im vorliegenden Fall - die Arbeitsplatzrisiken nicht hinreichend objektivieren. Die Entscheidung über die Schließung oder Verlegung eines Betriebs, die zum Abbau von Arbeitsplätzen führt, steht im Ermessen des Unternehmers. Seine diesbezüglichen Erwägungen, etwa zu Gewinnzielen und -erwartungen sowie zur Einschätzung von Kosten und Marktchancen, entziehen sich weitgehend richterlicher Kontrolle. Wären die Arbeitsplatzrisiken, die sich aus einer solchen Maßnahme ergeben können, in einem Günstigkeitsvergleich zu berücksichtigen, so stünde die Wirkung zwingenden Tarifrechts praktisch zur Disposition einzelner Arbeitgeber.

bb) An diesem Ergebnis ändert sich auch dann nichts, wenn die tarifgebundenen Arbeitnehmer weit überwiegend bereit sind, um ihrer Arbeitsplatzsicherheit willen auf tarifliche Rechte zu verzichten. Eine solche Entscheidung ist die (in dieser Situation möglicherweise vernünftige) Reaktion auf die vorangegangene unternehmerische Entscheidung und auf die danach für die Arbeitnehmer verbleibende Alternative. Sie ist also keineswegs völlig frei. Deshalb bestimmt § 4 Abs. 3 TVG, dass abweichende Abmachungen von den Tarifvertragsparteien gestattet werden müssen. Auch hier zeigt sich, dass das Gesetz die tarifpolitische Verantwortung für die Wirkung ihrer Regelungen den tarifschließenden Koalitionen zuweist - ganz im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG.

cc) Das soll nicht bedeuten, dass der "Sachgruppenvergleich", den das Bundesarbeitsgericht seit Jahrzehnten in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre anwendet, die allein verfassungskonforme Art des Günstigkeitsvergleichs sein müsste. Die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG bedarf der rechtlichen Ausgestaltung, und der Gesetzgeber kann dabei die Tarifautonomie in den Grenzen der Verhältnismäßigkeit auch einschränken (BVerfG Beschluss vom 24. April 1996 - 1 BvR 712/86 - AP Nr. 2 zu § 57 a HRG, zu C II 1 der Gründe). Ob es insoweit möglich ist, spezielle betriebliche Interessenlagen zu typisieren und in das Prüfungsprogramm eines Günstigkeitsvergleichs aufzunehmen, ist hier nicht zu erörtern. Solange dafür gesetzliche Grundlagen fehlen, Mus § 4 Abs. 3 TVG im Lichte des Art. 9 Abs. 3 GG so ausgelegt werden, dass der Vorrang des Tarifvertrages gewahrt bleibt.

Die französische Rechtsprechung scheint insoweit einen neuen Weg einzuschlagen: die Bestimmung der günstigeren Regelung muss nach einem Urteil des Kassationshofes – Cass. Soc. 17.2.1997, Cie. générale de géophysique, Droit Social 1997, 432 (Anm. Couturier) – aus einer Beurteilung folgen, die die Interessen der Gesamtheit der AN in Betracht zieht und nicht nur die Interessen einzelner AN.

Vgl. hierzu Frik, Die neue Interpretation d. Günstigkeitsprinzips in Frankreich, NZA 1998, 525 f. sowie Le Friant, Die Rechtsprechung des BAG zum Günstigkeitsprinzip aus französischer und deutscher Sicht, NZA 2000, 81 ff.

3. Tarifvertrag und Kirche: Die von Kirchen festgelegten Richtlinien für die Beschäftigung von Mitarbeitern sind keine "Tarifverträge", da sie nicht "von freien und unabhängigen Sozialpartnern ausgehandelt worden" sind. Wechselt ein Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes Anfang des Jahres zu einer Kirche, so hat er nicht innerhalb eines Tarifvertrages des öffentlichen Dienstes gewechselt und muss sein zuvor bezogenes Weihnachtsgeld zurückzahlen. (BAG, 10 AZR 287/96, NZA 1997, 659 ff).

#### 4. Rückwirkung?

BAG vom 20.6.1858, AP Nr. 2 zu § 1 TVG Rückwirkung: die in Tarifverträgen nicht selten vorgesehene rückwirkende Geltung muss mit dem rechtsstaatlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes vereinbar sein. Dies ist sicherlich bei normalen Tariflohnerhöhungen nach langwierigen Verhandlungen unbedenklich, muss doch der organisierte Arbeitgeber mit derartigen Verhandlungsergebnissen rechnen. Neuerdings lässt das BAG Rückwirkung auch im Falle von Lohnkürzungen zu (BAG vom 23.11.1994, NZA 1995, 844 ff, entgegen der früheren Rechtsprechung, vgl. BAG vom 28.9.1983, BAGE 43, 305).

5. Nachwirkung eines Tarifvertrages: kann durch konkludentes Handeln ausgeschlossen werden, so BAG v. 8.10.1997, NZA 1998, 492 ff (Sehr instruktives Urteil, da hier der Fall eines TV zur Sprache kommt, der einen Sonderschutz für gewerkschaftliche Vertrauensleute vorsieht und hierfür einen Kündigungsschutz in Anlehnung an § 102 Abs. 6 BetrVG eröffnet. Vgl. dazu Bauer / Haußmann, Tarifverträge über gewerkschaftliche Vertrauensleute, NZA 1998, 854 ff).

## 4. Teil: Ergänzende Ausführungen

### 1. Inhalt von Tarifverträgen

a) Typischerweise werden in Tarifverträgen Fragen geregelt, die im Zusammenhang mit Arbeitsverhältnissen stehen, z. B. Regelungen der Arbeitszeit oder der Arbeitsvergütung. Keine Einigkeit besteht dagegen, inwiefern durch Tarifverträge beispielsweise auch die Beteiligungsrechte des Betriebsrates geändert werden können.

Der Tarifvertrag legt zunächst einmal die Verpflichtungen der Tarifpartner fest. In diesen Teil kann die Friedenspflicht der Parteien aufgenommen werden. Geregelt werden können auch die Errichtung von Schiedskommissionen oder von Sozialeinrichtungen.

Der größte Teil der Vorschriften betrifft jedoch die Rechte und Pflichten der Arbeitnehmer und Arbeitgeber im Arbeitsverhältnis (normative Bestimmungen).

Ü Geregelt werden kann der Inhalt des einzelnen Arbeitsverhältnisses. Insoweit können auch Klauseln aufgenommen werden, die eine abweichende einzelvertragliche Regelung zulassen.

Ü Außerdem können auch Bestimmungen zum Abschluss von Arbeitsverträgen aufgenommen werden. Diese können die Form des Arbeitsvertrages betreffen, insbesondere die Schriftform anordnen. Daneben können Abschlussverbote und -gebote vereinbart werden. Abschlussverbote verhindern den Abschluss von Arbeitsverträgen mit bestimmten schützenswerten Arbeitnehmern. Gesetzliche Abschlussverbote bestehen z. B. für Kinder und Jugendliche. Abschlussgebote dagegen verpflichten den Arbeitgeber, z. B. Schwerbehinderte bevorzugt einzustellen.

Ü Weiterhin können Vorschriften über die Beendigung von Arbeitsverhältnissen, über die Ordnung des Betriebs (z. B. Ausstattung der Arbeitsräume) usw. enthalten sein.

In den Vorschriften des Tarifvertrages zum sog. Geltungsbereich ist geregelt, ab wann die einzelnen Bestimmungen gelten und auf welche Arbeitnehmer und Betriebe sie Anwendung finden sollen.

Dabei können Probleme entstehen, wenn vom Geltungsbereich her mehrere Tarifverträge auf das Arbeitsverhältnis anwendbar sind. Haben die Tarifvertragsparteien nicht vereinbart, welcher Tarifvertrag zurücktreten soll, findet grundsätzlich nur derjenige Anwendung, der die meisten Arbeitnehmer des Betriebes erfasst. Ergibt sich auch dann noch keine Lösung des Problems, ist der Tarifvertrag vorrangig, der sich am speziellsten mit der Tätigkeit befasst, die die meisten Arbeitnehmer verrichten.

#### b) Wirkungen:

Ü Die genannten normativen Bestimmungen gelten unmittelbar für die einzelnen Arbeitsverhältnisse, d. h. unabhängig davon, ob die Parteien sie kennen. Charakteristisch ist weiterhin, dass sie zwingende Vorschriften sind und entgegenstehende einzelvertragliche Abreden unwirksam werden lassen. Von der zwingenden Wirkung gibt es zwei Ausnahmen:

- der Tarifvertrag lässt abweichende Regelungen zu (Öffnungsklausel)
- die einzelvertragliche Regelung ist für den Arbeitnehmer günstiger (Günstigkeitsprinzip).

Ü Aus der zwingenden Wirkung folgt auch, dass ein Verzicht auf tarifvertragliche Rechte unzulässig ist. So kann der Arbeitnehmer beispielsweise nicht auf eine tarifliche Entlohnung verzichten und unter Tarif arbeiten.

Ü In Tarifverträgen werden vielfach sog. Verfall- oder Ausschlussfristen vereinbart. Wird ein Recht nicht innerhalb dieser Frist geltend gemacht, erlischt es. Derartige Fristen sollen helfen, möglichst schnell Klarheit über eventuelle Ansprüche der Tarifvertragsparteien zu erzielen. Verfallfristen sind eng auszulegen, weil sie die Geltendmachung von Rechten stark beschneiden.

Die Tarifvertragsparteien können vereinbaren, wann die Fristen zu laufen beginnen sollen (z. B. mit der Ablehnung durch den Gegner). Sie beginnen zu laufen unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer von ihnen Kenntnis hatte. Von jedem Arbeitnehmer wird verlangt, dass er sich über den Tarifvertrag informiert, der auf sein Arbeitsverhältnis anwendbar ist.

## 2. Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifvertrages

a) Der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung kann im Einvernehmen mit einem Ausschuss, der aus Vertretern der Spitzenorganisation der jeweiligen Gewerkschaft und des jeweiligen Arbeitgeberverbandes besteht, einen Tarifvertrag auf alle unter den Geltungsbereich eines Tarifvertrages fallende Arbeitnehmer - sogar rückwirkend - erstrecken (sog. Allgemeinverbindlichkeit), § 5 TVG.

Die Besonderheit liegt also darin, dass ein Arbeitsverhältnis dann von einem Tarifvertrag mit seinen vielen Regelungen erfasst wird, obwohl der AN evtl. kein Gewerkschaftsmitglied ist; auch der Arbeitgeber muss sich an die Tarifregelungen halten, selbst wenn er kein Mitglied eines Arbeitgeberverbandes ist, der den Tarifvertrag mit ausgehandelt hat.

### Hinweise:

\* Allgemeinverbindlichkeitserklärung muss öffentlich bekannt gemacht werden (§ 5 Abs. 7 TVG). Dies geschieht durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger.

\* Für nachfolgende Branchen gibt es allgemeinverbindliche Tarifverträge.

Bäcker- und Konditorenhandwerk  
Bandwebereien (Hausbandweber)  
Baugewerbe  
Betonsteingewerbe  
Bewachungsgewerbe  
Brot- und Backwarenindustrie  
Dachdeckerhandwerk  
Einzelhandel  
Elektrohandwerk  
Fleischerhandwerk  
Fliesen-, Platten- u. Mosaiklegergewerbe  
Friseurhandwerk  
Garten-, Landschafts- u. Sportplatzbau  
Gaststätten- u. Beherbergungsgewerbe  
Gebäudereinigerhandwerk  
Geld-, Wert- u. Sicherheitstransporte  
Gerüstbaugewerbe  
Glaserhandwerk  
Groß- u. Außenhandel  
Handwerksbetriebe d. Graveure, Galvaniseure u. Metallschleifer,  
Gürtler u. Metalldrücker, Ziseleure u. verwandter Berufe  
Heizungs-, Klima- u. Sanitärtechnik  
Holz- u. kunststoffverarbeitendes Handwerk u. Glaserhandwerk,  
Glasveredeler, Glasapparatebauer sowie Glas- und Porzellanmaler

\* Charakteristisches Beispiel: In den Elektrohandwerken gilt ein Mindestlohn auf Baustellen in Höhe von € 8,90 / Stunde (West) und € 7,40 / Stunde (Ost). AVE mit Wirkung zum 1.5.2002 (vgl. Notiz Z`NZA 2002 Heft 12, S. IX).

\* Verzeichnis der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge:  
<http://www.bma.de/de/arbeit/arbeitsrecht/tarifverzeichnis.htm>

\* Am 1.1.1998 existierten in der BRD 588 für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge; dies entspricht einem Anteil von 1,2 % aller Tarifverträge. 5,6 Mio AN wurden von diesen allgemein verbindlichen Tarifverträgen erfasst. Die Bedeutung der AVE für das Tarifgeschehen sollte daher nicht überschätzt werden! Andererseits ist zu beachten, dass wichtige Branchen wie das Baugewerbe, der Handel und das Verlagswesen betroffen waren sowie kostenträchtige Regelungen, wie etwa die Versorgungskassen des Baugewerbes oder die Alterssicherung für Zeitschriftenredakteure.<sup>26</sup>

b) Stark umstritten war lange die Rechtsnatur der AVE. Heutzutage ist h.M, dass es sich dabei weder um einen Verwaltungsakt (so die frühere Lehre) handelt noch um eine echte Rechtsverordnung (dann wäre Art. 80 GG zu beachten!). Vielmehr liegt ein „Rechtssetzungsakt eigener Art (sui generis) zwischen autonomer Regelung und staatlicher Rechtssetzung“ vor. Die AVE stellt daher einen rechtlich selbständigen Geltungsbefehl gegenüber den Außenseitern in Form eines eigenständigen Rechtsetzungsaktes dar, kraft dessen die Rechtsnormen des Tarifvertrages - in seinem Geltungsbereich – auch die bisher nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erfassen, § 5 Abs. 4 TVG. BAG: Nachwirkung gem. § 4 Abs. 5 TVG trotz § 5 Abs. 5 TVG<sup>27</sup> („Im übrigen endet die AVE eines Tarifvertrages mit dessen Ablauf.“); bedenklich<sup>28</sup>. – Das Bundesverwaltungsgericht lässt in gewissem Umfang einen Anspruch der antragsberechtigten Tarifvertragsparteien auf die AVE eines Tarifvertrages zu, [BVerwG vom 3.11.1988](#), NZA 1989, 364 ff.

## 5. Teil: Historische Texte

### 1. Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund, vom 21.6.1869<sup>29</sup>

§ 152. Alle Verbote und Strafbestimmungen gegen Gewerbetreibende, gewerbliche Gehilfen, Gesellen oder Fabrikarbeiter wegen Verabredungen und Vereinigungen zum Behufe günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen, insbesondere mittels Einstellung der Arbeit oder Entlassung der Arbeiter werden aufgehoben.

Jedem Teilnehmer steht der Rücktritt von solchen Vereinen und Verabredungen frei und es findet aus letzteren weder Klage noch Einrede statt.

§ 153. Wer andere durch Anwendung körperlichen Zwanges, durch Drohungen, durch Ehrverletzung oder durch Verrufserklärungen bestimmt oder zu bestimmen sucht, an solchen Verabredungen (§ 152) teilzunehmen, oder ihnen Folge zu leisten oder andere durch gleiche Mittel hindert oder zu hindern versucht, von solchen Verabredungen zurückzutreten, wird mit Gefängnis bis zu 3 Monaten bestraft, sofern nach dem allgemeinen Strafgesetz nicht eine härtere Strafe eintritt.

---

<sup>26</sup> Vgl. BMA, RdA 1999, 275 (276). Ein Verzeichnis der allgemeinverbindlichen Tarifverträge findet sich unter [www.bma.bund.de](http://www.bma.bund.de)

<sup>27</sup> BAG vom 27.11.1991, NZA 1992, 800 ff

<sup>28</sup> Lieb, Arbeitsrecht, 7. A., Rn. 552.

<sup>29</sup> Quelle. Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1869, S. 245 ff.



## 2. Gesetz betreffend die Aufhebung des § 153 der Gewerbeordnung, vom 22.5.1918<sup>30</sup>

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen etc. verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrats und des Reichstags, was folgt:

Der § 153 der Gewerbeordnung wird aufgehoben.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insiegel.  
Gegeben Großes Hauptquartier, den 22. Mai 1918.

(Siegel) Wilhelm                      Dr. Graf von Hertling

## 3. Zentralarbeitsgemeinschafts-Vereinbarung zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden vom 15.11.1918<sup>31</sup>

Die großen Arbeitgeberverbände vereinbaren mit den Gewerkschaften der Arbeitnehmer das folgende:

1. Die Gewerkschaften werden als berufene Vertreter der Arbeiterschaft anerkannt.
2. Eine Beschränkung der Koalitionsfreiheit der Arbeiter und Arbeiterinnen ist unzulässig.
3. Die Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände werden die Werkvereine (die sogenannten wirtschaftsfriedlichen Vereine) fortab vollkommen sich selbst überlassen und sie weder mittelbar noch unmittelbar unterstützen.
4. Sämtliche aus dem Heeresdienste zurückkehrenden Arbeitnehmer haben Anspruch darauf, in die Arbeitsstelle sofort nach Meldung wieder einzutreten, die sie vor dem Krieg innehatten. Die beteiligten Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände werden dahin wirken, dass durch Beschaffung von Rohstoffen und Arbeitsaufträgen diese Verpflichtung in vollem Umfange durchgeführt werden kann.
5. Gemeinsame Regelung und paritätische Verwaltung des Arbeitsnachweises.
6. Die Arbeitsbedingungen für alle Arbeiter und Arbeiterinnen sind entsprechend den Verhältnissen des betreffenden Gewerbes durch Kollektivvereinbarungen mit den Berufsvereinigungen der Arbeitnehmer festzusetzen. Die Verhandlungen hierüber sind ohne Verzug aufzunehmen und schleunigst zum Abschluss zu bringen.
7. Für jeden Betrieb mit einer Arbeiterschaft von mindestens 50 Beschäftigten ist ein Arbeiterausschuss einzusetzen, der diese zu vertreten und in Gemeinschaft mit dem Betriebsunternehmer darüber zu wachen hat, dass die Verhältnisse des Betriebs nach Maßgabe der Kollektivvereinbarungen geregelt werden.
8. In den Kollektivvereinbarungen sind Schlichtungsausschüsse bzw. Einigungsämter vorzusehen, bestehend aus der gleichen Anzahl von Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertretern.
9. Das Höchstmaß der täglichen regelmäßigen Arbeitszeit wird für alle Betriebe auf 8 Stunden festgesetzt. Verdienstschränkungen aus Anlass dieser Verkürzungen der Arbeitszeit dürfen nicht stattfinden.

## ZUR ÜBUNG

### Eine fiktive Situation tariflicher Art, die Sie analysieren sollen:

*Zwischen der Gewerkschaft VER.DI und der Deutschen Lufthansa AG kommt ein Tarifvertrag zustande, der u. a. folgende Punkte enthält:*

1. *Kündigungen von Beschäftigten bedürfen der Zustimmung des Betriebsrates.*
2. *Rationalisierungen dürfen nur mit Zustimmung des Betriebsrates vorgenommen werden.*
3. *Neuinvestitionen dürfen nur mit Zustimmung des Betriebsrates durchgeführt werden.*
4. *Die Einstellung von neuen Arbeitnehmern wird künftig an die Bedingung geknüpft, dass diese beim Eintritt Mitglied der VER.DI sind.*

---

<sup>30</sup> Quelle: Reichsgesetzblatt 1918, Nr. 72, S. 94

<sup>31</sup> Quelle: Deutscher Reichsanzeiger Nr. 273 vom 18.11.1918

5. Wegen der damit verbundenen Umweltbelastungen verpflichtet sich die Deutsche Lufthansa, keine Überschallverkehrsflugzeuge einzusetzen.
6. Vertrauensleute sind für die Dauer ihrer gewerkschaftlichen Tätigkeit freizustellen, wobei Fortzahlung von Lohn bzw. Gehalt erfolgt. § 40 BetrVG findet entsprechend Anwendung; ebenso § 15 KSchG.
7. Alle Regelungen in Tarifverträgen zwischen der VER.DI und der Deutschen Lufthansa, die zugunsten der Beschäftigten vom Gesetz abweichen, dürfen nur für Mitglieder der VER.DI angewandt werden.

*Die Deutsche Lufthansa weigert sich, den Tarifvertrag einzuhalten. Sie begründet ihre Entscheidung folgendermaßen:*

- a) Sie habe sich zum Abschluss des Tarifvertrages nur wegen der von der VER.DI ausgesprochenen Streikandrohung durchringen können.
- b) Außerdem sei dieser gesetzes- und verfassungswidrig.

Zu Ziff. 1: vgl. Löwisch, BetrVG, Vorbem. 2 zu §§ 92 ff, Rn. 2: Zulässigkeit der Erweiterung der Beteiligungsrechte des BR bei Kündigungen durch TV (nicht nur durch Betriebsvereinbarung, wie in § 102 Abs. 6 BetrVG vorgesehen). Siehe auch [BAG vom 10.2.1988](#), NZA 1988, 699 ff.

## Lektion Nr. 4: Die Betriebsvereinbarung

Ø EINFÜHRENDE LITERATUR: Brox, Rn. 394-400

Ø INHALT

- A. Beispiel einer Betriebsvereinbarung
- B. Analyse der Betriebsvereinbarung
- C. Regelungsabrede
- D. Betriebsvereinbarung und Tarifvertrag
- E. Fälle

### A. Beispiel einer Betriebsvereinbarung

#### **BV zu Alkoholverbot**

Zwischen der Firma ..., vertreten durch die Geschäftsleitung, und dem Betriebsrat der Firma ... wird nachfolgende Betriebsvereinbarung über ein Alkoholverbot gemäß § 87 Abs. 1 Ziff. 1 BetrVG geschlossen:

#### **§ 1 Absolutes Alkoholverbot**

Es ist untersagt, alkoholische Getränke in den Betrieb mitzubringen, sich diese im Betrieb bzw. auf dem Betriebsgelände zu beschaffen, zu verkaufen, zu verschenken, zu verteilen oder zu sich zu nehmen.

#### **§ 2 Alkoholverbot während der Arbeitszeit und Pausen**

Der Genuss von alkoholischen Getränken ist wegen der damit verbundenen schweren Gefahren während der Arbeitszeit und der Pausen ausnahmslos untersagt. Das allgemeine Verbot für Alkohol gilt auch außerhalb des Betriebsgeländes während der betrieblichen Arbeitszeit und der Pausen für alle Betriebsangehörigen, die dienstliche Verrichtungen zu erledigen haben.

#### **§ 3 Ausschluss von Feiern**

Betriebliche Feiern aus Anlass von Dienstjubiläen, Geburtstagen und dergleichen finden grundsätzlich außerhalb der Arbeitszeit und - soweit möglich - auch außerhalb des Betriebs statt.

#### **§ 4 Zutritt zum Betrieb**

Unter Alkoholeinfluss stehenden Mitarbeitern ist der Zutritt zum Betrieb nicht erlaubt. Bei späterer Feststellung während der betrieblichen Arbeitszeit ist der Mitarbeiter, der unter Alkoholeinfluss steht, zur Gewährleistung eines sicheren Arbeitsablaufs von seinem Arbeitsplatz zu entfernen und eine Weiterbeschäftigung auszuschließen.

## § 5 Wegfall der Arbeitsvergütung

Für die Dauer des durch Alkohol bedingten Arbeitsausfalls besteht kein Anspruch auf Arbeitsvergütung einschließlich etwaiger Zulagen.

## § 6 Heimtransport

Mitarbeiter, die unter Alkoholeinfluss stehen, werden auf ihre eigenen Kosten nach Hause befördert. Weiterhin ist zu gewährleisten, dass sich der betroffene Mitarbeiter nicht allein auf dem Betriebsgelände bewegt und nicht seinen eigenen PKW zur Heimfahrt benutzt.

## § 7 Alkoholtest

Mitarbeiter, die verdächtigt werden, unter Alkoholeinfluss zu stehen, haben zu ihrer Entlastung die Möglichkeit, sich freiwillig einem Alkoholtest zu unterziehen. Dieser Test wird in Gegenwart des Betriebsarztes oder Sanitäters durchgeführt. Auf Wunsch des Mitarbeiters wird ein Betriebsratsmitglied hinzugezogen.

## § 8 Arbeitsrechtliche Konsequenzen

Mitarbeitern, die wegen Alkoholmissbrauch von ihrem Arbeitsplatz entfernt werden mussten, wird wegen Verletzung ihrer arbeitsvertraglichen Pflichten eine Abmahnung erteilt, die in die Personalakte aufgenommen wird. Im Wiederholungsfalle kann das Arbeitsverhältnis gekündigt werden.

## § 9 Inkrafttreten, Geltungsdauer

Diese Betriebsvereinbarung tritt am ... in Kraft; sie kann mit einer Frist von drei Monaten zum Schluss eines Kalenderjahres gekündigt werden.

[[http://www.turnusweb.de/TW/ImportExport/Downloads/dbafcc\\_alkoholverbot.htm](http://www.turnusweb.de/TW/ImportExport/Downloads/dbafcc_alkoholverbot.htm)]

## B. Analyse der Betriebsvereinbarung

1. Rechtscharakter: privatrechtlicher Normenvertrag („Gesetz des Betriebes“)

2. Arten:

§ erzwingbare Betriebsvereinbarung, insb. nach § 87 BetrVG

§ freiwillige Betriebsvereinbarung, § 88 BetrVG, z. B.

Vereinbarung über die Modalitäten eines Beschwerdeverfahrens gem. §§ 85, 86 BetrVG; Maßnahmen zur Förderung der Vermögensbildung (Belegschaftsaktien); Vereinbarung gem. § 102 Abs. 6 BetrVG, d.h. Zustimmungserfordernis zu Kündigung; Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Erreichung einer bestimmten Altersgrenze; Veranstaltung von Betriebsfeiern und Betriebsausflügen; Einrichtung einer ständigen Einigungsstelle, § 76 Abs. 1 BetrVG; Freistellung zusätzlicher BR-Mitglieder, § 38 Abs. 1 BetrVG.

Bei allen sozialen Angelegenheiten zulässig (vgl. § 88 BetrVG), nicht jedoch in personellen Angelegenheiten (Ausnahme: § 102 VI) und im wirtschaftlichen Bereich [Begründung: systematische Stellung von § 88, in Abschnitt „Soziale Angelegenheiten“, so dass § 88 richtigerweise folgendermaßen zu lesen ist: „Durch Betriebsvereinbarung können soziale Angelegenheiten geregelt werden, insbesondere ...“.]

3. Zustandekommen

- § Vertragsabschluß oder Spruch der Einigungsstelle  
Hierbei: auf Seiten des BR ist zunächst ein wirksamer Beschluss des BR erforderlich; vgl. §§ 27 Abs. 2 S. 2 Hs. 2, 28 Abs. 2, 33 BetrVG
- § Schriftform, § 77 II BetrVG (Unterzeichnung beider Partner auf derselben Urkunde nötig, § 77 II 1 BetrVG, entgegen § 126 II 2 BGB)
- § Auslegungspflicht gem. § 77 II 3 BetrVG (reine Ordnungsvorschrift)
- 4. Geltungsbereich (räumlich und persönlich)
- 5. Inhalt, gleichzeitig: Inhaltsschranken
  - § Grundsatz: Zulässiger Inhalt ist nötig; insbesondere kein Verstoß gegen höherrangiges Recht! Abschluss nur über solche Fragen, die zum Aufgabenbereich des BR nach dem BetrVG gehören. Ganz h. M.: Normen für Abschluss, Inhalt und Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen.  
Also: Inhalt einer Betriebsvereinbarung kann alles sein, was auch Inhalt eines Tarif- oder Arbeitsvertrages sein könnte, soweit nicht die zum Schutz der Tarifautonomie bestehende Regelungssperre nach § 77 Abs. 3 BetrVG eingreift.
  - § Beispiele:
    - a) Regelungen, die sich unmittelbar auf die Gestaltung von Arbeitsverhältnissen beziehen: Schriftformerfordernis für Arbeitsverträge bzw. einvernehmliche Änderung von Arbeitsverträgen; Auswahlrichtlinie nach § 95 BetrVG (= Abschlussnorm); Urlaubsverlängerung nach bestimmter Betriebszugehörigkeit, z. B. 10 Jahre (= Inhaltsnorm).
    - b) Regelungen, die sich auf betriebliche Angelegenheiten beziehen: Vereinbarung von Gleitzeit; Einführung und Anwendung eines Personalinformationssystems
  - § Einzelfragen:
    - Grundsatz der Gleichbehandlung (§ 75 I BetrVG)
    - Grundsatz der Respektierung der Persönlichkeitssphäre, § 75 II BetrVG
    - Regelungssperre nach § 77 III 1 BetrVG: Tarifvorrang; Arbeitsentgelte
    - kollektivfreier Individualbereich (z. B. Verwendung der Vergütung; Freizeit). Begründung mit § 75 II BetrVG.
    - kein Eingriff in durch Individualverträge begründete Rechtspositionen (BAG: Günstigkeitsprinzip!!)
  - § Beispiele für unzulässige Betriebsvereinbarungen:
    - BV über die Verwendung des verdienten Arbeitsentgelts
    - BV, die Nebenbeschäftigungsverbote aussprechen
    - BV, die eine Verpflichtung zur Teilnahme an Betriebsfeiern oder -ausflügen um Gegenstand haben
    - Beteiligung an Kantinenkosten (BAG vom 11. Juli 2000 - 1 AZR 551/99 -, NZA 2001, 462 ff ; s. auch Pressemitteilung Nr. 57/00)<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> Der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts hatte darüber zu entscheiden, ob Arbeitnehmer durch eine Betriebsvereinbarung dazu verpflichtet werden können, Kosten einer Kantinenverpflegung zu tragen, auch wenn sie diese gar nicht in Anspruch nehmen.

Die Beklagte ist ein Catering-Unternehmen, das u. a. Fluggesellschaften beliefert. Sie unterhält in ihrem Betrieb in Düsseldorf für die dort tätigen ca. 460 Mitarbeiter eine Kantine, deren Nutzung den Arbeitnehmern in der Vergangenheit frei stand. Zum 1. Juli 1998 schloss die Beklagte mit dem Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung, nach der jeder Mitarbeiter an der Kantinenverpflegung teilnimmt; Ausnahmen werden nur aus gesundheitlichen oder ethnischen Gründen anerkannt. Der Preis für die Vollverpflegung beträgt 5,80 DM pro Tag. Dieser Betrag ist auch dann zu entrichten, wenn der Arbeitnehmer die Verpflegung nicht in Anspruch nimmt.

Die Beklagte behielt von der Vergütung der Klägerin für die Monate Juli und August 1998 insgesamt 219,00 DM ein, obwohl die Klägerin am Essen nicht teilnahm. Die Klägerin hat Auszahlung des einbehaltenen Betrages begehrt. Sie sieht in der zwangsweisen Beteiligung an den Kosten einen unzulässigen Eingriff in ihre Handlungsfreiheit. Die Beklagte hat demgegenüber eingewandt, die Einbeziehung aller Mitarbeiter liege in deren Interesse. Sie gewähre mehr Planungssicherheit, verbessere dadurch die Qualität der Verpflegung und ermögliche es, die Preise zu senken. Außerdem solle die Nahrungsaufnahme am Arbeitsplatz verhindert werden.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat ihr stattgegeben.

Die Revision der Beklagten blieb beim Bundesarbeitsgericht ohne Erfolg. In der Verpflichtung der Arbeitnehmer, die Kosten für das Kantinenessen auch dann zu tragen, wenn sie es nicht in Anspruch nehmen, liegt eine unzulässige Lohnverwendungsregelung. Eine derartige Verpflichtung greift in die der Regelungskompetenz der Betriebspartner grundsätzlich entzogene private Lebensgestaltung der Arbeitnehmer ein. Sie führt zu einem unzulässigen, weil unverhältnismäßigen Eingriff in das gem. § 75 Abs. 2 BetrVG von den Betriebspartnern zu schützende und zu fördernde Recht der Arbeitnehmer auf freie Entfaltung der Persönlichkeit. Die von der Beklagten angeführten Gründe können diesen Eingriff nicht rechtfertigen.

- BV, die die Auszahlung einer Abfindung davon abhängig machen, dass keine Kündigungsschutzklage erhoben wird.

#### 6. Geltungsdauer

- § Beendigung durch Zweckerreichung oder Zeitablauf
- § Stilllegung des Betriebes
- § endgültiger und dauernder Fortfall des BR
- § Aufhebungsvereinbarung zwischen BR und AG
- § Abschluss einer neuen Betriebsvereinbarung
- § Kündigung, § 77 Abs. 6 BetrVG

#### 7. Die eigentlichen Wirkungen (§ 77 Abs. 4 BetrVG):

- § Unabdingbarkeit (unmittelbar, zwingend; wie ein Gesetz; Einwirkung von außen auf die Arbeitsverhältnisse, ohne Bestandteil der Arbeitsverträge zu werden)
- § Suspendierende Wirkung im Verhältnis zu entgegenstehenden arbeitsvertraglichen Bestimmungen (also nicht: § 134 BGB), so [BAG vom 21.9.1989](#), NZA 1990, 351 ff
- § Unverbrüchlichkeit (keine Verwirkung; kein Verzicht)
- § Ausschlussfristen nur bedingt möglich; ebenso Verkürzung von Verjährungsfristen
- § Nachwirkung, § 77 Abs. 6 BetrVG. Achtung: Nachwirkung nur im Falle von erzwingbaren Betriebsvereinbarungen (siehe Gesetzeswortlaut!). M.a.W.: freiwillige Betriebsvereinbarungen enden sofort mit Ablauf ihrer Geltungsdauer (BAG vom 12.8.1992, DB 1982, 2301). Anders als beim Tarifvertrag gilt die Nachwirkung auch für Neueingestellte (h. M.). Eine normalerweise gegebene Nachwirkung der BV kann vertraglich ausgeschlossen werden (unmittelbar in der entsprechenden BV oder auch später durch gesonderte Vereinbarung).
- § **Problem:** Günstigkeitsprinzip und Arbeitsvertrag  
H.M: ja, vgl. [BAG – GS – vom 16.9.1986](#), NZA 1987, 168 ff; 18.8.1987, NZA 1987, 779 ff<sup>33</sup>; 21.9.1989, NZA 1990, 351 ff; 7.11.1989 - GS, NZA 1990, 816 ff  
Gute Darstellung bei Lieb, Arbeitsrecht, 7. A., Rn. 788 ff

8. Durchführung: obliegt allein dem Arbeitgeber, § 77 Abs. 1 BetrVG. Keine Zustandsbeschreibung, sondern gesetzliches Gebot: Der AG muss die Betriebsvereinbarung durchführen. Tut er dies nicht, kann der BR im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren (§§ 2a, 80 ff ArbGG) die Feststellung der Durchführungspflicht beantragen. Außerdem in der Regel auch die Verurteilung des AG zur Leistung, also zu einem der Durchführungspflicht entsprechenden Tun oder Unterlassen; die durch die BV normativ begünstigten AN schließlich können die Durchsetzung im Urteilsverfahren erzwingen.

### C. Die Regelungsabrede

1. Von der Betriebsvereinbarung zu unterscheiden ist die sog. Regelungsabrede (auch „Betriebsabsprache“ oder „Betriebliche Einigung“ genannt). Mit dieser Form der Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat werden insbesondere Einzelfall-Angelegenheiten geregelt. Demgegenüber ist die Betriebsvereinbarung ihrer Natur nach grundsätzlich auf Dauer angelegt und soll eine Vielzahl von Fallgestaltungen erfassen. Regelungsabreden setzen einen wirksamen Beschluss des BR voraus (§ 33 BetrVG). Sie verpflichten den AG gegenüber dem BR, die getroffenen Maßnahmen durchzuführen, den BR gegenüber dem AG, die Umsetzung der Regelungsabrede durch den AG zu dulden. Für Regelungsabreden gilt die Nachwirkung gem. § 77 Abs. 6 BetrVG grundsätzlich nicht. Ausnahme: Gegenstand der Regelungsabrede war eine mitbestimmungspflichtige Angelegenheit. Regelungsabreden können jederzeit durch eine BV ersetzt werden, während das Gegenteil nicht gilt.

2. Beispiele für Regelungsabreden:

---

BAG, Urteil vom 11. Juli 2000 - 1 AZR 551/99 -

Vorinstanz: LAG Düsseldorf, Urteil vom 12. Mai 1999 - 11 (16) Sa 162/99 -

<sup>33</sup> Leitsatz 1.2 Betriebsvereinbarungen über die Dauer der individuellen wöchentlichen Arbeitszeit der Arbeitnehmer gelten unmittelbar und zwingend für alle in den Geltungsbereich der Betriebsvereinbarung fallenden Arbeitnehmer des Betriebs. Günstigere Regelungen in einzelnen Arbeitsverträgen gelten weiter.

- Einigung über die Hinzuziehung eines für den BR tätigen Sachverständigen (§ 80 III BetrVG)
- Einigung über die Person des Vorsitzenden der Einigungsstelle oder über die Anzahl der Beisitzer (§ 76 II BetrVG)
- Festsetzung der zeitlichen Lage des Urlaubs für einen einzelnen AN
- Absprachen im Bereich personeller Einzelmaßnahmen
- vorübergehende Verlegung der Arbeitszeit an einzelnen Tagen (aber auch durch BV möglich!).

3. Regelungsabreden bedürfen nicht der Schriftform, um wirksam zu werden. Zu Beweis Zwecken ist es jedoch sinnvoll und zweckmäßig, sie beispielsweise in sog. Aktennotizen festzuhalten.

4. Regelungsabreden entfalten – anders als Betriebsvereinbarungen – keine normative Wirkung. Es werden also mit Regelungsabreden keine unmittelbar wirkenden Rechte und Pflichten von AN begründet. Nur die Vertragsparteien (AG und BR) werden berechtigt und verpflichtet. Die Durchführung von Regelungsabreden obliegt, wie die von Betriebsvereinbarungen, allein dem Arbeitgeber (§ 77 Abs. 1 BetrVG).

5. WICHTIG !! Mitbestimmungsrechte können sowohl durch Betriebsvereinbarung als auch durch Regelungsabrede ausgeübt werden. BAG vom 3.12.1991, NZA 1990, 351 ff

#### 6. Unterscheidung Betriebsvereinbarung / Regelungsabrede

<i>Betriebsvereinbarung</i>	<i>Regelungsabrede</i>
§ Kollektiver Normenvertrag	§ Kein kollektiver Normenvertrag
§ Schriftform	§ Formlos
§ Unmittelbare und zwingende Wirkung für AN	§ Keine unmittelbare und zwingende Wirkung gegenüber den AN
§ Üblicherweise Regelfälle	§ Einzelfälle
§ Dauerwirkung	§ Keine Dauerwirkung
§ U. U. erzwingbar (z. B. Fälle nach § 87 I BetrVG, wegen § 87 II)	§ Nicht erzwingbar

#### D. Betriebsvereinbarung und Tarifvertrag

Ø EINFÜHRENDE LITERATUR: Halbach u. a. 5/ 137 und 5/ 157

1. Angesichts der äußerst weit reichenden Regelungsbefugnisse des Betriebsrates insb. im Bereich der sog. sozialen Angelegenheiten (vgl. § 87 Abs. 1 BetrVG) stellt sich automatisch die Frage nach der Abgrenzung zu den Regelungsbefugnissen der TV-Parteien. Das BetrVG enthält hierzu zwei Normen:

- § 77 Abs. 3 (der sog. Tarifvorbehalt) und
- § 87 Abs. 1 Einleitungssatz (der sog. Tarifvorrang).

Das Verhältnis dieser beiden Bestimmungen zueinander ist alles andere als einfach; es hat die Auseinandersetzungen in Literatur und Rechtsprechung der letzten 20 Jahre nachhaltig geprägt: Zwei-Schranken-Theorie versus Vorrangstheorie.

Die allgemeinere Norm stellt § 77 Abs. 3 BetrVG dar; sie gilt für alle Bereiche der BR-Tätigkeit, beschränkt sich aber (zumindest vordergründig) auf den Abschluss bzw. den Nichtabschluss von Betriebsvereinbarungen. Hier kommt eine recht eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers zugunsten der Tarifparteien zum Ausdruck: in ihrem Regelungsbereich – den materiellen Arbeitsbedingungen – wird ihnen Priorität eingeräumt; jegliche Konkurrenz zur verfassungsrechtlich geschützten Tarifautonomie wird insoweit ausgeschlossen.

Demgegenüber bezieht sich der Tarifvorrang nach § 87 Abs. 1 ES BetrVG nur auf die Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten, untersagt in einem derartigen Fall aber nicht nur den Abschluss von Betriebsvereinbarungen, sondern auch von Regelungsabreden.

Hilfreich mag in diesem Zusammenhang die (nicht unumstrittene) Unterscheidung in **materielle** und **formelle** Arbeitsbedingungen sein. Die materiellen Arbeitsbedingungen betreffen den Inhalt, den Kern selbst des Arbeitsverhältnisses: Höhe des Entgelts, Dauer der Arbeitszeit, Dauer des Urlaubs. Die formellen Arbeitsbedingungen dagegen beschäftigen sich mit dem „Wie“ der Arbeitsleistung, also mit den Fragen nach der zeitlichen Lage der Arbeitszeit, des Urlaubs, der Auszahlung des Lohnes, der zeitlichen Lage des Urlaubs usw.

2. Grundsatz ist nun, dass die Gestaltung der materiellen Arbeitsbedingungen Sache der Tarifparteien ist (vgl. § 77 Abs. 3 BetrVG). Allerdings gilt der Grundsatz nicht „lupenrein“:

- Der Tarifvorbehalt nach § 77 III BetrVG bezieht sich nicht nur auf „**materielle Arbeitsbedingungen**“. *Sind Ausschlussfristen für die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis tarifvertraglich geregelt, so können durch Betriebsvereinbarung auch für die Geltendmachung von Akkordlohnansprüchen keine Ausschlussfristen geregelt werden, sofern nicht die tarifliche Regelung insoweit eine Öffnungsklausel enthält.*<sup>34</sup>
- Die Sperrwirkung des Art. 77 III BetrVG entfällt beim Abschluss eines Sozialplans, § 112 Abs. 1 S. 4 BetrVG.

Im Verhältnis zum Tarifvertrag bestehen daher für Betriebsvereinbarungen zwei Sperrn:

- a) Gem. § 77 Abs. 3 BetrVG können Regelungen über Arbeitsentgelte sowie sonstige Arbeitsbedingungen, die durch TV geregelt sind, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. Gleichgültig ist in diesem Zusammenhang die Tarifbindung von AG oder AN oder eine etwaige Allgemeinverbindlichkeitserklärung des TV. Entscheidend ist allein, ob der betreffende Betrieb in dem räumlichen und fachlichen Geltungsbereich des entsprechenden TV liegt.
- b) Eine Regelung von Arbeitsbedingungen durch Betriebsvereinbarung ist ferner dann ausgeschlossen, wenn diese Arbeitsbedingungen üblicherweise durch TV geregelt werden (sog. Tarifüblichkeit). – Hier ist also danach zu fragen, ob nur vorübergehend keine tarifliche Regelung besteht oder ob damit zu rechnen ist, dass die Tarifparteien eine derartige Regelung wieder schaffen werden. Faustregel: die Fälle der sog. sozialen Mitbestimmung werden üblicherweise nicht durch TV festgelegt.

Hinweis: Die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG tritt nicht ein, wenn der TV ergänzende Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulässt (§ 77 III 2 BetrVG).

3. Mitbestimmung in „sozialen Angelegenheiten“: gem. Einleitungssatz § 87 I BetrVG ist das Mitbestimmungsrecht des BR ausgeschlossen, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung besteht. Nach h. M. bezieht sich dieser Vorrang nur auf die sog. erzwingbare Mitbestimmung; freiwillige Betriebsvereinbarungen – über Gegenstände nach § 88 Nr. 1 bis 3 BetrVG – sind daher auch bei bestehenden (gesetzlichen oder) tariflichen Regelungen zulässig<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Hanau / Kania in: Erfurter Kommentar, § 77 BetrVG Rn. 52

<sup>35</sup> Pulte, Kollektives Arbeitsrecht, 1998, S. 60



Voraussetzungen für den Tarifvorrang:

- 1° Bestehen einer Tarifregelung für den Betrieb und
- 2° Abschließende und konkrete Regelung einer mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit hierdurch. (Beispiel: In einem TV sind Beginn und Ende der Arbeitszeit geregelt. Hierdurch wird das Mitbestimmungsrecht des BR hinsichtlich der Pausenregelung nicht berührt).

**FAZIT:** Die tarifliche Sperrwirkung gem. § 77 III BetrVG gilt im Bereich der mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten des § 87 BetrVG nicht. § 87 I BetrVG ist insoweit eine Spezialregelung, die § 77 III BetrVG verdrängt. § 87 I BetrVG stellt im Gegensatz zu § 77 III BetrVG nicht auf die Tarifüblichkeit ab. Die Sperrwirkung gem. § 87 I BetrVG tritt mithin nur dann ein, wenn es keine tatsächlichen tarifvertraglichen Bestimmungen gibt, die Sachverhalte nach § 87 I BetrVG regeln. M.a.W.:

- ist ein entsprechender TV (z.B. durch Fristablauf oder durch Kündigung) beendet, so kann insoweit eine Betriebsvereinbarung abgeschlossen werden;
- wird einer der in § 87 I BetrVG aufgeführten Fälle üblicherweise durch TV geregelt, fehlt aber in concreto eine entsprechende tarifliche Regelung, so kann die Sperre des § 87 I BetrVG nicht greifen; § 77 III BetrVG findet dann im Rahmen von § 87 I BetrVG keine Anwendung.

Beispiel: Lohnrahmenabkommen mit ausführlichen Regelungen über Akkordentlohnung und Vorgabezeiten werden üblicherweise durch Tarifverträge geregelt. Wenn jedoch für einen bestimmten Betrieb

- kein solcher TV gilt oder
- der TV keine abschließende Regelung enthält oder
- der geltende TV abgelaufen ist,

dann sind Betriebsvereinbarung nach § 87 I BetrVG zulässig.

#### 4. Rechtsprechung

- § LAG Hamm v. 17.7.1996, AiB 1997, 290 f: „Eine Betriebsvereinbarung, nach der zwei oder drei Stunden Arbeit pro Woche nicht bezahlt werden, ist unwirksam. Die Entgeltvereinbarung verstößt gegen den Tarifvorrang des § 77 Abs. 3 BetrVG. Das gilt auch für nicht tarifgebundene Unternehmen, wenn in der Branche Arbeitsentgelt und sonstige Arbeitsbedingungen üblicherweise durch Tarifvertrag geregelt werden.“
- § Ähnlich BAG v. 24.1.1996, AiB 1997, 110: „Eine Betriebsvereinbarung, mit der ausschließlich die Erhöhung der bisherigen Vergütung und der Weihnachtsgratifikation geregelt wird, ist wegen Verstoßes gegen § 77 Abs. 3 BetrVG nichtig, wenn entsprechende tarifliche Regelungen bestehen oder üblich sind. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber nicht tarifgebunden ist.“
- § [BAG – GS – vom 3.12.1991](#), NZA 1992, 749 ff: Mitbestimmungsrecht des BR nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG bei der Anrechnung einer übertariflichen Bezahlung auf die Tariflohnerhöhung

#### ***Leitsätze:***

1. Der Tarifvorbehalt des § 77 Abs. 3 BetrVG steht einem Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG bei der Festlegung von Kriterien für über-/außertarifliche Zulagen nicht entgegen. Dieses Mitbestimmungsrecht kann sowohl durch formlose Regelungsabrede als auch durch Abschluss einer Betriebsvereinbarung ausgeübt werden.
2. Die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 wird durch den Tarifvorrang des § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG nur dann ausgeschlossen, wenn eine inhaltliche und abschließende tarifliche Regelung über den Mitbestimmungsgegenstand besteht.

Das ist nicht der Fall, wenn das Mindestentgelt im Tarifvertrag geregelt ist, der Arbeitgeber aber darüber hinaus eine betriebliche über-/außertarifliche Zulage gewährt.

#### 5. Zwei-Schranken-Theorie oder Vorrang-Theorie

BAG 24.2.87, AP Nr. 21 zu § 77 BetrVG (Leitsätze):

1. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 BetrVG sind nicht dadurch ausgeschlossen, dass die entsprechende mitbestimmungspflichtige Angelegenheit üblicherweise durch Tarifvertrag im Sinne von § 77 Abs. 3 BetrVG geregelt ist.
2. In Ausübung dieses Mitbestimmungsrechts kann die mitbestimmungspflichtige Angelegenheit auch durch Betriebsvereinbarung geregelt werden.
3. Der Senat hält daran fest, dass ein lediglich nachwirkender Tarifvertrag Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 BetrVG nicht ausschließt.
4. Eine Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach dem Eingangssatz von § 87 Abs. 1 BetrVG ausschließende tarifliche Regelung liegt dann vor, wenn der Arbeitgeber tarifgebunden ist und bei Tarifbindung auch des Arbeitnehmers die tarifliche Regelung in diesem Arbeitsverhältnis unmittelbar und zwingend gelten würde. Darauf, ob und wie viel Arbeitnehmer des Betriebes tatsächlich tarifgebunden sind, kommt es nicht an.
5. ....
6. Der Betriebsrat kann nach § 77 Abs. 1 BetrVG verlangen, dass der Arbeitgeber eine Betriebsvereinbarung durchführt. Dabei ist der Inhalt einer Betriebsvereinbarung, soweit er streitig ist, festzustellen.

*Der Theorienstreit ist also vom BAG nunmehr im Sinne der sog. Vorrangstheorie entschieden.<sup>36</sup>*

*In den Fällen des § 87 BetrVG ist damit der Tarifvorbehalt gem. § 77 Abs. 3 BetrVG nicht anzuwenden!! Für die erzwingbare soziale Mitbestimmung gilt die Regelungsschranke des § 77 Abs. 3 BetrVG nicht!!!*

Gute Zusammenfassung der Rechtsprechung zur Betriebsvereinbarung: AiB 1995, 176 – 185; gute Darstellung der Problematik bei Otto, Einführung in das Arbeitsrecht, 2. A. S. 86 ff; Siehe auch Belling /Hartmann, Die Rechtswirkungen einer gegen § 77 Abs. 3 BetrVG verstößenden Betriebsvereinbarung., NZA 1998, 673 ff

#### Weitere Rechtsprechung:

1. ArbG Elmshorn, Beschluss vom 26.5.1998, AiB 1998, 650:

- a) Betriebsvereinbarungen, die die tarifliche oder tarifübliche Arbeitszeit von 35 Stunden auf 39 Stunden verlängern, sind wegen Verstoßes gegen den Tarifvorrang nichtig.
- b) Eine Verlagerung der Regelungskompetenz der Tarifvertragsparteien auf die Betriebsparteien, Abschaffung und Einschränkung von § 77 Abs. 3 BetrVG wird abgelehnt.
- c) Die Zulassung auch günstigerer Betriebsvereinbarungen als die Regelungen des Tarifvertrages beeinträchtigt die Sicherung der ausgeübten Tarifautonomie.

2. ArbG Stuttgart Beschluss vom 20.2.1998, AiB 1998, 281:

---

<sup>36</sup> Lieb, a.a.O. Rn. 771 ff stellt dies mit Bedauern fest.

- a) Betriebsvereinbarungen über eine Verlängerung der Arbeitszeit und eine Absenkung der Sonderzahlung verstoßen gegen den Tarifvorrang des § 77 Abs. 3 BetrVG und sind gemäß § 134 BGB nichtig.
- b) Zum Schutz der Tarifautonomie ist jede von der tariflichen Regelung abweichende normative Vereinbarung auf Betriebsebene unzulässig. Das gilt auch bei einer Beschäftigungsgarantie. Für einen kollektiven Günstigkeitsvergleich ist kein Raum.
- c) Die Gewerkschaft wird durch eine tarifwidrige Betriebsvereinbarung in ihren Rechten verletzt. Sie kann vom Arbeitgeber Unterlassung verlangen. Macht die Gewerkschaft geltend, dass der Arbeitgeber den Tarifvertrag bricht, so genügt für eine Unterlassungsverpflichtung jeder objektive Verstoß des Arbeitgebers. Das gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber zwar eine noch vertretbare, aber unzutreffende Rechtsansicht vertritt.

LITERATUR ZUR VERTIEFUNG: Lieb, Arbeitsrecht, 7. A., 2000, Rn. 764-782

### E. Fälle

**Fall Nr. 18:** *Bei Rummel & Co. in Gummersbach gibt es viele Fans des örtlichen Handballclubs "VfL". Als an einem Mittwochnachmittag ein wichtiges Spiel (Europapokal) stattfindet (Austragungsort: das 40 km entfernte Dortmund), vereinbaren Firmenleitung und Betriebsrat schriftlich, dass die Arbeit drei Stunden früher enden soll und die ausgefallene Zeit dafür an den folgenden beiden Tagen nachgearbeitet wird. - Sachbearbeiter Schröder, Freund des Golfspiels, ist ein absoluter Handballhasser; ihm passt die Verschiebung überhaupt nicht, zumal er am Freitag ein Konzert mit Cecilia Bartoli besuchen will. Er erklärt daher der Firmenleitung: er biete seine Arbeit am Mittwoch ordnungsgemäß an; am Freitag werde er selbstverständlich zur gewohnten Zeit gehen.*

*In Ordnung?*

**Alternative:** *Rummel, selbst ein große Gönner des Vereins und Wacker (BR-Vorsitzender, insoweit vom BR beauftragt) wurden spontan über die Verschiebung einig. Niemand dachte daran, ein Papier aufzusetzen. Wie ist Schröders Begehren in diesem Fall zu beurteilen?*

[§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG! Vgl. dazu Löwisch, § 87 Rn. 54 f; zur Frage, ob auch Einzelmaßnahmen durch BV geregelt werden können, von Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, 5. A., S. 231, bejahend, gegenüber früherem Rechtszustand. S. auch Pulte, Kollektives Arbeitsrecht, 1998, S. 155. Vgl. auch Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 721. BAG vom 8.10.1959, AP Nr. 14 zu § 56 BetrVG 1952: „vorübergehend“ i. S. des § 87 I Nr. 3 BetrVG wird die Arbeitszeit auch verkürzt, wenn die Arbeit aus einem besonderen Anlass – Volksfest, Fußballspiel, Rosenmontagsumzug – an einem Tag ausfällt.]

**Fall Nr. 18a:** *Die Fa. Dagobert gewährte ihren Mitarbeitern auf der Grundlage betriebsinterner sog. „Dagobert-Mitteilungen“ aus dem Jahre 1965 Sonderzuwendungen bei 10-, 20-, 30- und 40-jährigen Dienstjubiläen. Einen Widerrufsvorbehalt enthielten die damaligen „Mitteilungen“ nicht. Bei 10-jährigen Dienstjubiläen waren Zuwendungen in Höhe von 60 % eines Bruttomonatsgehalts vorgesehen. Seit dem Geschäftsjahr 1975/76 waren Umsätze und Gewinne kontinuierlich zurückgegangen. Geschäftsleitung und Betriebsrat verhandelten daher 1979 über Einsparungen im Bereich der freiwilligen sozialen Leistungen. Am 15.9.1979 wurde eine Betriebsvereinbarung abgeschlossen, wonach die Sonderzuwendung für das 10-jährige Dienstjubiläum künftig entfallen sollte; die übrigen Jubiläumszulagen blieben unberührt. Diese Betriebsvereinbarung wurde Anfang Oktober 1979 bekannt gegeben. Arbeitnehmer Kunibert, der am 4.5.1980 sein 10-jähriges Dienstjubiläum feierte, verlangte eine Zuwendung in Höhe von 60 % eines Monatsgehalts. Erfolgchancen dieses Begehrens?*

[Vgl. BAG GS vom 16.9.1986, NZA 1987, 168 ff<sup>37</sup>]

**Fall Nr. 18b:** Die ARBED AG kündigte zum 30.6.2000 eine Betriebsvereinbarung über die Zahlung eines freiwilligen Weihnachtsgeldes. Verhandlungen mit dem Betriebsrat über eine Neuregelung hatten keinen Erfolg. Im Dezember 2000 verlangten die Arbeitnehmer Theo, Valentin und Willy die Zahlung des Weihnachtsgeldes aus der Betriebsvereinbarung. – Zu Recht?.

**Fall Nr. 18c:** Die Mollinex AG mit Sitz in Hannover ist Mitglied des Metallarbeitgeberverbandes Niedersachsen. Der Arbeitgeberverband hatte 1990 mit der IG Metall einen Tarifvertrag über die Arbeitszeit geschlossen, der ein Verbot der Sonntagsarbeit enthielt. Dieser Tarifvertrag wurde zum 31.12.1994 vom Metallarbeitgeberverband form- und fristgerecht gekündigt. Am 6.1.1995 schloss der Vorstand der Mollinex AG mit dem Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung ab, die unter bestimmten Voraussetzungen Sonntagsarbeit vorsieht. Die IG Metall ist der Auffassung, durch den Abschluss dieser Betriebsvereinbarung habe der Betriebsrat in grober Weise gegen seine gesetzlichen Pflichten verstoßen. Sie hat daher beim Arbeitsgericht Hannover die Auflösung des Betriebsrats beantragt (§ 23 Abs. 1 BetrVG).

[Vgl. die ähnliche Problematik bei dem sog. Viessmann-Fall, der in den 90er Jahren für beträchtliches Aufsehen gesorgt hatte: ArbG Marburg vom 7.8.1996, NZA 1996, 1331 ff.]

**Fall Nr. 18d:** Die nicht tarifgebundene Firma Maier GmbH hatte im Jahre 1987 mit dem Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung über eine Lohnerhöhung und die Anhebung der Weihnachtsgratifikation abgeschlossen. Aufgrund der schlechten wirtschaftlichen Situation des Unternehmens verweigerte die Unternehmensleitung ab November 1992 die vorgesehenen Erhöhungen. Arbeitnehmer Anton verlangt im Dezember 1992 die in der Betriebsvereinbarung geregelten Leistungen. Die Firma lehnt dies ab mit dem Hinweis, die Betriebsvereinbarung verstoße gegen den Tarifvorrang des § 77 Abs. 3 BetrVG. Zu Recht?

\*\*\*

**Problem:** „Rauchen verboten“. Betriebsvereinbarung, dass in allen von Mitarbeitern bzw. Mitarbeiterinnen sowie Kunden benutzen Räumen ein Rauchverbot gilt. Vgl. den instruktiven Fall aus der Reihe der ZDF-Fernsehserie „Wie würden Sie entscheiden?“, in: Notter u.a., Meine Rechte am Arbeitsplatz, Beck/dtv, 1997, S. 264 ff

Vgl. BAG vom 19.1.1999, NZA 1999, 546 ff:

Die Betriebspartner sind befugt, durch Betriebsvereinbarung ein betriebliches Rauchverbot zu erlassen, um Nichtraucher vor den Gesundheitsgefahren und Belästigungen des Passivrauchens zu schützen; jedoch müssen sie dabei gemäß § 75 Abs. 2 BetrVG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachten, weil ihre Regelung die allgemeine Handlungsfreiheit der Raucher beeinträchtigt.

---

<sup>37</sup> Leitsätze: 1.) Vertraglich begründete Ansprüche der Arbeitnehmer auf Sozialleistungen, die auf eine vom Arbeitgeber gesetzte Einheitsregelung oder eine Gesamtzusage zurückgehen, können durch eine nachfolgende Betriebsvereinbarung in den Grenzen von Recht und Billigkeit beschränkt werden, wenn die Neuregelung insgesamt bei kollektiver Betrachtung nicht ungünstiger ist.

2.) Ist demgegenüber die nachfolgende Betriebsvereinbarung insgesamt ungünstiger, ist sie nur zulässig, soweit der Arbeitgeber wegen eines vorbehaltenen Widerrufs oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage die Kürzung oder Streichung der Sozialleistungen verlangen kann.

Die erforderliche Abwägung der Belange des Betriebes sowie der Raucher und der Nichtraucher hängt weitgehend von den betrieblichen Gegebenheiten und Besonderheiten der jeweiligen Belegschaft ab. Diese zu beurteilen, ist in erster Linie Sache der Betriebspartner, denen deshalb ein weiter Gestaltungsfreiraum zukommt.

Ein generelles Rauchverbot im Freien kann in der Regel nicht mit dem Gesundheitsschutz der Nichtraucher begründet werden.

Ein Rauchverbot mit dem Ziel, Arbeitnehmer von gesundheitsschädlichen Gewohnheiten abzubringen, überschreitet die Regelungskompetenz der Betriebspartner.

Kritisch hierzu Ahrens, Eingeschränkte Rechtskontrolle von Betriebsvereinbarungen, NZA 1999, 686 ff

Hinweis: Das MB-Recht des BR gem. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG setzt eine ausfüllungsbedürftige Vorschrift über den Gesundheitsschutz voraus. Hier: § 5 ArbeitsstättenVO:

In Arbeitsräumen muss unter Berücksichtigung der angewandten Arbeitsverfahren und der körperlichen Beanspruchung der Arbeitnehmer während der Arbeitszeit ausreichend gesundheitlich zuträgliche Atemluft vorhanden sein. Wird für die nach Satz 1 erforderliche Atemluft durch eine Lüftungstechnische Anlage (Lüftungsanlagen, Klimaanlage) gesorgt, muss diese jederzeit funktionsfähig sein. Eine Störung an Lüftungstechnischen Anlagen muss der für den Betrieb der Anlage zuständigen Person durch eine selbsttätig wirkende Warneinrichtung angezeigt werden können.

Im Hinblick auf die Rechtskontrolle von Betriebsvereinbarungen siehe auch [BAG vom 26.19.1994](#), NZA 1995, 266 ff: Danach ist eine Regelung zulässig, nach der auch krankheitsbedingte Fehlzeiten mit einem Anspruch auf Lohnfortzahlung zur Kürzung einer freiwilligen Sonderzahlung führen. Eine solche Regelung stellt auch keinen Verstoß gegen das Maßregelungsverbot in § 612a BGB dar. Eine solche Regelung kann auch Inhalt einer Betriebsvereinbarung sein. Sieht die Betriebsvereinbarung vor, dass sich die Sonderleistung für jeden Fehltag um 1/30 mindert, verstößt diese Regelung nicht gegen § 75 BetrVG. Sie ist vielmehr vom Beurteilungsermessen der Betriebspartner gedeckt.

## Kollektivvereinbarungen

### Ebene des Wirtschaftszweiges, regional oder auch national

ê

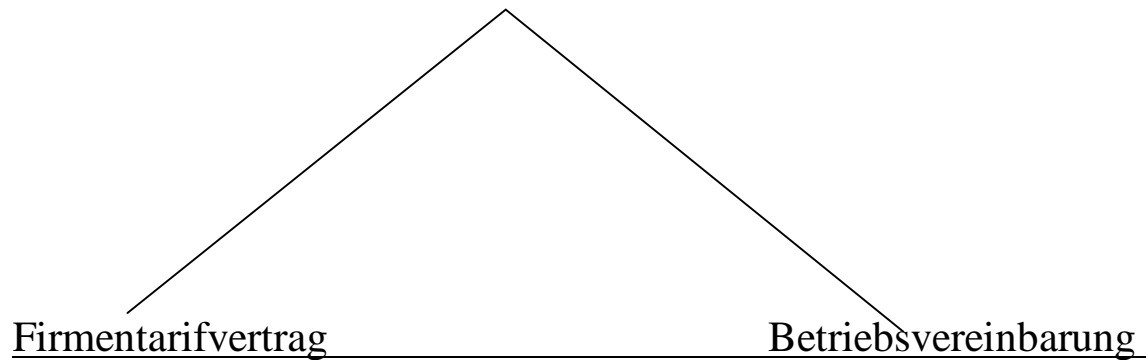
## TARIFVERTRÄGE

Vertragsparteien: † Arbeitgebervereinigungen oder einzelne Arbeitgeber

† Gewerkschaften

### Ebene des Betriebes

ê



Vertragsparteien:

- Arbeitgeber
- Gewerkschaft

Vertragsparteien:

- \* Arbeitgeber
- \* Betriebsrat

## Lektion Nr. 5: Zustandekommen von Kollektivverträgen außerhalb von Verhandlungen

### Ø Inhalt:

#### A. Erzwingung von Tarifverträgen

##### I. Arbeitskampf

1. Begrifflichkeit
2. Überlegungen
3. Arbeitskampfrecht
  - a) Richterrecht
  - b) Die Großen Etappen der Rechtsprechung
  - c) die Arten des Arbeitskampfes
  - d) Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen
  - e) Rechtsfolgen von Streiks
  - f) Speziell zur Aussperrung
  - g) Rechtsfolgen von rechtswidrigen Arbeitskampfmaßnahmen

##### II. Schlichtung

#### B. Erzwingung von Betriebsvereinbarungen: Einigungsstelle

\*\*\*

Kollektivverträge können auch erzwungen werden. Das Prinzip der Vertragsfreiheit ist hier also, zumindest partiell, außer Kraft gesetzt. Die Mechanismen sind unterschiedlich, je nachdem, ob es sich um Tarifverträge oder um Betriebsvereinbarungen handelt.

### A. Erzwingung von Tarifverträgen

Ø EINFÜHRENDE LITERATUR: Brox, Rn. 301-349a, Halbach u. a., 5/162-170

#### I. Arbeitskampf

##### 1. Begrifflichkeit:

Nach Otto (Einführung in das Arbeitsrecht, S. 251) ist unter Arbeitskampf die zielgerichtete Ausübung von kollektivem Druck durch die Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberseite mittels Zufügung von Nachteilen oder deren Abwehr zu verstehen.

Nach Söllner (Arbeitsrecht, § 11 II 1): Die Arbeitnehmer- oder die Arbeitgeberseite setzt durch gemeinsame (kollektive) Maßnahmen die andere Seite absichtlich unter wirtschaftlichen Druck, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen.

M.a.W.: ein Streik ist unter folgenden Voraussetzungen begrifflich gegeben:

- vorübergehende Arbeitsniederlegung oder -verlangsamung (teilweise Verweigerung der Arbeitsleistung = „Bummelstreik“) durch eine größere Anzahl von AN;
- planmäßig und gemeinsam, d. h. als „Kollektivhandlung“ (BAG v. 28.1.1955, BAGE 1, 291);

- zur Erreichung eines bestimmten Zieles, das regelmäßig eine Verbesserung der Lohn- und Arbeitsbedingungen ist („Regelungsstreitigkeit“).

## 2. Überlegungen:

### a - Wirtschaftliche Bedeutung von Arbeitskämpfen:

- § Auswirkungen auf die direkt Beteiligten: Arbeitnehmer bzw. Arbeitgeber; nur als Mitglieder der kämpfenden Gewerkschaften erhalten Arbeitnehmer Streikunterstützung.
- § Auswirkungen auf Dritte:
- § zum Teil bloße Unbequemlichkeiten für die Kunden (z. B. bei Warnstreiks im Einzelhandel)
- § wirtschaftliche Schäden (z. B. Einnahmeausfall der Zeitungshändler wegen Druckerstreiks)
- § Arbeitskämpfe im Verkehrssektor!

b - Aussage des Großen Senats des BAG in seiner ersten Grundsatzentscheidung vom 28.01.1955, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = BAGE 1, 291 ff: „Arbeitskämpfe sind im allgemeinen unerwünscht.“

Diese Aussage muss in doppelter Hinsicht relativiert werden.

- 1° Im allgemeinen sind die Arbeitnehmer die Angreifer, weil sie eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen erreichen wollen. Ohne das Mittel des Arbeitskampfes (Streik) wären Tarifverhandlungen, wie das BAG in seiner Entscheidung vom 10.06.1980, AP Nr. 64 GG Arbeitskampf gesagt hat, „kollektives Betteln“.
- 2° In einer Marktwirtschaft bedarf es eines Mechanismus, mit dessen Hilfe angemessene Arbeitsbedingungen gefunden werden können, ohne dass die eine Seite - die Arbeitgeber - durch ein bloßes "nein" am Verhandlungstisch Vorteile erlangen könnte!

**These: Der Arbeitskampf gehört zu dem gesamtgesellschaftlichen Kosten eines freiheitlichen Gesellschafts- und Wirtschaftssystems.**

Ein bezeichnendes Licht auf die Juristen-Haltung zum Streikrecht in den 50er Jahren wirft die Entscheidung des LAG Mannheim vom 31.5.1952, RdA 1952, 356: „... weil ein Streikrecht – wenn überhaupt – nur als letzte und äußerste Maßnahme zur Erreichung günstigerer Arbeitsbedingungen zulässig ist.“



c - Verlorene Arbeitstage je 1000 abhängig Beschäftigte

<i>Land</i>	<i>Durchschnitt 1974 – 1994</i>	<i>Durchschnitt 1990 – 1998<sup>38</sup></i>
Italien	901	166
Großbritannien	368	32
Spanien	?	344
USA	260	43
Frankreich	175	?
Japan	54	2
BRD	36	13
Schweiz	1	1

Tendenz in den Industrieländern: Die durchschnittliche Streikhäufigkeit nimmt ab.

1984 hat es in der BRD eine relativ hohe Anzahl, nämlich 5,6 Mio. verlorene Arbeitstage oder ca. 45 Mio. Stunden gegeben. Bei einem gesamtwirtschaftlichen Arbeitsvolumen von rd. 43,2 Mrd. Arbeitsstunden macht das nur 0,1 % aus.

Im gesamtwirtschaftlichen Durchschnitt betrug 1984 der Arbeitszeitausfall durch Arbeitskämpfe in der BRD pro Jahr und Arbeitnehmer 2 Stunden. Zum Vergleich: Durch Krankheit gingen im gleichen Jahr 83 Stunden verloren (Ausführungen nach Otto, a.a.O. S. 253 f.).

Vgl. den Bericht des Instituts der Deutschen Wirtschaft (Köln), wiedergegeben in Arbeit und Arbeitsrecht, Aktuelles, vom 24.8.2001:

„Immer mehr verzichten Arbeitnehmer mit ihren Gewerkschaften in den meisten Industrieländern auf Arbeitskämpfe zum Durchsetzen ihrer Forderungen, ermittelte das Institut der deutschen Wirtschaft (IW), Köln. So gingen im Durchschnitt der 22 analysierten OECD-Länder von 1970 bis 1979 jährlich 448 Arbeitstage je 1 000 Beschäftigte dadurch verloren, in den 90er Jahren waren es nur noch 59 Arbeitstage. Hierzulande reduzierte sich die Zahl dieser Ausfallzeiten von 52 auf 12. Nach IW-Erkenntnissen sei Deutschland beim internationalen Vergleich als ein Land mit relativ wenig derartigen Arbeitskonflikten ausgewiesen. Im jährlichen Durchschnitt des Beobachtungszeitraums 1970/99 fielen 30 Arbeitstage durch Streiks oder Aussperrung zum Opfer – auf 1 000 Beschäftigte gerechnet. Weniger derartiger Ausfallzeiten gebe es in den Niederlanden, in Österreich und in der Schweiz. Mit 879 verzeichne Island die meisten. Die sinkende Streikhäufigkeit sei vor allem auf den Strukturwandel in Richtung des streikresistenten Dienstleistungssektors zurückzuführen.“

d - Typischer Ablauf eines Arbeitskampfes

- Ende des Tarifvertrages (wie?)
- Tarifverhandlungen (wer verhandelt?)
- Scheitern der Verhandlungen (wie festgestellt?)
- Urabstimmung seitens der Gewerkschaft (Satzungsrecht, kein staatliches Recht! 75% der abstimmungsberechtigten Teilnehmer, lt. DGB-Richtlinien von 1949; vgl. auch § 22 der Satzung der IG Metall.<sup>39</sup>

<sup>38</sup> Zahlen in dieser Spalte nach Halbach, 4/106

<sup>39</sup> Der Antrag auf Arbeitseinstellung kann abgelehnt werden, wenn schon an einem anderen Orte gestreikt wird, Kündigung der Tarifverträge erfolgt oder das Organisationsverhältnis ein ungünstiges ist. Der Antrag muss abgelehnt werden, wenn nicht mindestens 75 Prozent der für die Bewegung in Betracht kommenden Gewerkschaftsmitglieder in der vom Vorstand beschlossenen geheimen Urabstimmung für die Arbeitseinstellung gestimmt haben.

- Durchführung des Streiks (Streikbefehl. Wer darf streiken? Auch Nicht-Gewerkschaftsmitglieder; auch BR-Mitglieder. Problem der Streikposten.)
- Gegebenenfalls Aussperrung
- Gegebenenfalls: Schlichtung (staatliche Schlichtung? Tarifvertragliches Instrument?)
- Beendigung des Streiks (Erfolg, Niederlage, Schlichtungsspruch – neue Urabstimmung; notwendige Mehrheiten für die Beendigung: >75 %.)
- Abschluss des neuen Tarifvertrages

Hinweis: DGB und DAG haben „Richtlinien zur Führung von Arbeitskämpfen“ erlassen, der DGB bereits 1949 auf dem Gründungskongress des DGB in München, 12. bis 14.10.1949; vgl. RdA 1950, 71 f., die DAG (damals noch nicht in VER.Di aufgegangen) am 31.3.1950, RdA 1951, 16 f. - Vgl. zu dem Thema auch Halbach 4/121 S. 343.

### 3. Arbeitskampfrecht

#### a) Richterrecht (zahlreiche Entscheidungen)

Zulässigkeit von Richterrecht in diesem Bereich vom Bundesverfassungsgericht bejaht, u.a. in [BVerfG vom 26.6.1991](#), AP Nr. 117 zu Art 9 GG Arbeitskampf = BVerfGE 84, 212 ff. Wichtig insb. die nachstehend aufgeführten Passagen:

*Das Bundesarbeitsgericht war nicht schon deshalb an einer rechtlichen Begrenzung der Aussperrungsbefugnis der Beschwerdeführerin gehindert, weil dies allein Sache des Gesetzgebers gewesen wäre. Die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Lehre, dass der Gesetzgeber in grundlegenden normativen Bereichen alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen muss (Wesentlichkeitstheorie, vgl. etwa BVerfGE 49, 8 ff, 126 f. m.w.N.), gilt für das Verhältnis zwischen Staat und Bürger. Bei Eingriffen in die grundrechtliche Freiheitssphäre unterliegt der Staat dem Vorbehalt des Gesetzes. Er darf in weiten Bereichen nur tätig werden, wenn er durch ein vom Parlament erlassenes Gesetz dazu ermächtigt ist. Die Tragweite dieses Grundsatzes wird durch die Rechtsprechung zur Wesentlichkeitstheorie näher bestimmt.*

*Im vorliegenden Fall geht es jedoch um das Verhältnis gleichgeordneter Grundrechtsträger. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht mehrfach geäußert, es sei "Sache des Gesetzgebers", die Koalitionsfreiheit näher auszugestalten (BVerfGE 50, 290, 368 f.; 57, 220, 245 ff). Folgerungen für die Entscheidung von Streitigkeiten zwischen Koalitionen ergeben sich daraus aber nicht. Die Gerichte müssen bei unzureichenden gesetzlichen Vorgaben das materielle Recht mit den anerkannten Methoden der Rechtsfindung aus den allgemeinen Rechtsgrundlagen ableiten, die für das betreffende Rechtsverhältnis maßgeblich sind. Das gilt auch dort, wo eine gesetzliche Regelung, etwa wegen einer verfassungsrechtlichen Schutzpflicht, notwendig wäre (vgl. BVerfGE 81, 242, 256). Nur so können die Gerichte die ihnen vom Grundgesetz auferlegte Pflicht erfüllen, jeden vor sie gebrachten Rechtsstreit sachgerecht zu entscheiden.*

*Das Bundesarbeitsgericht hat auch nicht dadurch gegen Art. 20 Abs. 3 GG verstoßen, dass es, wie die Beschwerdeführerin vorträgt, seine Rechtsprechung zum Arbeitskampfrecht ohne zureichenden Grund geändert hätte. Höchstrichterliche Urteile sind kein Gesetzesrecht und erzeugen keine damit vergleichbare Rechtsbindung (vgl. BVerfGE 38, 386, 396). Von ihnen abzuweichen, verstößt grundsätzlich nicht gegen Art. 20 Abs. 3 GG. Ihr Geltungsanspruch über den Einzelfall hinaus beruht allein auf der Überzeugungskraft ihrer Gründe sowie der Autorität und den Kompetenzen des Gerichts. Es bedarf deswegen nicht des Nachweises wesentlicher Änderungen der Verhältnisse oder der allgemeinen Anschauungen, damit ein Gericht ohne Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3 GG von seiner früheren Rechtsprechung abweichen kann.*

b) Die großen Etappen = die Entscheidungen des BAG vom

1 - [28.01.1955](#) (GS), AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Netzhersteller, Hochseeschifffahrt)

1. Die rechtliche Bewertung des Streiks und des Arbeitskampfes überhaupt muss einheitlich erfolgen und seinem kollektiv-rechtlichen Wesen gerecht werden.
2. Bei dem legitimen gewerkschaftlichen Streik gibt diese Legitimität der Gesamttaktion ihr entscheidendes rechtliches Gepräge, so dass nicht nur die zum Streik auffordernde Gewerkschaft, sondern auch die daraufhin die Arbeit ohne Kündigung niederlegenden Arbeitnehmer nicht vertragswidrig und nicht rechtswidrig handeln.
3. Der von einer Gewerkschaft beschlossene, von den Arbeitnehmern ohne fristgemäße Kündigung durchgeführte legitime Streik um die Arbeitsbedingungen berechtigt die bestreikten Arbeitgeber nicht zur außerordentlichen fristlosen Einzelentlassung des einzelnen Arbeitnehmers oder mehrerer einzelner Arbeitnehmer wegen Vertragsverletzung. Die GewO § 123 Nr. 3, § 124a, HGB § 70, § 72 Abs. 1 Nr. 2, LArbOV § 16, AllgBergG PR § 82 Abs. 1 Nr. 3, § 83a, BinSchG § 25, BGB § 626 sind nicht anzuwenden.
4. Bei dem legitimen Arbeitskampf gilt der Grundsatz der Kampfparität und der Freiheit der Wahl der Kampfmittel.
5. Die kollektivrechtlich legitime Aussperrung bedarf keiner Kündigung der Arbeitsverträge, und zwar weder einer befristeten, noch einer fristlosen Kündigung. GewO § 123 Nr. 3 und die entsprechenden Vorschriften gelten nicht. Auch bestehen bei sofortiger Aussperrung zur Erreichung eines legitimen kollektiven Kampfzieles keine Vergütungsansprüche der Arbeitnehmer aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs.
6. Der von einer Gewerkschaft ohne fristgemäße Kündigung der Arbeitsverhältnisse durchgeführte Streik um die Arbeitsbedingungen berechtigt die bestreikten Arbeitgeber, im Wege der kollektiven Abwehraussperrung die Arbeitsverhältnisse der streikenden Arbeitnehmer fristlos zu lösen.
7. Sperren die bestreikten Arbeitgeber gemäß Nr. 6 aus, so steht die Wiedereinstellung der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitskampfes beim Fehlen einer Wiedereinstellungsklausel in ihrem unternehmerischen Ermessen. Dieses Ermessen darf jedoch nicht offensichtlich missbräuchlich ausgeübt werden.

2 - [21.04.1971](#) (GS), AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Croupiers)

1. Arbeitskampfmaßnahmen stehen unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit.
2. Streiks führen zur Suspendierung der Arbeitsverhältnisse. Auch Aussperrungen haben im allgemeinen nur suspendierende Wirkung.
3. Nach dem Gebot der Verhältnismäßigkeit kann eine Aussperrung mit lösender Wirkung zulässig sein. In einem solchen Fall hat der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitskampfes einen Wiedereinstellungsanspruch nach billigem Ermessen.
4. Insoweit werden die Rechtsgrundsätze der Entscheidung des Großen Senats vom 1955-01-28 - GS 1/54 = BAGE 1, 291 = AP Nr. 1 zu Art 9 GG Arbeitskampf abgeändert und fortentwickelt.

3 - [10.06.1980](#), AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Drucker)

1. Das geltende die Tarifautonomie konkretisierende Tarifrecht setzt voraus, dass die sozialen Gegenspieler das Verhandlungsgleichgewicht mit Hilfe von Arbeitskämpfen herstellen und wahren können.
2. Das bedeutet in der Praxis, dass regelmäßig zunächst die Gewerkschaften auf das Streikrecht angewiesen sind, weil sonst das Zustandekommen und die inhaltliche Angemessenheit von Tarifverträgen nicht gewährleistet wären.

- 3a. Abwehraussperrungen sind jedenfalls insoweit gerechtfertigt, wie die angreifende Gewerkschaft durch besondere Kampfaktiken ein Verhandlungsübergewicht erzielen kann.
- b. Das ist bei eng begrenzten Teilstreiks anzunehmen, weil durch sie konkurrenzbedingte Interessengegensätze der Arbeitgeber verschärft und die für Verbandstarifverträge notwendige Solidarität der Verbandsmitglieder nachhaltig gestört werden kann.
- 4a. Der zulässige Umfang von Abwehraussperrungen richtet sich nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Übermaßverbot).
- b. Maßgebend ist der Umfang des Angriffsstreiks. Je enger der Streik innerhalb des Tarifgebiets begrenzt ist, desto stärker ist das Bedürfnis der Arbeitgeberseite, den Arbeitskampf auf weitere Betriebe des Tarifgebietes auszudehnen.
- c. Der Beschluss eines Arbeitgeberverbandes, eng begrenzte Teilstreiks mit einer unbefristeten Aussperrung aller Arbeitnehmer des Tarifgebiets (hier: Bundesrepublik) zu beantworten, ist im allgemeinen unverhältnismäßig.
- d. Aussperrungsmaßnahmen, die einen unverhältnismäßigen Aussperrungsbeschluss befolgen, sind rechtswidrig. Das gilt auch dann, wenn sich nur so wenige Verbandsmitglieder dem Arbeitskampf anschließen, dass im Ergebnis nicht unverhältnismäßig viele Arbeitnehmer betroffen sind.
5. Die sozialen Gegenspieler können und sollen - soweit der Gesetzgeber nicht tätig wird - das Paritätsprinzip und das Übermaßverbot durch autonome Regelungen konkretisieren. Tarifliche Arbeitskampfordnungen haben insoweit Vorrang gegenüber den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen.
6. Ein generelles Aussperrungsverbot ist mit den tragenden Grundsätzen des geltenden Tarifrechts unvereinbar und deshalb unzulässig. Das gilt auch für das Aussperrungsverbot der Verfassung des Landes Hessen.

Literaturhinweis: Sehr gute Darstellung bei Otto, S. 251-279)

### c) Die Arten des Arbeitskampfes

AN-SEITE:	Streik Betriebsbesetzung Boycott
AG-SEITE:	Aussperrung Stillegung des bestreikten Betriebes Massenänderungskündigungen

Neu: Unbrauchbarmachen von Internetseiten??? (TS-Meldung vom 22.10.1998)

### d) Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen

Anmerkung: reines Richterrecht

- § Tariflich regelbares Ziel.
- § Kein Verstoß gegen die tarifliche Friedenspflicht.
- § Von der Gewerkschaft getragen oder zumindest von ihr übernommen.
- § Keine Verfolgung politischer Ziele (Verbot des politischen Streiks).
- § Kein Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsgebot (BAG v. 21.4.1971, a.a.O.), d.h. jede Arbeitskampfmaßnahme darf nur nach Ausschöpfung aller Verständigungsmöglichkeiten ergriffen werden; der Arbeitskampf muss das letzte Mittel, die sog. ultima ratio, sein. Jede Seite entscheidet nach einem neueren Urteil (BAG vom 21.6.1988, NZA 1988, 846 ff) allerdings selbst, wann dieser Zustand erreicht und „druckfreies Verhandeln“ nicht mehr möglich ist.

Die Mittel des Arbeitskampfes dürfen ihrer Art nach nicht über das hinausgehen, was zur Durchsetzung des erstrebten Ziels jeweils erforderlich ist.

- § Nach beendetem Arbeitskampf müssen beide Parteien dazu beitragen, dass so bald wie möglich und in größtmöglichem Umfang der Arbeitsfriede wiederhergestellt wird.
- § Das **Gemeinwohl** darf durch den Streik **nicht offensichtlich verletzt** werden.
- § Keine Verfolgung von Zielen, die auf dem Rechtsweg durchgesetzt werden können.
- § Kein Verstoß gegen die Regeln eines fairen Kampfes (keine Vernichtung des Gegners als Ziel).
- § Gewährleistung der notwendigen Erhaltungsarbeiten während der Arbeitsniederlegung.
- § Kein Verstoß gegen die guten Sitten.
- § Kein Verstoß gegen spezielle Verbote (Beamte, betriebsverfassungsrechtliche Fragen).

Sehr problematisch und umstritten: Solidaritäts- und Warnstreiks. Schwankende Rechtsprechung zu Warnstreiks: einerseits BAG vom 29.1.1985, DB 1985, 1697 ff (erlaubt), andererseits BAG vom 21.6.1988, NZA 1988, 846 ff (Warnstreiks aufgrund des ultima-ratio-Prinzips jedenfalls solange rechtswidrig als noch eine Verhandlungslösung möglich ist; allerdings verlange das ultima-ratio-Prinzip nicht, dass die Tarifverhandlungen förmlich für gescheitert erklärt worden sind).

#### e) Rechtsfolgen von Streiks

##### Ø Rechtliche Situation der Streikenden im Falle eines rechtmäßigen Arbeitskampfes

- Suspendierung des Hauptpflichten der Arbeitsverhältnisses, d. h. kein Lohnanspruch für die Dauer des Streiks, keine Arbeitspflicht der AN,
- kein Kurzarbeiter- oder Arbeitslosengeld (staatliche Neutralitätspflicht), § 146 I 1 SGB III,
- gewerkschaftliche Streikunterstützung für Gewerkschaftsmitglieder,
- keine Suspendierung der betriebsverfassungsrechtlichen Befugnisse, d.h. die Beteiligungsrechte des BR bleiben erhalten, es sei denn es geht um Gegenmaßnahmen des AG gegen den Streik (BAG vom 22.12.1980, DB 1981, 327 f),
- Krankenversicherung: nach § 192 Abs. 1 Nr. 1 SGB V bleibt der Versicherungsschutz bis zur Beendigung des – rechtmäßigen – Arbeitskampfes bestehen.

##### Ø Rechtliche Situation der Streikenden im Falle eines rechtswidrigen Arbeitskampfes

- mögliches gerichtliches Verbot des Streiks aufgrund einer einstweiligen Verfügung, evtl. Schadensersatzansprüche gegenüber der betr. Gewerkschaft
- Schadensersatzansprüche gegenüber den einzelnen rechtswidrig Streikenden (als Gesamtschuldner)
- Teilnahme an einem rechtswidrigen Streik stellt grundsätzlich einen wichtigen Grund i.S.v. § 626 I BGB dar; aber Möglichkeit des Verbotsirrtums bei AN.
- Problem der Streikposten (Hierzu: Halbach u. a., aaO S. 358 [4/122]). Siehe auch BAG vom 21.6.1988, AP Nr. 109 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Urteil „Stuttgarter Zeitung“).

ArbG Stuttgart vom 4.4.1978, AR-Blattei Arbeitskampf I Entsch. 17: *Streikposten müssen zum bestreikten Betrieb einen mindestens 3 m breiten freien Zugang offen lassen. Sie dürfen das Zugangsrecht nicht durch ehrverletzende Handlungen gegenüber den Zugangswilligen beeinträchtigen.* – Ähnlich ArbG Lübeck vom 10.6.1993: 3 m breite Gasse nötig!

- Problem der Betriebsbesetzung

LAG Düsseldorf vom 24.2.1994: 1. Der Arbeitsvertrag berechtigt streikende Arbeitnehmer nicht zum Verweilen am Arbeitsplatz. Dies gilt jedenfalls dann, wenn eine ausdrückliche Aufforderung zum Verlassen der Betriebsstätte ergangen ist. 2. Widersetzen sich Arbeitnehmer dieser Aufforderung, so ist der Tatbestand des Hausfriedensbruchs nach § 123 StGB erfüllt.

- Regelmäßig wird bei Ende des Arbeitskampfes ein sog. Maßregelungsverbot (s. S. 59) vereinbart. Danach darf der AG keinerlei Sanktionen gegen die Streikenden oder die Gewerkschaft ergreifen; bereits getroffene Maßnahmen sind wieder rückgängig zu machen. Vgl hierzu die Ausführungen auf S. 97 des Skripts.

Ø Auswirkungen des rechtmäßigen Streiks auf nichtstreikende AN, insb. § 146 SGB III<sup>40</sup>

Aufgrund einer Arbeitsniederlegung tritt immer häufiger der Fall ein, dass nicht nur im selben Betrieb, sondern auch in anderen Betrieben nicht mehr weiterproduziert werden kann. Die „Vernetzung“ der einzelnen Unternehmen, die »Abstimmung« mit Zulieferern und Abnehmern ist immer weiter entwickelt worden, so dass der Ausfall eines Produzenten enorme »**Fernwirkungen**« hat.

Wird ein Automobilzulieferer bestreikt, der Kolben oder Autositze herstellt, steht auch das Automobilwerk nach spätestens einem halben Tag still, weil nur sehr wenige Kolben bzw. Sitze auf Vorrat gelagert werden. Zum Teil wird auf die Vorratshaltung ganz verzichtet, weil die Vorprodukte fast auf die Minute genau angeliefert werden (sog. Just-in-time-Production). Kann in anderen Betriebsabteilungen und insbesondere in anderen Unternehmen nicht mehr weitergearbeitet werden, stellen sich zwei Fragen:

- (1) Muss der Arbeitgeber dennoch den Lohn fortbezahlen?
- (2) Können die nicht weiterbeschäftigten Arbeitnehmer wenigstens Kurzarbeiter- oder Arbeitslosengeld bekommen?

Zu (1): Grundsätzlich trägt der Arbeitgeber das **Betriebsrisiko** wie das **Wirtschaftsrisiko**.

Der Arbeitgeber muss daher trotz technischer Störungen (Stromausfall!) den Lohn fortbezahlen, sogenanntes Betriebsrisiko. Das gleiche gilt, wenn die Arbeit an sich technisch möglich, aber wirtschaftlich sinnlos ist – sogenanntes Wirtschaftsrisiko: Das Lager ist bis obenhin voll, wegen einer Unterbrechung aller Verkehrsmittel kann nichts abtransportiert werden. In beiden Fällen ist es Sache des Arbeitgebers, Vorsorge zu treffen. Er ist für das Unternehmen verantwortlich und muss deshalb auch für Störungen einstehen.

Von diesem Grundsatz gibt es eine entscheidende Ausnahme: Gehört das durch den Streik »matt gesetzte« Unternehmen zum selben Arbeitgeberverband oder gar zum selben Konzern, würden sich Rückwirkungen auf die Verhandlungssituation im umkämpften Tarifgebiet ergeben: Die dortigen Arbeitgeber würden unter Druck gesetzt, möglichst bald der Gewerkschaft nachzugeben. Nur so wären die ihnen verbundenen Unternehmen aus der misslichen Lage zu befreien, nicht produzieren zu können, aber gleichwohl den Lohn fortbezahlen zu müssen. Da fast 90 Prozent aller Arbeitgeber in Arbeitgeberverbänden organisiert sind, wird im Arbeitskampf die Ausnahme zur Regel: Der Lohnanspruch fällt in mittelbar streikbetroffenen Betrieben typischerweise weg.

---

<sup>40</sup> Auszug aus: Däubler, Arbeitsrecht, s. 60 ff

Was geschieht mit den wenigen Außenseiterbetrieben, die wegen eines Streiks nicht mehr weiterarbeiten können? Wegen der »vorübergehenden Produktionsstörung« kann der Arbeitgeber »Kurzarbeit null Stunden« beantragen; sobald sie bewilligt wird, endet seine Zahlungsverpflichtung (§ 174 III SGB III). S. hierzu Schoof, Betriebsratspraxis von A bis Z, S. 544 (unter Stichwort „Kurzarbeit“).

Zu (2): Der eigentliche Streit ging in den letzten Jahren um die Frage, ob die betroffenen Arbeitnehmer nicht wenigstens Kurzarbeiter- oder Arbeitslosengeld vom Arbeitsamt beziehen können. Dabei muss man drei Gruppen von Beschäftigten unterscheiden.

- ✓ **Wer im unkämpften Tarifgebiet beschäftigt ist**, hat nach § 116 Abs. 3 Nr. 1 AFG (seit 1. 1. 1998: § 146 Abs. 3 Nr. 1 SGB III) keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld. Der Staat würde nach verbreiteter Einschätzung sonst seine Neutralitätspflicht im Arbeitskampf verletzen.

*Beispiel: Ein Automobilzulieferer in Stuttgart wird bestreikt, die in Stuttgart-Untertürkheim ansässige Firma Daimler-Chrysler kann nicht weiterarbeiten. Erst recht gilt dies natürlich, wenn die eine Betriebsabteilung streikt und die andere deshalb nicht weiterbeschäftigt werden kann.*

- ✓ **Können Unternehmen in einer anderen Branche nicht weiterarbeiten**, wird nach § 146 Abs. 1 Satz 2 SGB III (bisher: § 116 Abs. 1 Satz 2 AFG) Arbeitslosengeld bezahlt.

*Beispiel: Wegen eines Streiks in der Metallindustrie erhält ein Chemiewerk keine Ventile mehr und muss deshalb – weil es auf regelmäßigen Austausch angewiesen ist – nach wenigen Tagen die Produktion einstellen.*

Hier ist keine Beeinflussung des Arbeitskampfes aufgrund der Leistungen des Arbeitsamts zu befürchten.

- ✓ **Kontrovers ist allein der dritte Bereich. Können Arbeitnehmer in derselben Branche, aber außerhalb des unkämpften Tarifgebiets nicht weiterbeschäftigt werden, wurde nach der bis 1986 geltenden Rechtslage Arbeitslosengeld gewährt.**

*Beispiel: Wegen eines Metallstreiks in Baden-Württemberg kann eine hessische Maschinenfabrik nicht weiterarbeiten.*

Einzigste Ausnahme: In beiden Gebieten wurde ein identisches Forderungspaket präsentiert, was nur ausnahmsweise der Fall war.

Gegen den erbitterten Widerstand der Gewerkschaften wurde diese Regelung geändert: Nach dem neu gefassten § 116 Abs. 3 Nr. 2 AFG (jetzt: § 146 Abs. 3 Nr. 2 SGB III) entfällt das Arbeitslosengeld schon dann, wenn in dem mittelbar betroffenen Bereich (im Beispiel: Hessen) auch nur eine Forderung erhoben wurde, »die einer Hauptforderung des Arbeitskampfes nach Art und Umfang gleich ist, ohne mit ihr übereinstimmen zu müssen«.

*Beispiel: In allen Tarifgebieten der Metallindustrie wurde 1990 die Forderung nach der 35-Stunden-Woche erhoben.*

Im Einzelfall kann es sehr zweifelhaft sein, wann zwei Forderungen »nach Art und Umfang gleich« sind, ohne miteinander übereinzustimmen. Ist diese Voraussetzung gegeben, wenn in einem Gebiet 5,2, im anderen jedoch 5,5 Prozent Lohnerhöhung verlangt werden? Auch kann

es Kopferbrechen bereiten, eine »Hauptforderung« von einer »sonstigen Forderung« zu unterscheiden. **Praktisch läuft die Neuregelung darauf hinaus, dass an mittelbar vom Streik betroffene Arbeitnehmer innerhalb derselben Branche kein Arbeitslosengeld mehr bezahlt wird.**

Speziell für die IG Metall als der stärksten Gewerkschaft im DGB hat dies verheerende Konsequenzen: Sie ist zwar in der Lage, allen, auch den mittelbar streikbetroffenen Arbeitnehmern im umkämpften Tarifgebiet Streikunterstützung zu bezahlen. Ihre finanziellen Möglichkeiten sind jedoch bei weitem überschritten, wenn im ganzen Bundesgebiet 500000 oder 1 Mio. Metallarbeiter nicht mehr weiterbeschäftigt werden können. Viele Mitglieder werden sich deshalb im Stich gelassen fühlen: Wäre ihr Tarifbezirk Kampfgebiet geworden, hätten sie die volle Streikunterstützung bekommen. Gegenstrategien der Gewerkschaft sind vorhanden, aber »geheime Kommandosache«. Vermutlich würde in einem solchen Fall mit sehr harten Bandagen gekämpft. 1994/95 konnte die IG Metall den Streik in Bayern so organisieren, dass gezielt Betriebe ausgewählt wurden, die wenig mit anderen verflochten waren – für das BVerfG wohl der entscheidende „Aufhänger“, um die Neuregelung des § 116 AFG für noch verfassungskonform zu erklären (Urteil vom 4.7.1995, [DB 1995, 1464](#)).<sup>41</sup>

VERSUCH EINER SCHEMATISIERENDEN ZUSAMMENFASSUNG:

#### 1- Lohnanspruch?

**Grundsatz:** AG trägt das sog. Betriebsrisiko (Keine Arbeitsmöglichkeit aufgrund technischer Störungen u.a.) und das sog. Wirtschaftsrisiko (Arbeit technisch möglich, aber wirtschaftlich sinnlos).

**Ausnahme:** Das vom Streik betroffene Unternehmen gehört zu selben AG-Verband wie das bestreikte Unternehmen.

Beispiel: bei BOSCH in Stuttgart wird gestreikt, deshalb kann bei MERCEDES in Stuttgart-Untertürkheim nicht produziert werden. Unternehmen sind im selben AG-Verband.

Dann fällt der Lohnanspruch im vom Streik mittelbar betroffenen Betrieb weg.

Außenseiterbetriebe: Möglichkeit der „Kurzarbeit null Stunden“, §§169 ff, 174 SGB III.

#### 2- Anspruch auf Arbeitslosen- bzw. Kurzarbeitergeld?

- (a) Gleiches Tarifgebiet, gleiche Branche: kein Anspruch auf Arbeitslosengeld, § 146 III Nr. 1 SGB III (sog. Neutralitätspflicht des Staates).
- (b) Gleiches Tarifgebiet, andere Branche: Anspruch auf Arbeitslosengeld, § 146 I 2 SGB III.
- (c) Gleiche Branche, aber anderes Tarifgebiet: Anspruch auf Arbeitslosengeld entfällt dann, wenn in dem mittelbar betroffenen Bereich auch nur eine Forderung

---

<sup>41</sup> Ende des Auszugs aus Däubler, aaO



erhoben wurde, „die einer Hauptforderung des Arbeitskampfes nach Art und Umfang gleich ist, ohne mit ihr übereinstimmen zu müssen“, § 146 III Nr. 2 SGB III.

f) Speziell zur Aussperrung:

; Die Rechtsfolgen der Aussperrung:

Die rechtmäßige Aussperrung suspendiert die Hauptpflichten der betroffenen Arbeitsverhältnisse; eine Lösungswirkung gibt es nur bei der sog. 2. Aussperrung i.S.d. Rechtsprechung von 1971 (Vg. S. 91). M.a.W. keine Entgeltzahlung an ausgesperrte Arbeitnehmer während der Dauer der Aussperrung. Gewerkschaftsmitglieder erhalten von ihrer Gewerkschaft sog. Gemaßregeltenunterstützung.

Bei der rechtswidrigen Aussperrung bleiben die Ansprüche der Arbeitnehmer bestehen. Die Frage, ob und inwieweit von Gewerkschaftsseite Schadensersatzansprüche (= Zahlung der Gemaßregeltenunterstützung) geltend gemacht werden könnten, ist m. W. bislang noch nicht thematisiert worden.

; BAG vom 26.4.1988, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 101:

1. Das geltende Tarifrecht, das die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifautonomie konkretisiert, lässt Abwehraussperrungen zu.

2. Das Aussperrungsverbot des Art. 29 Abs. 5 der Hessischen Verfassung ist zumindest insoweit nichtig, wie es um suspendierende Abwehraussperrungen geht.

g) Rechtsfolgen von rechtswidrigen Arbeitskampfmaßnahmen des Arbeitgebers

Ø Problematik der Maßregelungsverbote

Im Hinblick darauf, dass über die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit einzelner Arbeitskampfmaßnahmen Streit bestehen kann (etwa Verhalten von Streikposten), dieser ab nach dem glücklichen Ende eines Arbeitskampfes durch Abschluss eines neuen Tarifvertrages möglichst ebenfalls aus der Welt geschafft werden soll, werden in Tarifverträgen häufig sog. Maßregelungsverbote vereinbart. Gegen die Rechtmäßigkeit derartiger Klauseln bestehen erhebliche Bedenken (bsp. dürfte Verzicht, in TV durch Arbeitgeberverband, auf bereits entstandene Schadensersatzansprüche eines AG gegen einen AN, die Grenzen der Tarifmacht überschreiten).

Vgl. hierzu die Kritik von Lieb, Arbeitsrecht, 7. A., S. 208 f.

Ø Streikbruchprämien

Das BAG hat Maßregelungsverbote dahingehend ausgelegt, dass davon auch das Verbot von Ungleichbehandlungen im Hinblick auf die Gewährung von Prämien an Nicht-Streikende umfasst werde, mit der Folge, dass der AG aufgrund eines derartigen Maßregelungsverbots nach Streikende zu entsprechenden Zahlungen auch an Streikende (sic !) verurteilt wurde. [BAG vom 17.9.1991](#), NZA 1992, 164 ff: *Gewährt der Arbeitgeber Arbeitnehmern allein dafür, dass sie sich nicht am Streik beteiligt haben, nach Abschluss des Arbeitskampfes eine Zulage, so haben die streikenden Arbeitnehmer unter dem Gesichtspunkt des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebots in Verbindung mit dem tariflichen Maßregelungsverbot einen Anspruch auf die gleiche Zulage. Dieser Anspruch unterliegt der kurzen Verjährung nach § 196 Abs. 1 Nr. 8 und 9 BGB.*

[BAG vom 13.7.1993](#), NZA 1993, 1135 ff: *Die Zahlung einer Prämie an diejenigen Arbeitnehmer, die sich nicht an einem Streik beteiligen, stellt eine unzulässige Maßregelung der streikenden Arbeitnehmer dar im Sinne des Maßregelungsverbots der Nr. 1 der Vereinbarung*

vom 27. Mai 1991 zwischen dem Hauptverband der Papier, Pappe und Kunststoffe verarbeitenden Industrie e.V. und der IG Medien. Dies gilt auch dann, wenn die Prämie schon während des Arbeitskampfes zugesagt und gezahlt wurde.

Kurioser Fall in [LAG Köln vom 4.10.1990](#), LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 39 (Anm. Rütters) = DB 1991, 555 f: Der Inhaber des bestreikten Kaufhauses K hielt während eines Arbeitskampfes den Betrieb mit einigen Arbeitnehmern aufrecht. Dafür spendierte er ihnen während des Streiks ein Mittagessen und schenkte ihnen je eine Flasche Champagner und einen Blumenstrauß. Die streikende Arbeitnehmerin A hielt dies für unzulässig und verlangt von K nach Streikende ebenfalls ein Mittagessen, eine Flasche Champagner und einen Blumenstrauß. (LAG gab nur dem Antrag auf Übereignung einer Flasche Champagner statt!)

Anders – auch bei Gewährung von 1 Flasche Champagner - LAG Rheinland-Pfalz vom 30.5.1996, EzA-Schnelldienst 1996, Nr. 20, 16 = EzA Art 9 GG Arbeitskampf Nr. 124: *Gibt der Arbeitgeber Mitarbeitern, die während eines Streiks gearbeitet und auf die ihnen zustehende Pause von 30 Minuten verzichtet haben, zusätzlich neben dem ausgesprochenen Dank eine Flasche Champagner zu einem Preis, der diese nicht als Luxusgut erscheinen lässt, ist darin weder eine Leistung zu sehen, die die streikenden Arbeitnehmer ohne sachlichen Grund von dieser freiwilligen Leistung ausschließt, noch eine Disziplinarmaßnahme, die aufgrund des Maßregelungsverbot dem Arbeitgeber untersagt ist.*

## II. Schlichtung

Tarifverträge werden ausgehandelt. Um Konflikte zu vermeiden, haben zahlreiche Tarifpartner Schlichtungsvereinbarungen abgeschlossen, um über einen Verhandlungsmechanismus zu Tarifvertragsabschlüssen zu kommen. Ihre praktische Bedeutung kann gar nicht hoch genug angesiedelt werden: sie gelten für zwei Drittel der von Tarifverträgen erfassten AN.<sup>42</sup> Das bekannteste Abkommen dieser Art ist die Schlichtungs- und Schiedsvereinbarung für die Metallindustrie.<sup>43</sup>

Schlichtungsabkommen haben zum Ziel, bei Fehlen oder nach Beendigung eines TV Einvernehmen zur Vermeidung eines Arbeitskampfes zu erzielen, zumeist unter Verhandlungsleitung eines Unparteiischen, der zudem oft die Aufgabe hat, bei nicht erreichbarer Einigung der Tarifparteien seinerseits einen Einigungsvorschlag zu unterbreiten. In der Regel ist vereinbart, dass bis zum Abschluss des Schlichtungsverfahrens Friedenspflicht besteht.

Neben den Schlichtungsvereinbarungen der Tarifvertragsparteien existiert subsidiär – noch immer, und wenig bekannt – die Möglichkeit einer **staatlichen Schlichtung**. Es handelt sich hierbei um ein Relikt aus der Besatzungszeit, das Kontrollratsgesetz Nr. 35 vom 20. 8. 1946 (Amtsblatt des Alliierten Kontrollrats S. 174). In der Praxis hat diese Möglichkeit keinerlei Bedeutung erlangt, ebenso wenig wie die Ausführungsvorschriften, die einige Bundesländer in der unmittelbaren Nachkriegszeit dazu erlassen haben. Zu erwähnen ist hier etwa die - bislang nicht aufgehobene - Badische Landesschlichtungsordnung vom 19. 10. 1949, die eine Art Zwangsschlichtung vorsieht, wie dies unter der Geltung der Weimarer Reichverfassung möglich war. Ziel dieser Schlichtungsordnung ist die Förderung des Abschlusses von TV durch die Tätigkeit eines Landesschlichters und eines Landesschlichtungsausschusses. Die im Gesetz vorgesehene Möglichkeit der staatlichen Verbindlicherklärung des Schiedsspruchs verstößt gegen Art. 9 III GG, denn den Tarifparteien muss stets die letzte Entscheidung über den Inhalt des TV und die Annahme oder Ablehnung eines Vorschlags von dritter Seite

---

<sup>42</sup> Halbach u.a., 4/103

<sup>43</sup> RdA 1973, 387 ff

verbleiben, soweit sie nicht im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit sich **im voraus** einem Schlichtungsspruch oder -vorschlag unterworfen haben.<sup>44</sup>

## SPANNEND

In der jetzt dramatisch zugespitzten Krisensituation verfallen einige Leute (sog. kluge Köpfe) auf Uralt-„Rezepte“ und regen eine Wiedereinführung der **Zwangsschlichtung** an – ungetrübt von jeglicher geschichtlicher Kenntnis. Vgl. den nachstehenden Auszug aus dem „Tagesspiegel“ vom 14.3.2003:

### *Das letzte Wort*

*Tarifgespräche sind Rituale. Streiks und Aussperrung sind teuer. Immer noch praktizieren die Tarifparteien Formen der öffentlichen Auseinandersetzung, die heute eher archaisch anmuten. Drohung und Gegendrohung, Nachtsitzungen und gegenseitige Vorwürfe – jedes Jahr erlebt die Öffentlichkeit das gleiche Schauspiel der Eskalation. Die Frage ist, ob sich angemessene Tarifabschlüsse nicht auch mit weniger Ärgernissen für die Allgemeinheit erreichen lassen? Denn selbst wenn ein neutraler Schlichter einen Kompromiss erarbeitet, ist die Gefahr eines Streiks nicht gebannt. Stimmt eine Seite nicht zu, ist wieder alles offen. Verhindern ließen sich dagegen Arbeitskämpfe durch Zwangsschlichtungen, wie sie die USA im öffentlichen Dienst kennen und wie sie auch in der Weimarer Republik üblich waren. Der Spruch des Schlichters ist definitiv, das Ergebnis für beide Seiten verbindlich.*

*M.G.*

### Literatur:

- Brauchitsch, Arbeitskampf und Schlichtung. Zur negativen Bilanz der Erfahrungen mit Schlichtungswesen und Arbeitskampfrecht in der Weimarer Republik, ArbuR 1993, 137 ff
- Königsbauer, Freiwillige Schlichtung und tarifliche Schiedsgerichtsbarkeit, 1971
- Söllner, Schlichten ist kein Richten, ZfA 1982, 1 ff.

## **B. Erzwingung von Betriebsvereinbarungen: Die Einigungsstelle**

Ø EINFÜHRENDE LITERATUR: Halbach, 5/164-169; Pulte, S. 157-162

1. Streikverbot für die „Betriebspartner“, § 74 Abs. 2 BetrVG
2. Zustandekommen der Einigungsstelle: § 76 Abs. 1 und 2
3. Besetzung der Einigungsstelle, § 76 Abs. 2 S. 1

### Ü LAG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 4.2.1997 - 1 TaBV 3/97

- a) Die Zahl der Beisitzer einer Einigungsstelle ist in keinem Fall auf weniger als zwei Beisitzer pro Seite festzusetzen.
- b) Es hat sich in der betrieblichen Praxis als zweckmäßig erwiesen, wenn jede Seite zumindest durch einen betriebsinternen und einen betriebsexternen Beisitzer vertreten ist. Der betriebsinterne Beisitzer ist mit den betrieblichen Gegebenheiten und der Konfliktgeschichte vertraut. Der betriebsexterne Beisitzer bringt typischerweise ein breiteres Spektrum an Lösungsideen und zusätzliche Fachkompetenz z. B. rechtlicher Art ein; er

---

<sup>44</sup> Kissel in: Erfurter Kommentar, GG Art. 9 Rn. 316

*trägt durch seinen größeren Abstand zu dem aktuellen Konflikt erfahrungsgemäß zur Objektivierung des Einigungsstellenverfahrens bei.*

*c) Wegen der unterschiedlichen Funktion von Einigungsstelle und gerichtlichem Spruchkörper kann die Besetzung von Gerichten für die Besetzung von Einigungsstellen entgegen der Ansicht der 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein kein Maßstab sein.*

*d) Ist der Regelungsgegenstand nicht so komplex, ist die Mindestbesetzung der Einigungsstelle mit jeweils zwei Beisitzern je Seite als ausreichend anzusehen.*

ü *Arbeitsrichter als Vorsitzende der Einigungsstelle? Vgl. dazu § 76 Abs. 2 S. 3 ArbGG.*

4. Zuständigkeit der Einigungsstelle, § 76 Abs. 1 und 4
5. Verfahren vor der Einigungsstelle, § 76 Abs. 3 und 4
6. Wirkungen des Spruchs der Einigungsstelle, § 87 Abs. 2 S. 2
7. Kontrolle des Spruchs der Einigungsstelle, § 76 Abs. 5 S. 4
8. Kosten: trägt gem. § 76 a Abs. 1 BetrVG der AG. (in erster Linie Vergütung des Vorsitzenden und der betriebsfremden Beisitzer, Abs. 3 aaO).

## C. FÄLLE

**Fall Nr. 19:** *In der Lederfabrik Feiler arbeiten Anton, Bert, David, Emil und Fritz an Zuschneidemaschinen. Feiler hat neue Maschinen aufstellen lassen. Zu ihnen gehört normalerweise eine Vorrichtung, die die Maschinen zum Stillstand bringt, falls jemand der Schneidevorrichtung zu nahe kommt. Diese Vorrichtungen sind jedoch noch nicht geliefert worden. Da die alten Maschinen bereits demontiert worden sind, verlangt die Betriebsleitung von Anton usw., vorübergehend an den neuen Maschinen zu arbeiten und durch erhöhte Vorsichtsmaßnahmen Gefährdungen auszuschließen. Der Betriebsrat protestiert hiergegen und legt eine Bescheinigung des Gewerbeaufsichtsamtes vor, wonach die Inbetriebnahme der Maschinen ohne Sicherheitsvorrichtung unzulässig ist. Anton und die anderen vier beschließen daher, solange nicht zu arbeiten, bis die Sicherheitsvorrichtungen vorhanden sind. Firmenchef Feiler fragt an, ob ein derartiges Verhalten zulässig sei, ob hier nicht ein Streik vorliege, ob er an Anton usw. auch dann den Lohn weiterzahlen müsse, wenn sie nicht arbeiten.*

Vgl. hierzu BAG vom 25.10.1984, AP Nr. 3 zu § 273 BGB

**Fall Nr. 20:** *a) Die Belegschaft möchte die Entlassung eines unbeliebten Vorgesetzten durchsetzen und verlangt zu diesem Zweck vom Betriebsrat die Ausrufung eines Streiks.*

*Rechtmäßig?*

*b) Die Belegschaft hat die Arbeit niedergelegt. Die Firma klagt nunmehr den dadurch entstandenen Schaden in Höhe von € 850.000 gegen drei Arbeiter, die den Streik organisiert haben (A., B. und C.) ein. Des weiteren kündigt die Firma die Arbeitsverträge dieser drei. – Rechters?*

**Fall Nr. 21:** *Vor Beginn eines Streiks der Stahlwerker im Ruhrgebiet vereinbaren AG-Verband und IG Metall einen Notdienst, um eine Stilllegung der Hochöfen zu vermeiden. Otto M., Arbeiter bei den H.-Werken in Dortmund, wird zum Notdienst eingeteilt. Er möchte aber viel lieber streiken.*

Vgl. dazu BAG vom 22.3.1994, NZA 1994, 1097 ff.

**Fall Nr. 22:** *Im Rahmen der Tarifauseinandersetzungen um den Abschluss eines Verbandstarifvertrages im privaten Verkehrsgewerbe ruft die zuständige Gewerkschaft alle Busfahrer zum Streik auf. Bei U, einem dem Arbeitgeberverband angehörenden Busunternehmen, befol-*

gen 45 der dort beschäftigten Busfahrer den Streikaufruf. Fünf Busfahrer sind hingegen mit dem Arbeitskampf nicht einverstanden und bieten U unverändert ihre Arbeitsleistung an. U ist der Ansicht, dass er mit fünf Busfahrern nichts anfangen könne und schickt diese nach Hause. Am Monatsende muss der arbeitswillige Arbeitnehmer A feststellen, dass sein monatliches Gehalt um die ausgefallenen Arbeitstage gekürzt wurde. Er ist hiermit nicht einverstanden und verlangt von U die Auszahlung des Differenzbetrages. Hat A Recht?

Vgl. dazu [BAG vom 22.3.1994, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; 11.7.1995, DB 1996, 224.](#) - Ferner Halbach u.a., a.a.O. S 349 (4/141).

**Fall Nr. 23:** Bei dem Maschinenbauunternehmen K sind während der vorlesungsfreien Zeit im Sommer 20 Jurastudenten beschäftigt. Wegen der schlechten Arbeitsbedingungen treffen sie sich eines Abends in einer Gaststätte und beschließen, gemeinsam gegen die „Ausbeutung“ des Unternehmens vorzugehen. Sie beschließen die Bildung einer Gewerkschaft und wählen den S zu ihrem Sprecher. Am nächsten Morgen geht S zu dem Arbeitgeber und verlangt von ihm den Abschluss eines Tarifvertrages für die Studenten. Der Arbeitgeber lehnt jegliche Verhandlungen ab. Daraufhin legen die Studenten die Arbeit nieder. Der Arbeitgeber spricht ihnen eine fristlose Kündigung aus. Diese wiederum wollen sich die Studenten nicht gefallen lassen und fragen, ob die Kündigung wirksam ist.

**Fall Nr. 24:** Im Rahmen einer Mitgliederwerbeaktion ruft die I-Gewerkschaft ihre Mitglieder dazu auf, den vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Schutzhelm mit einem Aufkleber der I-Gewerkschaft zu versehen. Das Gewerkschaftsmitglied P kommt dieser Aufforderung nach und befestigt an dem von dem Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Schutzhelm einen Gewerkschaftsaufkleber. Der Arbeitgeber verlangt von P die Entfernung des Aufklebers. Zu Recht?

**Fall Nr. 25:** A ist Mitglied der NPD und kandidierte für die Partei bei den letzten Bundestagswahlen. Im Rahmen der Wahlauftrufe bezeichnete er die Funktionäre der Gewerkschaft als "Bonzen" und "Arbeitverräter". Nachdem er erfahren hat, dass er nur bei einer Mitgliedschaft in der Gewerkschaft einen Anspruch auf die tariflichen Arbeitsbedingungen besitzt, beantragt er bei der für ihn zuständigen Gewerkschaft die Aufnahme. Als der Vorstand der Gewerkschaft von dem Antrag des A erfährt, lehnt er die Aufnahme ab. Steht A ein Anspruch auf Aufnahme in die Gewerkschaft zu?

**Fall Nr. 26:** Der "Verband christlicher Fliesenleger" will die Arbeitsbedingungen seiner Mitglieder verbessern. Zu diesem Zweck tritt er an den für die Fliesenleger zuständigen Arbeitgeberverband mit der Bitte heran, einen Tarifvertrag abzuschließen. Der Verein verfügt bundesweit über 500 Mitglieder und hat bislang keine Tarifverträge abgeschlossen. Nach der Satzung gehört es jedoch auch zu seinen Aufgaben, die Arbeitsbedingungen ggf. durch Tarifverträge zu regeln. Da der Arbeitgeberverband Verhandlungen ablehnt, fordert der Verein seine Mitglieder dazu auf, die Arbeit niederzulegen. Der dem "Verband christlicher Fliesenleger" angehörende C fragt an, ob eine derartige Arbeitsniederlegung rechtmäßig wäre. Wie lautet die Rechtsauskunft?

**Fall Nr. 27:** Fa. Alpha kann sich mit ihrem Betriebsrat nicht über die Einführung des Zweischichtenbetriebs einigen. Sie ruft deshalb die Einigungsstelle an. Der Betriebsrat benennt den Gewerkschaftssekretär Friedel als Beisitzer und vereinbart mit ihm ein Honorar für seine Tätigkeit in der Einigungsstelle. Alpha hält die Bestellung von Friedel für unzulässig, weil dieser als Gewerkschaftsfunktionär einseitig Arbeitnehmerinteressen vertrete und somit schon festgelegt sei. Auch aufgrund der Honorarvereinbarung mit dem Betriebsrat sei er voreingenommen. – Rechtslage?

**Fall Nr. 28:** *Fa. Ypsilon befand sich im Insolvenzverfahren. Verhandlungen über einen Sozialplan zwischen Insolvenzverwalter Isidor und dem Betriebsrat scheiterten. Die sodann angerufene Einigungsstelle beschloss einen Sozialplan, wonach die Belegschaft Abfindungen von insgesamt ca. 1,5 Mio DM erhalten sollte. Isidor meint, die Einigungsstelle habe ihr Ermessen überschritten, ihr Spruch sei unwirksam. Die durch den Sozialplan begründeten Forderungen stünden bei einer Insolvenzmasse von 500.000,-- DM außer Verhältnis zur wirtschaftlichen Situation der Firma Ypsilon und den Forderungen der übrigen Insolvenzgläubiger von ca. 10 Mio DM. Außerdem enthalte der Spruch der Einigungsstelle keine Begründung. Entscheidung?*

**Fall Nr. 29:** *Bei der Fa. IXXE bestand (seit 1979) eine Betriebsvereinbarung, wonach jeder Betriebsangehörige eine Weihnachtsgratifikation erhält, deren Höhe von Fall zu Fall von der Geschäftsleitung im Einvernehmen mit dem Betriebsrat festgelegt wird. Nach § 10 der Betriebsvereinbarung ist „zur Beilegung von Meinungsverschiedenheiten die Einigungsstelle zuständig“. Im Jahre 1984 konnten sich die Beteiligten nicht einigen. Die angerufene Einigungsstelle legte daraufhin das Gesamtvolumen der Gratifikationen auf 80 % des monatlichen Bruttolohnvolumens fest. Hiergegen wendet sich IXXE, weil die Einigungsstelle die Höhe der Gesamtgratifikation nicht habe festlegen dürfen. – Zu Recht?*

## **Teil II**

### **Begründung und Inhalt des Arbeitsverhältnisses**

## Lektion Nr. 6: Begründung des Arbeitsverhältnisses

Ø EINFÜHRENDE LITERATUR: Brox, Rn. 50-71

Ø VORBEMERKUNG: Zum 1.1.2002 ist das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 in seinen wesentlichen Teilen in Kraft getreten. Arbeitsverträge, die nach dem 31.12.2001 geschlossen worden sind, unterliegen dem neuen Recht. Für die zu diesem Zeitpunkt bereits bestehenden „Dauerschuldverhältnisse“ sieht Art. 229 § 5 S. 2 EGBGB eine Sonderregelung vor: auf sie findet das neue Recht erst ab 1.1.2003 Anwendung. Dies gilt auch für die Arbeitsverhältnisse.

Ø INHALT

A. Fälle

B. Rechtliche Grundlegung

- I. Der Arbeitsvertrag als „normaler“ bürgerlich-rechtlicher Vertrag
- II. Der Arbeitsvertrag als „Schutzinstitut“ im Gefüge des Arbeitsrechts
- III. Das fehlerhafte Arbeitsvertrag
- IV. Exkurs 1: Zur Formfreiheit
- V. Exkurs 2: Zur Beteiligung des Betriebsrats bei Einstellungen
- VI. Exkurs 3: Die Bewerbung – neuartige Probleme (Internet)
- VII. Exkurs 4: Die fehlgeschlagene Bewerbung
- VIII. Exkurs 5: Anwendung der Grundsätze von c.i.c. auch im Arbeitsrecht

\*\*\*

### A. Fälle

#### 1. Arbeitsverhältnis und Minderjährigkeit

**Fall Nr. 30:** *Im Einverständnis mit ihren Eltern schließt die 16jährige Belinda mit dem Hotel- und Gaststättenbetrieb des Hajo einen Berufsausbildungsvertrag ab. Hiernach soll Belinda zur Serviererin ausgebildet werden. Angesichts des geringen Verdienstes und der nur spärlich fließenden Trinkgelder kündigt Belinda das Berufsausbildungsverhältnis noch während der Probezeit und nimmt unmittelbar anschließend eine Tätigkeit als Kellnerin in der Diskothek „La Belle“ auf. Tobias, der Inhaber der Diskothek schließt den Arbeitsvertrag mit Belinda ab, obwohl er weiß, dass Belinda noch nicht volljährig ist und deshalb nur beschränkt einsetzbar ist. Mit Belinda vereinbart Tobias, dass sie ihre Tätigkeit täglich in vier Stunden erbringt. Sie soll von 20 - 24 Uhr tätig sein. Da Tobias mit den Leistungen der Belinda nicht zufrieden ist, erklärt er nach drei Tagen das Arbeitsverhältnis für beendet und schickt Belinda nach Hause. Belinda verlangt daraufhin von Tobias die Vergütung für die von ihr geleisteten 12 Stunden Arbeit. Tobias verweigert die Zahlung, da der Vertrag null und nichtig sei. Steht Belinda ein Anspruch auf die begehrte Vergütung zu?*

**Fall Nr. 31:** *Der 17jährige A beginnt bei B mit Zustimmung seiner Eltern eine Tätigkeit als Hilfsarbeiter. A wird bei der Einstellung nach seiner Kontonummer gefragt, da B die Gehälter bereits seit Jahren bargeldlos auszahlt. A eröffnet deshalb erstmals ein Girokonto bei der*



Sparkasse. Als die Sparkasse ihm zwei Tage später mitteilt, dass er Kontoführungsgebühren in Höhe von € 6 pro Monat bezahlen muss, ist er überrascht und fragt, ob dies rechtens sei.

## 2. Faktisches Arbeitsverhältnis

**Fall Nr. 32:** Geschäftsführer Genzo von der Y-GmbH unternimmt eine fünfwöchige Geschäftsreise nach Fernost. Bei seiner Rückkehr stellt er - mit Entsetzen - fest, dass der Angestellte Marlowe, dem während der Abwesenheit des Genzo die Leitung des Büros übertragen war, eine neue Sekretärin, Frau Schuller und einen Kraftfahrer, Herrn Robin eingestellt hat. Beide haben bereits ihre Arbeit aufgenommen. Der Betriebsrat war damit einverstanden gewesen. Marlowe, der für Personalangelegenheiten keine Vollmacht hatte, erklärt dem Genzo, die Geschäfte seien so gut gegangen, dass er es für seine Pflicht gehalten habe, zusätzliche Arbeitsplätze zu schaffen.

Wie ist die Rechtslage für Frau Schuller und Herrn Robin, wenn Genzo mit ihrer Einstellung nicht einverstanden ist?

## 3. Anfechtung des Arbeitsvertrages

**Fall Nr. 33:** Personalchef Klamm von der Tara AG in Stuttgart war am Morgen des 8.2.1995 äußerst aktiv.

a) Er stellte Frau Banner für die Abteilung Materialbeschaffung ein, wo sie u. a. die Kasse führen soll. Frau Banner war nach Vorstrafen gefragt worden und hatte darauf mit "keine" geantwortet, obwohl sie 2 Monate zuvor vom Amtsgericht Oldenburg wegen fortgesetzten Diebstahls, Unterschlagung und Betruges zu 2 Jahren Freiheitsstrafe mit Bewährung verurteilt worden war. Als sich dies am 8.5.1995 herausstellt, legt sie ein ärztliches Attest vor, dass sie seit 6 Wochen schwanger ist.

b) Frau Beierle wurde als Sekretärin eingestellt, nachdem sie einen vom Betriebsrat nicht beanzahlten Fragebogen ausgefüllt hatte. Auf die Frage: "Bevorzugen Sie rote oder blaue Nachtwäsche?" hatte sie mit "blau" geantwortet, obwohl sie in Wahrheit nackt schläft. Die Frage: "Nehmen Sie regelmäßig die Antibabypille?" hatte sie fälschlicherweise bejaht. Auf die Frage: "Sind Sie schwanger?" hatte sie mit "nein" geantwortet, obwohl sie schon damals wusste, dass sie schwanger war.

All dies kommt Klamm am 8.5.1995 zu Ohren. Was tun?

## 4. Lohnwucher - Nichtigkeit - Teilnichtigkeit

**Fall Nr. 34**<sup>45</sup>: Arbeitgeber A suchte per Zeitungsinserat einen freien Mitarbeiter für eine lukrative Nebentätigkeit als Zeitungsausträger. Der Student S bewarb sich mit Erfolg um die Stelle, obgleich S dem A gestand, dass er noch nie Zeitungen ausgetragen habe. Vereinbarung wurde, dass S an fünf Tagen der Woche die Zeitungen jeweils zwischen 6.00 und 7.30 Uhr austragen sollte sowie eine Vergütung von DM 0,05 pro verteilte Zeitung. Ferner wies A den S darauf hin, dass er als freier Mitarbeiter seine Transportkosten selbst zu tragen habe. S stimmte dem zu.

Das Tätigkeitsgebiet des S war eine ländlich strukturierte Gegend. S verteilte die Zeitungen an die ihm von A genannten Haushalte. Aufgrund der langen zwischen den einzelnen Zeitungsabnehmern zurückzulegenden Wege muss S mit seinem Mofa fahren und schaffte trotz zügiger Arbeit durchschnittlich lediglich 30 Zeitungen pro Stunde zu verteilen.

---

<sup>45</sup> Nach Gebhardt / Umnauß, Arbeitsrecht, 1998, S. 41; vgl. auch den Brötchendienst-Fall, LAG Bremen, AP Nr. 33 zu § 138 BGB. Vgl. auch LAG Bremen vom 3.12.1992, AiB 1993, 834 ff sowie BAG vom 22.3.1989, 5 AZR 151/88, Juris).

*Nachdem S die Tätigkeit eine Woche ausübte, gelangte er zu dem Entschluss, dass diese unrentabel sei und teilte dem A mit, dass er ab dem nächsten Tage nicht mehr für ihn arbeiten werde. A erklärt sich hiermit, wenn auch unter Murren, einverstanden.*

*Welche Vergütungsansprüche stehen dem S gegen A zu?*

Anmerkungen:

a) ARD-Meldung am 3.5.2000: Chemnitzer war von westdeutschem Paketdienst eingestellt worden bei einem „Gehalt“ von 3,30 DM pro Tag!!!

b) StGB - § 291. Wucher

(1) Wer die Zwangslage, die Unerfahrenheit, den Mangel an Urteilsvermögen oder die erhebliche Willensschwäche eines anderen dadurch ausbeutet, dass er sich oder einem Dritten

1. für die Vermietung von Räumen zum Wohnen oder damit verbundene Nebenleistungen,
2. für die Gewährung eines Kredits,
3. für eine sonstige Leistung oder
4. für die Vermittlung einer der vorbezeichneten Leistungen

Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung oder deren Vermittlung stehen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Wirken mehrere Personen als Leistende, Vermittler oder in anderer Weise mit und ergibt sich dadurch ein auffälliges Missverhältnis zwischen sämtlichen Vermögensvorteilen und sämtlichen Gegenleistungen, so gilt Satz 1 für jeden, der die Zwangslage oder sonstige Schwäche des anderen für sich oder einen Dritten zur Erzielung eines übermäßigen Vermögensvorteils ausnutzt.

(2) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

1. durch die Tat den anderen in wirtschaftliche Not bringt,
2. die Tat gewerbsmäßig begeht,
3. sich durch Wechsel wucherische Vermögensvorteile versprechen lässt.

## 5. Vertraglicher Ausschluss des Mutterschutzes?

***Fall Nr. 35:*** *Die Firma Goreng und Sushi GmbH & Co. KG stellt die 25-jährige Erika Meining ein. Im Arbeitsvertrag wird vereinbart, dass das Mutterschutzgesetz keine Anwendung finden soll, weil im Betrieb schon zwei Frauen wegen des Mutterschutzes ausgefallen sind. Bei Abschluss des Vertrages hatte der zuständige Leiter der Personalabteilung bemerkt, ohne diese Klausel wäre der Vertrag nicht abgeschlossen worden. Rechtslage?*

## 6. Einstellung und Beteiligung des Betriebsrats

***Fall Nr. 36:*** *Der Arbeitgeber A sucht zum nächstmöglichen Termin für den Betrieb seines Hotels einen Koch. Auf die in der Lokalzeitung ausgeschriebene Stelle bewerben sich fünf Köche. Unter den Bewerbern befindet sich ein Thüringer, ein Sachse, ein Bayer, ein „Südschwede“ sowie der japanische Meisterkoch Yan Tau. Als traditionsbewusstes Haus entscheidet sich A für den Thüringer Bewerber und beantragt bei dem Betriebsrat die Zustimmung zu seiner Einstellung. Aufgrund der von A überreichten Bewerbungsunterlagen aller Bewerber gelangt der Betriebsrat auf seiner Sitzung zu der Überzeugung, dass Yan Tau für die ausgeschriebene Stelle wesentlich besser geeignet ist. Er sei am ehesten in der Lage, den provinziellen Mief des Hauses zu vertreiben und durch internationales Flair zu ersetzen. Mit dieser Begründung verweigert der Betriebsrat schriftlich die Zustimmung zur Einstellung des Thüringer Kochs. A ist der Auffassung, dass der Betriebsrat seine Kompetenzen überschritten ha-*

be. Mit chinesischer Küche würde er auch noch die letzten treuen Gäste vergraulen. A ignoriert deshalb den Betriebsratsbeschluss und stellt gleichwohl den von ihm favorisierten Bewerber ein. Nachdem der Thüringer Koch seine Tätigkeit aufgenommen hat und der Betriebsrat hiervon Kenntnis erhält, leitet der Betriebsrat beim zuständigen Arbeitsgericht ein Beschlussverfahren ein und verlangt in diesem die Aufhebung der Einstellung. Hat das Begehren des Betriebsrates Aussicht auf Erfolg?

## 7. Kündigung und Anfechtung

**Fall Nr. 37:** Die 17jährige Sigrid wird von ihren Eltern auf Arbeitsuche als Hilfsarbeiterin in der Metallindustrie geschickt.

Sie bewirbt sich am Morgen des 1.2. im Betrieb des Fabrikanten Fabian als Löterin. Da gerade dringend eine Krankheitsvertretung gesucht wird und Sigrid bereit ist, Akkord zu arbeiten, schickt sie der Personalchef Paule sofort in die Montageabteilung. Zur Unterzeichnung des schriftlichen Arbeitsvertrages soll Sigrid sich Ende der Woche wieder in der Personalabteilung einfinden. Eine Unterrichtung des Betriebsratsvorsitzenden unterbleibt.

In dem der Sigrid am Freitag zur Unterschrift vorgelegten Vertragsformular ist unter der Überschrift "Probezeit" eine befristete Beschäftigung bis Ende März vorgesehen. Sigrid unterschreibt, ohne sich die dreiseitige Vertragsurkunde näher anzuschauen. Die von Paule gestellte Frage nach einer Schwangerschaft wird von ihr wahrheitswidrig verneint.

Als Paule der Sigrid am 1.3. mitteilt, dass nicht beabsichtigt sei, ihr Arbeitsverhältnis über den 31.3. hinaus fortzusetzen, legt ihm die davon völlig überraschte Sigrid ein Schwangerschaftsattest vor. Daraufhin spricht Paule aus dem Stegreif eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus, erklärt außerdem die Anfechtung des Arbeitsvertrags und schickt die dagegen vergeblich protestierende Sigrid nach Hause. Am darauf folgenden Tag erhält Sigrid ein entsprechendes Schreiben des Paule.

Sigrid verlangt Lohn für die Monate Februar bis März. Zu Recht?

## 8. Arbeitsverhältnis und Diskriminierung

**Fall Nr. 38:** Zum 1.1.1998 wird bei dem Arbeitgeberverband des Thüringer Baugewerbes die Stelle des Juristen frei. Aus diesem Grunde gibt der Verband eine Anzeige auf. In der Anzeige befindet sich folgende Formulierung: „Der Verband sucht zum 1.1.1998 einen Juristen für die Beratung der Mitgliedsfirmen in arbeitsrechtlichen Angelegenheiten.“ Die frischgebackene Assessorin B bewirbt sich auf diese Anzeige. Aufgrund ihrer vorzüglichen Examensnoten sowie einer abgeschlossenen arbeitsrechtlichen Dissertation zählt sie zu den am besten qualifizierten Bewerbern. Gleichwohl erhielt sie von dem Arbeitgeberverband eine Absage. In dem Ablehnungsschreiben weist der Geschäftsführer darauf hin, dass wegen der besonderen Personalstruktur in den Mitgliedsunternehmen die Stelle nicht mit einer Frau besetzt werden könne. B verlangt daraufhin von dem Arbeitgeberverband eine Entschädigung in Höhe von 3,5 Monatsgehältern. Zu Recht?

**Fall Nr. 39:** Das Bauunternehmen U sucht zur Erledigung eines Großbauvorhabens mehrere Kranführer. Auf die in der Lokalpresse ausgeschriebenen Stellen bewirbt sich auch die Kranführerin K. Als K sich bei U vorstellt, erhält sie die Mitteilung, dass er keine Frauen mit derartigen Tätigkeiten beschäftigen will. Statt dessen besetzt U die Stellen ausschließlich mit männlichen Bewerbern. K will sich dieses Verhalten nicht bieten lassen und verlangt von U eine Entschädigung in Höhe von einem Monatsgehalt. Zu Recht?

Abwandlung

Wie ist zu entscheiden, wenn es sich bei K um einen portugiesischen Facharbeiter gehandelt und U die Einstellung mit der Begründung abgelehnt hat, dass er als deutsches Unternehmen

ausschließlich deutsche Arbeitnehmer einstellt? Ändert sich die Rechtslage, wenn es sich bei K um einen polnischen Staatsangehörigen handelt? Wie ist die Rechtslage, wenn es sich bei K um einen Staatsbürger der USA handelt?

## 9. Weitere Probleme im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis

**Fall 40:** Frau Gahrig aus München bewirbt sich auf eine Stellenanzeige in einer überregional erscheinenden Tageszeitung. Drei Wochen später erhält sie einen Anruf, der Personalchef in Hannover lade sie zum Vorstellungsgespräch ein. Frau Gahrig sagt spontan und erfreut zu. Das Vorstellungsgespräch findet auch tatsächlich in Hannover statt. Frau Gahrig erhält jedoch eine Absage. Wenige Tage später stellt sie der Firma ihre Reisekosten in Rechnung. Die Firma lehnt die Bezahlung ab unter Hinweis auf die allgemein angespannte Finanzlage und die Vielzahl der Bewerber.

Kann Frau Gahrig Ersatz ihrer Reisekosten verlangen?

**Fall Nr. 41:** Der Arbeitgeber Alpha macht in Stellenanzeigen unzutreffende Angaben über die Höhe des zu erzielenden Mindestjahreseinkommens. Im Vorstellungsgespräch weist er den Bewerber Bulla nicht darauf hin, dass das angegebene Gehalt nur durch Provisionen erzielbar ist und von lediglich wenigen Mitarbeitern tatsächlich erreicht wird. Bulla wird eingestellt; die Provisionen erreicht er jedoch auch nach drei Monaten Tätigkeit nicht. Hat er Anspruch auf den Differenzbetrag in Höhe von insgesamt 3.500 DM?

## **B. Rechtliche Grundlegung**

### I. Der Arbeitsvertrag als "normaler" bürgerlich-rechtlicher Vertrag:

Grundlage: § 105 GewO (Fassung vom 7.6.2002)

Auf Arbeitsverhältnisse finden nicht nur die §§ 611 ff. BGB Anwendung, sondern auch die Vorschriften über

§ gegenseitige Verträge - §§ 320 ff. BGB,

§ Verträge - §§ 311 ff. BGB,

§ Schuldverhältnisse - §§ 241 ff. BGB und über

§ Rechtsgeschäfte - §§ 105 ff. BGB.

Diese Regelungen sind allerdings teilweise auf Schuldverhältnisse mit einmaligem Leistungsaustausch, vor allem auf Kaufverträge zugeschnitten und berücksichtigen nicht immer die Besonderheiten des auf die fortdauernde Leistung von weisungsgebundener Arbeit ausgerichteten Arbeitsverhältnisses.

Gewisse Modifizierungen der allgemeinen Regelungen sind daher bereits in den §§ 611 - 630 BGB vorgesehen (insb. §§ 623, 619 a BGB) und darüber hinaus von der Rechtsprechung entwickelt worden. Zu diesen Besonderheiten gehört, dass die Anfechtung von Arbeitsverträgen wegen Irrtums (§ 119 BGB), arglistiger Täuschung oder Drohung (§ 123 BGB) nur ausnahmsweise zur Nichtigkeit von Anfang an führt (§ 142 BGB), nämlich dann, wenn noch keine Arbeitsleistung erbracht worden ist. Sind dagegen bereits Leistungen erbracht worden, so bleiben die beiderseitigen Ansprüche für die Vergangenheit bestehen, denn Arbeitsverhältnisse kann man nicht rückabwickeln; bereits geleistete Arbeit lässt sich nicht zurückerstatten. Die Nichtigkeit eines Arbeitsvertrages gemäß §§ 105, 134, 138,

142 BGB kann generell nur wegen der zukünftigen Verpflichtungen geltend gemacht werden. Sie wirkt nur ex nunc. Anders als nach § 139 BGB vorgesehen, berührt die Teilnichtigkeit des Arbeitsvertrages den Bestand des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich nicht. Der Vertrag besteht fast immer ohne den unwirksamen Teil fort<sup>46</sup>.

**MERKE: § 142 Abs. 1 BGB ist auf Arbeitsverhältnisse, die bereits in Vollzug gesetzt sind, nicht anwendbar. Also:**

<b>Der Arbeitsvertrag ist bereits vollzogen:</b>	<b>Der Arbeitsvertrag ist noch nicht vollzogen:</b>
Ansprüche des AN nach der Lehre vom faktischen Arbeitsverhältnis (§ 142 I BGB gilt nicht!!)	Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht (§§ 812 ff BGB)

Im einzelnen:

### 1. Willensübereinstimmung

Der Arbeitsvertrag wird nach Maßgabe der §§ 145 ff BGB durch Antrag und Annahme geschlossen. Sowohl AG wie AN können sich bei Abschluss des Arbeitsvertrages durch Stellvertreter vertreten lassen. Insoweit gelten die §§ 164 ff BGB. Es muss bei Vertragsabschluss Einvernehmen über die Vertragsparteien, die Art und den **Beginn** der vom AN geschuldeten **Arbeitsleistung** bestehen. Eine Einigung über weitere Inhalte ist begriffsnotwendig nicht erforderlich. Ist die Dauer der **Arbeitszeit** nicht festgelegt, so ergibt sie sich im Regelfall aus den im Betrieb geltenden Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen, soweit ihnen der AN unterworfen ist. Fehlt eine derartige bindende Festsetzung, muss der Inhalt des Arbeitsvertrages im Wege der rechtsgeschäftlichen Auslegung nach §§ 157, 242 BGB ermittelt werden.

Dies gilt auch für die **Dauer** des Arbeitsverhältnisses, wobei im Zweifel davon auszugehen ist, dass das Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit geschlossen werden sollte. Fehlen Angaben über die Höhe der vom AG zu leistenden **Vergütung** und sind diese auch nicht in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen, die auf den AN anzuwenden sind, enthalten, gilt die "übliche Vergütung" als vereinbart (§ 612 Abs. 2 BGB). Ein Arbeitsvertrag kann danach auch ohne Einigung über die Arbeitszeit, Dauer und Vergütung durch bloße **Tätigkeitsaufnahme** des AN im Betrieb des AG zustande kommen, wenn die zum Vertragsabschluss berechtigten Personen des AG oder dieser selbst die Tätigkeitsaufnahme gekannt und zumindest geduldet haben, dass die Arbeitsleistung von anderen nicht vertretungsberechtigten Mitarbeitern entgegengenommen wird (vgl BAG 30.1.91, DB 91, 2342, 2346).<sup>47</sup>

*Sonderfälle im Hinblick auf das Zustandekommen von Arbeitsverhältnissen:*

- *Vertragsschluss durch sog. schlüssiges Verhalten* (Beispiel: A wird von Polier gefragt, ob er sich etwas Geld mit Aufräumarbeiten verdienen wolle; er ergreift schweigend die bereitgestellte Schubkarre und belädt sie);
- *Vertragsschluss durch einseitige WE*, § 78a BetrVG (lesen !!);
- *Vertragsschluss aufgrund Fiktion* gem. § 17 BBiG. (lesen !!).

<sup>46</sup> H. M., vgl statt vieler Stebut, Skript Arbeitsrecht Teil 5

<sup>47</sup> Küttner, Personal 2000, Handbuch, Arbeitsvertrag, 59, Rz. 26-28

Beispiel: Claudia macht eine Banklehre bei der Berliner Bank. Am Donnerstag, den 27.10.2001 gegen 13 Uhr erscheint sie beim Filialleiter und berichtet, dass sie am Vormittag die mündliche Abschlussprüfung erfolgreich bestanden habe. Der Filialleiter beglückwünscht sie und teilt ihr mit, dass sie ab 15 Uhr die Kasse machen solle. Als Claudia am nächsten Morgen zur Arbeit erscheint, wird ihr vom Filialleiter mitgeteilt, dass aufgrund der bestandenen Prüfung das Ausbildungsverhältnis beendet sei; eine Weiterbeschäftigung komme nicht in Betracht. – Falsch! Wird nämlich der (oder die) Auszubildende im Anschluss an das Berufsbildungsverhältnis beschäftigt, ohne dass hierüber ausdrücklich etwas vereinbart worden ist, so gilt gem. § 17 BBiG ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit als begründet.

### *Mögliche Probleme beim Vertragsschluss:*

- verspäteter oder fehlender Zugang der Annahme,
- einseitige Änderungen.

### 2. Geschäftsfähigkeit

§§ 106-109 BGB; vgl. aber § 113 BGB (WICHTIG: § 113 Abs. 4 BGB!!!)

Zum Umfang einer Ermächtigung nach § 113 Abs. 1 BGB vgl. BAG vom 8.6.1999 - 3 AZR 71/98, AP Nr. 7 zu § 113 BGB: Die Ermächtigung zur Eingehung eines Arbeitsverhältnisses umfasst nach § 113 Abs. 1 Satz 1 BGB alle verkehrüblichen Vereinbarungen und Rechtsgeschäfte.

Berufsausbildungsverträge und § 113 BGB ? Nach Ansicht von Preis (Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht, § 22 I 1 a): nein, da der Ausbildungszweck überwiegt. Nicht unproblematisch (vgl. §§ 3 II und 4 II BBiG).

### 3. Formfreiheit

- Formklausel in § 4 Abs. 1 S. 1 BBiG. - Fehlende Vertragsniederschrift hat aber nicht etwas die Nichtigkeit des Ausbildungsvertrages zur Folge, sondern löst evtl. als Ordnungswidrigkeit eine Geldbuße bis zu 2.000 DM aus (§ 99 Abs. 1 Nr. 1 BBiG). - Weiter Formvorschriften in zahlreichen Tarifverträgen, z. B., z. B. § 4 BAT.
- Problem des § 125 BGB (vgl. hierzu Seite 114 des Skriptes).
- Nachweisgesetz vom 20.7.1995. § 2: Verpflichtung des AG, den wichtigsten Inhalt des Arbeitsvertrages schriftlich zu dokumentieren. Missachtung des NachweisG durch den AG kann Rechtsfolgen haben; vgl. LAG Köln 11.7.1999, NZA 1999, 545 f (AG wird im Prozess so behandelt als hätte er vorhandene Beweismittel beseitigt.). Revisionsentscheidung BAG, Urteil vom 17. April 2002 - 5 AZR 89/01.<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> Pressemitteilung Nr. 27/02 : Kraft betrieblicher Übung geltende tarifliche Ausschlussfristen und Nachweisgesetz  
Die gewerkschaftlich nicht organisierte Klägerin war bei dem Beklagten als Lehrkraft beschäftigt. Die Vergütung erfolgte zunächst nach Stundensätzen. In einem Vorprozeß wurde rechtskräftig festgestellt, daß zwischen den Parteien seit 1. August 1996 ein Arbeitsverhältnis besteht. Die Klägerin verlangt vom Beklagten die Vergütungsdifferenz zwischen der von ihr als üblich angesehenen tariflichen Arbeitsvergütung und der erhaltenen Stundenvergütung. Der Beklagte ist der Auffassung, die geltend gemachten Vergütungsansprüche seien verfallen. Der auch auf die nicht tarifgebundenen Beschäftigten angewandte Haustarifvertrag enthalte eine Ausschlussfrist, nach der die Klägerin ihre Ansprüche innerhalb von sechs Monaten nach Fälligkeit hätte geltend machen müssen. Demgegenüber meint die Klägerin, der Beklagte verhalte sich rechtsmissbräuchlich, weil er ihr unter Verletzung des Nachweisgesetzes weder einen schriftlichen Arbeitsvertrag noch eine Niederschrift mit den wesentlichen Vertragsbedingungen ausgehändigt habe. Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben die Klage abgewiesen, soweit die Ansprüche nach der Ausschlussfrist verfallen sind.

Die Revision der Klägerin hatte Erfolg. Der Beklagte kann sich zwar auf den teilweise eingetretenen Verfall der geltend gemachten Vergütungsansprüche wegen Versäumung der Ausschlussfristen berufen. Er ist jedoch der Klägerin nach § 286 Abs. 1, § 284 Abs. 2 BGB wegen der unterlassenen Aushändigung einer Niederschrift (§ 2 Abs. 1 NachwG) zum Ersatz des Verzugschadens verpflichtet. In der Niederschrift hätte er die Klägerin spätestens einen Monat nach Beginn des Arbeitsverhältnisses auf die kraft betrieblicher Übung bestehende Geltung des Haustarifvertrages hinweisen müssen. Da das Landesar-

#### 4. Stellvertretung, §§ 164, 177, 179 BGB !

### II. Der Arbeitsvertrag als "Schutzinstitut" im Gefüge des Arbeitsrechts

#### 1. Einschränkungen der Vertragsfreiheit

a) im Hinblick auf den Abschluss von Verträgen = Einstellungsschranken:

- In Gestalt von Einstellungsgeboten (aus Gesetz: SchwbG; aus TV: Klausel, wonach bestimmte Anzahl älterer AN einzustellen ist; aus nachwirkender Fürsorgepflicht: Verdacht einer Straftat, der zu einer außerordentlichen Kündigung geführt hat, stellt sich als unbegründet heraus).  
In diesem Zusammenhang: Problem von Frauenquoten in Gesetzen (zur Frauenförderung) oder Tarifverträgen. Der EuGH hat die Zulässigkeit derartiger Quoten bejaht (Urteil v. 11.11.1997, Hellmut Marschall, NZA 1997, 1337 ff).
- In Gestalt von Einstellungsverboten (z. B. nach dem JArbSchG)
- In Gestalt von Diskriminierungsverboten
  - wegen des Geschlechts, § 611a BGB, Art. 3 Abs. 2 GG
  - wegen der Staatsangehörigkeit, Art. 48 EGV für Angehörige der EU-Staaten, Art. 3 Abs. 3 GG für andere ausländische AN
  - wegen des Glaubens, der religiösen oder politischen Anschauung, Art. 3 Abs. 3 GG
  - wegen der Gewerkschaftszugehörigkeit, Art. 9 Abs. 3 GG
  - wegen einer Behinderung, Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG

b) im Hinblick auf den Inhalt von Arbeitsverträgen:

- zahlreiche inhaltliche Vorgaben durch den Gesetzgeber, vgl. u. a. Arbeitszeit, Urlaubsregelungen, Kündigungsfristen etc.

#### 2. Das Auswahlverfahren

a) Ausschreibung

- aa - Innerbetriebliche Ausschreibung, § 93 BetrVG
- bb - Geschlechtsneutrale Ausschreibung, § 611b BGB

b) Fragerecht des Arbeitgebers bzw. die Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers

- Fragerecht: Herleitung und rechtliche Konsequenzen
- Graphologische Gutachten, psychologische Tests, Auswahlseminare
- Ärztliche Untersuchung
- Personalfragebögen, § 94 BetrVG

#### Rechtsprechung

- Schwangerschaft

---

beitsgericht zu den Voraussetzungen des Anspruchs auf Ersatz des Verzugsschadens keine Feststellungen getroffen hat, war die Sache zur weiteren Sachaufklärung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

1994 hatte das BAG (NJW 1994, 148 ff) noch entschieden, dass die Frage nach der Schwangerschaft vor Einstellung ausnahmsweise dann sachlich gerechtfertigt ist, wenn sie objektiv dem Gesundheitsschutz der Bewerberin und des ungeborenen Kindes dient.

Diesen Standpunkt hat das Gericht im Jahre 2003 aufgegeben (Urteil vom 6.2.2003, 2 AZR 621/01, ArbuR 2003, 118) und sich der vom Europäischen Gerichtshof vorgegebenen Linie angeschlossen. Danach ist die Frage des Arbeitgebers nach einer Schwangerschaft im Bewerbungsverfahren - jedenfalls für unbefristete Stellen - absolut verboten. Das gilt auch dann, wenn die Arbeitnehmerin die vereinbarte Tätigkeit für die Zeit der Schwangerschaft wegen eines mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbots zunächst gar nicht ausüben kann.

Im konkreten Fall hatte die Bewerberin die Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft bewusst falsch beantwortet. Die später erfolgte Anfechtung des Arbeitgebers wegen arglistiger Täuschung ließ das BAG aber wegen der Unzulässigkeit der Frage nicht gelten: die Frage nach der Schwangerschaft enthält nach Auffassung des Zweiten Senats eine verbotene Diskriminierung wegen des Geschlechts (§ 611 a BGB). Der Umstand, dass die unbefristet eingestellte Arbeitnehmerin zunächst wegen mutterschutzrechtlicher Beschäftigungsverbote während der Schwangerschaft gar nicht arbeiten durfte, hat das BAG - in Übereinstimmung mit dem EuGH (vgl. Memento Personalrecht, Nr. 4569) - als unerheblich angesehen. Das Beschäftigungshindernis sei in diesen Fällen vorübergehender Natur und führe nicht zu einer dauerhaften Störung des Vertragsverhältnisses (BAG, Urteil vom 6.2.2003, Az. 2 AZR 621/01).

Im Vergleich dazu die ältere Rechtsprechung:

BAG, 2. Senat Urteil vom 15.10.1992 AP Nr. 8 zu § 611a BGB: *Die Frage nach der Schwangerschaft vor Einstellung einer Arbeitnehmerin enthält in der Regel eine unzulässige Benachteiligung wegen des Geschlechts und verstößt damit gegen das Diskriminierungsverbot des § 611a BGB, gleichgültig ob sich nur Frauen oder auch Männer um den Arbeitsplatz bewerben* (Aufgabe von BAG Urteil vom 20. Februar 1986 - 2 AZR 244/85 - AP Nr. 31 zu § 123 BGB im Anschluss an EuGH Urteil vom 8. November 1990 - Rechtssache C 177/88 - EuGH 1990, 3941 = AP Nr. 23 zu Art. 119 EWG-Vertrag).

- Diversa

LAG Köln, 3 Sa 832 / 95, MDR 1996, 615 ff: *Der Arbeitnehmer ist beim Einstellungsgespräch verpflichtet, die Frage des Arbeitgebers nach den früheren Arbeitgebern und der Dauer der jeweiligen Arbeitsverhältnisse wahrheitsgemäß zu beantworten.*

BAG, Urteil vom 18. Oktober 2000 - 2 AZR 380/99 -, NZA 2001, 315 ff.

Die unrichtige Beantwortung der Frage nach einer Schwerbehinderung kann zwar die Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen arglistiger Täuschung rechtfertigen. Dies setzt jedoch voraus, dass der Getäuschte sich auf Grund der Täuschung in einem Irrtum befand. Falls die Beklagte über die Schwerbehinderung des Klägers nicht geirrt hat, weil diese offensichtlich war, liegen die Voraussetzungen für eine Anfechtung des Arbeitsvertrages nicht vor.

c) Eng mit dem Fragerecht des Arbeitgebers verknüpft ist die Problematik der Anfechtung „des Arbeitsvertrages“ durch den AG (genauer: Anfechtung der arbeitgeberseitigen Willenserklärung).

Voraussetzungen für eine Anfechtung gem. § 123 BGB (kumulativ):



1. Die Frage des AG war zulässig.
2. Der AN hat die Frage bewusst falsch beantwortet.
3. Der AN musste wissen oder erkennen können, dass die von ihm verschwiegene Tatsache für die Entscheidung des AG zu seiner Einstellung von ausschlaggebender Bedeutung sein konnte.
4. Die verschwiegene Tatsache war für seine Einstellung ursächlich.

### Anfechtung wegen Eigenschaftsirrturns (§ 119 Abs. 2 BGB)

Mögliche verkehrswesentliche Eigenschaften:

- *Alter, Sachkunde, Vertrauenswürdigkeit, Zuverlässigkeit*
- *Vorstrafen, die für die Beschäftigung von Bedeutung sind*
- *Schwerbehinderung bei Nichteignung für die Arbeit (Ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, zuletzt Urteil vom 5. Oktober 1995 - 2 AZR 923/94 - BAGE 81, 120 = AP Nr. 40 zu § 123 BGB).*
- *ansteckende Krankheiten*

Keine verkehrswesentlichen Eigenschaften sind:

- *Gewerkschaftszugehörigkeit*
- *Schwangerschaft (es sei denn, die Arbeit ist deshalb nicht möglich, z. B. Modell)*
- *Bestehen eines Beschäftigungsverbots*

Wirkungen der Anfechtung: eigentlich nach § 142 BGB, d. h. Rückwirkung! Von der Rechtsprechung grundsätzlich abgelehnt wegen Besonderheiten des Arbeitsrechts (Rückabwicklung nicht möglich). Vgl. dazu S. 109.

Neueste Entwicklung: Abweichung vom Prinzip bei Anfechtung gem. § 123 BGB wegen Täuschung bei – zulässiger – Frage nach Schwerbehinderteneigenschaft, siehe [BAG vom 3.12.1998](#), NZA 1999, 584 ff:

*Ficht der Arbeitgeber im Anschluss an eine Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung an und verweigert die Entgeltfortzahlung, besteht kein Grund, von der Regelfolge rückwirkender Anfechtung (§ 142 BGB) abzuweichen; die entgegenstehende Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Urteile vom 18. April 1968, AP Nr. 32 zu § 63 HGB, vom 16. September 1982, BAGE 41, 54 und vom 20. Februar 1986, AP Nr. 24 und 31 zu § 123 BGB) wird aufgegeben.*

[Fall betraf die Situation, dass der Behinderte wegen starker Beschwerden selbst kündigte, dann Entgeltfortzahlung nach EntgeltFG verlangte. Hier lag also eine sog. Außervollzugsetzung des Arbeitsverhältnisses vor; insoweit konnte es, nachdem der AG wegen arglistiger Täuschung angefochten hatte, bei den Rechtsfolgen nach § 142 BGB bewenden.]

Problem: Anfechtbarkeit, wenn der Bewerber auf eine in einem Fragebogen enthaltene – zulässige – Frage falsch antwortet, der Betriebsrat indessen die Zustimmung zu dem Fragebogen nicht erteilt hat (§ 94 BetrVG)? – BAG vom 2.12.1999, NZA 2000, 107 ff hat dies bejaht; ebenso die h. M., vgl. ErfK / Kania, § 94 BetrVG Rn. 3 mit der Begründung, dass § 94 BetrVG nur das Verhältnis AG/BT, nicht aber das Verhältnis AG/AN regelt.

d) die Beteiligung des Betriebsrates (§§ 92 - 101 BetrVG)

§ im Vorfeld: Personalplanung, Auswahlrichtlinien, § 95 BetrVG

§ im konkreten Einzelfall: Einstellung, § 99 BetrVG - Siehe hierzu S. 96 des Skriptes.

### III. Das fehlerhafte Arbeitsverhältnis

a) Faktisches Arbeitsverhältnis (nichtig oder angefochten)

b) Das Nicht-Arbeitsverhältnis

Beispiel: BAG vom 1.4.1976, AP Nr. 34 zu § 138 BGB: „1. Besteht die nach einem Arbeitsvertrag geschuldete Leistung in der Vorführung des Geschlechtsverkehrs auf einer Bühne, so ist dieser Arbeitsvertrag wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB) nichtig.

2. Da solchenfalls die Beschäftigung des Arbeitnehmers nach ihrem Inhalt und Zweck selbst unsittlich ist, kommen bei dieser Fallgestaltung auch Ansprüche aus einem faktischen Arbeitsverhältnis nicht in Betracht“.

### IV. Exkurs 1: Zur Formfreiheit

Gesetzesvorschrift: § 125 BGB:

*Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form erman-  
gelt, ist nichtig. Der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form hat im  
Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge.*

Eigenartigerweise bereitet dieses Problem nicht nur Anfängern Schwierigkeiten. Daher der Versuch einer Klarstellung.

1. Grundsätzlich herrscht im deutschen Privatrecht (wie im Privatrecht der meisten modernen Staaten) der Grundsatz der Formfreiheit (als Teil der Vertragsfreiheit).

2. Nur in einigen Sonderfällen wird eine Form verlangt (Schriftform, notarielle Beurkundung u.a.m.) Hierbei ist folgendermaßen zu unterscheiden:

a) Gesetzlich vorgeschriebene Form

Der Gesetzgeber hat einige Rechtsgeschäfte als besonders wichtig oder auch gefährlich eingestuft und daher an die Wirksamkeit des jew. Geschäftes die Einhaltung der Form geknüpft (*Warnfunktion* der Form; diese Form wird in derartigen Fällen als konstitutives Erfordernis gekennzeichnet). Rechtsfolge bei Verstoß: Nichtigkeit (§ 125 S. 1 BGB). Beispiele: Bürgschaft, Grundstücksgeschäfte, Ehevertrag, neuerdings auch die Kündigung von Arbeitsverhältnissen, § 623 BGB.

b) Rechtsgeschäftlich vorgeschriebene Form

In anderen Fällen soll die Form insbesondere der Beweissicherung dienen, nicht aber soll eine zusätzliche Hürde für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts aufgebaut werden (*Beweisfunktion*, Form hat in derartigen Fällen nur deklaratorische Bedeutung). Rechtsfolge bei Verstößen: mal so, mal anders, d.h. die Rechtsfolge der Nichtigkeit ist keineswegs automatisch; vielmehr ist zu prüfen, was denn die Parteien mit der Vereinbarung der Form überhaupt gewollt haben (§ 125 S. 2 BGB stellt nur eine – widerlegbare – Vermutung auf!). Im allgemeinen, insbes. im Bereich des Arbeitsrechts, wird man zum Ergebnis kommen, dass die Form nur aus Beweissicherungsgründen verlangt wird, so dass dann der Formverstoß folgenlos bleibt.

Die Einhaltung einer besonderen Form ist grundsätzlich nicht erforderlich; teilweise ist allerdings durch Tarifverträge Schriftform vorgeschrieben. Eine Missachtung tarifvertraglicher Schriftformklauseln muss nach den im vorstehenden Absatz erörterten Grundsätzen entschieden werden.

Demgegenüber wird z. T. in der Lehre die Meinung vertreten, eine tarifvertraglich vorgeschriebene Form habe dieselbe Funktion und Wirkung wie eine gesetzlich angeordnete (Normen!!) und führe daher zur Nichtigkeit des Arbeitsvertrages. Siehe z. B. die Ausführungen bei Stebut, Skript zum Arbeitsrecht, Kapitel „Teil 5: Der Vertragsschluss“. - Im Hinblick auf die Ergebnisse ist diese Auffassung abwegig!

## V. Exkurs 2: Zur Beteiligung des Betriebsrates bei Einstellungen<sup>49</sup>

### A. Grundsätze

1. Eine Zustimmungsverweigerung nur löst dann die Rechtsfolge des § 99 Abs. 4 BetrVG aus (siehe unten), wenn sie unter Heranziehung mindestens eines der in § 99 Abs. 2 BetrVG aufgeführten Zustimmungsverweigerungsgründe begründet wird (§ 99 Abs. 3 BetrVG).

Es genügt nicht, den Wortlaut der in § 99 Abs. 2 BetrVG genannten Verweigerungsgründe nur zu wiederholen.

Beispiel.

*»... der Betriebsrat verweigert gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG die Zustimmung zur Einstellung des Herrn Kiel, weil die Besorgnis besteht, dass im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer infolge der Einstellung Nachteile erleidet ohne dass dies aus betrieblichen oder persönlichen Gründen gerechtfertigt ist. «*

Eine solche „Zustimmungsverweigerung“ ist rechtlich vollkommen wirkungslos!

Vielmehr muss der Gesetzeswortlaut durch Darlegung tatsächlicher Umstände »mit Leben erfüllt« werden (vgl. das Musterschreiben „Zustimmungsverweigerung“ unter B).

Des weiteren ist zu beachten, dass die Zustimmungsverweigerung nur dann wirksam ist, wenn sie innerhalb einer Woche« nach Unterrichtung beim Arbeitgeber eingeht (§ 99 Abs. 3 BetrVG)! Wird die Frist überschritten, gilt die Zustimmung des Betriebsrats zur geplanten Maßnahme als erteilt (§ 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG).

2. Rechtsfolge einer ordnungsgemäßen Zustimmungsverweigerung: Der Arbeitgeber darf die Maßnahme zunächst nicht durchführen. Vielmehr muss er nach § 99 Abs. 4 BetrVG ein Beschlussverfahren beim Arbeitsgericht einleiten, wenn er an seiner Einstellungsabsicht festhalten will.

3. Nach § 100 BetrVG darf der Arbeitgeber ausnahmsweise eine personelle Maßnahme, also z. B. eine Einstellung, „vorläufig“ durchführen, wenn dies aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist“. Bestreitet allerdings der Betriebsrat - unverzüglich die Dringlichkeit, so darf der Arbeitgeber die personelle Maßnahme nur aufrechterhalten, wenn er „innerhalb von 3 Tagen“ beim Arbeitsgericht ein Zustimmungsersetzungsverfahren einleitet und gleichzeitig die Feststellung beantragt, dass die Maßnahme tatsächlich „aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war“.

4. Führt der Arbeitgeber die personelle Maßnahme trotz Zustimmungsverweigerung (und ohne dass ein Fall des § 100 BetrVG vorliegt) durch, kann der Betriebsrat nach § 101 BetrVG vorgehen: Auf Antrag des Betriebsrats ordnet das Arbeitsgericht unter Androhung eines Zwangsgeldes gegen den Arbeitgeber die „Aufhebung“ der Einstellung an.

5. Beteiligungsrechte des BR und Arbeitskampf

Die Rechte des BR müssen zurücktreten, wenn sie die Arbeitskampffreiheit des AG einschränken. Arbeitskampfbedingte Einstellungen, Versetzungen oder Veränderungen der Arbeitszeit lösen also nicht die „normalen“ Beteiligungsrechte des BR aus. Die **Unterrichtung** des BR über derartige Maßnahmen schränkt allerdings die Arbeitskampffreiheit des AG nicht ein. Der BR braucht sogar diese Informationen, z. B. um die auch im Arbeitskampf geltenden Arbeitszeitregelungen zu überwachen oder um zu erkennen, ob eine bestimmte Maßnahme des AG

---

<sup>49</sup> Auszug aus Schoof, Betriebsratspraxis von A bis Z, 5. A., 2000, S. 498 ff

wirklich arbeitskampfbedingt (dann mitbestimmungsfrei) oder nicht (dann mitbestimmungspflichtig) ist (BAG vom 10.12.2002, Az.: 1 ABR 7/02, Pressemitteilung des BAG Nr. 90/02).

## B. Musterschreiben: Zustimmungsverweigerung bei Einstellung

*An die Geschäftsleitung im Hause*

*Betr.: ....*

*Zu der von Ihnen geplanten Einstellung von Herrn Werker verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 5 BetrVG.*

*Die Einstellung von Herrn Werker verstößt gegen §§ 611 a und 611 b BGB.*

*In der Konstruktionsabteilung, in der Herr Werker tätig werden soll, arbeiten zur Zeit fünf Ingenieure und keine Ingenieurinnen.*

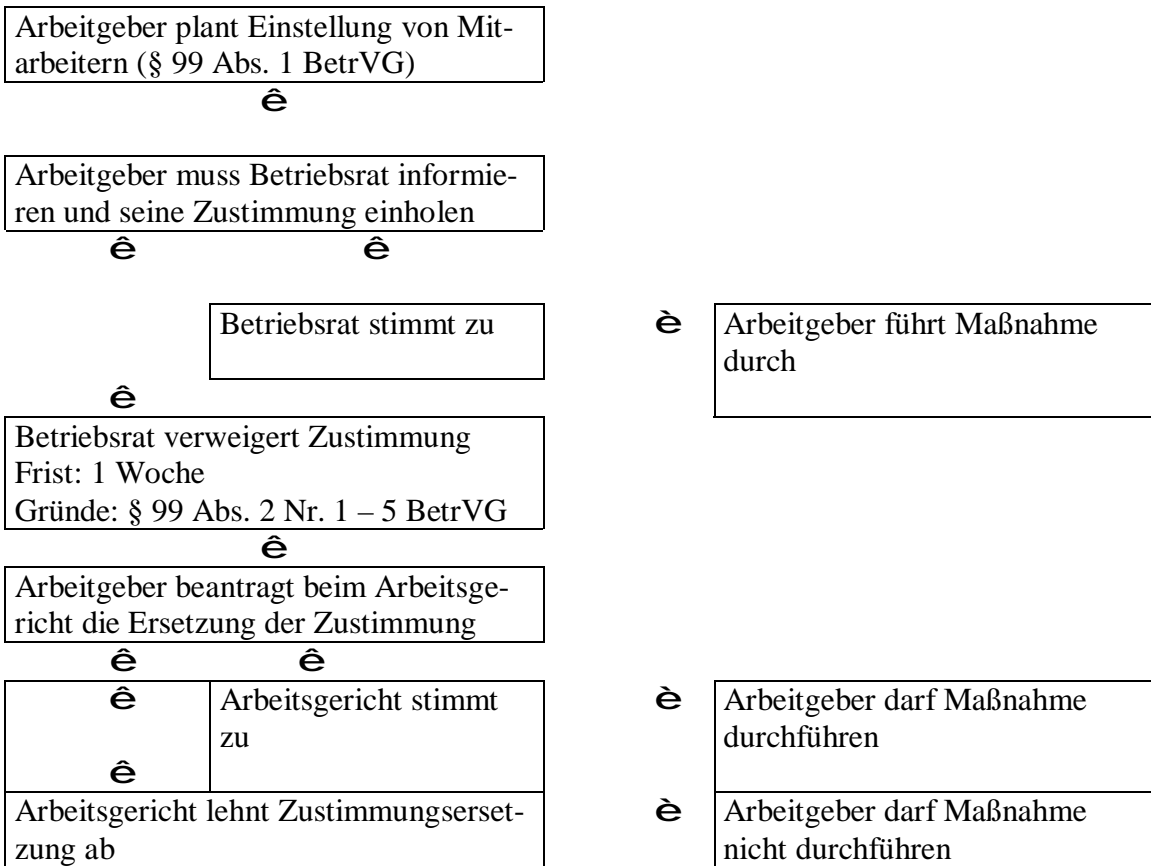
*Die Stelle ist von Ihnen entgegen § 611 b BGB nicht geschlechtsneutral, sondern gezielt für männliche Bewerber ausgeschrieben worden. Trotz dieser Ausschreibung befanden sich unter den zwanzig Bewerbungen fünf Bewerbungen von Frauen, deren Qualifikation nach den dem Betriebsrat vorliegenden Bewerbungsunterlagen mindestens gleichwertig war; zum Teil waren die Abschlusszeugnisse sogar besser.*

*Die weiblichen Bewerber werden durch die Einstellung von Herrn Werker diskriminiert (§ 611 a BGB). Dieses ergibt sich auch daraus, dass der Personalleiter, Herr C., bei dem monatlichen Gespräch am --- dem Betriebsrat mitteilte, in die Konstruktionsabteilung »passten keine Frauen«.*

*Die Zustimmungsverweigerung ist auch nach § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG begründet. Der Betriebsrat hatte bereits mit Schreiben vom --- die betriebsinterne und geschlechtsneutrale Ausschreibung aller neu zu besetzenden Stellen verlangt. Auch das ist unterblieben.*

## C. Ablaufschema für die - endgültige bzw. vorläufige - Einstellung von Personal

### 1. Ablaufschema für Einstellungen von Personal



## 2. Vorläufige Einstellung

Arbeitgeber führt die Maßnahme vorläufig durch, § 100 Abs. 1 BetrVG

ê

Arbeitgeber muss den betroffenen Arbeitnehmer aufklären, § 100 Abs. 1 BetrVG

ê

Arbeitgeber muss den Betriebsrat „unverzüglich“ unterrichten, § 100 Abs. 2 BetrVG

ê

Betriebsrat bestreitet „unverzüglich“ Notwendigkeit der vorläufigen Einstellung, § 100 Abs. 2 BetrVG

ê

Arbeitgeber muss innerhalb von 3 Tagen arbeitsgerichtlich die Zustimmung des Betriebsrates ersetzen und die Feststellung der Notwendigkeit der vorläufigen Maßnahme beantragen, § 100 Abs. 2 BetrVG

ê

Arbeitsgericht ersetzt Zustimmung nicht oder verneint Notwendigkeit der vorläufigen Maßnahme

ê

Arbeitgeber darf die vorläufige Einstellung nicht aufrechterhalten, § 100 Abs. 3 BetrVG

Arbeitsgericht ersetzt die Zustimmung

ê

Arbeitgeber darf die Maßnahme durchführen

## VI. Exkurs 3: Die Bewerbung – neuartige Probleme

Aus [URL: [www.tempix.de/easy/files/warum.html](http://www.tempix.de/easy/files/warum.html)]: Warum anonym ?

„ ... Ebenso gibt es unzählige Foren im Internet, in denen man seine Meinung äußern kann. Dummerweise aber haben die Server, auf denen das Geschriebene gespeichert wird, ein längeres Gedächtnis als das richtige Leben. Mal ehrlich: Wer möchte schon mit manchen seiner Äußerungen konfrontiert werden, die schon über 10 Jahre zurückliegen, im Affekt gemacht wurden oder ganz einfach deshalb überholt sind, weil man die Meinung inzwischen geändert

hat ? Man muss nicht gerade in die Zwickmühlen der Justiz geraten, um die Nachteile solcher auf lange Zeit gespeicherten Aussagen zu erkennen.

Manche Unternehmen gehen sogar bereits dazu über, bei Stellenausschreibungen ein Online-Profil der Bewerber erstellen zu lassen. Einfacher ausgedrückt: Die Firmen recherchieren mit Suchmaschinen nach Spuren eines Bewerbers im Internet. Ein paar unbedachte Äußerungen, im Gästebuch einer Web-Seite oder in einem öffentlichen Forum hinterlassen, können einem dann die Aussicht auf eine Anstellung gründlich verhaseln. Wer des Öfteren namentlich an solchen Foren teilnimmt, sollte einmal mit einer Suchmaschine danach fahnden und die dort gefundenen Beiträge aus der Sicht einer Personalabteilung oder einfach einmal aus der Sicht des eigenen Nachbarn betrachten..“

#### VII. Exkurs 4: Diskriminierungsverbot nach § 611a BGB

Vgl. Das Urteil des ArbG Berlin vom 24.10.2001 -- 30 Ca 13374/01, mitgeteilt von RA Plesterninks, [[www.rws-verlag.de](http://www.rws-verlag.de)] vom 17.01.2002:

*Eine Geschlechtsdiskriminierung i.S.d. § 611 a BGB scheidet aus, wenn der Bewerber für die ausgeschriebene Stelle nicht objektiv geeignet ist oder sich nicht subjektiv ernsthaft um die Stelle bewirbt. Ein Bewerbungsschreiben, das von der sich bewerbenden Person nicht unterschrieben wird, macht einen solchen Eindruck von Gedankenlosigkeit und Desinteresse, dass an der subjektiven Ernsthaftigkeit der Bewerbung durchgreifende Zweifel bleiben und sich der beklagte Arbeitgeber damit seinerseits nicht ernsthaft auseinandersetzen muss.*

(Es ging um die Bewerbung eines Mannes auf die für eine Sekretärin ausgeschriebene Stelle.)

#### VIII. Exkurs 5: Die fehlgeschlagene Bewerbung

##### **1. Ersatz der Vorstellungskosten**

###### **Grundsätzliches**

Immer dann, wenn der Arbeitgeber einen Bewerber oder eine Bewerberin zum Vorstellungsgespräch auffordert, muss er auch die Vorstellungskosten tragen. Durch die Aufforderung zur Vorstellung kommt ein Auftragsverhältnis zustande. Dieses verpflichtet den Auftraggeber (Arbeitgeber) nach § 670 BGB zum Ersatz der Aufwendungen und zwar unabhängig davon, ob ein Arbeitsverhältnis begründet wird oder nicht. Der Erstattungsanspruch besteht auch dann, wenn der Bewerber oder die Bewerberin nicht durch den Arbeitgeber, sondern durch einen Personal- oder Unternehmensberater zum Vorstellungsgespräch aufgefordert wird. Kein Anspruch auf Ersatz der Vorstellungskosten besteht nur dann, wenn der Bewerber oder die Bewerberin sich beim Arbeitgeber vorstellt, ohne hierzu aufgefordert zu sein. Denn in diesem Fall kommt ja kein Auftragsverhältnis zustande. Die Parteien können auch vereinbaren, dass der Arbeitgeber die anfallenden Vorstellungskosten nicht ersetzt. In diesem Fall sollte aus Beweisgründen der Arbeitgeber von vornherein schriftlich darauf hinweisen, dass er nicht bereit ist, die Vorstellungskosten zu übernehmen.

###### **Höhe des Aufwendungsersatzes**

Oft ist zwischen den Parteien streitig, welche Aufwendungen der Arbeitgeber zu ersetzen hat. Maßstab hierfür ist, welche Aufwendung ein vernünftiger Mensch für erforderlich halten durfte. Danach sind die Kosten für Fahrt, Übernachtung und Verpflegung regelmäßig ersatzfähig. Fahrtkosten sind unproblematisch, soweit die Kosten für die Benutzung des eigenen

Pkw, der Bahn oder anderer öffentlicher Verkehrsmittel ansteht. Die Höhe des Ersatzes für die Nutzung des eigenen Pkw richtet sich nach den geltenden steuerrechtlichen Vorschriften. Taxikosten über längere Entfernungen sind regelmäßig nicht notwendig und daher auch nicht zu ersetzen.

Flugkosten sind nur dann erstattungsfähig, wenn sie im Einzelfall niedriger sind als die Kosten für die Benutzung des eigenen Pkw oder der Bahn. Übernachtungskosten sind nur dann ersatzfähig, wenn der Bewerber oder die Bewerberin von weiter her anreisen. Bei der Wahl der Hotel- und Zimmerkategorie sollten die Kosten zu der ausgeschriebenen Stelle in einem angemessenen Verhältnis stehen. Hinsichtlich der Verpflegungskosten gelten ebenfalls die einschlägigen steuerrechtlichen Vorschriften. Der Ersatz von Verdienstausschlag wird in der Rechtsprechung abgelehnt. Sofern der Bewerber oder die Bewerberin bei ihrem derzeitigen Arbeitgeber Urlaub genommen hat, entsteht ja kein Verdienstausschlag.

Vgl. insoweit ArbG Frankfurt a. M., Az.: 7 Ca 625/02; dpa vom 8.4.2003<sup>50</sup>

### **Vereinbarung**

Zu empfehlen ist daher, bei der Vereinbarung des Bewerbungsgesprächs auch eine Abrede über den Ersatz der anfallenden Vorstellungskosten zu treffen. Dies gilt insbesondere bei weiter Anreise. Denkbar ist auch, dass der Arbeitgeber erklärt, welche Vorstellungskosten er übernimmt und bis zu welcher Höhe oder welche Vorstellungskosten er nicht erstattet (z.B. Flugkosten und Taxikosten). Der Arbeitgeber kann auch darauf hinweisen, dass er die Vorstellungskosten nur nach den Reisekostenrichtlinien des Unternehmens oder des öffentlichen Dienstes übernimmt. Aus Beweissicherungsgründen sollte dies immer schriftlich geschehen.

### **Verjährung**

Der Anspruch verjährt nach 3 Jahren, § 195 BGB i. V. m § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

## **2. Herausgabe der Bewerbungsunterlagen**

Zu unterscheiden ist zwischen Spontanbewerbungen und Anzeigenbewerbungen:

**Sog. Spontanbewerbungen** kann der Arbeitgeber unbeantwortet lassen; die beigelegten Unterlagen braucht er nur zurückzusenden, wenn ein Rückumschlag mitübersandt wurde; andernfalls kann er sie vernichten (ausgenommen natürlich Originalzeugnisse).

Bei **sog. Anzeigenbewerbungen** muss der Arbeitgeber die Bewerbungsunterlagen während der Dauer des Auswahlverfahrens sorgfältig verwahren. Nach dessen Abschluss muss er sie dem erfolglosen Bewerber auf seine Kosten zurücksenden.

Rechtsgrundlage: § 985 BGB.

---

<sup>50</sup> Unternehmen müssen grundsätzlich die Fahrtkosten für ein Vorstellungsgespräch übernehmen.

Die Richter sprachen damit einem erfolglosen Stellenbewerber 120 Euro Benzinkosten zu. Der im bayerischen Fürth wohnende Mann hatte sich als Vertriebsleiter bei einem Frankfurter Bauunternehmen beworben. Auf Einladung der Firma fuhr er zu einem Vorstellungsgespräch in die rund 200 Kilometer entfernte Stadt. Nach dem Gespräch bekam er jedoch eine Absage. Von der Firma verlangte er daraufhin eine Benzin- und Telefonkostenspauerschale sowie einen Verpflegungszuschuss. Laut Urteil steht dem Stellenbewerber zumindest ein Benzinkostenersatz zu. Die Firma habe in ihrer Einladung die Übernahme der Kosten schließlich nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Die Übernahme von Verpflegungs- und nicht näher nachgewiesenen Telefonkosten sei dagegen nicht erforderlich.



Kraft seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (BVerfG-Rechtsprechung) kann der Bewerber ferner darüber bestimmen, ob der Arbeitgeber die im Bewerbungsverfahren erlangten persönlichen Daten aufbewahren darf oder vernichten muss. So hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass die dauerhafte Aufbewahrung eines Personalfragebogens, der von einem erfolglos gebliebenen Stellenbewerber auf Verlangen der Firma ausgefüllt worden war und der unter anderem auch Angaben über die Privat- und Intimsphäre enthielt, eine Grundrechtsverletzung darstellt, und dem Bewerber daher, unabhängig von den Schutzvorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes, einen Anspruch auf Vernichtung des Fragebogens (§ 1004 BGB analog) zugebilligt ([BAG vom 6.6.1984](#), NZA 1984, 321 ff, Leitsatz 1 und 2). Die Bewerbungsunterlagen sind pfleglich zu behandeln. Werden sie beschädigt (Kaffeeeflecken!), macht der Arbeitgeber sich schadensersatzpflichtig.<sup>51</sup>

#### IX. Exkurs 6: Anwendung der Grundsätze von c.i.c. (jetzt: § 311 II i.V.m. § 241 II BGB) auch im Arbeitsrecht

Dem Vertragsabschluß gehen in der Regel Vertragsverhandlungen voraus. Auch im Arbeitsrecht gelten die allgemeinen Regeln über den Schadensersatz bei der vorsätzlich oder fahrlässigen Verletzung vorvertraglicher Pflichten bei der Aufnahme von Vertragsverhandlungen, die sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben herleiten. Als vorvertragliche Pflichten kommen Aufklärungs-, Obhuts- und Rücksichtnahmepflichten in Betracht.

Interessanter Fall in [LAG Hessen vom 13.01.1993](#), NZA 1994, 886 ff.

---

<sup>51</sup> Haufe-Francis Lefebvre, Memento Personal 2000, Rn. 4596 f

## Lektion Nr. 7: Inhalt des Arbeitsverhältnisses, Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien

Ø EINFÜHRENDE LITERATUR: Brox, Rn. 72-156

Ø INHALT

A. Hinführung: Ein paar Situationen zur Verdeutlichung der Problematik

B. Fälle

C. Die rechtliche Ausprägung

- I. Die rechtliche Grundsituation
- II. Ausprägung beim Arbeitgeber
- III. Ausprägung beim Arbeitnehmer
- IV. Einzelheiten zur Hauptpflicht des Arbeitgebers
  - 1. Formen des Entgelts
  - 2. Fälligkeit des Entgeltanspruchs
  - 3. Entgeltschutz
  - 4. Entgeltüberzahlung
  - 5. Befreiung von der Entgeltzahlungspflicht
  - 6. Zurückbehaltungsrecht des AN
  - 7. Arbeitsvertrag und Allgemeine Geschäftsbedingungen
  - 8. Etwas Statistik
- V. Einzelheiten zur sog. Fürsorgepflicht des AG
- VI. Einzelheiten zur Hauptpflicht des Arbeitnehmers
  - 1. Art der Tätigkeit
  - 2. Qualität der Arbeitsleistung
  - 3. Ort der Arbeitsleistung
  - 4. Einige Schemata zur Vertiefung und Wiederholung
  - 5. Überprüfung des Direktionsrechts
  - 6. Arbeitszeit
- VII. Einzelheiten zur sog. Treuepflicht des AN
  - 1. Problem: Strafanzeige gegen den Arbeitgeber
  - 2. Problem: Außerdienstliche Verhaltenspflichten
  - 3. Problem: Nebentätigkeit

\*\*\*

### A. HINFÜHRUNG: EIN PAAR SITUATIONEN ZUR VERDEUTLICHUNG DER PROBLEMATIK

1. Arbeitsgericht Bonn vom 4.7.1990, NZA 1991, 512-513: Arbeitgeber M. hatte von der 50jährigen Mitarbeiterin U. verlangt, dass sie an einer Schulung / Einweisung in das Btx-System teilnehme und mit diesem System arbeite. Dies hatte Frau U. abgelehnt mit der Begründung, dass sie nicht verpflichtet sei, an einer solchen Schulung teilzunehmen und Arbeiten mit dem Btx-System zu erbringen.

2. BAG vom 20.12.1984, [BAGE 47, 363 ff](#) [n\_gewiss1.doc]: Drucker-Fall. - Die Grenzen des Leistungsbestimmungsrechts des Arbeitgebers zur Konkretisierung der vertragsgemäßen Arbeitsleistung ergeben sich aus der Abwägung der beiderseitigen Interessen.

3. [BAG vom 26.4.1985](#), AP Nr. 48 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten = NJW 1986, 213: Weigerung eines Lehrers als Klassenlehrer oder begleitender Lehrer Klassenfahrten von ein- bis mehrtägiger Dauer durchzuführen.

4. Landesarbeitsgericht Hamm, 29.7.1998, NZA-RR 1998, 481 f: Ein Arbeitnehmer hat keinen Anspruch darauf, dass der Arbeitgeber die anderen Mitarbeiter im Betrieb auffordert, ihn zu siezen, wenn das Duzen unter den Beschäftigten zu den allgemeinen betrieblichen Umgangsformen gehört.

5. BAG vom 8.2.1984, NZA 1984, 225 f: a.) Der Arbeitnehmer hat aufgrund des verfassungsrechtlich geprägten allgemeinen Persönlichkeitsschutzes einen Anspruch darauf, dass der Arbeitgeber den vom Arbeitnehmer erworbenen akademischen Grad im Geschäftsverkehr nach außen in seiner konkreten Ausgestaltung korrekt verwendet.

b) Wenn dem Absolventen einer Fachhochschule der Titel "Diplom-Ingenieur, Dipl.Ing." verliehen worden ist, bedeutet es einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers, wenn der Arbeitgeber diesem Titel den Zusatz "FH" hinzufügt.

c) Diese Hinzufügung kann aber dann durch schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt sein, wenn der Zusatz zur Klarstellung der praxisbezogenen Ausbildung und im Hinblick auf eine einheitliche Handhabung im Betrieb des Arbeitgebers erforderlich ist.

## B. FÄLLE

### ZU DEN HAUPTPFLICHTEN /-RECHTEN

#### Fall Nr. 42:

*Acker arbeitet bei Eisenbarth als Schlosser, und zwar mit 14tägiger Kündigungsfrist. Ihm winkt kurzfristig bei Boss eine wesentlich bessere Verdienstmöglichkeit. Kurz entschlossen verlässt er seinen Arbeitsplatz von heute auf morgen. Eisenbarth findet das gar nicht so gut. Spielen Sie die rechtlichen Handlungsmöglichkeiten durch.*

Fall Nr. 43: A ist bei K als Maschinenschlosser beschäftigt. Wegen des Novembergehalts, dessen Abrechnung A am 2.12. erhielt, kommt es zwischen den Parteien zum Streit über den Umfang der Überstundenzuschläge. A erhebt am 2.1. des folgenden Jahres Klage auf Zahlung der anstehenden Beträge. K hält die Klage schon deshalb für unbegründet, weil § 10 der Betriebsordnung festlegt, dass bei Unrichtigkeiten in der laufenden Abrechnung alle Ansprüche innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung der Abrechnung gerichtlich geltend zu machen sind. Die Betriebsordnung gelte auch für das Arbeitsverhältnis mit A, da in dem mit ihm abgeschlossenen Formulararbeitsvertrag ausdrücklich festgelegt sei, dass die Betriebsordnung Bestandteil des Arbeitsvertrages ist. A ist der Auffassung, dass die Ausschlussfrist unwirksam ist. Hat er Recht?

*Wie wäre es, wenn die Betriebsvereinbarung einen Verweis auf den jeweils gültigen Tarifvertrag enthält (sog. dynamische Blankettverweisung).*

Zur Problematik einer solchen Verweisung siehe [BAG vom 23.6.1992](#), NZA 1993, 229 ff).

**Fall Nr. 44:**

a) Anlässlich des bevorstehenden Weihnachtsfestes erklärt der Arbeitgeber A auf der vorweihnachtlichen Betriebsversammlung, dass er zukünftig jedem Arbeitnehmer einen monatlichen Fahrkostenzuschuss in Höhe von € 20 gewährt. Als nach wenigen Monaten sich die wirtschaftliche Lage des Unternehmens infolge ausbleibender Aufträge verschlechtert, fühlt sich A an seine Zusage nicht mehr gebunden und widerruft diese. Der bei A beschäftigte Arbeitnehmer B ist demgegenüber der Auffassung, dass A unverändert zur Zahlung des monatlichen Fahrkostenzuschusses in Höhe von € 20 verpflichtet ist. Hat B Recht?

b) In den Jahren 1994, 1995 und 1996 gewährte der Arbeitgeber A den bei ihm beschäftigten Arbeitnehmern ein Weihnachtsgeld in Höhe von DM 100. Ausgezahlt wurde dieses jeweils mit dem Dezembergehalt. Als der bei A beschäftigte X seinen Gehaltsauszug für den Dezember 1997 erhält, muss er feststellen, dass der in den Vorjahren gezahlte Betrag in Höhe von DM 100 diesmal fehlt. Daraufhin begibt sich X zur Personalabteilung und verlangt, dass A das Weihnachtsgeld auch in diesem Jahre zahlt. Er habe auf die Zahlung vertraut und im Hinblick darauf bereits Weihnachtsgeschenke eingekauft. Dieses Vertrauen dürfe von A nicht enttäuscht werden. Hat X Recht?

Wie ist die Lösung, wenn A vor der Überweisung durch schriftlichen Aushang im Betrieb erklärt hat, dass das Weihnachtsgeld wegen des guten Jahresergebnisses gezahlt wird?

**ZU DEN NEBENPFLICHTEN /-RECHTEN**

**Fall Nr. 45:**

Adonis ist Leiter der Zweigstelle der Sparkasse in Kießlegg, einem Allgäuer Städtchen von ca. 5000 Einwohnern. In seinem Privatleben betätigt er sich aktiv für die Freikörperbewegung; er veranstaltet Werbeabende, auf denen Dias von Montalivet an der französischen Atlantikküste gezeigt werden, auf denen auch Adonis selbst - braungebrannt und hüllenlos - zu sehen ist. In Kießlegg sind die Gegner der Freikörperbewegung mächtig; sie beginne, die Sparkasse zu meiden; ein erheblicher Umsatzrückgang ist zu verzeichnen. Die Geschäftsleitung warnt Herrn Adonis: wenn er die öffentliche Werbung für die FKK nicht einstelle, müsse er entlassen werden. Adonis ist empört; schließlich leistet er seine Arbeit zur vollen Zufriedenheit der Sparkasse; was er in seiner Freizeit tue, gehe nur ihn selbst an.

Mit Recht?

**Fall Nr. 46:**

In dem Privattheater des Faust hat sich während der Probe eine Kulisse aus der Aufhängung gelöst und ist auf die Bühne gestürzt. Glücklicherweise wird niemand verletzt. Bühnenarbeiter Papageno weigert sich weiterzuarbeiten; er verweist darauf, dass das Gleiche jeden Augenblick erneut passieren könne. Faust kündigt ihm wegen beharrlicher Arbeitsverweigerung fristlos. Papageno verlangt den Lohn für die Zeit, während der er wegen der Arbeitsprobleme nicht hat arbeiten können. Wer hat recht?

Vgl. hierzu S. 132

**Fall Nr. 46a**

Erwin Muffel war 1992 als kaufmännischer Angestellter bei der Fa. Möbel and More GmbH (MM) in Stuttgart eingestellt worden; seit Anfang 1997 war er im Verkauf beschäftigt. Die MM stellt Sitzmöbel und Tische der gehobenen Preisklasse her. Ihr Kundenkreis besteht aus ausgesuchten Möbelhäusern in Deutschland und Italien. Zwei- bis dreimal im Monat hat Muf-

fel Kontakt mit Kunden, die die Fabrik besuchen. Der Abteilungsleiter Knorzig wies Muffel im Mai 1998 darauf hin, er müsse auf die Art seiner Kleidung und auf sein Aussehen achten. Da immer mit Kundenbesuch zu rechnen sei, könne die Firma ein Auftreten in engen Jeanshosen, offenem Sportshemd und Turnschuhen nicht dulden. Am 10. und 11.8.1998 fand ein Kundenbesuch statt, von dem Muffel schon seit einigen Wochen wusste. Gleichwohl trug er bei dem Besuch ein offenes Hemd, Jeanshosen und Nike-Baskettschuhe. Knorzig ermahnte Muffel daraufhin. Für den 8.9.1998 war wiederum Kundenbesuch angekündigt. Muffel kreuzte in Jeans und mit offenem Hemd auf; zudem war er unrasiert. Der Kunde (ein Italiener aus Bari) sprach ihn auf seinen Bartwuchs an. Am 10.9.1998 teilte Ugolino, der Geschäftsführer der GmbH dem Betriebsrat mit, es sei beabsichtigt, Herrn Muffel der Abteilung „Auftragsbearbeitung“ zuzuweisen; dort habe er keinen persönlichen Kontakt zu Kunden. Mit Schreiben vom 14.9.1998 erklärte der Betriebsrat, es sei mit dieser Maßnahme nicht einverstanden. Zum einen sei die neue Tätigkeit weniger qualifiziert, zum andern könne Herr Muffel dann seine Fremdsprachenkenntnisse nicht mehr anwenden. Ugolino fragt Sie, was er nun tun kann. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass kein Eilfall i. S. von § 100 BetrVG vorliegt.

[Fall nach LAG Hamm vom 22.10.1991, BB 1992, 430 f.<sup>52</sup> ] **Junkers S. 124 ff**

## C. DIE RECHTLICHE AUSPRÄGUNG

### I. Die rechtliche Grundsituation<sup>53</sup>

Nach § 611 BGB schuldet der Arbeitgeber als seine vertragliche *Hauptpflicht* das Arbeitsentgelt, der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung. Kennzeichen dieser Hauptpflichten der Parteien ist es, dass die eine um der anderen willen erbracht wird (Synallagma) und dass gar kein Arbeitsvertrag vorliegt, wenn sie nicht bestehen. Der Arbeitnehmer verpflichtet sich zur Arbeitsleistung, um das Arbeitsentgelt zu erhalten, der Arbeitgeber zur Zahlung der Vergütung, damit die Arbeitsleistung erbracht wird.

Vertragliche *Nebenpflichten* sind die - neben den Hauptpflichten bestehenden - ergänzenden Verpflichtungen der Vertragsparteien, die

- Ü entweder in Sondervorschriften geregelt sind,
- Ü oder vertraglich vereinbart werden,
- Ü oder sich ohne besondere Vereinbarung aus Treu und Glauben ergeben (§ 242 BGB).

Nebenpflichten bestehen auch in anderen Schuldverhältnissen; sie sind keineswegs Besonderheit von Arbeitsverhältnissen. Wegen der persönlichen Betroffenheit des Arbeitnehmers sowie wegen seiner Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers und wegen der damit für

---

<sup>52</sup> „Der Arbeitgeber ist kraft seines Direktionsrechts befugt, dem im Verkauf tätigen Arbeitnehmer zu untersagen, in Gegenwart von Kunden in Jeans, Turnschuhen, mit offenem Kragen, ohne Krawatte und ohne Sakko aufzutreten. Der Arbeitgeber, in dessen Betrieb Möbel gehobenen Genres hergestellt werden, erwartet von seinen im Verkauf tätigen Arbeitnehmern zu Recht, dass sie bei Gesprächen mit Kunden entsprechend gepflegt und in einer Art und Weise gekleidet auftreten, wie sie dem von dem Arbeitgeber festgelegten Charakter der Produkte entspricht.“

<sup>53</sup> Däubler, Arbeitsrecht 2, S. 358 ff (Geschichte / Kritik)

beide Vertragsparteien verbundenen Risiken sind sie hier allerdings besonders bedeutsam und daher weitgehend präzisiert.

Die arbeitsrechtlichen Nebenpflichten werden häufig zusammenfassend als *Treuepflichten* des Arbeitnehmers und *Fürsorgepflichten* des Arbeitgebers bezeichnet. Diese Terminologie, die sich vornehmlich in der älteren Literatur findet, geht auf deutsch-rechtliche Vorstellungen zurück (Lehnsverhältnis), die im nationalsozialistischen „Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG)“ von 1934 sogar eine gesetzliche Absicherung erfahren haben. Heutzutage hat diese Umschreibung höchstens noch den Sinn, die besonders starken Einwirkungsmöglichkeiten auf die Rechtsstellung des anderen Vertragspartners zu verdeutlichen und zum Ausdruck zu bringen, dass Arbeitsverhältnisse ohne ein gewisses Maß an Vertrauen beider Seiten und Rücksichtnahme auf die Interessen auch der anderen Seite ihren Zweck verfehlen. Nötig ist diese – ideologisch besetzte - Terminologie jedoch nicht.

Versuch einer Präzisierung der sog. Treuepflicht (Anlehnung an die Definition der Arbeitsgesetzbuch-Kommission, 1977):

*Es handelt sich um die Pflicht des AN, seine Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis so zu erfüllen, seine Rechte so auszuüben und die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des AG so zu wahren, wie dies von ihm aufgrund des Arbeitsvertrages und seiner Stellung im Betrieb zur Wahrung der auf den Betrieb bezogenen Interessen des AG und der Interessen der anderen AN des Betriebes billigerweise erwartet werden kann*

## II. AUSPRÄGUNG BEIM ARBEITGEBER

1. Die Zahlungspflicht, § 611 BGB (= Hauptpflicht)	2. Die Fürsorgepflicht (= Nebenpflicht; Oberbegriff für zahlreiche Schutz- und Förderungspflichten)	3. Die Pflicht zur Gleichbe- handlung
<p>a) Begrifflichkeit;</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Lohn / Gehalt / Gage</li> </ul> <p>b) Geschuldet: Bruttolohn + ggf. Zulagen oder Zuschläge (Zuschläge für Überstunden = Überschreitung der regelmäßigen betrieblichen Arbeitszeit, nur, wenn dies durch TV, Betriebsvereinbarung oder Einzelarbeitsvertrag vereinbart worden ist).</p> <p>c) Problem: Entgeltüberzahlung, vgl. hier S. 131.</p> <p>d) Befreiung von der Entgeltzahlungspflicht: § 326 I BGB</p> <p>e) Entgeltzahlung ohne Arbeit:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Krankheit (EntFG)</li> <li>• Urlaub (BUrlG)</li> <li>• Fälle des § 616 BGB</li> <li>• Verzug des AG, § 615 BGB</li> </ul>	<p>a) Pflicht, Inhalt des Arbeitsvertrages schriftlich zu dokumentieren, § 2 NachwG<sup>54</sup></p> <p>b) Pflicht zum Schutze des rechtmäßig eingebrachten Eigentums des AN<sup>55</sup></p> <p>c) Pflicht zum Schutz von Leben und Gesundheit des AN, §§ 618 BGB, 62 HGB</p> <p>d) Pflicht zum Schutz von Persönlichkeitsrechten des AN</p> <p>e) Pflicht zum Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz, Beschäftigten-schutzG v. 24.6.1994</p> <p>f) Pflicht zur Urlaubsgewährung (nach Maßgabe des BUrlG und der maßgeblichen Tarifverträge)</p>	<p>a) allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz</p> <p>b) Diskriminierungsverbot, § 611a BGB</p>

<sup>54</sup> LAG Köln vom 31.7.1998, NZA 1999, 545 f: Verletzt der AG die Pflichten nach § 2 Abs.1 NachweisG, so kann im Prozess gfl der Grundsatz der Beweisvereitelung zum Zuge kommen.

<sup>55</sup> Vgl. das berühmte Parkplatz-Urteil des BAG vom 25.6.1975, AP Nr. 4 zu § 611 BGB Parkplatz. Vgl. in diesem Zusammenhang auch BAG, Urteil vom 25. Mai 2000 - 8 AZR 518/99 – BAG-Pressemitteilungen Nr. 42/00.

### III. AUSPRÄGUNG BEIM ARBEITNEHMER

1. Die Arbeitspflicht (= Hauptpflicht)	2. Die Treuepflicht (= Zusammenfassung diverser Nebenpflichten; Pflicht zur Loyalität)
<p>a) <u>Rechtsgrundlagen</u>: § 611 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag u. a. (z.B. TV)</p> <p>b) <u>Gläubiger der Arbeitsleistung</u>: AG; keine Übertragung möglich, § 613 S. 2 BGB; Ausnahme: § 1922 BGB; § 613a BGB. Ausnahme zu Übertragung kraft Erbrechts: Zweckerreichung z. B. bei Krankenpflegevertrag (§ 620 II BGB)</p> <p>c) <u>Schuldner der Arbeitsleistung</u>: AN; höchstpersönlich, § 613,1 BGB</p> <p>d) <u>Inhalt</u>: ergibt sich aus Arbeitsvertrag; Konkretisierung durch - <i>berechtigte</i> - Weisungen d. AG, § 106 GewO [s. hierzu S. 135 ].</p> <p>e) <u>Arbeitszeit</u>: [ s. hierzu S. 139]</p> <p>§ <u>Erlaubte Arbeitszeit</u> (Wie lange darf Arbeitnehmer arbeiten?): öffentlich-rechtliche Regelung im ArbZG [hierzu S. 139].</p> <p>§ <u>Vereinbarte Arbeitszeit</u>: (Wie lange muss Arbeitnehmer arbeiten?): Regelung durch Individual- oder Kollektivvertrag (TV oder Betriebsvereinbarung)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <u>Überarbeit</u> (Unterscheidung in Mehrarbeit und Überstunden; evtl. Pflicht gem. Arbeitsvertrag i.V.m. § 242 BGB)</li> <li>- <u>Kurzarbeit</u> (nötig: 1° Rechtsgrundlage; 2° MB des BR, § 87 I Nr. 3 BetrVG)</li> </ul> <p>§ Lage d. Arbeitszeit (Verteilung auf die einzelnen Wochentage, Beginn u. Ende d. täglichen. Arbeitszeit)</p> <p>f) <u>Arbeitstempo</u> (s. dazu S. 137)</p> <p>g) <u>Ort der Arbeitsleistung</u>, Leistungsort = Arbeitsstelle, d. h. Ort, wo die vertragscharakteristische Leistung erbracht wird (§ 269 I BGB)</p>	<p>a) <u>Rechtsgrundlage</u>: Arbeitsvertrag i.V.m. § 242 BGB</p> <p>b) <u>Pflicht zur Rücksichtnahme</u> (= Treuepflicht i.e.S.)</p> <p>c) <u>Handlungspflichten</u>:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>§ <u>Mitteilungs- u. Anzeigepflichten</u></li> <li>§ <u>Schadensabwendungspflicht</u><sup>56</sup></li> </ul> <p>d) <u>Unterlassungspflichten</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <u>Verschwiegenheitspflicht</u> (z. B. § 17 UWG; generell aus § 242 BGB i.V.m. Arbeitsvertrag): hinsichtl. Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen.; hinsichtlich Gehalt? Ja, falls vertraglich vereinbart (vgl. Halbach, 2/136)</li> <li>• <u>Schmiergeldverbot</u> (§ 12 UWG)</li> <li>• <u>Wettbewerbsverbote</u> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <u>gesetzliche</u>: §§ 60 ff HGB für kfm. Angestellte; von der Rspr auf alle AN ausgedehnt.</li> <li>- <u>vertragliche</u>: gem. § 305 BGB zulässig; bei fehlender Vereinbarung -&gt; § 242 BGB i.V.m. Arbeitsvertrag: Arbeitnehmer darf AG grundsätzlich keine Konkurrenz in dessen geschäftlichen Bereich machen.</li> <li>- <u>nachvertragliche</u>: §§ 74 ff HGB (max. 2 Jahre, Karenzentschädigung mindestens 50 % des Gehalts).</li> </ul> </li> </ul> <p>e) <u>Repräsentationspflichten</u> für bestimmte Tätigkeiten mit Kundenkontakt (angemessene Kleidung)</p> <p>f) <u>Pflicht zur Mitteilung von Nebentätigkeiten</u> (BAG v. 18.1.1996, AiB 1997, 298 ff) Generell zu den Nebentätigkeiten s. die gute Zusammenstellung von S. Warschkow, AiB 1997, 282 ff</p> <p>g) <u>für AN im Öff. Dienst</u>: Verfassungstreue (Art. 33 Abs. 2 GG)</p>

<sup>56</sup> Vgl. dazu LAG Stuttgart vom 20.10.1976, EzA Nr. 8 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung; sog. Schandurteil. Siehe dazu S. 145



## IV. EINZELHEITEN ZUR HAUPTPFLICHT DES AG

= Entgeltzahlungspflicht, § 611 Abs. 1 2. Hs. BGB (Obiges Schema Pkt. 1)

### 1. Formen des Entgelts

a) nach dem Gegenstand: Geldlohn und Naturallohn

b) nach der Bemessungsart: Zeitlohn und Leistungslohn (Akkordlohn)

#### § Akkordlohn i.S.v. Geldakkord

Beim **Geldakkord** wird ein bestimmter Geldbetrag pro Leistungseinheit gewährt. Der Lohnanspruch des Arbeitnehmers ergibt sich durch Multiplikation der erbrachten Leistungseinheiten mit dem dafür angesetzten Geldbetrag. Der Nachteil dieser historisch älteren Akkordform besteht darin, dass der für die Lohnbemessung maßgebliche Gesichtspunkt, nämlich die benötigte Zeit für die Erbringung einer Leistungseinheit (sog. Zeitvorgabe), nicht offen ausgewiesen wird

#### § Akkordlohn i.S.v. Zeitakkord

Dagegen wird beim **Zeitakkord** für eine bestimmte Arbeitsleistung eine festgelegte Zeit als Berechnungsfaktor vorgegeben (sog. Vorgabezeit). Unter der Vorgabezeit versteht man die in Minuten ausgedrückte Zeit, die für die Erbringung einer Leistungseinheit bei Normalleistung erforderlich ist. Der Akkordsatz beim Zeitakkord wird daher berechnet nach der Formel: Zahl der erbrachten Leistungseinheiten  $\times$  Vorgabezeit  $\times$  Geldfaktor. Bei diesem **Geldfaktor** handelt es sich um den pro Minute zu verdienenden Geldbetrag. Er ist der sechzigste Teil des Akkordrichtsatzes. Unter letzterem versteht man den Stundenverdienst bei Normalleistung.

c) Leistungsanreize in Gestalt von Mischformen

§ Akkordentlohnung mit Mindestgarantie

§ Prämien

§ Provision

§ Tantieme

Problem: Zulässigkeit von Anwesenheitsprämien, d. h. von Regelungen (z. B. mittels Betriebsvereinbarung), wonach auch krankheitsbedingte Fehlzeiten mit Anspruch auf Entgeltfortzahlung zu einer Kürzung führen können. [BAG vom 26.10.1994](#) (AP Nr. 18 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie) bejaht dies unter Hinweis auf die Funktion von Anwesenheitsprämien, nämlich die Motivierung der Mitarbeiter, die Fehltag möglichst gering zu halten.

d) Sondervergütung: die sog. **Gratifikation**

Keine Schenkung, also § 518 BGB nicht anwendbar! Rückzahlungsklauseln, z. B. für den Fall des alsbaldigen Ausscheidens des Arbeitnehmers, sind grundsätzlich zulässig (§§ 305, 158 II BGB), müssen aber für den Arbeitnehmer zumutbar sein (kein zu langer Zeitraum!). BAG-Rechtsprechung: keine Rückzahlungspflicht, wenn Gratifikation nicht mehr als 200 DM beträgt. Unzulässig auch, wenn sie sich über den 30.6. des Folgejahres erstreckt.

## e) Überstunden / Mehrarbeit

- **ÜBERSTUNDEN:** wenn über die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit hinaus gearbeitet wird
- **MEHRARBEIT:** die über die gesetzliche Arbeitszeit hinaus geleistete Arbeit.

**Grundsatz:** Zur Leistung von Überstunden oder Mehrarbeit ist ein AN nur verpflichtet, wenn dies vertraglich vereinbart oder durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung bestimmt worden ist. Ausnahme: Abwendung von drohenden Schäden höhere Gewalt.

Bezahlung von Überstunden oder Mehrarbeit nur, wenn die zusätzliche Arbeit vom Arbeitgeber angeordnet oder bewusst geduldet wurde.

## 2. Höhe der Vergütung

Ausgangspunkt: ist der Arbeitsvertrag, der die Höhe der Vergütung oft durch Bezugnahme auf einen Tarifvertrag festlegt.

- Beide Arbeitsvertragsparteien sind tarifgebunden (§ 3 TVG) → die tarifliche Vergütung gilt normativ, § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG;
- Gegebenenfalls Geltung aufgrund betrieblicher Übung oder (selten) aufgrund von Allgemeinverbindlichkeitserklärung, § 5 TVG;

Falls keine vertragliche Vereinbarung besteht und keine Bezugnahme auf einen Entgelttarifvertrag vorliegt → es gilt die übliche Vergütung, § 612 Abs. 2 BGB. – Für AN ist in aller Regel die tarifliche Vergütung die „übliche“ Vergütung. Die in § 612 Abs. 2 BGB genannte „taxmäßige“ Vergütung spielt im Arbeitsrecht keine Rolle, denn eine „Taxe“ ist ein staatliche festgesetzter Vergütungssatz, der im Arbeitsrecht – anders als für die sog. freien Mitarbeiterverhältnisse – nicht zulässig ist wegen Art. 9 Abs. 3 GG.

**VORSICHT:** Arbeitsentgelte sind in den meisten Bereichen der Wirtschaft durch Tarifverträge geregelt. Eine Abweichung durch Betriebsvereinbarung aufgrund von Öffnungsklauseln - § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG – wird nur selten zugelassen. Wegen der Tarifsperrung nach § 77 Abs. 3 BetrVG ist daher der Abschluss von Betriebsvereinbarung grundsätzlich nicht möglich. Betriebsvereinbarungen über die sog. Grundvergütung kommen daher in der Praxis nicht vor. Übertarifliche Vergütungen im Wege von Betriebsvereinbarungen sind dagegen häufig anzutreffen wegen § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG,

## 3. Fälligkeit des Entgeltanspruchs

Arbeitnehmer ist vorleistungspflichtig, § 614 S. 1 BGB. Lohnanspruch wird also nach Erfüllung der Arbeitspflicht fällig i.S.v. § 271 BGB, und zwar gem. § 614 S. 2 BGB nach Ablauf bestimmter Zeitabschnitte (zumeist Monate).

## 4. Entgeltschutz

### a) Schutz des Arbeitsentgelts vor dem Zugriff Dritter:

§ Insolvenzschutz (Schutz des AN vor den Insolvenzgläubigern des AG)

§ Pfändungsschutz (§§ 850 - 850k ZPO, Schutz der AN vor eigenen Gläubigern)

### b) Schutz des Arbeitsentgelts vor Maßnahmen des AG:

- § Aufrechnungsverbot (in gewissen Grenzen), § 394 BGB
- § Barzahlungsgebot, sog. Truckverbot, § 115 I GewO (Rechtsfolgen: §§ 116 – 119 aaO).  
(Noch jetzt in Mittel- und Südamerika weit verbreitete Praxis: Großgrundbesitzer gibt an seine Arbeiter Gutscheine aus, kein Bargeld. Die Gutscheine können nur in den Läden des Großgrundbesitzers eingelöst werden; Waren natürlich völlig überteuert!)

c) Schutz vor bestimmten Verfügungen des AN selbst:

- § begrenztes Abtretungs- und Verpfändungsverbot, §§ 400, 1274 II BGB
- § Schutz von tariflichen bzw. aufgrund von Betriebsvereinbarungen normierten Ansprüchen durch das Prinzip der Unabdingbarkeit bzw. Unverbrüchlichkeit (§§ 4 IV 3 TVG, 77 IV 4 BetrVG)
- § Verbot von Lohnverwendungsabreden bzw. Kreditierungsabsprachen (§§ 117 II, 115 II i.V.m. 118 GewO).

5. Entgeltüberzahlung

a) Altes Recht

- § Grundsatz: Recht des AG, das zuviel gezahlte Entgelt zurückzufordern nach den Grundsätzen der sog. ungerechtfertigten Bereicherung, §§ 812 ff BGB. - Der Rückzahlungsanspruch entfällt aber dann, wenn der Arbeitnehmer nicht mehr bereichert ist (§ 818 III BGB). Wegfall der Bereicherung: sofern der AN den überzahlten Betrag ausgegeben hat, ohne dass noch ein Gegenwert in seiner Vermögenssphäre vorhanden wäre (ein solcher Gegenwert liegt bsp. im Fall einer Schuldentilgung vor), insbesondere dann, wenn der AN das Geld für Luxusaufwendungen (z.B. für eine Reise) verbraucht hat, die außerhalb seiner normalen Lebensführung liegen. – M.a.W. es tritt Entreicherung ein, wenn der AN den überzahlten Betrag ausgegeben hat, ohne dass ein aktueller Gegenwert in seinem Vermögen - und sei es nur als Ersparnis von Aufwendungen – existiert. Das BAG wendet bei einem „Normalverdiener“ den sog. Anscheinsbeweis an und geht von einem Wegfall der Bereicherung aus, wenn die monatliche Überzahlung nicht mehr als 10 % des Monatseinkommens beträgt (wegen der Lebenserfahrung, wonach derartige Beträge alsbald verbraucht würden). „Besserverdienende“, d. h. Bezieher von Einkommen über 100.000 DM pro Jahr müssen indessen den Wegfall der Bereicherung auch bei geringfügigen Überzahlungen darlegen und beweisen.<sup>57</sup>

§ Andererseits:

<sup>3</sup> Fall nach BAG vom 1.6.1997, AP Nr. 16 zu § 812 BGB: *Arbeitnehmer A stellt fest, dass ihm sein Arbeitgeber, der Unternehmer U, für den laufenden Monat ohne erkennbaren Anlass ein wesentlich höheres als sein übliches Arbeitsentgelt überwiesen hat. Als U nach 8 Monaten Rückzahlung des versehentlich überzahlten Betrages fordert, beruft sich A auf den Ablauf der im Tarifvertrag vorgesehenen sechsmonatigen Ausschlussfrist für derartige Rückforderungsansprüche. Aufgrund seiner arbeitsvertraglichen Treuepflicht hätte A den Grund für die Mehrzahlung aufklären und dem U die Überzahlung anzeigen müssen. Wegen seines treuwidrigen Verschweigens durch Verletzung seiner arbeitsvertraglichen Anzeigepflicht kann sich A nicht auf den Ablauf der tarifvertraglichen Ausschlussfrist berufen und muss die Überzahlung zurückerstatten.*

<sup>57</sup> BAG vom 12.1.1994, NZA 1994, 658 ff: „Wendet der Arbeitnehmer gegenüber einem Anspruch auf Gehaltsüberzahlung den Wegfall der Bereicherung ein, so kommen Erleichterungen der Darlegungs- und Beweislast regelmäßig nur dann in Betracht, wenn er nicht zu den Besserverdienenden gehört“.; vom 18.1.1995, NZA 1996, 27 ff

<sup>3</sup> BAG vom 8.2.1964, BAGE 15, 270 = AP Nr. 2 zu § 611 BGB Lohnrückzahlung: *Wird in einem Arbeitsvertrag ausdrücklich die Verpflichtung des Arbeitnehmers festgelegt, Lohnüberzahlungen zurückzuerstatten, so kann sich der Arbeitnehmer nicht auf den Wegfall der Bereicherung berufen.*

<sup>3</sup> BAG vom 12.1.1994, AP Nr. 3 zu § 818 BGB: *Wendet der Arbeitnehmer gegenüber einem Anspruch auf Gehaltsüberzahlung den Wegfall der Bereicherung ein, so kommen Erleichterungen der Darlegungs- und Beweislast regelmäßig nur dann in Betracht, wenn er nicht zu den Besserverdienenden gehört (sic!!).*

#### b) Rechtszustand seit 1.1.2002

§§ 326 Abs. 4, 346 BGB (neu): Der AN muss zuviel erhaltene Beträge in jedem Fall zurückzahlen, ohne sich darauf berufen zu können, er hätte das Geld nicht mehr (sog. Entreichung).

#### 6. Befreiung von der Entgeltzahlungspflicht

Das Arbeitsverhältnis ist gerichtet auf den Austausch von Arbeitsleistung und Entgelt (gegenseitiger Vertrag, Synallagma). Die Arbeitsleistung wird als FIXSCHULD angesehen, weil Arbeitszeit und Arbeitsort in der Regel vorgegeben sind. Erbringt der AN die dem AG geschuldete Arbeitsleistung nicht zur rechten Zeit und am rechten Ort, so liegt ein Fall der sog. Unmöglichkeit vor, § 275 BGB. Im Hinblick auf die versäumte Zeitspanne kann die Arbeit nicht mehr nachgeholt werden. Daran kann auch die etwa vorhandene Bereitschaft des AN zur Nacharbeitung nichts ändern!! Falls nun der AN die Unmöglichkeit “zu vertreten hat”, er also schuldhaft nicht zur Arbeit angetreten ist (z.B. “krank feiert”), bestimmt sich das Schicksal der (AG-)Gegenleistung nach § 326 BGB, d.h. der AG wird von seiner Verpflichtung zur Entgeltzahlung frei. Siehe hierzu auch die Ausführungen auf S. 157.

Hinweis: Die Entgeltzahlungspflicht kann auch in den sog. Fällen des *Betriebsrisikos* (vgl. hierzu Lektion Nr. 5 S. 94) entfallen.

#### 7. Zurückbehaltungsrecht des AN,

a) falls der AG das Entgelt (Lohn, Gehalt) nicht zahlt?

Ja, vgl. dazu grundsätzlich [BAG v. 25.10.1984](#), AP Nr. 3 zu § 273 BGB [**n** AN-Zurückbehaltungsrecht an Arbeitsleistung.doc].

Siehe auch [BAG v. 9.5.1996](#), NZA 1996, 1085 ff:

*Macht der Arbeitnehmer berechtigterweise ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich seiner Arbeitskraft wegen offen stehender Vergütungsansprüche geltend, so ist regelmäßig eine deswegen ausgesprochene außerordentliche und/oder ordentliche Kündigung unwirksam.*

b) bei der Verletzung von Nebenpflichten seitens des AG?

Ja, vgl. dazu BAG vom 8. 5. 1996 AP Nr. 23 zu BGB § 618: insbesondere dann, wenn der Arbeitgeber **erheblichen Nebenpflichten** nicht nachkommt, insbesondere öffentlich-rechtliche Arbeitnehmerschutzvorschriften missachtet. S. unten S. 179.

Vgl. auch LAG Hessen, 9 Sa 199/01, dpa-meldung vom 27.2.2002, wiedergegeben in : recht-und-fuehrung Infomail Neue Mitarbeiter, März 2002, S. 3.

c) Wichtigste Rechtsfolge: **Wenn der Arbeitnehmer sein Zurückbehaltungsrecht rechtmäßig ausübt, dann bleibt der Arbeitgeber zur Lohnfortzahlung auch ohne Arbeitsleistung verpflichtet.** Der Arbeitgeber befindet sich nämlich in Annahmeverzug. Er hat kein Recht, seinerseits das Arbeitsverhältnis ordentlich oder außerordentlich zu kündigen. Also: Anders als beim Streik behält der AN - bei zulässiger Ausübung des Zurückbehaltungsrechts – seinen Entgeltanspruch.

8 Arbeitsvertrag und Allgemeine Geschäftsbedingungen: seit dem 1.1.2002 gilt die gesetzliche Regelung auch für Arbeitsverhältnisse (früher AGBG, jetzt §§ 305 – 310 BGB), § 310 Abs. 4 S. 2 BGB. Zum alten Rechtszustand vgl. [BAG vom 29.11.1995 AP Nr. 1 zu § 3 AGB-Gesetz](#): überraschende Klauseln in Formulararbeitsverträgen werden nicht Vertragsgegenstand.

## 9. Etwas Statistik ...

### a) Durchschnittliche Bruttostundenverdienste der Arbeiter in der Industrie Westdeutschland (1999)<sup>58</sup>

Mineralölverarbeitung	DM 36,35
Herstellung von Kraftwagen und Kraftwagenteilen	DM 35,47
Luft- und Raumfahrzeugbau	DM 32,93
Energie- und Wasserversorgung	DM 31,39
Druckgewerbe	DM 29,70
Metallerzeugung und -bearbeitung	DM 29,48
Maschinenbau	DM 29,33
Chemische Industrie	DM 29,01
Durchschnitt verarbeitendes Gewerbe	DM 28,07
Herstellung von Büromaschinen, Elektrotechnik. Feinmechanik	DM 26,68
Baugewerbe	DM 26,43
Papiergewerbe	DM 26,36
Glasgewerbe, Keramik	DM 25,03
Herstellung von Gummi- und Kunststoffwaren	DM 24,32
Holzgewerbe (ohne Möbel)	DM 24,11
Ernährungsgewerbe	DM 24,00
Textil- und Bekleidungsgewerbe	DM 20,77

#### *Lohndifferenzierung*

Die höchsten Bruttostundenverdienste erzielten Arbeiter in den Branchen Mineralölverarbeitung (DM 36,65) bzw. Kraftfahrzeugproduktion (DM 35,47). Ihre Stundenentgelte lagen

<sup>58</sup> NZA Nr. 1/2000 S. XIII

damit um rd. 80 v. H. über den im Textil- und Bekleidungsgewerbe durchschnittlich gezahlten Löhnen.

#### *Chemie knapp über Durchschnitt*

Die durchschnittlichen Bruttostundenverdienste der gewerblichen Arbeiter in der chemischen Industrie (in der engen Abgrenzung des Statistischen Bundesamtes) betragen DM 29,01 im 2. Quartal d.J. sie lagen damit gut 3 v. H. über dem Industriedurchschnitt. Dieser Abstand hat sich seit Beginn der 90er Jahre deutlich verringert. 1990 lagen die durchschnittlichen Bruttostundenverdienste der gewerblichen Arbeiter in der chemischen Industrie noch gut 8 v. H. über dem Durchschnitt des verarbeitenden Gewerbes.

#### *Spartenunterschiede*

Auch innerhalb der westdeutschen chemischen Industrie ist die Höhe der Bruttostundenverdienste keinesfalls einheitlich. So lagen die Entgelte je Stunde für die gewerblichen Arbeitnehmer im Bereich der Herstellung der chemischen Grundstoffe bei DM 32,83, in der Chemiefaserproduktion bei DM 27,45 und in den anderen Bereichen der chemischen Industrie zusammengenommen bei DM 25,92. In der Gummi- und Kunststoffwaren herstellenden Industrie (die in der amtlichen Statistik als eigenständige Branche ausgewiesen wird, zu großen Teilen Jedoch zum Tarifbereich der chemischen Industrie zählt) lagen die Bruttostundenverdienste in Westdeutschland zuletzt bei DM 24,32.

- c) Meldung im „Tagesspiegel“ vom 7.3.2002: „Frauen verdienen 21 % weniger als Männer“.
- Oktober 2002, produzierendes Gewerbe, Handel, Banken Versicherungen: Männer 2.904 € Frauen: 2.294 € Relation in den neuen Bundesländern: 87,4 % bei allerdings niedrigerem Durchschnittseinkommen 1.846 € gegenüber 2.111 € Immerhin: 1957 erhielten weibliche Beschäftigte nur 55,3 % des Männerverdienstes.

## **V. EINZELHEITEN ZUR SOG. FÜRSORGEPLICHT DES AG**

Zu 2 a): Den AG trifft eine sog. Obhutspflicht, d. h. die Pflicht zur Obhut des in den Betrieb berechtigterweise eingebrachten AN-Eigentums (Bsp.: Parkplätze, Kleiderspinde). Aufgliederung in Bereitstellungs- und Sicherungspflicht. S. die wichtige Entscheidung des BAG v. 25.6.1975, AP Nr. 4 zu § 611 BGB Parkplatz [n fuersor1.doc].

Zu 2 b): Privatrechtliche Schutzpflichten: Allgemeine Regelung in § 618 I BGB. Sonderregelungen für kfm. AN, § 62 I HGB, für gewerbliche AN, § 120 a GewO. Gesteigerte Schutzpflichten bei Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft, §§ 617, 618 II BGB, 62 II HGB (unabdingbare Pflichten, § 619 BGB).

Anspruch auf rauchfreien Arbeitsplatz: BAG (Stewardess-Fall, eher ablehnend, Urteil vom 8.5.1996, NZA 1996, 927 ff, AR-RSPR.ASK #173; Urteil vom 17.2.1998, NZA 1998, 1231 f, eher positiv).

Öffentlich-rechtliche Schutzpflichten:<sup>59</sup> Arbeitszeitschutz, Betriebsschutz (ArbeitsstättenVO, ArbeitssicherheitsG, GerätesicherheitsG, ChemikalienG, ArbeitsstoffVO, Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften u.a.m.

Zu 2c): Bsp. u. a.: Pflicht zur humanen Arbeits- und Arbeitsplatzgestaltung; Pflicht zur Wahrung von Ansehen und beruflichem Fortkommen des AN; Verschwiegenheitspflicht im Hinblick auf dem AN nachteilige Tatsachen (keine Überlassung der Personalakte an Dritte); Sicherung personenbezogener Daten gegen deren missbräuchliche Verwendung, § 1 BDSG.

---

<sup>59</sup> Vgl. hierzu unten S. 179

Viel diskutiertes Problem: Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers.

Zu 2 e): Vgl. den Aufsatz von D. Schiek, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, AiB 1997, 441 ff. S. 444 ff: Musterbetriebsvereinbarung zu dem Problem  
Siehe auch die Entscheidung des LAG Hamm vom 13.2.1997 (rkr.), AiB 1998, 176 ff.  
ZDF-Sendung vom 29.10.1998: Wie würden Sie entscheiden?

Zu beachten: Im Falle von Pflichtverletzungen – gleichgültig ob es sich um eine Haupt- oder eine Nebenpflicht handelt – regelt sich die Schadensersatzpflicht nunmehr nach §§ 280 I, III i. V. m. 281 bzw. 284 BGB.

## VI. EINZELHEITEN ZUR HAUPTPFLICHT DES AN

### 1. Art der Tätigkeit = Weisungsrecht des AG

Seit 7.6.2002 durch Novellierung der GewO nunmehr eine gesetzliche Regelung. § 106 GewO:

*Der Arbeitgeber kann Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. Dies gilt auch hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb.*

Die Art der Tätigkeit ergibt sich z. T. aus dem Arbeitsvertrag. Im allgemeinen wird sie indes- sen durch Weisungen konkretisiert, Weisungen im Rahmen des Direktionsrechts des AG, dem die – in dieser Form allerdings nur noch selten derart benannte – Gehorsamspflicht des AN entspricht. Das Direktionsrecht ist wesentlicher Inhalt eines jeden Arbeitsverhältnisses (BAG vom 23.6.1993, NZA 1993, 1127 ff). Es kann sich beziehen auf Art und Ort der Tätigkeit so- wie die einzuhaltende Arbeitszeit.

BAG vom 27.3.1980, AP Nr. 26 zu § 611 BGB Direktionsrecht:

- 1. Aufgrund seines Weisungsrechts (Direktionsrechts) kann der Arbeitgeber ein- seitig die im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschriebene Leistungspflicht des Arbeitnehmers nach Zeit, Ort und Art der Leistung näher bestimmen. Er kann auch einen Wechsel in der Art der Beschäftigung vorschreiben oder den Arbeits- bereich verkleinern.*
- 2. Seine Grenzen findet das Weisungsrecht in den Vorschriften der Gesetze, des Kollektiv- und des Einzelarbeitsvertragsrechts; es darf nur nach billigem Ermes- sen ausgeübt werden.*

Unter Umständen können auch sog. arbeitsbegleitende Umstände wie Rauchverbot, Anord- nungen im Hinblick auf persönliche Kleidung sowie Haartracht davon betroffen sein.

Beispiele zum Umfang des Direktionsrechts bez. Arbeitsinhalt:

- Wird jemand als kaufmännischer Angestellter eingestellt, so kann ihm jede Tätigkeit zu- gewiesen werden, die diesem Berufsbild entspricht (BAG vom 27.3.1980, DB 1980, 1603 f).

- Ein Fahrer eines Lkw ist nur dann nicht zur Ladetätigkeit verpflichtet, wenn zwischen den Arbeitsvertragsparteien ausschließlich Lenktätigkeit vereinbart ist (LAG Frankfurt a. M. vom 13.6.1995, BB 1996, 803).
- Schlosser darf nicht grundsätzlich Hilfstätigkeit (Tragen schwerer Fensterrahmen in oberes Stockwerk) verweigern, LAG Frankfurt am Main – Az.: 2/9 Sa 1405/00, URL: [www.nza.de](http://www.nza.de), 10.3.2001.
- Dem Arbeitnehmer kann auch ein Wechsel in der Art der Beschäftigung auferlegt werden, insbesondere kann über das Weisungsrecht auch der Arbeitsbereich des Arbeitnehmers verkleinert werden (BAG vom 23.6.1993, NZA 1993, 1127 ff). Eine Grenze für die Zuweisung einer anderen Art der Beschäftigung bildet der Tätigkeitsbereich, denn dem Arbeitnehmer kann kein anderer Tätigkeitsbereich zugewiesen werden. Des weiteren hat der Arbeitgeber keine Befugnis, dem Arbeitnehmer eine geringerwertige Tätigkeit zuzuweisen. Das gilt selbst dann, wenn er die bisherige Vergütung fortzahlen will (BAG vom 30.8.1995, NZA 1996, 440 f; vom 24.4.1996, NZA 1997, 104 ff).

Darüber hinaus können dem Arbeitnehmer stets Nebenarbeiten, also solche Tätigkeiten zugewiesen werden, die in einem inneren Zusammenhang mit der geschuldeten Tätigkeit stehen. Zu Arbeiten, die vom allgemeinen Weisungsrecht nicht mehr gedeckt sind, können Arbeitnehmer allerdings nur in Notfällen herangezogen werden (sog. Notarbeiten).

#### Arbeitsbegleitende Anordnungen:

Schwierigkeiten treten häufig auf im Gefolge von Rauchverboten, Haartracht- oder Kleideranordnungen.

Ø LAG Hamm vom 7.7.1993, Mitbestimmung 1995, Nr. 6, 60:

*Das Tragen einer einheitlichen vom Arbeitgeber (Einzelhandelskette) kostenlos zur Verfügung gestellten Dienstkleidung, welche einem bestimmten Marketingkonzept entspricht, aber nicht Sicherheitserfordernissen gerecht werden muss, kann eine Arbeitnehmerin in der Regel nur ablehnen, wenn sie in ihrem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt wird. Das kann bei einer Einschränkung der körperlichen Bewegungsfreiheit oder bei einer ausgesprochen ungünstigen Optik der Fall sein*

M. a. W.: Weisungen im Hinblick auf persönliche Kleidung und Haartracht sind möglich, wenn negative Folgen mit Blick auf Kunden oder in der Zusammenarbeit der Arbeitnehmer untereinander zu befürchten sind. Auch der Erlass von Kleiderordnungen ist möglich. Der Arbeitnehmer kann also durchaus gehalten sein, in seiner Dienstkleidung berechtigten Interessen des Arbeitgebers Rechnung zu tragen. Dabei gilt es aber zwischen dem Individualinteresse des Arbeitnehmers, eine Kleidung nach seinem Geschmack zu tragen, und dem Interesse des Arbeitgebers auf Einhaltung bestimmter Kleidervorschriften abzuwägen, wobei insbesondere die Branchenüblichkeit eine besondere Rolle spielt. Vgl. auch den Fall Cedric Monribot (Bermudas in der Firma SAGEM, S. 260 des Skripts). Zu der ähnlich gelagerten Problematik im öffentlichen Dienst vgl. VG Koblenz vom 25.11.2004, Az.: 6 K 2207/04.KO, das entschieden hat, dass ein Justizvollzugsbeamter Tätowierungen auf dem Unterarm bedecken muss.<sup>60</sup> (Argumente: einheitliches Äußeres von Beamten; Tätowierungen auf Unterarm gesellschaftlich noch nicht anerkannt.)

---

<sup>60</sup> Beck Newsletter vom 1.2.2005



Ø LAG Frankfurt a. M. vom 6.7.1989, LAGE § 611 BGB Direktionsrecht Nr. 5:

*Der Arbeitgeber ist kraft seines Direktionsrechtes berechtigt, einseitig ein Rauchverbot am Arbeitsplatz einzuführen. Bei Ausübung des Direktionsrechtes hat der Arbeitgeber die Grundsätze billigem Ermessens zu wahren. Dabei ist eine Interessenabwägung vorzunehmen zwischen dem sich aus dem Persönlichkeitsrecht ableitenden Recht des Arbeitnehmers auf Handlungsfreiheit - hier dem Recht auf Rauchen - und den Interessen des Arbeitgebers, diese Handlungsfreiheit aus sachlichen Gründen einzuschränken. Die Grundsätze billigem Ermessens sind nicht verletzt, wenn es sich bei dem vom Rauchverbot betroffenen Arbeitsplatz um ein Büro handelt, das ständig von dritten Personen - insbesondere auch Kunden - aufgesucht wird. In diesem Fall kann der Arbeitnehmer auch nicht verlangen, dass ihm das Rauchen gestattet wird, wenn sich gerade kein Besucher im Büro aufhält.*

Ø BAG vom 19.1.1999, NZA 1999, 546 ff:

*Die Betriebspartner sind befugt, durch Betriebsvereinbarung ein betriebliches Rauchverbot zu erlassen, um Nichtraucher vor den Gesundheitsgefahren und Belästigungen des Passivrauchens zu schützen; jedoch müssen sie dabei gemäß § 75 Abs. 2 BetrVG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachten, weil ihre Regelung die allgemeine Handlungsfreiheit der Raucher beeinträchtigt.*

*Die erforderliche Abwägung der Belange des Betriebes sowie der Raucher und der Nichtraucher hängt weitgehend von den betrieblichen Gegebenheiten und Besonderheiten der jeweiligen Belegschaft ab. Diese zu beurteilen, ist in erster Linie Sache der Betriebspartner, denen deshalb ein weiter Gestaltungsfreiraum zukommt.*

## 2. Qualität der Arbeitsleistung

Die Qualität der Arbeit und die Schnelligkeit der Leistungserbringung richtet sich nach herrschender Meinung nach der individuellen Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers. Von ihm kann die Leistung erwartet werden, die er bei angemessener Anspannung seiner geistigen und körperlichen Kräfte auf Dauer ohne Gefährdung seiner Gesundheit zu leisten imstande ist. Herrschend ist also im Arbeitsvertragsrecht der so genannte subjektive Leistungsbegriff: Wer überdurchschnittlich leisten kann, ist auch zu überdurchschnittlichen Leistungen verpflichtet. Wer umgekehrt nur unterdurchschnittlich leistungsfähig ist, genügt mit einer unterdurchschnittlichen Leistung seiner Arbeitspflicht. Der Arbeitnehmer muss die Arbeit jedoch unter Anspannung seiner Fähigkeiten sorgfältig verrichten. Hält er seine Leistungskraft bewusst zurück, kann eine Verletzung der Arbeitspflicht vorliegen.

Vgl. insoweit das sog. Sklavenhalterurteil, [BAG vom 20.3.1969](#), ArbuR 1969, 152:

*Ein im Prämienlohnverfahren arbeitender Arbeitnehmer verletzt durch eine mindere Leistung seine individuelle Arbeitspflicht (GewO §§ 123, 124a), wenn er seine Arbeitskraft bewusst zurückhält und nicht unter angemessener Anspannung seiner Kräfte und Fähigkeiten arbeitet*

Vgl. hierzu Däubler, Arbeitsrecht 2, 6.1.2

## 3. Ort der Arbeitsleistung (u. a. Problem der Versetzung)

Der Ort der Arbeitsleistung ergibt sich in der Regel aus dem Arbeitsvertrag. Fehlt eine ausdrückliche Regelung, so ist im Wege der Auslegung unter Berücksichtigung der näheren Umstände (§ 269 Abs. 1 BGB) zu ermitteln, für welchen Arbeitsort der Arbeitnehmer eingestellt wurde. Im Wege der Interessenabwägung kann i. d. R. davon ausgegangen werden, dass Arbeitsort der Beschäftigungsbetrieb ist. Der Einsatz des Arbeitnehmers kann daher auch ohne gesonderte Regelung auf einen bestimmten Arbeitsort beschränkt sein, etwa wenn der Arbeitnehmer für einen bestimmten Betrieb für eine bestimmte Aufgabe eingestellt worden ist.

Lässt sich dem Arbeitsvertrag eine Konkretisierung nicht entnehmen und ist insbesondere die Auslegung nicht möglich, dass der Arbeitnehmer nur für eine bestimmte Arbeitsstelle eingestellt worden ist, kann sich aus dem Direktionsrecht des Arbeitgebers die Befugnis ergeben, den Arbeitnehmer an unterschiedlichen Orten einzusetzen. Eine solche Befugnis ist allerdings nur in Ausnahmefällen vom Weisungsrecht des Arbeitgebers gedeckt (LAG München vom 24.2.1988 BB 1988, 1753). Das Direktionsrecht hinsichtlich des Arbeitsorts bedarf keiner ausdrücklichen Vereinbarung, sondern kann sich auch aus der Tätigkeitsbeschreibung bzw. dem Wesen der Tätigkeit ergeben. Der Tätigkeit eines Arbeitnehmers kann es immanent sein, an verschiedenen wechselnden Einsatzorten zu arbeiten, wie dies häufig bei Bau-, Montage-, Außendienstmitarbeitern und Arbeitnehmern in Reinigungsunternehmen der Fall sein wird. Hier ist der Arbeitgeber berechtigt, den Arbeitsort täglich neu festzulegen. So LAG Berlin vom 25.4.1988, DB 1988, 1228 f.:

*Stellt der Arbeitgeber [...] den Arbeitnehmer [...] nicht für einen bestimmten Betrieb oder eine bestimmte Arbeitsstätte ein, so ist der Arbeitgeber im Rahmen seines Direktionsrechts befugt, den betreffenden Arbeitnehmer auch an anderen Arbeitsorten einzusetzen, jedenfalls [...] (wenn) der Arbeitnehmer aufgrund der günstigen Verkehrsbedingungen in der Lage ist, wechselnde Arbeitsstätten verhältnismäßig leicht zu erreichen. [...] Allein daraus, dass ein Arbeitnehmer über einen längeren Zeitraum auf einer bestimmten Stelle mit bestimmten Aufgaben beschäftigt worden ist, kann noch nicht auf eine entsprechende Konkretisierung des Arbeitsvertrages geschlossen werden.*

Sehr häufig wird im Arbeitsvertrag ausdrücklich ein Versetzungsvorbehalt aufgenommen, wonach der Arbeitnehmer bei Bedarf auch in andere Betriebe des Unternehmens, eventuell sogar innerhalb des gesamten Bundesgebietes, versetzt werden kann. Grundsätzliche Bedenken gegen eine derartige Erweiterung des Direktionsrechts bestehen nicht.

Allerdings muss immer, also auch wenn der Arbeitgeber kraft Arbeits- oder Tarifvertrag die Möglichkeit zur Versetzung an einen anderen Arbeitsort hat, die konkrete Leistungsbestimmung stets billigem Ermessen entsprechen, d.h. es bedarf einer Abwägung der Interessenlage beider Vertragsparteien im Einzelfall. Dabei sind auch die - unter Umständen gravierenden - Auswirkungen auf die private Lebensführung zu berücksichtigen.

Ist die beabsichtigte Ortsveränderung vom Direktionsrecht des Arbeitgebers nicht gedeckt, bedarf es einer Vertragsänderung. Diese kann entweder einvernehmlich durch eine entsprechende Vereinbarung (**Änderungsvertrag**) oder einseitig durch den Arbeitgeber in Form einer **Änderungskündigung** erfolgen.

HINWEIS: Im Einzelfall ist zu beachten, dass eine Weisung auch dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 99 oder § 87 BetrVG unterliegen kann. Dies gilt insbesondere bei Versetzungen. Hier ist entscheidend, ob die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereiches mit einer erheblichen Änderung der Umstände verbunden ist, unter denen die Arbeit zu leisten ist. Ein anderer Arbeitsbereich wird insbesondere dann zugewiesen, wenn dem Arbeitnehmer eine andere Arbeitsaufgabe zugewiesen wird (BAG vom 27.3.1980, DB 1980, 1603; BAG vom 24.4.1996, NZA 1996, 1088 f.). Mitbestimmungsrechte sind aber auch bei der Einführung von

Kleiderordnungen oder Rauchverboten zu beachten. Zu einem neuerlichen Fall eines Rauchverbots vgl. BAG vom 19.1.1999, NZA 1999, 546 ff (Hamburger Philips-Fall), s. hier S. 137.

#### 4. Überprüfbarkeit des Direktionsrechts

Die Ausübung des Direktionsrechts und die Einhaltung der Begrenzungen des Direktionsrechts sind in vollem Umfang gerichtlich nachprüfbar. Ist eine Weisung rechtswidrig, etwa weil sie unter Missachtung des Mitbestimmungsrechts des BR oder unter Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder unter Nichtbeachtung der Grundsätze des billigen Ermessens gem. § 315 BGB erfolgt, darf der AN die Befolgung der Weisung verweigern. Er kann die Rechtswidrigkeit der arbeitgeberseitigen Weisung gerichtlich feststellen lassen und in dringenden Fällen dem AG die Erteilung einer beabsichtigten Weisung vorläufig im Wege der einstweiligen Verfügung untersagen lassen. Die darauf beruhende Arbeitsverweigerung ist nicht rechtswidrig und berechtigt den AG nicht zu Sanktionen, insbesondere nicht zum Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung (BAG vom 24.5.89, DB 1989, 2538). Auch behält der AN für die Zeit der Nichtbeschäftigung seinen Lohnanspruch, da der AG in Annahmeverzug (§ 615 BGB) gerät, wenn er die geschuldete Arbeitsleistung nicht annehmen und statt dessen durch rechtswidrige Weisung eine nicht geschuldete Tätigkeit zuweisen will (BAG vom 3.12.80, BB 1981, 1399).

Ist die Weisung hingegen rechtmäßig, verliert der AN seinen Lohnanspruch, da er weder gearbeitet, noch vertragsmäßig nach § 615 BGB seine Arbeitsleistung angeboten hat. Zudem kommt nach einer solchen unberechtigten Arbeitsverweigerung - nach Abmahnung - eine verhaltensbedingte Kündigung in Betracht. Zusätzlich drohen dem AN im Fall der unberechtigten Arbeitsverweigerung Schadensersatzansprüche des AG.

#### 5. Arbeitszeit <sup>61</sup>

##### a) – Allgemeines

Das Arbeitszeitgesetz setzt u. a. Vorgaben der Richtlinie 93/104/EG des Rates der EU vom 23.11.1993 um; es regelt den Arbeitszeitschutz als Teil des öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzrechts. Es schafft keine privatrechtliche Verpflichtung des Arbeitnehmers, die arbeitszeitgesetzlich zugelassenen Arbeitszeiten auch abzuleisten. Umfang, Lage und Vergütung der vom Arbeitnehmer geleisteten Arbeitszeit ergeben sich aus den tarifvertraglichen, betrieblichen und arbeitsvertraglichen Vereinbarungen. Eine einseitige Änderung der Arbeitszeit durch den Arbeitgeber oder eine vertragliche Vereinbarung, die ihm ein entsprechendes Recht einräumt, ist wegen Umgehung der zwingenden Vorschriften des Kündigungs- und Kündigungsschutzrechts unwirksam (BAG AP 6 zu § 2 KSchG 1969). Die Vereinbarung der geltenden betrieblichen Arbeitszeitregelung im Arbeitsvertrag stellt keine individuelle Vereinbarung dar, die gegenüber späteren Betriebsvereinbarungen aufrecht zu erhalten ist ([BAG vom 23.6.1992](#), NZA 1993, 89 ff.). Fehlt eine Vereinbarung über die Lage der Arbeitszeit, so kann der Arbeitgeber darüber im Wege seines Weisungsrechts bestimmen. Ohne Vereinbarung kann sich aus der Arbeitspflicht oder den vertraglichen Nebenpflichten eine Verpflichtung zur Leistung zusätzlicher Arbeiten in Not- und außergewöhnlichen Fällen (§ 14 ArbZG) z.B. bei Katastrophen und Umzügen ergeben.

Davon abgesehen haben Arbeitnehmer ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn sie länger als 10 Stunden täglich arbeiten sollen (BAG AP 23 zu § 123 BGB, für den Fall eines türkischen

---

<sup>61</sup> Auszug aus PFIFF Datenbank der AOK, [Url]: <http://www.sbb.aok.de/cgi-bin/>

AN, der den zweimonatigen Wehrdienst in der Türkei ableisten musste). Mit seinem Einverständnis darf der Arbeitnehmer auch länger als 10 Stunden arbeiten, sofern das Arbeitszeitgesetz das erlaubt. Arbeitsverträge, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen, die gegen die zwingenden Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes verstoßen, sind gem. § 134 BGB nichtig.

Auch eine unter Verstoß gegen das Arbeitszeitgesetz rechtswidrig geleistete Arbeit ist zu vergüten (BAG AP Nr. 1 zu § 611 BGB Doppelarbeitsverhältnis).

Das Arbeitszeitgesetz hat die AZO von 1938 abgelöst. Die AZO stellte nach Inhalt und Form keine ausreichende Grundlage des gesetzlichen Arbeitszeitrechts mehr dar. Zudem verlangt Art. 30 des Einigungsvertrags die einheitliche Neuregelung des Arbeitszeitrechts. Darüber hinaus enthält das Europarecht eine Reihe von Umsetzungsaufträgen. Schließlich hat der EuGH den Ausschluss der Frauen von der Nacharbeit verboten und das BVerfG das Nachtarbeitsverbot für Arbeiterinnen in § 19 AZO als Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 und 3 GG angesehen und die Vorschrift aufgehoben.

Wenn auch die AZO nicht mehr gilt, so ist doch eine Reihe ihrer inhaltlichen Normen in das Arbeitszeitgesetz übernommen worden. Weitgehende Bedeutung hat nach wie vor die zur AZO ergangene Rechtsprechung des BAG.

Zweck des Arbeitszeitgesetzes ist es, die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer bei der Arbeitsgestaltung zu gewährleisten und die Rahmenbedingungen für flexible Arbeitszeiten zu verbessern sowie den Sonntag und die staatlich anerkannten Feiertage als Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung der Arbeitnehmer zu schützen (§ 1 ArbZG).

Arbeitszeit im Sinne dieses Gesetzes ist die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen; Arbeitszeiten bei mehreren Arbeitgebern sind zusammenzurechnen. Im Bergbau unter Tage zählen die Ruhepausen zur Arbeitszeit (§ 2 Abs. 1 ArbZG).

Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes sind Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten (§ 2 ArbZG).

Das Arbeitszeitgesetz ist nicht anzuwenden auf

- (a) Leitende Angestellte im Sinne des 5 Abs. 3 BVG sowie Chefärzte,
- (b) Leiter von öffentlichen Dienststellen und deren Vertreter sowie Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst, die zu selbständiger Entscheidung in Personalangelegenheiten befugt sind,
- (c) Arbeitnehmer, die in häuslicher Gemeinschaft mit den ihnen anvertrauten Personen zusammenleben und sie eigenverantwortlich erziehen, pflegen oder betreuen,
- (d) den liturgischen Bereich der Kirchen und der Religionsgemeinschaften.

Für die Beschäftigung von Personen unter 18 Jahren gilt anstelle dieses Gesetzes das Jugendarbeitsschutzgesetz und die Verordnung über den Kinderarbeitsschutz (KindArbSchV) vom 21.6.1998. Letztere spricht in § 1 ein generelles Beschäftigungsverbot aus für Kinder über 13 Jahre und vollzeitschulpflichtige Jugendliche; § 2 enthält einen Katalog der zulässigen Beschäftigungen (Kriterium: die Tätigkeit muss „leicht“ sein).

Für die Beschäftigung von Arbeitnehmern auf Kauffahrteinschiffen als Besatzungsmitglieder im Sinne des § 3 des Seemannsgesetzes gilt anstelle dieses Gesetzes das Seemannsgesetz.

Das Gesetz über die Arbeitszeit in Bäckereien und Konditoreien ist durch das Änderungsgesetz zum Ladenschlussgesetz aufgehoben worden. Sonderbestimmungen für das Backgewerbe wegen Lockerung des Nachtbackverbots und Arbeit an Sonn- und Feiertagen befinden sich mit Wirkung ab 01.11.1996 im Arbeitszeitgesetz.

Gem. § 3 Abs. 1 dürfen Verkaufsstellen für Bäckerwaren mit dem Beginn der Ladenöffnungszeit an Werktagen auf 5.30 Uhr vorverlegen. An Sonn- und Feiertagen dürfen Arbeitnehmer in Bäckereien und Konditoreien für bis zu 3 Stunden mit der Herstellung und dem Austragen oder Ausfahren von Konditorwaren und an diesem Tag zum Verkauf von Bäckerwaren beschäftigt werden (§ 10 Abs. 3 ArbZG).

Das Ladenschlussgesetz ist durch das Änderungsgesetz vom 30.07.1996 mit Wirkung ab 01.11.1996 insbesondere dahingehend geändert worden, dass Verkaufsstellen montags bis freitags von 20.00 bis 6.00 Uhr und an allgemeinen Samstagen bis 6.00 Uhr und ab 16.00 geschlossen sein müssen (§ 3 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 LadenschlußG).

#### b) - Arbeitsbereitschaft

Allgemeines.

Unter Arbeitsbereitschaft ist zu verstehen (im arbeitsrechtlichen Sinne) die Zeit wacher Aufmerksamkeit im Zustand der Entspannung (vgl. BAG AP Nr. 5, 8 zu § 7 AZO).

Während der Arbeitsbereitschaft braucht der Arbeitnehmer nicht seine volle, angespannte Tätigkeit zu entfalten, sondern sich nur an der Arbeitsstätte aufzuhalten und jederzeit bereit sein die Arbeit aufzunehmen und in den Arbeitsvorgang einzugreifen.

Möglich ist auch, dass in Ausnahmefällen der Arbeitnehmer nicht an der Arbeitsstätte sich aufhält, sondern in seiner Wohnung, wo er sich auf Anweisung des Arbeitgebers bereit zu halten hat, so zum Beispiel im Fall eines Rettungssanitäters (BAG AP Nr. 7 zu § 15 BAT = DB 1987, 995).

Gem. § 7 Abs. 1 Nr. 1 a ArbZG kann durch Tarifvertrag oder auf Grund eines Tarifvertrags in einer Betriebsvereinbarung die tägliche Arbeitszeit auf über 10 Stunden hinaus verlängert werden, wenn in die Arbeitszeit regelmäßig und in erheblichen Umfang Arbeitsbereitschaft fällt.

In Tarifverträgen wird oft der Begriff der Arbeitsbereitschaft besonders definiert. In diesem Fall ist der dort gewählte Begriff der Arbeitsbereitschaft zu beachten. Wenn die Rechtsprechung und Literatur zum Begriff der Arbeitsbereitschaft herangezogen wird, ist weiter zu beachten, ob die im konkreten Fall zu beurteilende Definition der Arbeitsbereitschaft übereinstimmt mit dem von der Rechtsprechung behandelten Fällen.

Es ist zu unterscheiden zwischen Vollarbeit und Arbeitsbereitschaft.

#### *Beispiel für Vollarbeit:*

Wenn ein Arbeitnehmer als Maschinenführer arbeitet und den Lauf der Maschine überwachen muss, dann erbringt er Vollarbeit; ebenso Wachpersonal, welches über einen Bildschirm Räume kontrolliert; ebenso der Pförtner, der ein geöffnetes Werkstor überwachen muss.

#### *Beispiele für Arbeitsbereitschaft:*

Arbeitsbereitschaft liegt vor, wenn ein Arbeitnehmer auf seinen Arbeitsplatz auf einen Arbeitseinsatz warten muss, so z.B. ein Pförtner, der hinter einer geschlossenen Tür sitzt und nur

auf Klingelzeichen öffnet; ebenso Taxifahrer, aber auch Wachpersonal, welches sich nur - ohne Kontrollgänge vorzunehmen - in einem Wachraum aufhält. Bei Arbeitsbereitschaft handelt es sich um eine Leistung, bei welcher der Wechsel zwischen vollem Arbeitseinsatz und bloßer Bereitschaft nicht im voraus festgelegt ist.

Regelmäßigkeit im Sinne von § 7 Abs. 1 Nr. 1 a ArbZG bedeutet die Gleichförmigkeit der Abläufe, die anhand der betrieblichen Erfahrung zu ermitteln ist. In erheblichen Umfang fällt Arbeitsbereitschaft dann nicht in die Arbeitszeit, wenn der Arbeitnehmer nur kurze Erholungspausen hat.

Der Arbeitgeber ist z.B. zur Arbeitszeitverlängerung berechtigt, wenn Rettungssanitäter Wartezeiten haben, die min. jeweils 10 Minuten dauern und über den Tag verteilt zusammengesetzt min. 2 Stunden umfassen. In diesem Fall handelt es sich um Arbeitsbereitschaft, den Arbeitgeber zur Arbeitszeitverlängerung berechtigen (BAG vom 12.02.1986, DB 1987, 995).

Der Arbeitgeber muss die Zeiten der Arbeitsbereitschaft als Arbeitszeit vergüten. Es kann jedoch in einem Tarifvertrag, in einer Betriebsvereinbarung oder in einem Arbeitsvertrag eine geringere Vergütung vereinbart werden.

Das BAG (Urteil vom 19.12.1991- 6 AZR 592 /89, BB 1992, 925 f.) hat die Arbeitsbereitschaft von der Rufbereitschaft wie folgt abgegrenzt:

*Wenn der Arbeitnehmer nicht unvorbereitet von seiner Wohnung aus die Arbeitsstelle in 10 Minuten erreichen kann, sondern 12 bis 15 Minuten bis zur Einsatzstelle benötigt, dann wird dadurch der Aufenthalt des Arbeitnehmers durch die Beschränkung der Wegezeit auf eine vom Arbeitgeber bestimmte Stelle festgelegt und dem Arbeitnehmer wird dadurch die Gestaltung seiner an sich arbeitsfreien Zeit entzogen. In diesem Fall liegt Arbeitsbereitschaft vor. Dem steht auch nicht entgegen, dass sich der Arbeitnehmer in der Wohnung zur Verfügung hält. Arbeitsbereitschaft kann auch in der Wohnung erfolgen. Rufbereitschaft und Arbeitsbereitschaft unterscheiden sich darüber hinaus hinsichtlich der Bemessung der Wegezeiten zwischen Aufenthaltsort und Arbeitsstelle. Bei Rufbereitschaft kann sich der Arbeitnehmer an einer beliebigen Stelle aufhalten. Allerdings ist er in der Wahl seines Aufenthaltsortes nicht völlig frei. Zwischen dem Abruf und der Arbeitsaufnahme darf nur eine solche Zeitspanne liegen, dass hierdurch der Einsatz nicht gefährdet und im Bedarfsfall die Arbeitsaufnahme gewährleistet ist. Der Arbeitnehmer muss bei Abruf seiner Arbeit alsbald aufnehmen können. Dies bedeutet, dass sich der Aufenthaltsort des Arbeitnehmers noch in einer Entfernung von der Arbeitsstelle befinden muss, die es ihm gestattet diese in angemessener kurzer Zeit zu erreichen. Der Arbeitnehmer darf sich hingegen nicht in einer Entfernung vom Arbeitsort aufhalten, die dem Zweck der Rufbereitschaft zuwider läuft. Bei der Arbeitsbereitschaft als einem Fall des Bereitschaftsdienstes liegt dagegen eine Aufenthaltsbeschränkung vor, verbunden mit der Verpflichtung, bei Bedarf sofort tätig zu werden. Die Arbeitsbereitschaft ist damit ihrem Wesen nach eine Aufenthaltsbeschränkung, bei der der Arbeitnehmer bereit sein muss, aus dem Zustand der wachen Aufmerksamkeit zur Arbeit gerufen zu werden.*

### c) – Verteilung der Arbeitszeit über die Woche

Allgemeines.

Das neue Arbeitszeitgesetz, welches am 01. Juli 1994 in Kraft getreten ist, ermöglicht eine flexible Verteilung der Arbeitszeit über die Woche. Der Sonntag soll dagegen der Ruhe und Erholung dienen.

Die werktägliche Arbeitszeit kann bis zu einer höchstzulässigen Arbeitszeit von 10 Stunden verlängert werden, wenn innerhalb von 6 Kalendermonaten oder 24 Wochen ein Ausgleich auf die Durchschnittsgrenze von 8 Stunden werktäglich erfolgt (§ 3 ArbZG). Dieser Ausgleichszeitraum gibt den Betrieben ausreichenden Spielraum für flexible Arbeitszeiten, der durch die Tarifvertragsparteien noch weiter ausgedehnt werden kann.

Bei der Wahl des Ausgleichszeitraums hat der Betriebsrat gem. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht. Die Regelung bedeutet, dass bei einem Ausgleichszeitraum von 24 Wochen die zulässige Gesamtarbeitszeit von 1.152 Stunden (6 x 8 x 24) auf 144 Werktage verteilt werden kann, z.B. auf 50 Werktage zu 10 Stunden, 50 Werktage zu 8 Stunden und 44 Werktage zu 5,73 Stunden.

Eine Arbeitszeitflexibilisierung ist auch möglich durch die gleitende Arbeitszeit mit Zeitausgleich. Hierbei hat der Arbeitnehmer die Möglichkeit, außerhalb der Kernzeit, bei der er im Betrieb anwesend sein muss, z.B. zwischen 9.00 und 16.00 Uhr, an jedem Tag Arbeitsbeginn und Arbeitsende selbst zu bestimmen. Darüber hinaus kann der Arbeitnehmer eine begrenzte Anzahl von Arbeitsstunden auf andere Arbeitstage übertragen. Das Arbeitszeitgesetz stellt hierfür einen Ausgleichszeitraum von 6 Monaten bzw. 24 Wochen (früher 2 Wochen) zur Verfügung. Die gleitende Arbeitszeit mit Zeitausgleich ist daher so zu gestalten, dass der Arbeitnehmer im Rahmen der zulässigen Höchstarbeitszeit nur bis insgesamt 10 Stunden täglich vor- und nacharbeiten darf. Gem. § 7 ArbZG sind abweichende Regelungen der Arbeitszeit durch Tarifvertrag und Rechtsverordnung möglich. Die Tarifvertragsparteien können z.B. die höchstzulässige werktägliche Arbeitszeit von 10 Stunden verlängern, wenn in die Arbeitszeit regelmäßig und im erheblichen Umfang Arbeitsbereitschaft fällt; sie können einen längeren Ausgleichszeitraum für den im Durchschnitt zu erreichenden 8-Studentag festlegen; sie können die gesetzlichen Mindestpausen in Schichtbetrieben anders aufteilen oder die gesetzliche Mindestruhezeit in bestimmten Beschäftigungsverhältnissen verkürzen.

#### d) - Beteiligung des Betriebsrats bei der Festsetzung der Arbeitszeit

Gem. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG hat der Betriebsrat mitzubestimmen bei der vorübergehenden Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit. Abzustellen ist auf die im Betrieb für bestimmte Arbeitsplätze und Arbeitnehmergruppen geltenden Arbeitszeiten, so dass es in einem und demselben Betrieb mehrere betriebsübliche Arbeitszeiten geben kann (BAG vom 13.06.1989, NZA 1990, 235). Der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegt deshalb auch die vorübergehende Verlängerung der Arbeitszeit von teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern, auch wenn für diese unterschiedliche Wochenarbeitszeiten gelten (BAG vom 16.07.1991 - 1 ABR 69/90 -).

§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG umfasst nur die vorübergehende, d.h. von vornherein zeitlich begrenzte Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit. Wird die Arbeitszeit auf Dauer verkürzt oder verlängert, hat der Betriebsrat nicht mitzubestimmen. Der Abbau von Überstunden unterliegt deshalb nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats, weil es dabei nicht um eine vorübergehende Verkürzung, sondern um ein Zurückgehen auf die betriebsübliche Arbeitszeit geht (BAG vom 25.10.1977, DB 1978, 403).

Wenn im Betrieb in mehreren Schichten gearbeitet werden soll, unterliegt dem Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG nicht nur die Frage, ob im Betrieb überhaupt in mehreren Schichten gearbeitet werden soll und wann die einzelnen Schichten beginnen und enden sollen. Es umfasst auch den Schicht- und Dienstplan. Damit unterliegt auch die nähere Ausgestaltung des jeweiligen Schichtplanes der Mitbestimmung, bis hin zu den Fragen, in wie

viele Schichten die Belegschaft aufgeteilt wird und welche Arbeitnehmer den einzelnen Schichten zuzuordnen sind (BAG vom 26.03.1991, DB 1991, 1734).

Auch unterliegt der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG die Ausgestaltung der 5-Tage-Woche in einem Betrieb, der an allen sechs Werktagen geöffnet ist (z.B. Rolliersystem in einem Kaufhaus (BAG 31.01.89, NZA 1989, 646 ff).

Ein Mitbestimmungsrecht besteht auch bei der Einführung und Ausgestaltung einer gleitenden Arbeitszeit Wenn die Ableistung von Überstunden ständig über den in einer Gleitzeitvereinbarung gesteckten Rahmen hinausgeht, hat der Betriebsrat hinsichtlich dieser Frage ein Mitbestimmungsrecht.

Jede vorübergehende Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit bedarf der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG. Dabei unterliegt nicht nur die Anordnung, sondern auch die Duldung, d.h. die Entgegennahme und Bezahlung von Überstunden dem Mitbestimmungsrecht, wenn ein kollektiver Tatbestand vorliegt (BAG vom 27.11.1990, DB 1991, 706). Bei Überstunden liegt immer dann ein kollektiver Bezug vor, wenn sie erforderlich werden, weil aus betrieblichen Gründen ein zusätzlicher Arbeitsbedarf auftritt, der in der betriebsüblichen Arbeitszeit mit den vorhandenen Arbeitnehmern nicht bewältigt werden kann. Auf die Zahl der Arbeitnehmer, die Überstunden leisten sollen, kommt es dabei nicht an (BAG vom 11.11.1986, DB 1987, 336). Das Mitbestimmungsrecht soll entfallen, wenn der Arbeitgeber während eines Streiks in seinem Betrieb für arbeitswillige Arbeitnehmer aus streikbedingten Gründen vorübergehend die betriebsübliche Arbeitszeit verlängert (BAG vom 24.04.1979, AP Nr. 63 zu Art. 9 GG Arbeitskampf).

Eine vorübergehende Verkürzung der betrieblichen Arbeitszeit ist bei jeder Verringerung der betriebsüblichen Arbeitszeit gegeben, sei es, dass Stunden, Tage, Schichten (sog. Feierschichten) oder einzelne Wochen endgültig ausfallen. Dabei kann auch der Betriebsrat die Einführung von Kurzarbeit verlangen und ggf. über einen Spruch der Einigungsstelle erzwingen (BAG vom 04.03.1986, DB 1986, 1395).

Bei arbeitsbedingter Kurzarbeit entfällt das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, wenn der Betrieb des Arbeitgebers selbst bestreikt wird (BAG vom 22.12.1980, AP Nr. 71 zu Art. 9 GG Arbeitskampf). Wird dagegen der Betrieb des Arbeitgebers nur unmittelbar von Fernwirkungen eines Streiks betroffen, bedarf das Ob und der Umfang der Arbeitszeitverkürzung nicht der Zustimmung des Betriebsrats. Bleibt jedoch ein Regelungsspielraum bei der Umsetzung dieser Vorgaben in den Betriebsablauf, unterliegt die Regelung der Modalitäten der Kurzarbeit der Mitbestimmung des Betriebsrats (BAG vom 22.12.1980, AP Nr. 70 zu Art. 9 GG Arbeitskampf).

Die Anordnung von Überstunden im Rahmen einer Verkaufsaktion am Sonntag ist nicht mitbestimmungspflichtig, wenn Beschäftigte eingesetzt werden, die nicht zur Stammbesellschaft gehören ([BAG vom 25.2.1997](#), NZA 1997, 355 ff).

Eine vorübergehende Verkürzung der betrieblichen Arbeitszeit ist bei jeder Verringerung der betriebsüblichen Arbeitszeit gegeben, sei es, dass Stunden, Tage, Schichten (sog. Feierschichten) oder einzelne Wochen endgültig ausfallen. Dabei kann auch der Betriebsrat die Einführung von Kurzarbeit verlangen und ggf. über einen Spruch der Einigungsstelle erzwingen (BAG vom 04.05.1986, DB 1986, 1395).



Bei arbeitsbedingter Kurzarbeit entfällt das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, wenn der Betrieb des Arbeitgebers selbst bestreikt wird (BAG vom 22.12.1980, AP Nr. 71 zu Art. 9 GG Arbeitskampf). Wird dagegen der Betrieb des Arbeitgebers nur unmittelbar von Fernwirkungen eines Streiks betroffen, bedarf das Ob und der Umfang der Arbeitszeitverkürzung nicht der Zustimmung des Betriebsrats. Bleibt jedoch ein Regelungsspielraum bei der Umsetzung dieser Vorgaben in den Betriebsablauf, unterliegt die Regelung der Modalitäten der Kurzarbeit der Mitbestimmung des Betriebsrats (BAG vom 22.12.1980, AP Nr. 70 zu Art. 9 GG Arbeitskampf).

Der Betriebsrat hat auch mitzubestimmen für teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer. Das Mitbestimmungsrecht bezieht sich auf die Lage der vorgegebenen wöchentlichen Arbeitszeit, die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage einschließlich der Bestimmung arbeitsfreier Tage, ferner auf die Frage, ob an einem Arbeitstag zusammenhängend oder mehreren Schichten gearbeitet werden soll sowie auf die Festlegung der Mindestdauer der täglichen Arbeitszeit im Gegensatz zur mitbestimmungsfreien Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit (BAG vom 13.10.1987, in: AP Nr. 24 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG vom 28.09.1988, in: AP Nr. 29 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG vom 16.07.1991, in: AP Nr. 44 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit). Das Mitbestimmungsrecht bezieht sich auch auf die Frage, ob Teilzeitbeschäftigte zu festen Zeiten oder nach Bedarf (KAPOVAZ) beschäftigt werden. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats erfasst auch die vorübergehende Verkürzung oder Verlängerung der Arbeitszeit der teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer, unabhängig davon, ob den Teilzeitbeschäftigten Überstundenzuschläge erst ab Überschreiten der vollen Arbeitszeit oder schon bei Überschreiten der Teilzeit geschuldet werden (BAG vom 23.07.1996, in: AP Nr. 68 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit).

#### e) - Anspruch auf bestimmte Arbeitszeiten ?

Kein „Gewohnheitsrecht“ auf bestimmte Arbeitszeiten, LAG Hessen -9 Sa 1325/98:

Das Landesarbeitsgericht Hessen hat die Klage eines Arbeitnehmers abgewiesen, der gegen die Einteilung in den Tagesdienst, obwohl er seit mehreren Jahren in der Nachtschicht tätig war, geklagt hat.

Begründet wurde die Klage mit der Entstehung eines Gewohnheitsrechtes durch die jahrelange Übung immer die gleiche Arbeitszeit gehabt zu haben. Der Arbeitnehmer vertrat die Ansicht, hierdurch sei ein arbeitsvertraglicher Anspruch auf Einteilung in die Nachtschicht entstanden. Dieser Auffassung ist das Gericht nicht gefolgt.

Voraussetzung für das Entstehen einer betrieblichen Übung sei ein übereinstimmender Wille von Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Im vorliegenden Fall habe der Arbeitgeber nicht erkennen lassen, mit der generellen Übernahme einer bestimmten Schicht einverstanden gewesen zu sein.

## **VII. EINZELHEITEN ZUR SOG. TREUEPFLICHT DES AN**

**1. Problem:** Inwieweit darf ein AN Strafanzeige gegen seinen AG erstatten (im Falle von Gesetzesverstößen).

Siehe hierzu das seinerzeit heftig diskutierte sog. Schandurteil des LAG Baden-Württemberg vom 26.10.1976, EzA Nr. 8 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung:

#### **Leitsatz**

Gibt ein Arbeitnehmer Informationen an seine Gewerkschaft über Arbeitsabläufe im Betrieb weiter, die zu einem Verfahren nach dem OWiG führen können, so kann der Arbeitgeber das Arbeitsver-

hältnis mit ordentlicher Frist kündigen, wenn durch die Gewerkschaft eine Anzeige an das Gewerbeaufsichtsamt erfolgt. Dies gilt selbst dann, wenn die Arbeitsabläufe mit den geltenden Arbeitsschutzvorschriften nicht in Einklang stehen, andererseits dem Arbeitnehmer zugemutet werden kann, an Stelle einer Anzeige zunächst andere Maßnahmen zu ergreifen.

### **Sachverhalt**

Der jetzt 55 Jahre alte Kläger war bei der Beklagten, die Tankanlagen herstellt, seit dem 20. 3. 1968 als Schweißer gegen einen Stundenlohn von zuletzt 8,44 DM beschäftigt. Die Beklagte hatte ihm eine Werkwohnung zur Verfügung gestellt.

Zwischen Mitte Juli und dem 24. 10. 1975 hatte der Kläger Stahlbleche zusammenschweißen, die an den Kanten in einer Breite von zwischen 10 und 15 cm mit Kunststoff als Rostschutz überzogen waren. Jeweils das erste eines je sechs Bleche enthaltenden Paketes war nahezu über die gesamte Fläche mit diesem Material beschichtet. Bei der Bearbeitung, bei der die Beschichtung zerstört wurde, verspürte der Kläger eine Reizung der Nasen- und Rachenschleimhäute sowie der Augen, worauf er sich an den Betriebsingenieur wandte. Nachdem mehrere Wochen nichts geschehen war, erkundigte er sich wegen der von ihm befürchteten Gesundheitsschädlichkeit dieser Arbeit beim Gesundheitsamt. Dieses verwies ihn an das Gewerbeaufsichtsamt. Nachdem Maßnahmen von selten der Beklagten nicht mehr zu erwarten waren, besprach sich der Kläger mit der Verwaltungsstelle der IG Metall, die das Gewerbeaufsichtsamt einschaltete. Im Zeitpunkt der anschließend durchgeführten Untersuchung war die Bearbeitung der Bleche bereits abgeschlossen. Ein Verfahren wurde gegen die Beklagte nicht eingeleitet.

Nachdem die Beklagte erfahren hatte, dass die Anzeige auf eine Vorsprache des Klägers bei der IG Metall zurückging, kündigte sie das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 8.12.1975 ordentlich fristgerecht zum 29.2.1976. Sie hielt eine weitere vertrauensvolle Zusammenarbeit nicht mehr für gegeben.

Die Klage des Klägers blieb ohne Erfolg.

### **Aus den Gründen**

I. Dem Arbeitsgericht ist im Ergebnis und weitgehend auch in der Begründung beizutreten. Das Verhalten des Klägers ist eine Treupflichtverletzung, die vom Standpunkt eines vernünftig urteilenden Arbeitgebers die fristgerechte Kündigung als das billigenswerte und angemessene Mittel zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigt.

a) Das Gericht muss davon ausgehen, dass die Anzeige beim Gewerbeaufsichtsamt auf Betreiben des Klägers erfolgt ist. Das ergibt sich eindeutig aus dem Schreiben des Gewerkschaftssekretärs Seh. vom 8. 1. 1976 an das Gewerbeaufsichtsamt Karlsruhe. Dort ist wörtlich ausgeführt:

„... Herr R. hatte uns beauftragt, die Sache mit dem Kunststoff ans Gewerbeaufsichtsamt zu melden. Wir haben in unserem Schreiben vom 11. 11. 1975 aber als IG Metall diese Beanstandungen vorgebracht...“

Wortlaut und Sinn der Erklärung sind eindeutig. Soweit der Kläger behauptet hat, die Bedeutung der Erklärung bestimme sich nicht nach ihrem Wortlaut, lässt sein Vortrag jegliche konkrete Hinweise darüber vermissen, welcher Geschehensablauf der Wirklichkeit entsprechen soll, inwiefern also der Bericht des Gewerkschaftssekretärs bewusst oder unbewusst von der Wahrheit abweicht. Es lässt sich auch schwerlich ein Motiv vorstellen, das die IG Metall veranlassen könnte, gegenüber dem Gewerbeaufsichtsamt unrichtige Angaben über den Beitrag des Klägers bei der Erstattung der Anzeige zu machen.

b) In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass eine vom Arbeitnehmer gegen seinen gesetzwidrig handelnden Arbeitgeber erstattete Anzeige eine Kündigung rechtfertigen, unter Umständen sogar einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung darstellen kann (vgl. z. B. BAG AP Nr. 2 zu § 70 HGB). Bei der Beurteilung, ob im vorliegenden Fall triftige Gründe zur fristgerechten Kündigung bestanden haben, ist die Pflichten- und Interessenkollision, in der der Kläger sich befunden hat, gegen die Situation abzuwägen, die für die Beklagte auf Grund der von ihrem eigenen Mitarbeiter betriebenen Anzeige entstanden war (vgl. BAG a. a. O). Bei der Abwägung soll hier zugunsten des Klägers unterstellt werden, dass die Beklagte auf sein Interesse an der Vermeidung einer gesundheitlichen Gefährdung pflichtwidrig nicht genügend Rücksicht genommen hat und dass subjektiv den Eintritt eines Gesundheitsschadens bei Fortdauer der Tätigkeit befürchten musste. Auch unter diesen Voraussetzungen hätte der Kläger nämlich nach den gegebenen Verhältnissen nicht durch eine Anzeige die Gefahr heraufbeschwören dürfen, dass gegen die Beklagte ein behördliches Verfahren eingeleitet wird, ohne damit seine Treupflicht erheblich zu verletzen.

c) Der Kläger hätte sich selbst helfen können; er war nicht darauf angewiesen, behördliche Hilfe mit allen ihren nachteiligen Folgen für den Arbeitgeber in Anspruch zu nehmen. Das Arbeitsgericht

hat zu Recht darauf hingewiesen, dass es möglich gewesen wäre, den Kunststoff vor den Schweißarbeiten zunächst zu entfernen oder eine Atemschutzmaske zu verwenden. Nach seinem Vortrag in der Berufungsinstanz will der Kläger dem Zeugen X. selbst den Vorschlag gemacht haben, „mit Masken oder ähnlichem“ zu arbeiten. Danach erweist sich der Vortrag des Klägers, bei Verwendung einer Maske wäre er durch 3 langsames Arbeiten aufgefallen und hätte als älterer Arbeitnehmer möglicherweise um den Bestand des Arbeitsverhältnisses fürchten müssen, als reine Schutzbehauptung. Der Kläger hat nun allerdings geltend gemacht, Atemschutzmasken seien nicht<sup>1</sup> vorhanden gewesen. Nach den Bekundungen des Zeugen X. ist dieses Vorbringen indessen nicht richtig. Der Zeuge hat ausgesagt, solche Masken würden im Betriebsbüro des Fertigungsbetriebes zur Aushändigung an jedermann bereit gehalten und - speziell in der Farbspritzerei - auch verwendet. Der Kläger war lange Jahre im Betrieb der Beklagten tätig. Es konnte ihm daher nicht entgangen sein, dass mit Atemschutzmasken gearbeitet wird. Zumindest hätte er auf den Gedanken kommen müssen sich zu erkundigen, ob ihm eine Maske zur Verfügung gestellt werden kann. Die vom Kläger befürchtete Gesundheitsschädigung wäre weiter vermeidbar gewesen, wenn er den Rostschutzstoff vor dem Schweißen entfernt hätte. Das mag unbequem gewesen sein, hätte aber in Kauf genommen werden müssen. Für die Einleitung außerbetrieblicher Schritte bestand angesichts dieser mehrfachen Möglichkeiten, irgendwelchen Gesundheitsgefahren auszuweichen, von vornherein kein Bedürfnis. Auf jeden Fall hatte der Kläger keinen begründeten Anlass, seinen Arbeitgeber der Gefahr eines behördlichen Untersuchungsverfahrens auszusetzen.

Die Beklagte durfte das Vorgehen des Klägers bei dieser Sachlage mit Recht als einen unfreundlichen, wenn nicht sogar feindseligen Akt bezeichnen. Es kann keinem vernünftig Zweifel unterliegen, dass der Kläger gewusst hat, welche Folgen die etwaige Feststellung eines Verstoßes gegen öffentlich-rechtliche Arbeitsschutzvorschriften für die Beklagte haben werde. Es muss den Kläger belasten, dass er diese Nachteile geringer eigener Vorteile wegen in Kauf genommen hat. Bei gehöriger Anspannung seiner Kräfte hätte der Kläger erkennen können, dass er damit die für eine vertrauensvolle Zusammenarbeit Arbeitsverhältnis notwendige Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitgebers gröblich vernachlässigt und seine arbeitsvertraglichen Pflichten in nicht unbeträchtlicher Weise verletzt. Soweit es die Fürsorgepflicht der Beklagten geboten hat, ihrerseits Maßnahmen zum Schutze des Klägers zu treffen, liegt kein die Vertragsverletzung des Klägers aufwiegendes Fehlverhalten vor. Gemessen an den Folgen, die sich aus den beiderseits begangenen Pflichtwidrigkeiten jeweils für den anderen ergeben haben, steht das vertragswidrige Vorgehen des Klägers weit im Vordergrund. Der Kläger war einer möglichen Gesundheitsgefährdung nicht schutzlos ausgesetzt, sondern hätte sich - worauf bereits hingewiesen worden ist - selbst helfen können. Für ihn hatte die Verletzung der Fürsorgepflicht der Beklagten demgemäß keine unausweichlichen nachteiligen Folgen. Der Vorteil, der sich für den Kläger im Falle einer Überprüfung durch das Gewerbeaufsichtsamt ergeben hätte, wäre gegenüber den sich daraus für die Beklagte ergebenden Nachteilen ungleich gering gewesen. Das beiderseitige Fehlverhalten lässt sich deshalb auch nicht annähernd gegeneinander wiegen.

Die für die Beurteilung der sozialen Rechtfertigung einer Kündigung stets beachtliche Dauer des bisherigen Arbeitsverhältnisses ist hier kein zugunsten des Klägers entscheidend ins Gewicht fallender Gesichtspunkt. Die Beklagte kann dem knapp achtjährigen Bestehen des Arbeitsverhältnisses entgegenhalten, dass der Kläger sie ohne wirklich zwingenden Anlass der Gefahr behördlicher Maßnahmen nach dem OWiG ausgesetzt und damit die Basis für eine weitere vertrauensvolle Zusammenarbeit nachhaltig zerstört hat. Sonstige für den Kl. sprechende Umstände, die die Interessenslage zu seinen Gunsten entscheidend zu ändern vermögen, sind nicht ersichtlich.

## 2. Problem: Außerdienstliche Verhaltenspflichten<sup>62</sup>

Zunächst ist festzuhalten, dass grundsätzlich Pflichtenkonstellationen nur zwischen den Arbeitsvertragsparteien bestehen können. Ob und inwiefern der Arbeitgeber auch im außerdienstlichen Bereich Anspruch insbesondere auf Unterlassung bestimmter Aktivitäten des Arbeitnehmers hat, ist in hohem Maße problematisch. Die Anerkennung vertraglicher Bindungen auch im außerdienstlichen Bereich birgt erhebliche Gefahren für die freie Selbstbestimmung des Arbeitnehmers. Deshalb sind solche außerdienstlichen Bindungen nur sehr zurückhaltend anzuerkennen.

---

<sup>62</sup> Überarbeiter Auszug aus Preis, a.a.O., S. 294 f.

So lässt sich beispielsweise dem Arbeitsvertrag keine Pflicht des Arbeitnehmers entnehmen, seine private Lebensführung an den Interessen des Arbeitgebers auszurichten. Der Arbeitnehmer wird durch den Arbeitsvertrag nicht etwa dazu verpflichtet, "ein ordentliches Leben zu führen und sich dabei seine Arbeitsfähigkeit und Leistungskraft zu erhalten". So BAG vom 23.6.1994, NZA 1994, 1080 ff (Homosexualität eines Mitarbeiters; vgl. dazu auch dieses Skript S. 221 ):

*Die Verpflichtungen des Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber enden grundsätzlich dort, wo sein privater Bereich beginnt. Die Gestaltung des privaten Lebensbereichs steht außerhalb der Einflussphäre des Arbeitgebers und wird durch arbeitsvertragliche Pflichten nur insoweit eingeschränkt, als sich das private Verhalten auf den betrieblichen Bereich auswirkt und dort zu Störungen führt. [...] Der Arbeitgeber ist durch den Arbeitsvertrag nicht zum Sittenwächter über die in seinem Betrieb tätigen Arbeitnehmer berufen*

Es ist daher von vornherein ausgeschlossen, dass der Arbeitgeber Umstände in das Vertragsverhältnis einbezieht, die ausschließlich in der Privatsphäre des Arbeitnehmers liegen. Auch wenn Kündigungen wegen Heirat, außerehelicher Schwangerschaft oder liederlichem Lebenswandel der Rechtsgeschichte angehören<sup>63</sup>, sind Bestandteile privater Lebensführung auch heute noch Gegenstand arbeitsrechtlicher Betrachtung (Beispiele: hohe Verschuldung des Arbeitnehmers, persönliches Sexualverhalten). Vgl. hierzu das bereits erwähnte Urteil des BAG vom 23.6.1994, NZA 1994, 1080 ff. Vielfach sind Vertragsklauseln anzutreffen, die dem Arbeitnehmer Pflichten im außerdienstlichen Bereich auferlegen. Hierbei ist zu beachten, dass das Privatleben des Arbeitnehmers grundsätzlich einen geschützten, von der dienstlichen Sphäre zu trennenden Rechtskreis darstellt.

In Tendenzbetrieben, insbesondere im Bereich der Kirchen, werden Pflichten zur Interessenwahrung auch im außerdienstlichen Bereich in weitem Umfang anerkannt. Im Hinblick auf die Kirchen liegt das daran, dass durch Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 WRV die Kirchenautonomie mit Verfassungsrang ausgestattet worden ist. Daher dürfen Kirchen als Arbeitgeber den Umfang der (außerdienstlichen) Loyalitätspflichten ihrer Mitarbeiter festlegen (BVerfG 4.6.1985, AP Nr. 24 zu Art. 140 GG), d.h. also wieweit sie von ihren Arbeitnehmern die Beachtung der kirchlichen Glaubens- und Sittenlehre erwarten (z. B. keine Scheidung, keine Heirat mit einem geschiedenen Partner u. a. m. Vgl. statt vieler [BAG vom 24.4.1997](#), AP Nr. 27 zu § 611 BGB Kirchendienst, [n Ehebruch.doc]).

Aber auch im nicht tendenzgebundenen Arbeitsverhältnis gilt ein Mindestmaß an Loyalitätsobliegenheiten des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber. Beispielsweise gilt die Pflicht zur Unterlassung unternehmensschädlicher Äußerungen selbstverständlich auch im außerdienstlichen Bereich. Wegen der aus dem Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers folgenden strikten Trennung zwischen betrieblicher und privater Sphäre sind aber sonstige Pflichten im Bereich der persönlichen Lebensführung nur insoweit anzuerkennen, als sie unmittelbar Auswirkungen auf die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zeitigen können. So sind beispielsweise Beschränkungen in der Freizeitgestaltung von Flugkapitänen und anderen Personenbeförderern (Busfahrer, Lokführer, etc.) zulässig, soweit diese zu einem bestimmten Zeitpunkt leistungsbereit sein müssen und nicht durch Alkoholkonsum oder ähnliches zur Erfüllung ihrer Arbeitsleistung außerstande sein dürfen (BAG vom 23.9.1986, NZA 1987, 250 f). Andererseits sind Versuche des Arbeitgebers, durch Vertragsgestaltung auf das allgemeine Freizeitverhalten der Arbeitnehmer Einfluss zu nehmen (z. B. Verbot gefährlicher Sportarten) wegen

---

<sup>63</sup> Vgl. S. 272

unzulässigen Eingriffs in das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) unwirksam.

### **3. Problem:** Nebentätigkeiten

Grundsätzlich ist der AN berechtigt, eine Nebentätigkeit auszuüben, soweit dadurch die Arbeitsleistung im Hauptarbeitsverhältnis nicht beeinträchtigt wird. Er muss die Nebentätigkeit allerdings dem AG anzeigen (BAG v. 18.1.1996, AiB 1997, 298 ff). In der Praxis zahlreiche Durchbrechungen bzw. Durchbrechungsversuche sowohl auf tarifvertraglicher als auch auf einzelvertraglicher Ebene.

Beispiel für eine einzelvertragliche Ausschließung von Nebentätigkeiten: „Der Vertragspartner steht für diese Zeit dem Produzenten für die oben genannte Tätigkeit ausschließlich zur Verfügung.“<sup>64</sup>

Beispiel für eine kollektivvertragliche Ausschließungsklausel: Richtlinien für die Arbeitsverträge in den Einrichtungen des Deutschen Caritasverbandes (AVR). Nach diesen ist eine Nebentätigkeit unzulässig, wenn durch sie berechnigte Interessen des Dienstgebers erheblich beeinträchtigt werden. Dieser kann die Nebentätigkeit untersagen. – Dazu vgl. BAG, Urteil vom 28. Februar 2002 - 6 AZR 357/01 -, BAG-Pressemittellung Nr. 15/02: Klage eines Krankenpflegers auf Gestattung einer Tätigkeit als Leichenbestatter.

Neues Arbeitsrecht für Vorgesetzte, Magazin Januar 2002 S. 11 empfiehlt den AG, Vereinbarungen zu treffen, wonach die Mitarbeiter verpflichtet werden, vor Aufnahme einer Nebentätigkeit eine schriftliche Genehmigung einzuholen. Verstoß gegen diesen Genehmigungsvorbehalt soll als vertragswidriges Verhalten eine Abmahnung rechtfertigen. – M. E. nicht haltbare Auffassung insb. im Hinblick auf Teilzeitarbeitsverhältnisse.

Generell zum Problem der Nebentätigkeiten s. die gute Zusammenstellung von S. Warschkow, AiB 1997, 282 ff

### **4. Problem:** Vertragsstrafen im Arbeitsvertrag

Nach einer Untersuchung von Hanau / Preis (Der Arbeitsvertrag, I B, Rn. 154 ff) enthält annähernd jeder vierte Arbeitsvertrag Vertragsstrafeklauseln verschiedener Spielarten.

Ob derartige Klauseln auch in Formulararbeitsverträgen zulässig sind, ist in Folge der Schuldrechtsmodernisierung wieder zum Diskussionspunkt geworden. Vgl. Leder / Morgenroth, Die Vertragsstrafe im Formulararbeitsvertrag, NZA 2002, 952 ff.

---

<sup>64</sup> Aus einem Vertrag in der Filmwirtschaft.

## Lektion Nr. 8: Schlechtleistung des Arbeitnehmers: Haftung

Ø EINFÜHRENDE LITERATUR: Brox, Rn. 97 - 104

Ø INHALT

A. Fälle

B. Theorie

I. Die „normale“ Arbeitnehmerhaftung

1. Die Grundsätze des BAG

2. Kontrovers gebliebene Punkte nach Abschaffung des Kriteriums der „Gefahrgeneigtheit“

II. Der Spezialfall der sog. Mankohaftung

C. Rechtsprechungs- und Literaturhinweise

\*\*\*

### A. FÄLLE

#### 1- ZUR HAFTUNG BEI UNFÄLLEN U. Ä.

**Fall Nr. 49:** Der Bauingenieur Baldo (leitender Angestellter der Baufirma Hochtief AG) ist als Bauleiter mit der Überwachung einer Großbaustelle betraut. Eine intensive Bauaufsicht wird durch die Unübersichtlichkeit der Baustelle mit Rohrarbeiten an zwei Hochhäusern beeinträchtigt. Auf Drängen der Firma, die mit dem Bauvorhaben erheblich in Verzug geraten ist, beschleunigt Baldo die Arbeiten und übersieht dabei, dass Maßabweichungen eingetreten sind. Dadurch gerät Erwin Stark, ein Bauarbeiter, der mit Bohrungen beschäftigt ist, an eine Gasleitung. Die Folge: Explosion, schwere Verletzungen von Erwin, teilweise Zerstörung des Gebäudes. Gesamtvolumen des Schadens: 250.000 €.

Die Firma will diesen Betrag von Baldo einklagen. Erfolgchancen?

**Fall Nr. 50:** Die Kinderkrankenschwester Carola will das neugeborene Kind Monika zu seiner Mutter bringen. Als sie es aus dem Kinderbett nimmt, rutscht es ihr aus den Händen und fällt auf den Boden. Monika erleidet einen Scheitelbeinbruch. Im anschließenden Prozess wird Carola zur Zahlung von Schadensersatz und Schmerzensgeld in Höhe von 1 Mio € verurteilt. Sie verlangt nunmehr von ihrem Arbeitgeber (Land Berlin als Träger des Klinikums) Freistellung von dieser Verbindlichkeit. Zu Recht?

[Vgl. dazu BAG vom 12.2.1985, NZA 1986, 91 f = AP Nr. 86 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers]

#### 2 - ZUR HAFTUNG WEGEN FEHLBETRÄGEN (SOG. MANKOHAFTUNG U. Ä.)

**Fall Nr. 51:** Knurr ist Leiter der Wangener Zweigstelle von Schabo-Kaffee. In der Verkaufsstelle sind außer ihm noch eine Verkäuferin sowie ein Lehrling (Auszubildender) beschäftigt. Auf deren Auswahl hat Knurr keinen Einfluss. Wegen der Enge des Ladens müssen die Waren teilweise vor dem Ladentisch, teilweise (jedenfalls bei schönem Wetter) draußen auf der Stra-

ße aufgebaut werden. Eine Registrierkasse gibt es nicht, nur eine einfache Ladenkasse. Bei einer Inventur wird ein Fehlbetrag von 202,- € festgestellt. Die Firma behält das Geld von Knurrs Gehalt ein. Mit Recht?

**Fall Nr. 52:** Der von dem Unternehmer U als Fahrer eingestellte F wird von U angewiesen, eine Aktentasche mit den Tageseinnahmen von 50.000 DM zur Bank zu bringen. F kommt einige Stunden später zurück und berichtet dem U, dass er auf der Fahrt zur Bank einen Verkehrsunfall verursacht hat, weil er eine für ihn rot anzeigende Ampel nicht beachtet hat. Dabei ist an dem Dienstwagen zwar nur ein Schaden von 2.000 DM entstanden; F berichtet aber weiter, dass ihm in der allgemeinen Verwirrung nach dem Unfall die Aktentasche mit den Tageseinnahmen von 30.000 € abhanden gekommen sei.

U bittet um Rat, ob er von F Erstattung der Reparaturkosten von 1.000 € und der dem F zur Einzahlung bei der Bank übergebenen 30.000 € verlangen kann; (siehe dazu [BAG vom 22.5.1997](#), NZA 1997, 1279 ff)

## B. THEORIE<sup>65</sup>

### I. Die „normale“ Arbeitnehmerhaftung

#### 1. Die Grundsätze des BAG

Nach allgemeinen zivilrechtlichen Regeln haftet ein Arbeitnehmer auf Schadenersatz, wenn er seinem Arbeitgeber schuldhaft einen Vermögensnachteil zufügt. Die Ersatzpflicht erstreckt sich auf den gesamten Schaden, auch wenn dieser 500.000 DM beträgt, und tritt selbst dann ein, wenn der Arbeitnehmer nur leicht fahrlässig gehandelt hat. Maßstab für die Fahrlässigkeit ist dabei nicht das subjektive Können des Einzelnen, sondern die objektive Größe der im Verkehr erforderlichen "Sorgfalt" (§ 276 BGB). Ein übermüdeter Kraftfahrer, der den Bruchteil einer Sekunde zu spät reagiert, könnte so unter Umständen auf Jahrzehnte hinaus seine wirtschaftliche Existenz ruinieren.

Dieser Zustand ist schwer erträglich. Die Rechtsprechung hat deshalb eine Reihe von Grundsätzen entwickelt, die die Haftung des Arbeitnehmers beschränken und denen im Prinzip heute gewohnheitsrechtliche Geltung zukommt. Sie lassen sich wie folgt zusammenfassen:

a) Bei allen betrieblichen oder betrieblich veranlassten Tätigkeiten bestimmt sich die Arbeitnehmerhaftung nicht mehr in erster Linie nach den Vorschriften des BGB, sondern nach eigenständigen, von der BAG-Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen. Auf die "Gefahrgeneigntheit" der Tätigkeit kommt es anders als nach der früheren Rechtsprechung nicht mehr an (Entscheidung des Großen Senats des BAG vom 12.6.1992, NZA 1993, 547 ff, der sich im Ergebnis auch der BGH angeschlossen hat, BGH vom 21.9.1993, NZA 1994, 270 ff).

Liegt eine betriebliche Tätigkeit in diesem Sinne vor, ist wie folgt zu verfahren:

aa) Die Haftung bestimmt sich nach der Schwere des Verschuldens. Während der Arbeitnehmer bei vorsätzlichem Handeln wie nach BGB für den vollen Schaden haftet, muss man bei Fahrlässigkeit unterscheiden. Kann ihm nur geringe Schuld ("leichte" oder "leichteste" Fahrlässigkeit) vorgeworfen werden, entfällt jede Haftung. Hat er **grob fahr-**

---

<sup>65</sup> Überarbeiteter Auszug aus : Däubler, Das Arbeitsrecht 2, S. 407 – 409: Die Haftung des Arbeitnehmers

**lässig** gehandelt, muss er grundsätzlich den vollen Schaden bezahlen, es sei denn, dies wäre nach den Umständen des Einzelfalles grob unbillig (BAG vom 12.10.1989, NZA 1990, 97 ff). Bei "normaler" oder "mittlerer" Fahrlässigkeit ist der Schaden nach Billigkeitsgrundsätzen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer aufzuteilen, wobei alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind. Zu diesen zählt z. B. die Höhe des Schadens im Verhältnis zur Vergütung, das bisherige Verhalten des Arbeitnehmers, die Dauer seiner Beschäftigung im Unternehmen sowie die "Gefahrgeneigtheit" der Tätigkeit, die hier wieder Berücksichtigung findet (so ausdrücklich BAG GS vom 29.9.1994, NZA 1994, 1083 ff). Das BAG hatte im Jahr 1993 diesen Bereich der mittleren Fahrlässigkeit ganz fallen lassen und die Arbeitnehmerhaftung auf grobe Fahrlässigkeit beschränkt (BAG DB 1993, 1207), doch ist es 1997 wieder zu seiner ursprünglichen Rechtsprechung zurückgekehrt (BAG ArbuR 1988, 348 = AiB 1988, 318).

Neue Tendenzen in der Rechtsprechung: BAG, Urteil vom 18. April 2002 - 8 AZR 348/01: Im Rahmen der Arbeitnehmerhaftung rechtfertigt der vorsätzliche Verstoß gegen eine generelle Anweisung des Arbeitgebers allein noch nicht die volle Haftung.

**Grobe Fahrlässigkeit:** besonders schwerwiegende Pflichtverletzung des AN nötig; dieser muss dasjenige außer acht gelassen haben, was jedem auf den ersten Blick hin einleuchten würde!! BGHZ 89, 161: grobe Fahrlässigkeit liegt dann vor, wenn bei einem Handeln die erforderliche Sorgfalt nach den Umständen in ungewöhnlich hohem Maße verletzt worden ist und bei dem dasjenige unbeachtet geblieben ist, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen. Motto: Das darf doch nicht wahr sein !!!

- bb) Eine summenmäßige Begrenzung der Haftung wird nach geltendem Recht abgelehnt (BAG vom 12.10.1989, NZA 1990, 97 ff).
- cc) Der Fahrlässigkeitsmaßstab wird entgegen § 276 BGB "subjektiviert". Grobe Fahrlässigkeit kann nur dann angenommen werden, wenn dem Arbeitnehmer ein schwerer persönlicher Schuldvorwurf zu machen ist, wenn er eine "subjektiv schlechthin unentschuldbare" Pflichtverletzung begangen hat.
- dd) Anders als im Zivilrecht müssen sich Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht allein auf die Pflichtverletzung, sondern auch auf den "Unfall", d. h. auf die Beeinträchtigung des Rechtsguts als solche beziehen. Setzt sich etwa der Arbeitnehmer bewusst über Weisungen des Arbeitgebers oder über Verkehrsvorschriften hinweg, so begründet dies allein noch keine Verantwortlichkeit wegen vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Schädigung.
- ee) Im Streitfall muss der Arbeitgeber das Verschulden des Arbeitnehmers beweisen. Unter Geltung des alten Rechts hat das BAG entschieden, dass § 282 BGB, der vom Schuldner den Exkulpationsbeweis verlangt, Lasten des Arbeitnehmers nicht anwendbar ist (BAG vom 30.8.1966, AP Nr. 5 zu § 282 BGB). Da es in Fragen der subjektiven Vorwerfbarkeit keine "typischen Geschehensabläufe" gibt, war auch ein Beweis des ersten Anscheins zu Gunsten des Arbeitgebers ausgeschlossen. Seit dem 1.1.2002 ist die Beweislastfrage positiv-rechtlich geregelt: § 619 a BGB trifft eine Ausnahmeregelung zu Gunsten des Arbeitnehmers (§ 619 a BGB als Ausnahme zu § 280 Abs. 1 S. 1 BGB).
- ff) Mitwirkendes Verschulden des geschädigten Arbeitgebers ist von Amts wegen zu berücksichtigen. Es wirkt sich auch dann haftungsmindernd aus, wenn dem Arbeitnehmer grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Vgl. dazu LAG Niedersachsen 23.9.1997, AiB 1998, 346 f.



- b) Die Haftungsbeschränkung gilt nicht gegenüber Dritten. Der Arbeitnehmer kann jedoch vom Arbeitgeber verlangen, von der Haftung freigestellt zu werden, wenn er nach den obigen Grundsätzen nicht mehr oder nicht in vollem Umfang haften würde. Dies nützt ihm allerdings wenig, wenn der Arbeitgeber inzwischen in Konkurs gefallen ist (so der Fall BGH NZA 1990, 100 ff).

Beispiel:

*Durch ein Versehen des Kochs wird in der Kantine verdorbenes Essen ausgegeben, worauf 3 Mitglieder einer Besuchergruppe erkranken. Sie können den Koch persönlich auf vollen Schadensersatz in Anspruch nehmen, doch kann dieser von seinem Arbeitgeber verlangen, dass er diese Verpflichtung erfüllt oder ihm den bezahlten Betrag erstattet, sofern ihm nur geringe Schuld trifft.*

- c) Schädigt der Arbeitnehmer einen Arbeitskollegen, so ist zu unterscheiden; Bei Personenschäden ist nach § 637 Abs. 1 RVO jede Ersatzpflicht ausgeschlossen; der Geschädigte ist wie bei anderen Unfällen auf die Unfallversicherung verwiesen. Bei Sachschäden tritt volle Haftung ein, doch besteht ein Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber entsprechend den Grundsätzen über die Arbeitnehmerhaftung.

## 2. Kontrovers gebliebene Punkte nach der Abschaffung des Kriteriums der Gefahrgeneigtheit:

- a) Die Behandlung der Haftung bei Fahrlässigkeit
- b) Eine mögliche summenmäßige Beschränkung
- c) Die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber Dritten (sogen. Außenhaftung)

3. Bei dem behandelten Problemkomplex – eigenständige arbeitsrechtliche Haftungsordnung – handelt es sich um einen **Fall legitimer richterlicher Rechtsfortbildung**, die mit der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Einklang steht (vgl. dazu BAG GS vom 12.6.1992, AP Nr. 101 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers = NZA 1993, 547 ff = DB 1993, 939; der Beschluss, der die Angelegenheit an den Gemeinsamen Senat verwiesen hat).

## **II. Der Spezialfall der sog. Mankohaftung<sup>66</sup>**

Für den Bereich der sog. Mankohaftung folgt die Haftung des Arbeitnehmers besonderen Grundsätzen. Manko: ein Schaden, den ein Arbeitgeber dadurch erleidet, dass ein seinem Arbeitnehmer anvertrauter Warenbestand eine Fehlmenge aufweist oder sich in einer von seinem Arbeitnehmer geführten Kasse ein Fehlbetrag ergibt. Unproblematisch sind hierbei die Fälle der Unterschlagung: der Arbeitgeber hat einen deliktischen Schadensersatzanspruch sowohl aus § 823 Abs. 1 BGB als auch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 246 StGB. Die übrigen Fälle bereiten Schwierigkeiten.

Das BAG differenziert danach, ob die Tätigkeit des Arbeitnehmers mit wirtschaftlichen Überlegungen und Entscheidungen verbunden war. Dann soll eine Haftung aus entsprechender Anwendung der Vorschriften über die Verwahrung (§ 688 BGB) und den Auftrag (§§ 675,

---

<sup>66</sup> Nach Preis, a.a.O., S. 547 f

663, 665 bis 670, 672 bis 674 BGB) folgen (BAG vom 29.1.1985, NZA 1986, 23 f sowie vom 17.9.1998, NZA 1999, 141 ff).

- Der Arbeitnehmer haftet für eingetretene Fehlbestände, wenn ihm ein Kassen- oder Warenbestand in der Weise übertragen wurde, dass er **allein** Zugang zu ihm hatte und selbstständig darüber disponieren konnte. War seine Tätigkeit mit wirtschaftlichen Überlegungen und Entscheidungen verbunden, so gelten neben den arbeitsvertraglichen Bestimmungen die Vorschriften über die Verwahrung (§ 688 BGB) und den Auftrag (§§ 675, 663 ff BGB).
- Ist dies nicht der Fall, dann bewendet es bei den Regeln über die positive Vertragsverletzung, seit 1.1.2002: Pflichtverletzung gem. §§ 280 ff BGB.

Diese Unterscheidung hat Auswirkungen vor allem auf die **Beweislastverteilung**. Da sich die Gründe für das Zustandekommen eines Mankos aber häufig nicht aufklären lassen, kommt dieser Frage naturgemäß besondere Bedeutung zu.

In jedem Falle obliegt zunächst dem Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast für das tatsächliche Vorliegen eines Mankos und dessen adäquat kausale Herbeiführung durch ein Verhalten des Arbeitnehmers. Beim Verschulden des AN ist hingegen zu differenzieren: Während dem Arbeitgeber bei Ansprüchen aus Pflichtverletzung die Beweislastumkehr des § 280 I 2 BGB (neu) analog nicht zugute kommen soll, er also das Verschulden des Arbeitnehmers voll und ganz zu beweisen hat, muss der Arbeitnehmer bei der Haftung aus Verwahrung oder Auftrag den Entlastungsbeweis führen. Der Arbeitgeber hat darzulegen und zu beweisen, dass er dem Arbeitnehmer bestimmte Waren zur eigenen Verwaltung übertragen hat. Der Arbeitnehmer ist bei der Abrechnung zur Herausgabe der erhaltenen Gegenstände oder ihres wirtschaftlichen Surrogates (§ 667 BGB) verpflichtet. Ist er hierzu nicht in der Lage, ist ihm die Leistung also unmöglich (§ 275 BGB neu) geworden, so hat er sich zu entlasten. Er muss darlegen und beweisen, dass ihn an der Entstehung des Mankos **kein** Verschulden trifft, § 280 I 2 BGB neu (so im Hinblick auf den alten § 282 BGB: BAG vom 29.1.1985, NZA 1986, 23 f). Diese Konsequenz erscheint unbillig: Ein Teil der Lehre hat daher für eine entsprechende Anwendung der Regeln über die Haftung des Arbeitnehmers plädiert; den Arbeitnehmer soll mithin eine volle Ersatzpflicht nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit treffen. Zusätzlich soll der Arbeitgeber den Grad des Verschuldens darlegen und beweisen müssen. Diese Auffassung hat das Bundesarbeitsgericht vor kurzem übernommen (BAG vom 17.9.1998, NZA 1999, 141 ff, siehe unten Rechtsprechungshinweise Zi. 4).

Streitfrage erledigt. Nunmehr hat der Gesetzgeber diese Frage positivrechtlich entschieden: § 619a BGB bürdet (als Ausnahme zu § 280 I 1 BGB) dem Arbeitgeber die Beweislast auf.

### C. RECHTSPRECHUNGS- UND LITERATURHINWEISE:

1. Urteil des BAG 24.11.1987, abgedruckt u. a. in: ArbuR 1988, 350 ff mit ablehnender Anm. Gamillscheg, EzA § 611 BGB Gefahrgeneigte Arbeit Nr. 17.
2. BAG v. 17.7.1997, NZA 1997, 1346 f: Ersatzanspruch eines Forstarbeiters wegen Beschädigung seines Schleppers (Ausdehnung der Grundsätze der beschränkten AN-Haftung im Rahmen des Aufwendungsersatzanspruchs des AN nach § 670 BGB).
3. BAG vom 17.9.1998, NJW 1999, 308 ff: Haftung des AN für vom AG aufgewendete Detektivkosten (zum Nachweis des pflichtwidrigen Handelns des AN).
4. BAG vom 17.9.1998, NZA 1999, 141 f [Fall Nr. 47]:

*Der Arbeitnehmer ist regelmäßig nicht Besitzer der ihm zur Erfüllung seiner Arbeitsleistung überlassenen Sachen, sondern Besitzdiener im Sinne von § 855 BGB. Zum Schadensersatz wegen Unmöglichkeit der Herausgabe der ihm zur Arbeitsleistung überlassenen Sachen gemäß § 280 BGB ist der Arbeitnehmer nur dann verpflichtet, wenn er unmittelbaren Besitz an der Sache hatte. Unmittelbarer Besitz des Arbeitnehmers setzt zumindest den alleinigen Zugang zu der Sache und deren selbständige Verwaltung voraus. Dazu wird gehö-*

*ren, dass der Arbeitnehmer wirtschaftliche Überlegungen anzustellen und Entscheidungen über die Verwendung der Sache zu treffen hat (Fortführung von BAG Urteil vom 22. Mai 1997 - 8 AZR 562/95 - AP Nr. 1 zu § 611 BGB Mankohaftung).*

BAG vom 22.5.1997, NZA 1997, 1279 ff :

*1. Soweit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses die Vorschriften über die Verwahrung (§ 688 BGB) und den Auftrag (§§ 675, 663, 665 bis 670, 672 bis 674 BGB – vgl. BAG Urteil vom 29. Januar 1985 - 3 AZR 570/82 - AP Nr. 87 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers, zu II der Gründe, m.w.N.) Anwendung finden, nach denen der Arbeitnehmer für eingetretene Fehlbestände wegen zu vertretender Unmöglichkeit nach § 280 Abs. 1 BGB haftet, setzt das voraus, dass der Arbeitgeber eine Tatsachenlage geschaffen hat, nach der er nicht Besitzer der Sache war. Für die Frage der Darlegungs- und Beweislast kommt es zudem darauf an, ob der Arbeitnehmer Alleinbesitzer war.*

*2. Ob der Arbeitnehmer wegen positiver Vertragsverletzung (§§ 280, 286 BGB analog) haftet, hängt davon ab, ob er den Schaden dadurch verursacht hat, dass er schuldhaft seine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzte. Es ist Sache des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer eine schuldhafte Pflichtverletzung nachzuweisen.*

Vgl. auch BAG vom 27.2.1970, 1 AZR 150/69, AP Nr. 54 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers:

*1. Einrichtung und Organisation des Betriebes sind grundsätzlich Sache des Arbeitgebers. Er ist verpflichtet, die Voraussetzungen für den reibungslosen Ablauf des Arbeitsverhältnisses zu schaffen. Organisationsfehler gehen im Zweifel zu seinen Lasten. Er trägt das Betriebsrisiko, das er nicht ohne weiteres auf den Arbeitnehmer abwälzen kann.*

*2. Der Arbeitnehmer, dem die Leitung eines Betriebes übertragen ist, haftet mangels einer wirksamen Mankoabrede für Kassenfehlbestände und Fehlbestände an Waren ohne Nachweis einer Verursachung und eines Verschuldens nur dann, wenn er den alleinigen Zugang zur Kasse und zu den Waren hatte.*

*3. Die Wirksamkeit einer mit einem Arbeitnehmer vereinbarten Mankoabrede setzt voraus, dass dem erhöhten Risiko des Arbeitnehmers ein angemessener wirtschaftlicher Ausgleich gegenübersteht (wie BAG 1957-04-09 2 AZR 532/54 = AP Nr. 4 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers).*

*4. In jedem Fall einer Schadenersatzklage aus fahrlässiger positiver Vertragsverletzung oder fahrlässiger unerlaubter Handlung ist von Amts wegen zu prüfen, ob dem Gläubiger ein Mitverschulden zur Last fällt.*

5. Ahrens, Haftung des Arbeitnehmers, in: BB 1988, 1596 ff

6. Halbach u.a., Übersicht über das Arbeitsrecht, S. 69-73

7. Kohte, Arbeitnehmerhaftung bei Nichtbeachtung der tariflichen Maschinenbesetzungsregelungen durch den AG, AiB 1998, 346 ff (Besprechung von LAG Niedersachsen v. 23.9.1997, rkr.)

## Lektion Nr. 9: Nichtleistung des Arbeitnehmers: Lohn ohne Leistung ?

Ø EINFÜHRENDE LITERATUR: Brox, Rn. 162-166,173-173g, Halbach, 2/289-327, 2/363-386

### Ø INHALT

- A. Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung
  - I. Fälle
  - II. System
- B. Annahmeverzug des Arbeitgebers
  - I. Fälle
  - II. Theorie
  - 3. Grundsätzliches
  - 4. Einzelheiten
- C. Persönliche Verhinderung
- D. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall
  - I. Fälle
  - II. Zahlen
  - III. Theorie
    - 7. Anspruchsberechtigte
    - 8. Voraussetzungen
    - 9. Beginn und Dauer des Anspruchs
    - 10. Höhe des Entgelts
    - 11. Anzeige- und Nachweispflichten
    - 12. Verzahnung mit der Sozialversicherung
  - IV. Rechtsprechung
  - V. Spezialliteratur
  - VI. Prüfungsschema
- E. Urlaub
  - I. Fälle
  - II. Zahlen
  - III. Grundsätze
    - 3. Urlaubsgewährung als Ausfluss der Fürsorgepflicht
    - 4. Systematik des Urlaubsrechts

\*\*\*

## A. UNMÖGLICHKEIT ODER UNZUMUTBARKEIT DER ARBEITSLEISTUNG

### I. FÄLLE

**Fall Nr. 53:** *Klimper ist als Klavierspieler im Restaurant des Prima zu einem Stundenlohn von € 25 in der Zeit von 18 bis 22 Uhr beschäftigt. Am 21.11.2002 beschädigte das Reinigungspersonal des Prima aus Unachtsamkeit das dem Klimper gehörende Klavier. Die Reparatur war erst am 22.11. möglich, so dass Klimper am 21.11. nicht spielen konnte. Prima lehnt es nun ab, die von Klimper geforderten 100 € für den 21.11. zu zahlen. - Mit Recht?*

## II. SYSTEM

Aufgrund des das Arbeitsrecht beherrschenden Schutzgedankens wird die Anwendung der allgemeinen BGB-Regeln modifiziert.

### 1. Unmöglichkeit

#### a) Anfängliche Unmöglichkeit

- *Anfängliche objektive Unmöglichkeit.*  
Beispiel: Arbeitsvertrag am 1.2., Beginn des Arbeitsverhältnisses für 1.3. projektiert; am 31.1. war jedoch Fabrik total abgebrannt.  
Rechtsfolge: Arbeitgeber wird frei gem. § 275 (neu) BGB; evtl. Ansprüche des AN gem. § 311 a II BGB.
- *Anfängliche subjektive Unmöglichkeit:*  
Beispiel: als LKW-Fahrer eingestellter AN hat keinen Führerschein Klasse 2.  
Rechtsfolge: Vertrag ist wirksam; AN erhält keine Vergütung; § 616 BGB entfällt, da Verhinderung bereits vor Vertragsschluss eingetreten ist.

b) *Nachträgliche Unmöglichkeit:* Arbeitsleistung ist absolute Fixschuld, so dass ein Schuldnerverzug des AN ausscheidet.

- AN hat das Leistungshindernis zu vertreten: AN verliert Zahlungsanspruch und macht sich gfl. schadensersatzpflichtig; §§ 275, 326 I (neu) BGB.
- AG hat Unmöglichkeit zu vertreten: AN behält Vergütungsanspruch, § 326 II 1 BGB, § 615 S. 2 BGB; eventuell Anrechnung, vgl. § 615 BGB.
- Unmöglichkeit von keiner Seite zu vertreten: AN wird von seiner Arbeitspflicht frei, § 275 (neu) BGB; Lohnanspruch entfällt gem. § 326 I (neu) BGB.

Dieses Gegenseitigkeitsverhältnis gilt aber nur, soweit keine Sonderregelungen eingreifen und es durchbrechen.

Solche möglichen. Sonderregelungen sind:

- § 616 BGB (persönliche Verhinderung)
- § 3 EFZG (Krankheit)
- § 3 BUrlG (Urlaub)
- § 615 BGB (Annahmeverzug des AG)
- § 37 Abs. 2, 3, 6, 7 BetrVG (Freistellung wegen BR-Tätigkeit).

<b>M.a.W.: Liegen derartige Sonderregelungen nicht vor, bewendet es bei den allgemeinen Grundsätzen.</b>
--

### 2. Unzumutbarkeit

- Leistungsverweigerungsrecht z. B. wegen eines Gewissenskonflikts nach § 242 BGB (Drucker-Fall);
- Betreuung eines erkrankten Kindes, § 45 SGB V;
- Verlust des Vergütungsanspruchs, fall der AN die Pflichtenkollision zu vertreten hat (z.B. Bewerbung eines überzeugten Pazifisten als Drucker bei Verlag, der ausschließlich Militärliteratur herstellt).

## B. ANNAHMEVERZUG DES ARBEITGEBERS

### I. FÄLLE

#### Fall Nr. 54:

*Nach drei Monaten Arbeitslosigkeit wird Ambrosius zum 15.10.1998 an die DORIA-KG vermittelt. Dort kommt es zum Streit.. Der Chef Budde erklärt dem Ambrosius am 14.5.99: "Sie sind entlassen".*

*Ambrosius packt daraufhin seine Sachen; am 16.5. erhält er das Kündigungsschreiben.*

*Am 27.5.99 geht seine Klage gegen die Kündigung beim Arbeitsgericht ein, am 15.6.99 findet die Güteverhandlung, am 20.9.99 der 1. Streittermin (Beweisbeschluss), am 5.2.00 der 2. Streittermin (Beweisaufnahme) und am 7.3.00 die Entscheidungsverkündung statt. Ambrosius hat obsiegt!*

*Am 1.4.00 schließlich gehen den Parteien die Urteilsgründe zu.*

*a) Wann wird das Urteil mit welchem Inhalt rechtskräftig?*

*b) Kann Ambrosius nunmehr sein rückständiges Gehalt in Höhe von DM 26.000.- mit Erfolg einklagen?*

#### Fall Nr. 55:

*Arbeiter Anton arbeitet im Betrieb des Heinrich seit Juli 1995. Im April 2000 wird Heinrich hinterbracht, Anton hätte sich über das Betriebsklima kritisch geäußert. Am 15.5.2000 stellt Heinrich den Anton zur Rede und fordert ihn auf, seine Arbeit zu machen und den Arbeitsfrieden nicht zu stören. Anton antwortet, er lasse sich den Mund von niemandem verbieten. Nach einem längeren Wortwechsel erklärt Heinrich schließlich: „Dann werden Sie sehen, wer hier Herr im Hause ist. Sie sind entlassen!“ Ein entsprechendes Schreiben geht Anton am 16.5. zu. Anton selbst schreibt an die Firma am 17.5. und macht geltend, der Betriebsrat müsse noch angehört werden. In seinem Erwidierungsschreiben erklärt Heinrich, er verbitte sich rechtliche Belehrungen; gleichzeitig erteilt dem Anton Hausverbot. Anton erhebt rechtzeitig Kündigungsschutzklage. Am 3.9.2000 erhält er ein obsiegendes Urteil, wonach das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 16.5.2000 nicht aufgelöst worden ist.*

*Am 1.6. hatte Anton eine neue Stelle gefunden. Er möchte nun wissen, ob er für die Zeit vom 16.5. bis 31.5.2000 Lohn verlangen kann.*

### II. THEORIE

#### 1. Grundsätzliches

Annahmeverzug liegt dann vor, wenn der Arbeitnehmer zwar arbeiten will, der Arbeitgeber aber seine **Arbeitsleistung nicht annehmen** kann oder will. Der Arbeitnehmer hat für die Zeit der vom Arbeitgeber verursachten Nichtbeschäftigung einen Vergütungsanspruch, ohne dass er verpflichtet wäre, die Arbeitsleistung nachzuholen (§ 615 BGB).

Annahmeverzug tritt typischerweise ein bei

- einer **Suspendierung oder Freistellung** von der Arbeitspflicht im laufenden Arbeitsverhältnis;
- nach Ausspruch einer **arbeitgeberseitigen Kündigung**, Abschluss eines **Aufhebungsvertrages** oder Ablauf einer **Befristung**, die sich im Nachhinein als rechtsunwirksam erweisen;

- Ausfall der Arbeit aus **betrieblichen Gründen**;
- einer rechtswidrigen **Aussperrung**;
- der Anordnung von **Kurzarbeit**, die sich als unwirksam herausstellt;
- unzulässiger **Verlegung von Arbeitszeit**.

Wie gesagt: Nach § 615 BGB behält der AN während des Annahmeverzuges des AG – **unabhängig von der Verschuldensfrage** – seinen Vergütungsanspruch. § 615 BGB regelt also die Gegenleistungsgefahr abweichend von den §§ 323, 324 BGB (Verbesserung der Rechtsstellung des AN gegenüber der Regelung des § 323 BGB). Grund für diese Ausnahmeregelung: der AN kann seine Arbeitskraft nicht kurzfristig anderweitig verwerten; die Verwertung seiner Arbeitskraft ist aber von existentieller Bedeutung für ihn. Die allgemeinen Rechtsfolgen des Annahmeverzuges nach §§ 300 ff BGB sind daher für das Arbeitsverhältnis nicht ausreichend.

Die praktische Bedeutung des Annahmeverzuges des AG zeigt sich vor allem dann, wenn der AG das Arbeitsverhältnis gekündigt hat. In aller Regel beschäftigt der AG den AN nicht weiter nach Ausspruch der Kündigung (Fall der außerordentlichen Kündigung) bzw. nach Ablauf der Kündigungsfrist (Fall der ordentlichen Kündigung). Erklärt dann das Arbeitsgericht später die Kündigung für unwirksam, so muss der AG dem AN die Vergütung für den Zeitraum zwischen Kündigung und Urteil zahlen (§ 615 BGB). Vgl. auch LAG Rheinland-Pfalz vom 14.01.2002, Az. :5 Sa 293/01 [url: recht-und-fuehrung, infomail vom 14.1.2002]: Hat ein AG einen Kündigungsschutzprozess gegen seinen AN verloren, so muss er ihn ausdrücklich wieder zur Arbeit auffordern. Andernfalls ist er im Annahmeverzug und der AN hat auch ohne seine Arbeitsleistung einen Anspruch auf Lohn.

## 2. Einzelheiten<sup>67</sup>

§ 615 BGB bestimmt allein die Rechtsfolgen des Annahmeverzuges, seine Voraussetzungen richten sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 293 ff. BGB.

Diese Voraussetzungen richten sich nach den §§ 293 ff. BGB. Der Arbeitgeber kommt in Annahmeverzug, wenn er die ihm ordnungsgemäß angebotene Arbeitsleistung nicht angenommen hat, § 293 BGB.

Zu beachten ist, dass die Vorschriften des Annahmeverzuges im allgemeinen Schuldrecht auf den einmaligen Austausch von Leistungen ausgerichtet sind. Aus diesem Grund ergeben sich teilweise Schwierigkeiten bei deren Anwendung im Arbeitsrecht.

---

<sup>67</sup> Bearbeiteter Auszug aus: Preis, Arbeitsrecht, S. 435 ff

#### VORAUSSETZUNGEN FÜR DEN ANNAHMEVERZUG:

1. Annahmeverzug des Arbeitgebers, §§ 293 ff. BGB
  - a) Angebot der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer
    - aa) tatsächliches Angebot, § 294 BGB (im ungekündigten Arbeitsverhältnis)
    - bb) wörtliches Angebot, § 295 BGB (z.B. Kündigungsschutzklage)
    - cc) Entbehrlichkeit des Angebots, § 296 BGB
  - b) Kein Unvermögen des Arbeitnehmers, § 297 BGB
  - c) Nichtannahme der Arbeitsleistung, § 293 BGB
2. Gegebenenfalls Ende des Annahmeverzugs
3. Kausalität des Annahmeverzugs für Nichtleistung

#### **Insbesondere: Vorliegen eines ordnungsgemäßen Angebotes**

Der Arbeitnehmer muss laut Gesetz seine Arbeitsleistung anbieten (§§ 293 ff BGB), und zwar ordnungsgemäß. Das Angebot ist ordnungsgemäß, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft in eigener Person, zur rechten Zeit, am rechten Ort und in der rechten Art und Weise anbietet (BAG vom 29.10.1992, EzA § 615 BGB Nr. 77).

##### a) Tatsächliches Angebot (§ 294 BGB)

Nach § 294 BGB muss der Schuldner die Leistung tatsächlich anbieten. Im Arbeitsverhältnis ist es erforderlich, dass der Arbeitnehmer seine Dienste persönlich am Arbeitsplatz anbietet. Dieser Grundsatz gilt nach der Rechtsprechung aber nur im ungekündigten Arbeitsverhältnis uneingeschränkt (BAG vom 29.10.1992, EzA § 615 BGB Nr. 77).

##### b) Wörtliches Angebot (§ 295 BGB)

Nach § 295 Abs. 1 S. 1 BGB genügt ein wörtliches Angebot, wenn der Arbeitgeber erklärt hat, dass er die Leistung nicht annehmen werde. Häufigster Fall der Ablehnungserklärung i.S.d. § 295 BGB ist die durch den Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung. Ist diese unwirksam und besteht das Arbeitsverhältnis daher weiter, so bedarf es nach Ablauf der Kündigungsfrist nur eines wörtlichen Angebots durch den Arbeitnehmer, um einen Annahmeverzug zu begründen. Jegliche Form des Protests gegen die Kündigung genügt der Anforderung des wörtlichen Angebots, dazu zählt insbesondere die Erhebung der Kündigungsschutzklage (BAG vom 26.8.1971, AP Nr. 26 zu § 615 BGB und BAG vom 10.4.1963, AP Nr. 23 zu § 615 BGB). Im übrigen kann das wörtliche Angebot des Arbeitnehmers mündlich, schriftlich oder auch konkludent erfolgen. Es ist jedenfalls nicht erforderlich, dass der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz aufsucht.

Nachteilige Folge dieser früheren Rechtsprechung ist, dass der Arbeitnehmer seinen Lohnanspruch bei Ausnutzung der Dreiwochenfrist nach § 4 KSchG für die Erhebung der Kündi-



gungsschutzklage für selbigen Zeitraum verliert, da der Annahmeverzug erst mit dem Zugang des Angebots begründet wird. Um diese Problematik zu lösen, wendet das BAG in seiner neuen Rechtsprechung § 296 BGB an.

### c) Entbehrlichkeit des Angebots (§ 296 BGB)

Nach der neueren Rechtsprechung des BAG ist ein Angebot des Arbeitnehmers im Regelfall gem. § 296 BGB überflüssig.

Dies hat das BAG entschieden im Falle einer arbeitgeberseitigen Kündigung, die sich als unwirksam erwiesen hat ( BAG vom 27.1.1994, NZA 1994, 840 ff): Den Arbeitgeber trifft eine Verpflichtung zu Vornahme einer kalendermäßig bestimmten Mitwirkungshandlung, nämlich die kalendermäßige Verpflichtung, dem Arbeitnehmer einen funktionsfähigen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen und ihm Arbeit zuzuweisen (§ 296 BGB). Durch die Kündigung bringt er zum Ausdruck, dass er dies nicht mehr tun will. Nach Ausspruch der Kündigung erfüllt er diese Verpflichtung darum nur noch, wenn er den Arbeitnehmer für die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist auffordert, die (vertraglich geschuldete) Arbeit wieder aufzunehmen. Dies gilt sowohl für die außerordentliche als auch für die ordentliche Kündigung (BAG vom 9.8.1984, AP Nr. 34 zu § 615 BGB<sup>68</sup> einerseits, BAG vom 21.3.1985, AP Nr. 35 zu § 615 BGB andererseits). Im ungekündigten Arbeitsverhältnis verlangt das BAG aber nach wie vor ein tatsächliches Angebot (BAG vom 29.10.1992, EzA § 615 BGB Nr. 77).

Das Angebot des Arbeitnehmers ist selbst dann überflüssig, wenn er zum Zeitpunkt der Kündigung oder in der nachfolgenden Periode **arbeitsunfähig** krank ist (§ 297 BGB). Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts (BAG vom 21.1.1993, NZA 1993, 550 f) besteht die kalendermäßige Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers unabhängig davon, ob ihm die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers bekannt ist. Die Zuweisung der Arbeit muss daher unabhängig von der Kenntnis über eine eventuelle Arbeitsunfähigkeit erfolgen. War der Arbeitnehmer während oder nach Ausspruch der - im Nachhinein unwirksamen - Kündigung mehrfach befristet arbeitsunfähig krank, so treten die Annahmeverzugsfolgen jeweils nach Wiedereintritt der Arbeitsfähigkeit ohne weitere Anzeige durch den Arbeitnehmer ein, wenn er nur grundsätzlich durch Erhebung der Kündigungsschutzklage oder auf sonstige Weise seine weitere Leistungsbereitschaft deutlich gemacht hat (BAG vom 24.11.1994, NZA 1995, 263 f).

## Probleme

a) Zu großen praktischen Schwierigkeiten führt die Auffassung des BAG, wonach der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auffordern muss, die Arbeit wieder aufzunehmen, um die Folgen des Annahmeverzugs zu mindern. Der Arbeitgeber verringert dadurch seine Chancen im Kündigungsschutzprozess. Insbesondere einer **außerordentlichen Kündigung**, bei der der Arbeitgeber sich darauf beruft, dass es unzumutbar für ihn sei, den Arbeitnehmer weiterzubeschäftigen, wird nach einer Aufforderung, die Arbeit wieder aufzunehmen, kein Erfolg mehr beschieden sein.

Da der Annahmeverzug nach der Rechtsprechung auch dann nicht endet, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer vorsorglich einen für die Dauer des Kündigungsrechtsstreits befristeten neuen Arbeitsvertrag zu den bisherigen Bedingungen oder eine durch die rechtskräftige

---

<sup>68</sup> Leitsatz der Entscheidung: 1. Es bedarf einer Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers, deren Zeit nach dem Kalender bestimmt ist, nämlich der Einrichtung eines funktionsfähigen Arbeitsplatzes und der Zuweisung der Arbeit, damit der Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitsleistung erbringen kann.

Daher gerät der Arbeitgeber in Annahmeverzug, wenn er dem Arbeitnehmer unberechtigterweise fristlos kündigt, ohne dass es eines Arbeitsangebots des Arbeitnehmers bedarf. Die bisherige entgegengesetzte Rechtsprechung, nach der ein wörtliches Angebot des Arbeitnehmers erforderlich ist, wird hiermit aufgegeben.

Feststellung der Wirksamkeit der Kündigung auflösend bedingte Fortsetzung des Vertrages anbietet und der Arbeitnehmer dieses Angebot ablehnt (BAG vom 14.11.1985, NZA 1986, 637 f), bleibt dem Arbeitgeber - will er sich nicht in Widerspruch zu seiner Kündigung setzen - keine Möglichkeit, den drohenden Annahmeverzug zu vermeiden. Er kann lediglich die wirtschaftlichen Folgen verringern, indem er dem Arbeitnehmer einen derartigen Zwischenverdienst zur Verfügung stellt.

b) Diese Überlegungen sind auch im Rahmen einer **ordentlichen Kündigung** zu berücksichtigen. So wird der Arbeitgeber z.B. nur schwer dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung entgegenstehen, schlüssig vortragen können, wenn er den Arbeitnehmer nach der betriebsbedingten Kündigung zur Weiterarbeit bis zur Entscheidung des Kündigungsschutzprozesses aufgefordert hat.

Das Problem besteht so auch bei der verhaltensbedingten ordentlichen Kündigung, lediglich die personenbedingte Kündigung ist davon nicht betroffen.

## C. PERSÖNLICHE VERHINDERUNG

### I. FÄLLE:

**Fall Nr. 56:** *Willi Wacker ist bei dem Bauunternehmer Krafft & Trauer beschäftigt. Am 12.11.1996 kommt er mit zwei Stunden Verspätung zur Arbeit, weil er - bei der Fahrt zur Arbeit - bei einem Verkehrsunfall "erste Hilfe" geleistet hat.*

a) *Die Firma will für die zwei Stunden keinen Lohn zahlen. Zu Recht?*

b) *Wie wäre zu entscheiden, wenn die Verspätung Willis darauf beruht, dass er trotz rechtzeitiger Abfahrt mit seinem Golf GTI wegen Nebels in ein Verkehrschaos geraten war?*

**Fall Nr. 57:** *Anton unterzieht sich - wie jedes Jahr - einer ärztlichen Generaluntersuchung. Er erscheint morgens beim Arzt. Die Untersuchung dauert eine gute Stunde. Er kommt daher insgesamt 2 Stunden zu spät zur Arbeit. Der AG will die beiden ausgefallenen Arbeitsstunden nicht vergüten. - Rechtslage?*

## II. THEORIE

Grundlage: § 616 BGB (persönliche Hinderungsgründe)

z.B. Umzug, Ladung vor Gericht oder Behörden; Tätigkeit als ehrenamtlicher Richter; unschuldig erlittene Untersuchungshaft; eigene kirchliche oder standesamtliche Trauung; Begräbnisse naher Angehöriger; Kommunion oder Konfirmation eigener Kinder; schwer wiegende Erkrankung der Ehefrau bzw. des Ehemannes, die der Pflege bedarf; Erkrankung eines Kindes, sofern keine andere Pflege möglich und das Kind nicht älter als 12 Jahre ist. – Häufig in Tarifverträgen geregelt. Wichtig: § 616 BGB stellt dispositives Recht dar !!

Allerdings: der AN darf in derartigen Fällen nur eine angemessene Zeit fehlen. Wann dies der Fall ist, bestimmt sich durch den jeweiligen Einzelfall. Maßgeblich ist hierbei das Verhältnis der Verhinderungsdauer zur Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses.

Faustregel: Eine Verhinderung gilt dann als nicht erheblich, wenn der AN bei einer Beschäftigungsdauer von

6 Monaten	3 Tage,
12 Monaten	1 Woche,
mehr als 12 Monaten	2 Wochen

am Arbeitsplatz fehlt.

## IV. ENTGELTFORTZAHLUNG IM KRANKHEITSFALL

### I. FÄLLE

**Fall Nr. 58:** Brutus ist bei der Firma Caesar & Co. beschäftigt. Seine Ehefrau Clarissa hat die Gastwirtschaft "Bei Aeneas" gepachtet und bewirtschaftet sie. Nach Feierabend hilft Brutus häufig in der Gastwirtschaft mit. Eines Abends wollte Brutus einen Streit zwischen Gästen schlichten; da zog einer der Randalierer ein Messer und stach auf Brutus ein. Dieser musste zwei Wochen lang im örtlichen Krankenhaus behandelt werden anschließend musste er noch zwei weitere Wochen die Verletzung zu Hause vollständig ausheilen lassen. - Kann Brutus während dieser Zeit von Caesar & Co. Gehaltfortzahlung verlangen?

**Fall Nr. 59:** Hotte spielt in seiner Freizeit als Libero beim Fußballclub Rot-Weiß. Bei einer Attacke eines Gegenspielers wird er verletzt. Der Clubarzt verbindet ihn notdürftig. Hotte will aufs Spielfeld zurück. Der Arzt rät dringend davon ab. Originalton: "Jetzt weiterspielen, mein Lieber, ist heller Wahnsinn. Legen Sie sich 2-3 Tage ins Bett, dann sind Sie wieder fit. Wenn Sie weiterspielen, riskieren sie eine wochenlange Verletzung!" Hotte lässt sich nicht beirren. Es kommt, wie es kommen muss: neuer Sturz, Verletzung, sechs Wochen Krankenhaus. Die Firma zahlt nicht. Entscheidung?

**Fall Nr. 60:** Lehmann erfährt, dass er an einer schweren, wahrscheinlich unheilbaren Krankheit leidet. In einem Anfall von Mutlosigkeit nimmt er eine Überdosis Schlafmittel, wird aber rechtzeitig gefunden und gerettet. Folge: 2 Wochen Krankheit. Der Arbeitgeber verweigert die Lohnfortzahlung mit der Begründung, Lehmann habe ja selber Hand an sich gelegt. Entscheidung?

**Fall Nr. 61:** Anton ist an einem Bandscheibenleiden erkrankt. In der Zeit vom 18.3. bis zum 14.4.1995 war er deswegen arbeitsunfähig. Am 30.10.1995 musste er sich wegen anhaltender Beschwerden einer Bandscheibenoperation unterziehen; er war bis zum 30.11.1995 arbeitsunfähig. Bekommt er für beide Zeiträume jeweils Entgeltfortzahlung?

Fallabwandlung: Anton erkrankt wegen des Bandscheibenleidens erneut ab 30.10. bis 30.11.1995. Da die Beschwerden anhalten, lässt er sich am 8.4.1996 operieren und ist dann bis zum 12.5.1996 arbeitsunfähig. Erhält er jeweils Entgeltfortzahlung?

**Fall Nr. 62:** Hamann ist für die Zeit vom 3.4. bis 27.4. arbeitsunfähig. Kann der Arbeitgeber die Entgeltfortzahlung verweigern, wenn

a) Hamann erst am 28.4., als er wieder in den Betrieb kommt, eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (AU) vorlegt?

b) er glaubt, die Arbeitsunfähigkeit sei nicht gegeben, Hamann vielmehr nur "blau mache", obwohl eine ordnungsgemäß ausgestellte AU vorliegt?

c) die AU beim AG am 3.4. eingeht, nachdem er einen Urlaubswunsch des Hamann für diese Zeit (3.4.- 27.4.) am 2.4. abgeschlagen hat?

**Fall Nr. 63:** Die Sekretärin S ist seit mehreren Jahren bei dem Bauunternehmen U beschäftigt. Bei der Heimfahrt gerät sie ohne ihr Verschulden in einen Autounfall. Infolge der schweren Verletzungen wird sie für sechs Wochen krankgeschrieben. Bei der Aufnahme des Unfalls wird festgestellt, dass S sich nicht angeschnallt hatte. Nach den Feststellungen des medizinischen Sachverständigen wäre die Verletzung erheblich geringer gewesen, wenn S sich angeschnallt hätte. Der Sachverständige gibt den Zeitraum der in diesem Fall eingetretenen Arbeitsunfähigkeit mit drei Wochen an. U ist deshalb nur bereit, für die ersten drei Wochen das Arbeitsentgelt fortzuzahlen. S erhebt daraufhin Klage vor dem Arbeitsgericht, mit der U zur Zahlung von weiteren drei Wochen verpflichtet werden soll. Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?

**Fall Nr. 64:** Für die bei K ausgeschriebene Stelle bewirbt sich auch der Arbeitnehmer A. Im Rahmen des Auswahlgesprächs erklärt A wahrheitsgemäß, dass er ein chronisches Lungenleiden habe. K möchte A gleichwohl eine Chance geben, sich aber wirtschaftlich vor den Entgeltfortzahlungskosten absichern. Er vereinbart mit dem Arbeitnehmer deshalb,

1. Situation: „Bezahlt wird nur die effektiv geleistete Arbeit.“

2. Situation: „Im Falle einer Erkrankung des Arbeitnehmers entfällt die Gehaltszahlung für die Dauer der Erkrankung.“

3. Situation: „Sollte der Arbeitnehmer in einem Kalenderjahr mehr als 20 Tage wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit fehlen, so stellt dies einen Kündigungsgrund dar.“

4. Situation: „Das Arbeitsverhältnis endet automatisch, wenn A in einem Kalenderjahr mehr als 20 Tage wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit ausfällt.“

5. Situation: „Das Arbeitsverhältnis endet automatisch, wenn A in einem Kalenderjahr mehr als 50 Tage wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit ausfällt.“

6. Situation: „Bei dreimaliger krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit im Kalenderjahr – gleichgültig um welche Erkrankungsart es sich dabei handelt – endet das Arbeitsverhältnis automatisch mit Anzeige der dritten Erkrankung“.

Fragen:

a) Was halten Sie von diesen diversen Vertragsgestaltungen, mit denen A jeweils einverstanden war.?

b) Zur 4. Situation: Als A im August einen Autounfall erleidet und hierdurch die 20-Tages-Grenze überschreitet, erklärt der Arbeitgeber gegenüber A, dass damit das Arbeitsverhältnis

*beendet sei. A ist hiermit nicht einverstanden, die damalige Abrede sei null und nichtig. Er habe sich nichts zu Schulden kommen lassen, auch an dem Unfall treffe ihn keine Schuld. Deshalb bestehe das Arbeitsverhältnis unverändert fort. Hat A Recht?*

*c) Wie ist die Rechtslage bei der 5. Situation, wenn der Autounfall die Überschreitung der 50-Tages-Grenze zur Folge hat und der Arbeitgeber der Auffassung ist, das Arbeitsverhältnis sei nunmehr beendet?*

n Zu Fall Nr. 58: vgl. [BAG vom 7.11.1975](#), AP Nr. 38 zu § 1 LohnFG [lohnf1-4.doc]

n Zu Fall Nr. 59: vgl. [BAG vom 21.1.1976](#), AP Nr. 39 zu § 1 LohnFG [lohnf1-2.doc]

n Zu Fall Nr. 60: vgl. [BAG vom 28.2.1979](#), AP Nr. 44 zu § 1 LohnFG [EFZG und Selbstmordversuch]

n Zu Fall Nr. 64: vgl. [BAG vom 5.12.1985](#), NZA 1987, 20 ff [Arbeitsvertrag und Bedingung.doc]

## II. ZAHLEN

Durchschnittlicher Krankenstand 1995: 5,1 % der Pflichtmitglieder der gesetzlichen Krankenkassen, (BABl 1996 Nr. 12 S. 165, 167), je AN im Schnitt 3 Wochen pro Jahr; große Unterschiede nach Branchen.

Gesamtkosten der AG 1999: ca. 60 Mrd. DM. Quelle: Neues Arbeitsrecht für Vorgesetzte, Seite 010/August/September 2000

Im Juli 2001 erschienen 3,63 % der pflichtversicherten AN wegen Arbeitsunfähigkeit nicht an ihrem Arbeitsplatz.<sup>69</sup>

## III. THEORIE

1. Anspruchsberechtigte, § 3 I 1 i.V.m. § 1 I und II EFZG (neue Fassung von § 3 I 1 EFZG, 1996).

2. Voraussetzungen der Entgeltfortzahlung

a) Arbeitsunfähigkeit: liegt dann vor, wenn AN nicht oder doch nur mit der Gefahr, seinen Zustand zu verschlimmern, seinen ihm obliegenden arbeitsvertraglichen Pflichten nachkommen kann.

b) Krankheit als Ausfallursache. Krankheitsbegriff: keine gesetzliche Definition; Begrifflichkeit der WHO übernommen vom BAG, Urteil vom 7.8.1991, NZA 1992, 69: Jeder regelwidrige geistige oder körperliche Zustand. Heilbarkeit oder Behandlungsbedürftigkeit sind keine Merkmale des Krankheitsbegriffs. Regelwidrig ist ein körperlicher oder geistiger Zustand dann, wenn er nach allgemeiner Erfahrung unter Berücksichtigung eines natürlichen Verlaufs des Lebensgangs nicht bei jedem anderen Menschen gleichen Alters und Geschlechts zu erwarten ist.

Das Vorliegen einer Krankheit reicht allein nicht aus, um einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 3 EFZG auszulösen. Vielmehr muss die Krankheit zur Arbeitsunfähigkeit führen. Dies ist zum einen der Fall, wenn der Arbeitnehmer aufgrund der Krankheit nicht mehr in der Lage ist, den Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag nachzukommen. Zum anderen ist Arbeitsunfähigkeit anzu-

---

<sup>69</sup> Matthäi in: Arbeitsrecht für Vorgesetzte, E 65a/001 (Oktober 2001/Seite 069)

nehmen, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit nur unter der Gefahr fortsetzen könnte, dass sich sein Zustand in absehbarer Zeit verschlimmert (BAG 7.8.1991 AP Nr. 94 zu § 1 LohnFG).

#### Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit

Arbeitsunfähig infolge der Krankheit ist der Arbeiter dann, wenn ein Krankheitsgeschehen ihn außer Stand setzt, die ihm nach dem Arbeitsvertrag obliegende Arbeit zu verrichten, oder wenn er die Arbeit nur unter der Gefahr fortsetzen könnte, in absehbar naher Zeit seinen Zustand zu verschlimmern. (BAG 7.8.1991 AP Nr. 94 zu § 1 LohnFG) Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Arbeitsunfähigkeit vorliegt, ist aus diesem Grund die Krankheit immer in Bezug zu der vom Arbeitnehmer geschuldeten Arbeitsleistung zu setzen.

#### Bezug zur Arbeitsleistung

Beispiel für das Vorliegen von Arbeitsunfähigkeit: Ein Arbeitnehmer mit einem gebrochenen Arm, der im Schreibdienst tätig ist, ist regelmäßig arbeitsunfähig krank. Der gleiche Arbeitnehmer wird hingegen bei einer Fußverletzung grundsätzlich arbeitsfähig bleiben. Etwas anderes gilt allerdings, wenn vom Arzt eine häusliche Heilbehandlung angeordnet wurde, die das Aufsuchen des Arbeitsplatzes unmöglich macht (vgl. LAG Frankfurt 17.1.1990 LAGE § 1 LohnFG Nr. 24). Führt eine Krankheit dazu, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung lediglich in einem qualitativ (Beschränkung auf bestimmte von ihm bisher verrichtete Tätigkeiten) oder quantitativ (zeitliche Verringerung des Ausmaßes der Tätigkeit) verminderten Maße erbringen kann, ist der Arbeitgeber nicht berechtigt, von ihm eine Teilleistung zu verlangen.

**Das EFZG kennt den Begriff der Teilarbeitsunfähigkeit nicht. Auch bei verminderter Arbeitsfähigkeit ist der Arbeitnehmer arbeitsunfähig krank i.S.d. § 3 EFZG (BAG 29.1.1992 AP Nr. 1 zu § 74 SGB V).**

Ob eine Erkrankung zur Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers führt, ist von einem Arzt nach objektiven Kriterien zu beurteilen. Die Kenntnis oder die subjektive Wertung des Arbeitnehmers ist für die Frage der Arbeitsunfähigkeit nicht maßgebend (vgl. hierzu auch BAG 26.7.1989 AP Nr. 86 zu § 1 LohnFG).<sup>70</sup>

#### c) Unverschuldete Arbeitsunfähigkeit

Verschuldensbegriff im Recht der Entgeltfortzahlung wegen Krankheit ist gesetzlich nicht geregelt. Abweichung vom zivilrechtlichen Verschuldensbegriff: Verschulden ist nur dann gegeben, wenn, die Verhinderung des AN auf einem „gröblichen Verstoß gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse gebotene Verhalten zurückzuführen ist“, BAG v. 23.11.1971, AP Nr. 8 zu § 1 LohnFG. Ebenso BAG, Urteil vom 28. 2.1979, AP Nr. 44 zu § 1 LohnFG (Anm. Zeuner).

Deutlicher Verstoß gegen die AZO und damit Gesundheitsgefährdung kann Verschulden des AN begründen, BAG vom 21.4.1982, AP Nr. 49 zu § 1 LohnFG.

AIDS ist eine Krankheit im arbeitsrechtlichen Sinne. Ein Verschulden ist regelmäßig ausgeschlossen. Hat der AN jedoch nachweislich Sexualverkehr mit einem Partner, von dem er weiß, dass dieser Aids-infiziert ist, kann ein Verschulden vorliegen. Die Beweislast trägt der AG (Bauer / Röder / Lingemann, Krankheit im Arbeitsverhältnis, 2. A., S. 28).

**Kein Verschulden** liegt in folgenden Fällen vor:

- Ansteckung bei einer Person, mit der man in häuslicher Gemeinschaft lebt,
- Infektionen mit sonstigen Krankheiten - z.B. auch Aids –, es sei denn, der Arbeitnehmer hat sich besonders leichtfertig verhalten,
- nicht grob fahrlässig verursachte Verkehrsunfälle,
- nicht grob fahrlässig herbeigeführte Sportunfälle,
- Selbstmordversuch
- Alkohol- und Drogensucht, sofern diese nicht grob fahrlässig oder vorsätzlich verursacht worden ist,
- Ausübung von Nebentätigkeiten.

---

<sup>70</sup> Preis, a.a.O., S. 461 f.

**Verschulden** wird **angenommen** bei

- Teilnahme an einer Schlägerei,
- Fehlverhalten im Straßenverkehr,
- Verletzung von Arbeitsschutzbestimmungen,
- Ausübung einer Sportart trotz mangelnder Eignung,
- Ausübung einer außergewöhnlich gefährlichen Sportart (anerkannt jedoch nur für Kick-Boxen und Bunjee-Springen),
- Verstöße gegen das Arbeitszeitrecht,
- in bestimmten Fällen Erkrankungen aufgrund Alkohol- oder Drogenkonsums und Rauchens trotz ärztlichen Verbotes.<sup>71</sup>

d) Kausalzusammenhang: zwischen Krankheit und Arbeitsunfähigkeit muss ein Kausalzusammenhang bestehen, und zwar muss die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit die alleinige Ursache für den Arbeitssausfall sein (BAG vom 26.6.1996, NZA 1996, 1087 ff.) Problematische Konstellationen bei Arbeitskampf, Kurzarbeit und Arbeitszeitverlegung. Hypothetischer Kausalverlauf ist zu ermitteln !

Außerdem: Annahmeverzug des AG, § 615 BGB, lässt Anspruch auf Entgeltzahlung fortbestehen. *Rechtsprechung*: Annahmeverzug des AG entsteht regelmäßig dann, wenn der AG nach der Kündigung oder nach Ablauf der Kündigungsfrist die Arbeitsleistung des AN nicht mehr annimmt, und sich die Kündigung später als unwirksam erweist. Nach der neueren Rechtsprechung des BAG besteht keine Pflicht des AN zur Gesundheitsmeldung, wenn der AN durch Erhebung einer Kündigungsschutzklage oder sonstigen Widerspruch gegen die Kündigung seine weitere Leistungsbereitschaft deutlich gemacht hat, BAG 24.11.1994, NZA 1995, 263 ff. Vgl. dazu die Ausführungen S. 295.

e) Nebentätigkeit: Der AN hat grundsätzlich das Recht zu einer Nebentätigkeit. Eine Erkrankung anlässlich einer solchen Nebentätigkeit führt daher grundsätzlich nicht zum Ausschluss des Entgeltfortzahlungsanspruchs. Auch der AG des Hauptarbeitsverhältnisses hat deshalb das Entgelt fortzuzahlen, BAG vom 7.11.1975, BB 1976, 228 f (= der oben wiedergegebene Fall Nr. 53).

Zusammenfassung:

- Krankheit
- Arbeitsunfähigkeit (alleinige Ursache für die Verhinderung der Arbeitsleistung)
- Kausalzusammenhang
- Unverschuldete Krankheit (Beweislast für Tatsache, dass AN die Erkrankung verschuldet hat: AG)

### 3. Beginn und Dauer des Anspruchs

- a) Grundsatz, § 3 I 1 EFZG: maximal 6 Wochen = 42 Kalendertage.
- b) Arbeitsunfähigkeit bei Beginn der Beschäftigung (neuer Abs. 3 des § 3; jetzt Anspruchsvoraussetzung, siehe hierzu S. 168); s. hier unter IV. Rechtsprechung.
- c) Mehrfache Arbeitsunfähigkeit, § 3 I 2 EFZG
- d) Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor Ablauf der sechswöchigen Anspruchsdauer, § 8 I 1 EFZG; diese Bestimmung spricht von Kündigung; anwendbar auch im Falle, dass ein Aufhebungsvertrag geschlossen wird, der ohne die Krankheit nicht geschlossen worden wäre. Vgl. Gamillscheg, Arbeitsrecht I, 8. A., 20000, S. 358

---

<sup>71</sup> Aus: MEMENTO, Personalrecht für die Praxis, 3. A., 2001, Rn. 5247 f, m. w. N.

e) Arbeitgeberwechsel (§ 8 I 2 EFZG; § 613a BGB).

#### 4. Höhe des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts, §§ 4 I, 4a EFZG

§ grundsätzlich 100 % des letzten Entgelts

§ bei Arbeitsunfällen (dazu zählen auch Wegeunfälle, § 8 Abs. 2 Nr. 1 SGB VII): ebenfalls 100 %.

#### 5. Anzeige- und Nachweispflichten

a) Benachrichtigungspflicht, § 5 I 1 EFZG

b) Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, § 5 I 2 EFZG

c) Sonderregelungen bei Erkrankungen im Ausland, § 5 II EFZG

d) Möglichkeiten zur Überprüfung der Arbeitsunfähigkeit, § 275 I Nr. 3b SGB V.

Beispiele für mögliche Zweifel – medizinischer, rechtlicher oder sonstiger Art, an der AU: vgl. Halbach, 2/293 (S. 109).

Merke: Etwa vorhandener Betriebsarzt hat nicht die Befugnis, Krankmeldungen auf ihre Berechtigung hin zu überprüfen! Vgl. § 3 Abs. 3 ArbSichG.

#### 6. Verzahnung mit der Sozialversicherung

Krankengeld, § 44 SGB V,

Ruhen des Anspruchs auf das (niedrigere) Krankengeld, solange AG leistet, § 49 Abs. 1 Nr. 1 SGB V,

Höhe des Krankengeldes = 70 % des Regelentgelts, § 47 Abs. 1 SGB V,

Regress der Krankenversicherung gegen AG, Rechtsübergang nach § 115 SGB X,

Höchstdauer der Leistungen der Krankenversicherung = 78 Wochen, § 48 SGB V

7. Ausgleich bei Kleinunternehmen (nicht mehr als 20 AN), § 10 des weiterhin geltenden Lohnfortzahlungsgesetzes. Aber nur im Hinblick auf Entgeltfortzahlung für erkrankte Arbeiter und Auszubildende (§ 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 LohnFG). Die Aufwendungen für Angestellte sind nach wie vor nicht einbezogen! Zur Mittelaufbringung s. § 14 LohnFG.

Ausgleich auch für Leistungen im Rahmen des Mutterschutzes: nach § 14 I MuSchG (Zuschuss zum Mutterschaftsgeld) und nach § 11 MuSchG (Entgelt bei ärztlichem Beschäftigungsverbot).

#### 8. Missbrauchskontrolle

S. auch unten: Angelegenheit Paletta

Möglichkeit nach § 4a EFZG: Vereinbarung „je mehr Krankheit, desto weniger Weihnachtsgeld“.

## IV. RECHTSPRECHUNG

§ [BAG vom 26.05.1999](#) - 5 AZR 476/98, 5 AZR 338/98, NZA 1999, 1273 ff

In zwei Verfahren hatte der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts darüber zu entscheiden, wie es sich auf die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall auswirkt, wenn das Arbeitsverhältnis "aus Anlass der Arbeitsunfähigkeit" noch innerhalb der Wartefrist des § 3 Abs. 3 EFZG beendet wird.



In beiden Fällen macht eine Krankenkasse auf sie übergegangene Ansprüche Versicherter geltend. Die Versicherten waren Arbeitnehmer der jeweiligen Beklagten. Sie erkrankten kurz nach Beginn des Arbeitsverhältnisses. Beide Arbeitgeber sprachen aus diesem Anlass Kündigungen aus. Die Kündigungsfristen endeten noch innerhalb der vierwöchigen Wartefrist des § 3 Abs. 3 EFZG. Die Arbeitsunfähigkeit der Versicherten dauerte in beiden Fällen länger als zehn Wochen seit Vertragsbeginn an.

Die Krankenkassen verlangen die Erstattung des von ihnen für die Zeit vom Beginn der fünften bis zum Ablauf der zehnten Woche gezahlten Krankengeldes.

Beide Klagen wurden erstinstanzlich abgewiesen. In dem einen Falle blieb die Klage auch vor dem Landesarbeitsgericht erfolglos. Im anderen Fall sprach das Landesarbeitsgericht der Krankenkasse Ansprüche für die Zeit zwischen dem Ende der gesetzlichen Wartefrist und dem Ablauf der sechsten Krankheitswoche zu.

Die Revisionen der Klägerinnen waren erfolgreich. Erkrankt ein Arbeitnehmer innerhalb der vierwöchigen Wartefrist des § 3 Abs. 3 EFZG und dauert die Arbeitsunfähigkeit über den Ablauf der Frist an, so steht ihm im ungekündigten Arbeitsverhältnis ein Entgeltfortzahlungsanspruch ggf. bis zum Ablauf weiterer sechs Wochen zu. Der Senat hat weder im Gesetzeswortlaut noch in der Gesetzesbegründung Anhaltspunkte dafür finden können, dass der Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 3 Abs. 1 EFZG in einem solchen Fall um die Krankheitszeiten zu kürzen ist, die in die Zeit der Wartefrist fallen. Hätte der Gesetzgeber ein solches Regelungsziel gehabt, hätte das im Gesetzeswortlaut seinen Ausdruck finden müssen.

An diesem Ergebnis ändert sich nichts dadurch, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus Anlass der Arbeitsunfähigkeit wirksam kündigt und es noch innerhalb der Wartefrist endet. Nach § 8 Abs. 1 EFZG wird der Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts durch eine solche Kündigung nicht berührt. Die Vorschrift ist anlässlich der Einfügung von § 3 Abs. 3 EFZG durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz vom 25. September 1996 nicht geändert worden. Sie gilt deshalb auch im Hinblick auf krankheitsveranlasste Kündigungen innerhalb der Wartefrist.

### § Übernommene Auszubildende haben sofort Anspruch auf Entgeltfortzahlung

BAG vom 20.08.2003; Aktenzeichen: 5 AZR 436/02: Übernimmt der Arbeitgeber einen ehemaligen Auszubildenden im Anschluss an dessen Ausbildungszeit, steht dem Mitarbeiter im Krankheitsfall Entgeltfortzahlung ohne Wartezeit zu..

Geklagt hatte ein junger Dachdecker, der nach Abschluss seiner dreijährigen Ausbildungszeit von seinem Ausbildungsbetrieb in ein Arbeitsverhältnis als Geselle übernommen worden war. Kaum war der junge Mann Geselle, wurde er arbeitsunfähig. Prompt stoppte der Arbeitgeber den Gesellenlohn für die Dauer der Arbeitsunfähigkeit. Er berief sich dabei auf § 3 Absatz 3 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG). Dieses regelt, dass ein neuer Mitarbeiter einen Anspruch auf Lohnzahlung im Krankheitsfall erstmals nach Ablauf einer 4-wöchigen Wartezeit erwirbt.

Die Richter des Bundesarbeitsgerichts stellten sich nun jedoch auf die Seite des einstigen Auszubildenden. Nach ihrer Auffassung entsteht der Anspruch auf Lohnfortzahlung bei einem neuen Arbeitsverhältnis, das an ein Ausbildungsverhältnis anschließt, ohne dass der Arbeitnehmer 4 Wochen warten muss. Die Wartezeit des § 3 Absatz 3 EFZG findet keine Anwendung. Die Ausbildung und das nahtlos anschließende Arbeitsverhältnis bilden in den Augen der Richter eine Einheit. Dies rechtfertigt das Gericht damit, dass das EFZG die Auszubildenden als Arbeitnehmer ansieht. Auch der Kostenentlastung, die der Gesetzgeber mit der Wartezeit des § 3 Absatz 3 EFZG zugunsten der Arbeitgeber eingeführt habe, sei ausreichend be-

rücksichtigt, da der Auszubildende bereits am Anfang seiner Ausbildung die 4-wöchige Wartezeit absolviert habe.

Bei der nahtlosen Übernahme von Auszubildenden, die in Ihrem Betrieb ausgebildet wurden, entsteht der Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall sofort, und nicht erst nach Ablauf von 4 Wochen.

### § Angelegenheit Paletta (Zum Beweiswert von im Ausland ausgestellten AU, § 5 EFZG)

Vgl. dazu ErfK / Dörner § 5 EFZG Rn. 59 ff

Vor ein paar Jahren noch ging die Rechtsprechung davon aus, dass im Ausland erstellte AU den selben Beweiswert haben wie Bescheinigungen der in Deutschland niedergelassenen Ärzte. Folge: der Arbeitgeber musste die Tatsache der AU infolge Krankheit im Regelfall hinnehmen, konnte aber dem Entgeltfortzahlungsverlangen des Arbeitnehmers auch alle Tatsachen entgegenhalten, die er bei einer AU im Inland hätte vorbringen können, insbesondere also die Tatsache, dass der im Ausland Arbeitsunfähigkeit bescheinigende Arzt die für das deutsche Recht maßgebliche Unterscheidung zwischen Arbeitsunfähigkeit und Krankheit nicht beachtet habe. War die tatsächliche Vermutung auf diese Weise erschüttert, musste der Arbeitnehmer weitere Tatsachen darlegen und sie ggf. beweisen.

Paletta I: EuGH vom 3.9.1992, NJW 1992, 2687 ff

Daraufhin: Vorlagebeschluss des BAG vom 27.4.1994, NJW 94, 683 f

Paletta II: EuGH vom 22.5.1996, NZA 1996, 631 ff

Paletta III: BAG vom 19.2.1997 (2 Urteile, 5 AZR 83/96 und AZR 747/935 NZA 1997, 705 ff

*VO (EWG) Nr. 574/72 - Art. 18. Geldleistungen bei Wohnort in einem anderen Mitgliedstaat als dem zuständigen Staat*

*(1) Ein Arbeitnehmer oder Selbständiger hat sich für den Bezug von Geldleistungen nach Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe b) der Verordnung innerhalb von drei Tagen nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit an den Träger des Wohnorts zu wenden und dabei eine Anzeige über die Arbeitseinstellung oder, wenn die von dem zuständigen Träger oder von dem Träger des Wohnorts anzuwendenden Rechtsvorschriften dies vorsehen, eine vom behandelnden Arzt ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen.*

*(2)*

*Stellen die behandelnden Ärzte des Wohnlandes keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen aus, so wendet die betreffende Person innerhalb der Frist, die in den vom Träger des Wohnorts anzuwendenden Rechtsvorschriften festgesetzt ist, unmittelbar an diesen Träger.*

*1 Dieser veranlasst sofort die ärztliche Feststellung der Arbeitsunfähigkeit und die Ausstellung der in Absatz 1 genannten Bescheinigung. 2 Die Bescheinigung, in der die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit anzugeben ist, muss dem zuständigen Träger unverzüglich übermittelt werden.*

*(3) 1 Der Träger des Wohnorts führt in den Fällen, in denen Absatz 2 nicht anwendbar ist, so bald wie möglich, auf jeden Fall innerhalb von drei Tagen, nachdem sich die betreffende Person an ihn gewandt hat, die ärztliche Kontrolluntersuchung dieser Person in gleicher Weise wie bei seinen eigenen Versicherten durch. 2 Der Träger des Wohnorts übermittelt dem zuständigen Träger innerhalb von drei Tagen nach der Kontrolluntersuchung den Bericht des Arztes, der die Kontrolluntersuchung durchgeführt hat; in dem Bericht ist insbesondere die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit anzugeben.*

*(4) 1 Der Träger des Wohnorts führt später erforderlichenfalls die verwaltungsmäßige oder die ärztliche Kontrolle der betreffenden Person wie bei seinen eigenen Versicherten durch.*

2 Sobald er feststellt, dass die betreffende Person wieder arbeitsfähig ist, benachrichtigt er sie sowie den zuständigen Träger hiervon unverzüglich und gibt dabei den Tag an, an dem ihre Arbeitsunfähigkeit endet. 3 Die Mitteilung an die betreffende Person ist als Entscheidung anzusehen, die für den zuständigen Träger getroffen worden ist; Absatz 6 bleibt unberührt.

(5) Der zuständige Träger behält in allen Fällen die Möglichkeit, die betreffende Person durch einen Arzt seiner Wahl untersuchen zu lassen.

(6) Entschidet der zuständige Träger, die Geldleistungen zu versagen, weil die betreffende Person die nach den Rechtsvorschriften des Wohnlandes vorgesehenen Formvorschriften nicht eingehalten hat, oder stellt er fest, dass die betreffende Person wieder arbeitsfähig ist, so teilt er der betreffenden Person seine Entscheidung mit und übermittelt gleichzeitig dem Träger des Wohnorts ein Doppel dieser Entscheidung.

(7) Die betreffende Person teilt dem zuständigen Träger die Wiederaufnahme der Arbeit mit, sofern die von diesem Träger anzuwendenden Rechtsvorschriften dies vorsehen.

(8) 1 Der zuständige Träger zahlt die Geldleistungen in jeder geeigneten Weise, insbesondere durch internationale Postanweisung, und benachrichtigt den Träger des Wohnorts sowie die betreffende Person hiervon. 2 Werden die Geldleistungen zu Lasten des zuständigen Trägers vom Träger des Wohnorts gezahlt, so unterrichtet der zuständige Träger die betreffende Person über ihre Ansprüche und teilt dem Träger des Wohnorts die Höhe der Geldleistungen, die Tage, an denen sie zu zahlen sind, sowie die Höchstdauer mit, für die die Geldleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Staates gewährt werden.

(9) Zwei oder mehr Mitgliedstaaten oder die zuständigen Behörden dieser Mitgliedstaaten können nach Stellungnahme der Verwaltungskommission andere Durchführungsvorschriften vereinbaren.

Vgl. auch den Artikel von Abele, NZA 1996, 631.

## V. SPEZIALLITERATUR:

Bauer/Röder/Lingemann, Krankheit im Arbeitsverhältnis, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 2. A., 1996

Boecken, Probleme der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, NZA 1999, 673 ff

Künzl, Arbeitsrechtliche Maßnahmen (Kündigung und Verweigerung der Entgeltfortzahlung) bei Vortäuschen einer Krankheit, ArbuR 1996, 256 ff (Teil 1), 306 ff (Teil 2)

## VI. PRÜFUNGSSCHEMA

### 1. Teil: Entstehen des Anspruchs

1. Abschluss eines Arbeitsvertrages
2. Keine Beendigung des Arbeitsverhältnisses (bsp. durch Kündigung)

### 2. Teil: Nichtleistung der Arbeit. Folge im allgemeinen: Erlöschen des Anspruchs nach § 326 Abs. 1 BGB, "Ohne Arbeit kein Lohn". Ausnahme: Eine der Anspruchsgrundlagen für "Lohn ohne Arbeit", hier: § 3 Abs. 1 EFZG

#### 1. Anspruchsvoraussetzungen

- a) Bestehen eines Arbeitsvertrags
- b) Erfüllung der Wartezeit nach § 3 Abs. 3 EFZG
- c) Krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit
- d) Kausalität zwischen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit und Nichtleistung der Arbeit

## 2. Anspruchshindernisse

- a) Verschulden des Arbeitnehmers
- b) Leistungsverweigerungsrechte des Arbeitgebers

## 3. Rechtsfolge

- a) Entgeltfortzahlung : Dauer
- b) Entgeltfortzahlung : Höhe

# E. URLAUB

## I. FÄLLE

**Fall Nr. 65:** *Der 36jährige Müller ist Orchestermusiker im Städtischen Orchester von Halle. Der Arbeitsvertrag enthält in § 10 folgende Regelungen:*

1. *Jeder Musiker erhält einen Jahresurlaub unter Fortzahlung der Dienstbezüge.*
2. *Der Urlaub beträgt 6 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 4 Wochen betragen.*

*Müller ist 1999 während der gesamten 6wöchigen Orchesterferien krank. Im Anschluss an seine Krankheit will ihm die Stadt nur einen vierwöchigen Erholungsurlaub gewähren. Müller meint, eine Kürzung des Urlaubs verstoße gegen das Urlaubsgesetz und sei mithin unzulässig. Rechtslage?*

**Fall Nr. 66:** *Die bei K beschäftigte Sekretärin S beantragt für den gesamten Juli bei ihrem Arbeitgeber Erholungsurlaub. Während des Zeitraums arbeitet S in einer Nachbar als Strip-teasetänzerin gegen eine Vergütung von € 100 pro Tag. Als K eines Abends die S bei einer Vorführung wieder erkennt ist er einerseits erfreut, andererseits erzürnt. Er ist der Ansicht, dass S nicht berechtigt sei, während des Urlaubs zu arbeiten. Nach Beendigung des Urlaubs verlangt er von S deshalb die während des Urlaubs fortgezahlte Vergütung zurück. Mit Erfolg?*

**Fall Nr. 67:** *Senta Thorens ist seit dem 1.2.1992 beim SFB als Sprecherin angestellt. Sie ist ziemlich schüchtern, sie will ihre Urlaubswünsche total den Bedürfnissen des Senders unterordnen. So kommt es, dass sie erst am 15.4.1993 an die Direktion ein Schreiben richtet mit der Anfrage, wann sie denn wohl mit dem Urlaub für 1992 rechnen könne. Ihr wird lakonisch geantwortet: der Urlaub sei verfallen; eine Übertragung auf das Jahr 1993 wäre nur ausnahmsweise, bei Vorliegen dringender betrieblicher oder persönlicher Gründe statthaft gewesen, § 7 Abs. 3 BUrlG, die hier aber nicht vorlägen.*

a) Frau Thorens ist maßlos enttäuscht. Mit Grund?

b) Wie ist die Rechtslage, wenn Frau Thorens' Urlaub für den Dezember 1992 festgelegt worden war, sie aber im November 1992 schwer erkrankte und erst am 6.4.1993 wieder zum Dienst erscheinen konnte?

## II. ZAHLEN (nach Otto, Einführung in das Arbeitsrecht, Rn. 348)

§ Seit 1994 per Gesetz Mindesturlaub von 24 Werktagen (§ 3 Abs. 1 BUrlG).

§ Tarifvertraglich bestimmte und vielfach einzelvertraglich übernommene Urlaubsdauer: 29,2 Arbeitstage durchschnittlich in den alten Bundesländern, 25,7 Arbeitstage in den neuen Ländern.

§ ANSPRUCH AUF JAHRESURLAUB<sup>72</sup>

1903 -	3 Tage	Nur Metallindustrie, Brauereien
1930 -	3-15 Tage	Nach Dauer der Betriebszugehörigkeit, in verschiedenen Branchen
1946 -	12 Werktage	Gesetzlicher Mindesturlaub
1963 -	15-18 Werktage	Gesetzlicher Mindesturlaub
1974 -	18 Werktage	Gesetzlicher Mindesturlaub
1995 -	24 Werktage	Gesetzlicher Mindesturlaub

## III. GRUNDSÄTZE

### 1. Urlaubsgewährung als Ausfluss der Fürsorgepflicht

§ Erholungsurlaub nach dem BUrlG (Mindesturlaub)

Wichtige Begriffe: Urlaubsentgelt, Urlaubsgeld, Urlaubsabgeltung

Vorrang des Urlaubszweckes = Freizeit vor Abgeltung

Grundsätzliche Unabdingbarkeit des BUrlG (vgl. § 13 I 1), aber auch tarifdispositive Normen, aaO.

§ Zusätzlicher Urlaub aufgrund von Arbeitsschutzgesetzen

§ 19 JArbSchG

§ 47 SchwbG

§§ 15 ff BErzGG

§ Bildungsurlaub (aufgrund von Landesgesetzen, Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen)

### 2. Urlaubsrecht: Systematik

**Grundsatz:** Jeder Arbeitnehmer hat in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub (§ 1 BUrlG).

#### **Einzelheiten:**

1. Rechtsnatur des Urlaubsanspruchs: Nach BAG (z.B. 9.6.1998, NZA 1999, 80 ff) ein durch das Bundesurlaubsgesetz bedingter Freistellungsanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber, von den vertraglichen Arbeitspflichten befreit zu werden, ohne dass die Pflicht zur

---

<sup>72</sup> Quelle: [www.bma.de/de/arbeit/arbeitsrecht](http://www.bma.de/de/arbeit/arbeitsrecht), 22.4.99

Zahlung des Arbeitsentgelts berührt wird. Dementsprechend hat AG gegenüber dem Urlaubsbegehren des AN in bestimmten Fällen ein Leistungsverweigerungsrecht, § 7 I 1 BUrlG.

2. Zweck des Urlaubs: Erholung, Erhaltung der Gesundheit, Selbstverwirklichung. Folge: zusammenhängende Gewährung des Urlaubs; Abgeltung durch Geldzahlung nur ausnahmsweise zulässig (§ 7 BUrlG).

3. Voraussetzung des gesetzlichen Urlaubsanspruchs:

a) AN-Eigenschaft (vgl. § 1 BUrlG). Dazu zählen auch studentische Aushilfskräfte (BAG vom 23.6.1992, AP Nr. 22 zu § 1 BUrlG; vom 19.1.1993 = NZA 1993, 988 ff)

b) 6-monatiges Bestehen des Arbeitsverhältnisses (§ 4 BUrlG).

4. Dauer des Urlaubs: 24 Tage. Jugendliche und Schwerbehinderte haben Anspruch auf Zusatzurlaub (§§ 47 SchwbG, 19 JArbSchG); ggf. Anrechnung bei Arbeitsplatzwechsel.

5. Festlegung des Zeitpunkts: durch den AG, aber Berücksichtigung der Wünsche des Arbeitnehmers gem. § 7 I BUrlG. Urlaubsplan unterliegt der Mitbestimmung des Betriebsrats, § 87 I Nr. 5 BetrVG.

6. Urlaubsentgelt, § 11 II BUrlG. Höhe: Durchschnittsverdienst der letzten 13 Wochen (Sog. Referenzprinzip). Zusätzliches Urlaubsgeld möglich aufgrund Tarifvertrags, Betriebsvereinbarung oder Einzelarbeitsvertrags.

7. Verbot, während des Urlaubs eine dem Urlaubszweck widersprechende Tätigkeit auszuüben, § 8 BUrlG. Rechtsfolgen eines Verstoßes?

8. Wird der Urlaub weder im laufenden Kalenderjahr noch im Übertragungszeitraum (§ 7 III 3 BUrlG) gewährt und genommen, so erlischt er (arg. e § 7 III 1-3 BUrlG). D.h. der Urlaubsanspruch besteht **im**, nicht **für** das Kalenderjahr.

9. Urlaubsabgeltung nach Maßgabe von § 7 IV BUrlG: wenn und soweit der Urlaubsanspruch wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr erfüllt werden kann. In diesem Zusammenhang Problem, ob AG im Falle der Kündigung des Arbeitsverhältnisses (durch AG oder AN) vorhandenen Resturlaubsanspruch durch Freistellung während der Kündigungsfrist „verrechnen“ kann (vgl. ErfK / Dörner, § 7 BUrlG Rn. 20).

10. Die durch ärztliches Attest nachgewiesenen Tage von Arbeitsunfähigkeit werden nicht auf den Urlaub angerechnet, § 9 BUrlG.

## ZUR BERECHNUNG / WERK- UND ARBEITSTAGE

Nach § 3 Abs. 1 BUrlG beträgt der Erholungsurlaub für Arbeitnehmer ab 1. 1. 1995 mindestens 24 Werktage. Gesetzliche Feiertage bleiben ebenso wie Sonntage bei der Berechnung des Urlaubs außer Betracht (§ 3 Abs. 2 BUrlG). Wenn also ein Wochenfeiertag in den Urlaub fällt, braucht man für diesen Tag nicht den Erholungsurlaub anzutasten.

Zu beachten:

Die Urlaubsdauer entspricht auch dann der Urlaubsdauer für einen ganztägig beschäftigten Arbeitnehmer, wenn man stundenweise, tageweise oder nebenberuflich arbeitet.

Wer etwa halbtags in der Fünftagewoche arbeitet, dem stehen vier volle Wochen (24 Werktage) Urlaub zu.

Als das Bundesurlaubsgesetz am 1. 1. 1963 in Kraft trat, gab es praktisch noch keine Fünftagewoche. Durch ihre Einführung wurde aber die Umrechnung der im Gesetz angegebenen Werktage in Arbeitstage notwendig. BAG vom 27.1.1987, NZA 1987, 462: Ist der Urlaubsanspruch eines Arbeitnehmers nach Werktagen bemessen, muss er dann in Arbeitstage umgerechnet werden, wenn die Arbeitszeit für den Arbeitnehmer nicht auf alle Werktage einer Woche verteilt ist.

Die Berechnungsformel sieht für den gesetzlichen Mindesturlaubsanspruch nach dem BUrlG wie folgt aus:

Die Anzahl der Werktage wird durch sechs geteilt und mit der Zahl der Arbeitstage, die der Arbeitnehmer innerhalb der Woche leisten muss, malgenommen.

24 Werktage ergeben bei einer Fünftagewoche 20 Arbeitstage ( $24:6=4$ ;  $4 \times 5=20$ ).

Eine andere Berechnung ergibt sich, wenn die regelmäßige Arbeitszeit auf einen Zeitraum verteilt ist, der mit der Kalenderwoche nicht übereinstimmt. Hier muss dann für die Umrechnung eines nach Arbeitstagen bemessenen Urlaubsanspruchs auf längere Zeitabschnitte als eine Woche, unter Umständen sogar auf das Kalenderjahr, abgestellt werden (vgl. [BAG vom 22. 10. 1991, NZA 1993, 79](#))

#### ZUSAMMENSTELLUNG DER WICHTIGSTEN JUDIKATUR:

Bieler / Heilmann, Urlaubsrecht, AiB 1998 Nr. 7, 7 und 8 (S. 334 ff, 395 ff, 457 ff)

### Immer wieder auftauchende Fragen

#### A. Aus: TURNUS-Brief August 2002

##### **Kann man mit dem "Abbummeln" von Überstunden seinen Urlaub verlängern?**

Ja, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer einverstanden sind. Hierbei ist nur eines zu beachten: Im Krankheitsfall erhält der Arbeitnehmer keine Gehaltsfortzahlung und kann den Freizeitausgleich, im Gegensatz zu Urlaubstagen, auch nicht gutschreiben lassen. Warum? Entgeltfortzahlung gibt es nur, wenn durch die Krankheit Arbeitsverdienst ausfällt. Das ist aber hier nicht der Fall, denn der Arbeitnehmer baut ja nur- nicht gesondert vergütete - Überstunden ab. Und "verschieben" kann man diese Stunden im Krankheitsfall auch nicht, denn abgebummelte Überstunden gelten als Freizeit, nicht als Urlaub. Es gilt in diesem Fall das gleiche wie bei Krankheit am Wochenende oder an Feiertagen: Leider Pech gehabt.

##### **Wie lange sollte der Urlaub mindestens dauern?**

Das Gesetz schreibt vor, dass der Urlaub zusammenhängend, also mindestens einmal zwei Wochen am Stück, zu gewähren ist. Eine Aufteilung des Urlaubs auf verschiedene einzelne Tage widerspricht dem Willen des Gesetzgebers, der in diesem Fall den Erholungseffekt gefährdet sieht. Der Arbeitnehmer kann also mindestens einen zweiwöchigen Urlaub pro Jahr verlangen. Wünscht er dagegen selbst eine Verteilung auf einzelne Tage, und der Arbeitgeber ist einverstanden, dann verbietet das der Gesetzgeber nicht.

##### **Sind Betriebsferien für alle Arbeitnehmer bindend?**

Ja, wenn sie mit dem Betriebsrat abgestimmt sind. Ein Arbeitnehmer kann jedoch auch außerhalb dieser Zeit Urlaub nehmen, wenn er stattdessen während der Betriebsferien anderweitig beschäftigt werden kann. Geht das nicht und hat er auch keinen Resturlaub, dann muss er unbezahlten Urlaub nehmen.

##### **Kann der Arbeitgeber den Urlaub kurzfristig verlegen?**

Normalerweise nicht. Auch wenn der Urlaubsschein noch nicht unterschrieben ist, gilt die Urlaubsliste, in die der verbindlich eingeteilte Jahresurlaub (nicht bloß die Urlaubswünsche!) eingetragen ist, als bindend. Der Arbeitgeber darf einen solchen Urlaub nur aus dringenden betrieblichen Gründen (z.B. plötzliche Erkrankung anderer Kollegen) verschieben und muss dem Arbeitgeber in diesem Fall alle dadurch entstehenden Kosten (Stornogebühren, Aufpreise bei Neubuchungen etc.) ersetzen.

##### **Was passiert, wenn der Arbeitnehmer im Urlaub krank wird?**

Man kann nicht gleichzeitig Urlaub haben und krank sein, sagt das Gesetz. Wenn man also im Urlaub erkrankt und vom Arzt krankgeschrieben wird, werden die in die Krankheit fallenden Urlaubstage nachträglich wieder gutgeschrieben. Der Arbeitgeber muss darüber auf jeden Fall sofort informiert werden. Was auf keinen Fall erlaubt ist: Die übrigen Tage einfach, ohne Rücksprache mit dem Arbeitgeber, hinten dranhängen, denn damit riskiert man, genauso wie beim eigenmächtigen Urlaubsantritt, zumindest eine Abmahnung.

##### **Kann der Arbeitgeber den Mitarbeiter aus dem Urlaub zurückholen?**

Nein, auf keinen Fall! Selbst wenn der Mitarbeiter vorher eine entsprechende Verpflichtung unterschrieben hat und "betrieblicher Bedarf" besteht. (siehe dazu auch Urteil des BAG, 9 AZR 404/99). Eine solche Vereinbarung ist nämlich schlichtweg unwirksam!

##### **Darf man während des Urlaubs (woanders) arbeiten?**

Nein, grundsätzlich nicht, denn der Urlaub soll vorrangig der Erholung dienen. Erlaubt sind allerdings "eigenwirtschaftliche" Tätigkeiten, also z.B. Bau oder Renovierung der eigenen Wände oder Gefälligkeitsarbeiten für den Nachbarn. Wer dagegen im Urlaub heimlich bei einem anderen Arbeitgeber jobbt, riskiert die Kündigung! Das gleiche gilt übrigens für Jobs am Feierabend und Wochenende, d.h. Nebentätigkeiten müssen dem Arbeitgeber angezeigt und in vielen Fällen (siehe Arbeitsvertrag o.ä.) auch genehmigt werden.

### **Darf man im Urlaub auch gefährliche Sportarten ausüben?**

Ja, solange man sich nicht wirklich leichtsinnig (im Juristendeutsch: "grob fahrlässig" verhält; denn nur in diesem Fall dürfte der Arbeitgeber die Entgeltfortzahlung verweigern, wenn man sich dabei verletzt und anschließend arbeitsunfähig krank ist. Aber selbst Drachenfliegen wird vom BAG als "nicht besonders gefährlich" angesehen, wenn man sich nicht gleich als völliger Anfänger ohne fachkundige Anleitung in die Lüfte schwingen will.

## **B. Diversa**

1. AG darf bei Personalknappheit Urlaub kürzen: ArbG Frankfurt /Main vom 4.6.2002, Neues Arbeitsrecht für Vorgesetzte, Magazin Januar 2003 S. 9. Italienische Reinigungskraft in Altenheim hatte 4 Wochen „Heimurlaub“ beantragt; AG hatte nur 3 Wochen genehmigt wegen Personalknappheit. Zu Recht, da Personalknappheit ein „wichtiger betrieblicher Grund“ für die teilweise Ablehnung eines Urlaubsantrags sei.
2. Urlaubssperre nur möglich, wenn hierfür dringende betriebliche Gründe vorliegen. Diese Gründe müssen sehr plausibel sein. Keinesfalls reicht hierfür die Erwartung von Aufträgen. – Kommt es zu einer Urlaubssperre, muss die AG eventuell die Stornokosten für die abgesagten Urlaubsreisen der Mitarbeiter tragen.
3. Das Zurückholen von AN aus dem Urlaub ist grundsätzlich nicht gestattet.



## Lektion Nr. 10: Telearbeit

### Literaturhinweise:

- § Däubler, Arbeitsrecht 2, 10. A., 1995, S. 1007 ff
- § Fenski, Außerbetriebliche Arbeitsverhältnisse, 2. A., 1999 (Luchterhand)
- § Kilian-Borsum-Hoffmeister, Telearbeit und Arbeitsrecht. Forschungsbericht, hg. vom BuMin für Arbeit und Sozialordnung, Bonn 1987
- § Elektronische Fernarbeit – Mehr Selbständigkeit per Computer? AiB 1984, 104 ff
- § Betriebsvereinbarung Arbeit zu Hause. – Betriebsvereinbarung IBM zur Telearbeit. AiB 1992, 133 ff
- § Peter, Kernfragen der Telearbeit, DB 1998, 573 ff
- § Preuß, Jens: Regelungsbedarf bei Telearbeit, Der Betriebsrat 6/97 S. 89 ff
- § Wank, Telearbeit, NZA 1999, 225 ff
- § Wedde, Telearbeit, 1994

FHW-Diplomarbeit: Neumann, Frauke, Arbeitsrechtliche Probleme bei der Gestaltung von Telearbeit und Lösungsversuche bei Firmen im Großraum Berlin, FHW Berlin, WS 1998/99.

### Diskussionspunkte:

1. Steigende Bedeutung (dieser Form der Heimarbeit), aber keine verlässlichen Zukunftsprognosen. Immerhin: Neues Arbeitsrecht für Vorgesetzte, Magazin Januar 2003 (S. 6) sieht Telearbeit auf dem Vormarsch. Erwartet Anstieg von derzeit 4,5 Mio Beschäftigten in dieser Arbeitsform auf rund 17 Mio in den nächsten 10 Jahren.
2. Wem dient die elektronische Fernarbeit? (AG-Perspektive, AN-Perspektive)
3. Telearbeit und arbeitsrechtliche Grundsätze:
  - arbeitsvertragliche Regeln
  - betriebsverfassungsrechtliche Regeln (u.a. Beteiligung des BR bei Versetzung und bei Betriebsänderungen; der ausgelagerte Tele-Arbeitsplatz gehört zum Betrieb, vgl. Trümmer, in: Däubler/Kittner/Klebe, Betriebsverfassungsgesetz, 5. A., 1996, Rn. 35 ff)
4. Tarifvertrag über Telearbeit bei der Deutschen Telecom AG / der T-Mobil vom 8.10.1998, NZA 1998, 1214 ff, <http://www.tarifvertrag.de/>

TELEARBEIT - Ein kurzer Überblick von: Bruno Schierbaum, Oldenburg (Quelle: Newsletter 94 von arbeitsrecht.de)

Telearbeit ist in Deutschland seit den achtziger Jahren in der Diskussion, wobei man zu dieser Zeit den Telearbeiter suchen musste, "wie eine Nadel im Heuhaufen". Dieses sieht heute anders aus: Aktuell wird davon ausgegangen, dass es in Deutschland über 800.000 Telearbeiter gibt. Die Zahlen aber auch die Diskussionen in Betrieben und Behörden zeigen, dass Telearbeit mittlerweile eine weitgehend akzeptierte Form der Arbeitsgestaltung ist. Dieses ist jedenfalls dann der Fall, wenn sie durch Tarifvertrag, Betriebs- oder Dienstvereinbarung oder Einzelvertrag so gestaltet wird, dass die Nachteile minimiert und die Vorteile sowohl für die Beschäftigten als auch für die Unternehmen zum Tragen kommen

Was ist Telearbeit

Man spricht dann von Telearbeit, wenn eine auf Informations- und Kommunikationstechnik gestützte Tätigkeit ausgeführt wird, die ausschließlich oder zeitweise an einem außerhalb der zentralen Betriebsstätte liegenden Arbeitsplatz verrichtet wird. Dieser Arbeitsplatz ist mit der zentralen Betriebsstätte durch elektronische Kommunikationsmittel verbunden. Beschäftigt man sich jedoch näher mit dem Thema, wird man schnell feststellen, dass es "die" Telearbeit nicht gibt. In der Praxis werden folgende Organisationsformen unterschieden: Tele-Heimarbeit (isolierte Telearbeit): ausschließliche Arbeit zu Hause - Alternierende Telearbeit: Kombination aus Büroarbeit und Telearbeit zu Hause - Telearbeit in Wohnortnähe: Satelliten- und Nachbarschaftsbüros - Mobile Telearbeit: Arbeit an beliebigen Orten, u.U. auch zeitweise zu Hause.

## Lektion Nr. 11: Arbeitsunfallschutz

### Ø INHALT

- A. Fälle
- B. Theorie
  - I. Privatrechtlicher Unfallschutz
  - II. Öffentlichrechtlicher Unfallschutz

\*\*\*

### A. FÄLLE

**Fall Nr. 68:** Der Sozialpädagogen Söhnke arbeitet seit 1991 in einer Klinik für Jugendpsychologie in Bad Zwischenahn. Träger der Klinik ist Talmi. Sowohl in seinem Arbeitszimmer als auch in den anderen Räumen der Klinik treten immer wieder Fliegenplagen auf. Nach kurzer Zeit sterben die Fliegen jedoch wieder. Seit dem Sommer 1994 leidet Söhnke unter Herzbeschwerden, Nackenkopfschmerzen und allgemeinem Erschöpfungszustand. Daraufhin verlangt er eine Schadstoffuntersuchung mit der Begründung: "Was den Fliegen schade, schädige auch sie." Untersuchungen ergeben, dass unter anderem die Fensterrahmen des Klinikgebäudes mit Holzschutzmitteln behandelt wurden, die Pentalachlorphenol (PCP) und Lindan wie Dioxine und Furane enthalten. Diese Schadstoffe sind bei der Überschreitung von gewissen Grenzwerten gesundheitsgefährdend. Allerdings kommen sie heutzutage überall vor, so dass inzwischen jede Person diese Schadstoffe über Nahrung, imprägnierte Textilien oder in Arbeits- oder Aufenthaltsräumen in sich aufnimmt. In der Klinik liegt die Raumluftbelastung innerhalb der üblichen Hintergrundbelastung. Die Konzentrationen im Blut von Söhnke entsprechen ebenfalls denen im Bevölkerungsdurchschnitt. Söhnke leidet an einer Überempfindlichkeit gegenüber diesen Schadstoffen. Im Oktober 1996 setzt Söhnke dem Talmi in einem Schreiben eine Frist, bis zum 30.11.1996 Schutzmaßnahmen in seinem Arbeitszimmer durchzuführen oder ihm auf andere Weise einen gesundheitsunschädlichen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen; andernfalls würde er sich auf ein Leistungsverweigerungsrecht berufen. Talmi lehnt dies im Hinblick auf die Untersuchung ab. Ferner weist er auf unverhältnismäßig hohe Kosten für entsprechende Schutzmaßnahmen im Arbeitszimmer des Söhnke hin. Allerdings bietet er Söhnke die Versetzung in eine andere Klinik an. Söhnke hält dies wegen einer sich daraus ergebenden Verlängerung des Arbeitswegs für unzumutbar und erscheint ab dem

1.12.1996 nicht mehr zur Arbeit. Daraufhin stellt Talmi die monatlichen Gehaltszahlungen i.H.v. 3.000,- DM ein. Einer anderen Tätigkeit kann Söhnke aufgrund seines Gesundheitszustandes nicht nachgehen.

Söhnke erscheint bei Ihnen am 1.3.1997 und fragt, ob er einen Anspruch auf Gehalt seit dem 1.12.1996 hat.

Rechtsprechungshinweise: [BAG vom 19.10.1997](#), NZA 1997, 821 ff [n asbest.doc]  
[BAG vom 8.5.1996](#), NZA 1997, 86 ff [n 618BGB.doc]

## B. THEORIE

Das Arbeitsschutzrecht unterscheidet herkömmlich den sozialen vom technischen Bereich. Bezweckt der **soziale** Arbeitsschutz den Schutz des AN in seiner besonderen Situation als abhängig Beschäftigter und seine Sicherung in besonderen Lebenslagen (z.B. KSchG, Arbeitszeitrecht, MuSchG, JArbSchG, SchwbG), geht es beim **technischen** Arbeitsschutz um Sicherheit am Arbeitsplatz, d.h. um den Schutz vor gesundheitlichen Gefährdungen bei der Arbeit und durch die Arbeit. Ziel sind Unfallschutz und Vermeidung von Berufskrankheiten und arbeitsbedingten Erkrankungen. Dieser - technische - Schutz wird durch Maßnahmen auf der privatrechtlichen sowie der öffentlich-rechtlichen Ebene realisiert.<sup>73</sup>

### I. Privatrechtlicher Unfallschutz

Hier liegt eine Nebenpflicht des AG vor (sog. Schutzpflicht, vgl oben S. 134). Rechtsgrundlage: §§ 617, 618 BGB, die gem. § 619 BGB unabdingbar sind.

Preis (a.a.O., § 37 II 1, S. 384) spricht davon, dass die Vorschriften geradezu einen „Klassiker unter den gesetzlichen Konkretisierungen der Schutzpflicht des Arbeitgebers bilden“.

Regelungsbereich des § 618 Abs. 1 BGB ist hauptsächlich die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Verhütung von Gefahren für Leben und Gesundheit bei der Verrichtung der Arbeit ("Räume, Vorrichtungen oder Gerätschaften"). § 62 Abs. 1 HGB enthält eine weitgehend ähnliche Regelung für die kaufmännischen Angestellten. Die Bedeutung von § 618 BGB ist heute geringer geworden angesichts der zahlreichen, gerade auf den Schutz von Leben, Körper und Gesundheit bezogenen, dem öffentlichen Recht zugehörigen Vorschriften des Arbeitsschutzrechts, die alle eine Konkretisierung der in § 618 BGB enthaltenen Schutzpflicht des Arbeitgebers darstellen. Diese öffentlich-rechtlichen Normen begründen auch unabdingbare vertragliche Pflichten; der Anwendungsbereich des § 618 BGB ist daher inzwischen stark geschrumpft. Als Auffangtatbestand für alle nicht spezialgesetzlich geregelten Fälle hat die Vorschrift aber weiterhin Bedeutung. So spielt § 618 BGB neuerdings eine Rolle für die Frage, ob der Arbeitnehmer einen Anspruch auf einen rauchfreien Arbeitsplatz hat. Das BAG hat einen solchen Anspruch aus § 618 BGB verneint, wenn dies zu einer Einschränkung der erlaubten unternehmerischen Betätigung führen würde. BAG 8.5.1996, NZA 1996, 927 ff: *Solange das Rauchen an Bord von Verkehrsflugzeugen noch nicht gesetzlich verboten ist, haben Flugbegleiter keinen Anspruch darauf, dass die Fluggesellschaft den Passagieren das Rauchen verbietet.*

### II. Öffentlich-rechtlicher Unfallschutz

Überlagert und ergänzt werden die vertraglichen Schutzpflichten durch Normen des öffentlichen Rechts, die dem Arbeitgeber die Einhaltung eines bestimmten Mindeststandards in bezug auf die Gestaltung der Arbeitszeit und der Arbeitsumgebung (Arbeitssicherheit, Gesund-

---

<sup>73</sup> Einzelheiten bei Memento – Personal 2000, Rn. 1150-1153

heitsschutz) auferlegen und Verstöße mit hoheitlichen Maßnahmen (Bußgelder, Verwaltungszwang) sanktionieren. Neben ihren primären verwaltungsrechtlichen Verpflichtungen begründen sie zugleich entsprechende unabdingbare Vertragspflichten.

Öffentlich-rechtliche Arbeitsschutzvorschriften haben mithin eine Doppelnatur; ihre Einhaltung ist auch arbeitsvertraglich geschuldet. M.a.W. der AN hat einen privatrechtlichen Anspruch gegen den AG auf Einhaltung der Schutzvorschriften, z. B. auf Zurverfügungstellung einer erforderlichen Schutzausrüstung. Hinzu kommt, dass die meisten Gesetze und Verordnungen des Arbeitsschutzrechts Schutzgesetzcharakter i.S. von § 823 Abs. 2 BGB haben, so dass Pflichtverletzungen des Arbeitgebers regelmäßig auch Schadensersatzansprüche der betroffenen Arbeitnehmer nach sich ziehen können.

Schließlich ist in diesem Zusammenhang noch das Leistungsverweigerungsrecht des AN (§§ 618 I, 273 BGB) zu erwähnen, vom BAG kürzlich bestätigt für den Fall eines asbestverseuchten Arbeitsplatzes (BAG vom 19.2.1997, NZA 1997, 821 ff). Vgl. in diesem Zusammenhang auch § 21 Abs. 56 S. 2 GefahrstoffVO: „Besteht durch die Überschreitungen nach Satz 1 eine unmittelbare Gefahr für Leben oder Gesundheit, hat der einzelne Arbeitnehmer das Recht, die Arbeit zu verweigern.“

Im einzelnen handelt es sich hauptsächlich um folgende Bestimmungen:

#### Europäisches Recht

- Art. 118a EGV nebst 13 Richtlinien zum Arbeitsschutz (Umsetzung u. a. in der GefahrstoffVO vom 26.10.1993).
- Richtlinie 89/391/EWG vom 12.6.1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit .

#### Nationales Regelwerk

Sog. duales System: einerseits der staatliche Bereich und seine Vorschriften (Gesetze, Verordnungen etc.), andererseits der autonome Bereich, der den selbstverwalteten Trägern der Unfallversicherung übertragen ist und inhaltlich durch Unfallverhütungsvorschriften, Richtlinien usw. bestimmt wird. Ergänzung weiterhin durch die Regelungskompetenz der Tarifvertragsparteien und des Betriebsrats / Personalrats.

##### *- Staatlicher Bereich*

- Arbeitsschutzgesetz vom 7.8.1996 (Umsetzung der erwähnten Richtlinie 89/391/EWG)
- Arbeitssicherheitsgesetz vom 12.12.1973
- Jugendarbeitsschutzgesetz vom 12.4.1976
- VO über den Kinderarbeitsschutz vom 23.6.1998
- BildschirmarbeitsVO vom 4.12.1996
- GefahrstoffVO vom 15.11.1999

##### *- Autonomer Bereich*

#### u. a. Unfallverhütungsvorschriften der gesetzlichen Unfallversicherung

#### Literaturhinweis:

Deinert, Arbeitsunfallschutz und Ausgleich von Personenschäden, AiB 1998, 85 ff

## Lektion Nr. 12: Betriebsübergang

Ø EINFÜHRENDE LITERATUR: Brox, Rn. 223a-223h

Ø INHALT

C. Fälle

D. Theorie

1. Begriff
2. Voraussetzungen des Betriebsübergangs
3. Rechtsfolgend es Betriebsübergangs
4. Probleme

### A. FÄLLE

**Fall 69:** *A ist Inhaber eines chinesischen Restaurants. Neben anderen Arbeitnehmern ist in diesem auch der Chinese You als Kellner beschäftigt. Eines Tages entschließt sich A dazu, das Lokal zu verpachten. Er wird sich hierbei mit B einig, der anschließend in den Räumen ein gutbürgerliches Feinschmeckerlokal eröffnen will. A unterrichtet die bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer hiervon und schließt das Lokal zum vereinbarten Übergabezeitpunkt. Als You bei B erscheint und seine Dienste anbietet, ist B der Ansicht, dass er mit You keinen Arbeitsvertrag abgeschlossen habe und ihn deshalb nicht beschäftigen müsse. You beharrt hingegen auf einer Tätigkeit als Kellner für B. Hat You Recht?*

**Fall Nr. 70:** *Die Hamburger Hafen-Betriebs-GmbH, verkauft ihren Teilbetrieb "Stauerei" an die Kromma-AG. Arbeiter Putinski widerspricht dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses. Die Hafen-Betriebs-GmbH kündigt daraufhin das Arbeitsverhältnis von Putinski aus betriebsbedingten Gründen. Putinski hält die Kündigung für sozial ungerechtfertigt. Sein Arbeitsplatz in der Stauerei sei zwar weggefallen. Er könne im verbleibenden Betriebsrest der Hafen-Betriebs--GmbH jedoch weiter beschäftigt werden. Zudem sei die soziale Auswahl nicht ordnungsgemäß vorgenommen worden. Es gäbe, was sich später im Prozess als richtig erweist, bei der Beklagten zumindest folgende vier weniger schutzbedürftige, vergleichbare Arbeitnehmer: Adolin, Baccara, Cata und Doll. Putinski erhebt fristgerecht Kündigungsschutzklage gegen die Hafen-Betriebs--GmbH.*

*Erfolgsaussichten?*

Rechtsprechungshinweis: [BAG vom 7.4.1993](#), NZA 1993, 795 ff.

## B. THEORIE

Provisorische Gliederung:

### I. Begriff

Ein Betriebsübergang liegt vor, wenn ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft (z. B. Kaufvertrag, Pachtvertrag, Schenkung) von dem bisherigen Inhaber auf einen neuen Inhaber übertragen wird (§ 612a BGB).

(Auszug aus Schoof)

Ausgehend von einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) v. 14.4.1994 (NZA 1994, 545 ff) hat sich eine umfangreiche Rechtsprechung zu der Frage entwickelt, ob die schlichte Auftragsvergabe an eine Fremdfirma (sog. Funktionsnachfolge) ein Betriebsübergang im Sinne der – für bundesdeutsche Gerichte maßgeblichen – EG-Richtlinie sein kann. Der EuGH hat durch weitere Entscheidungen (insbes. EuGH v. 11.3.1997, AiB 1997, 477) klargestellt, dass ein Betriebsübergang auch dann vorliegen kann, wenn keine relevanten materiellen oder immateriellen Betriebsmittel übernommen werden, was im Dienstleistungsbereich (z.B. Reinigungsbranche) vielfach der Fall ist. Entscheidend sei, ob von einer auf Dauer angelegten wirtschaftlichen Einheit gesprochen werden könne und ob die Identität dieser Einheit nach dem Übergang der Dienstleistungsaufgabe auf einen anderen Unternehmer erhalten geblieben sei. Sei dies zu bejahen, liege ein Betriebsübergang vor. Eine wirtschaftliche Einheit in diesem Sinne sei eine organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Für die Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit nach der Fremdvergabe des Auftrags und damit für einen Betriebsübergang kann nach Auffassung des EuGH – falls keine materiellen oder immateriellen Betriebsmittel übergehen – der Umstand sprechen, dass ein nach Zahl und Sachkunde **wesentlicher Teil der Belegschaft** von dem neuen Unternehmer übernommen wird. Sei (auch) das nicht der Fall, liege kein Betriebsübergang vor.

Am 29. 6. 1998 ist die europäische Betriebsübergangsrichtlinie 77/187/EWG an die Rechtsprechung des EuGH angepasst worden. In Teil 1 Art. 1 Abs. 1b wird der Begriff »Übergang« wie folgt definiert: »Als Übergang im Sinne dieser Richtlinie gilt der Übergang einer die Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit«. Die Richtlinie ist bis zum 17.7.2001 in nationales Recht umzusetzen. Europarechtlich ist damit der Streit um den Begriff »Betriebsübergang« geklärt. Die Gerichte sind bei der Auslegung des § 613a BGB an die geänderte Richtlinie gebunden.

### II. Voraussetzungen des Betriebsübergangs

1. Übergang des Betriebs oder eines Betriebsteils
2. Übergang auf einen anderen Inhaber
3. Übergang durch Rechtsgeschäft

### III. Rechtsfolgen des Betriebsübergangs

1. Übergang der Arbeitsverhältnisse
2. Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers

3. Fortgeltung von Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung
4. Weiterhaftung des ehemaligen Betriebsinhabers
5. Keine Kündigung "wegen" des Betriebsübergangs

#### **IV. Probleme**

1. Nichtiges Übertragungsgeschäft, z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit des Veräusserers.  
Memento, Rn 3636: es kann sowohl ein Kaufvertrag als auch ein Pacht- oder Mietvertrag sowie ein Gesellschaftsvertrag etc. vorliegen. Es ist auch ein Übergang durch **mehrere Rechtsgeschäfte** möglich. Ein Betriebsübergang liegt auch dann vor, wenn das Grundgeschäft, z.B. der Kaufvertrag, **nichtig** ist.

## **Teil III**

### **Beendigung des Arbeitsverhältnisses**



## Lektion Nr. 13: Einführung in das Kündigungsrecht: System und zusammenfassende Kurzdarstellung

### Ø INHALT

- A. Vorbemerkungen
- B. System des Kündigungsrechts – Kurzdarstellung
  - I. Das System
  - II. Zusammenfassende Kurzdarstellung
    - Nr. 1: Was allen Kündigungen gemeinsam ist ...
    - Nr. 2: Die ordentliche Kündigung
      - 1 - Gemeinsamkeit: Kündigungsfrist
      - 2 - Kündigung mit Kündigungsschutz
      - 3 - Kündigung ohne Kündigungsschutz
    - Nr. 3: Die außerordentliche Kündigung
    - Nr. 4: Die Bestandteile einer Kündigung - Schema
    - Nr. 5: Kündigungsrecht – ein Fristenrecht

\*\*\*

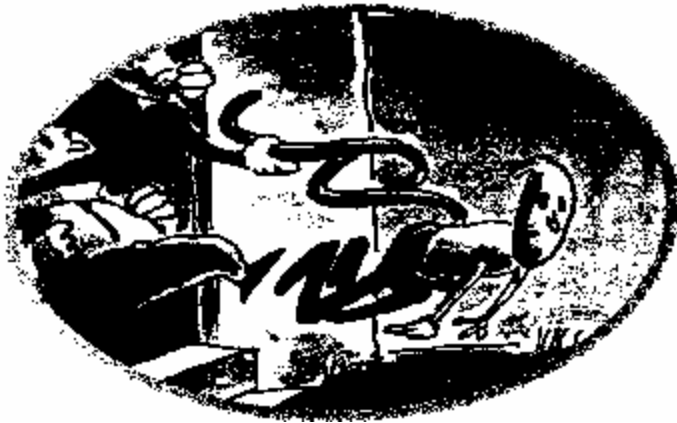
### A. Vorbemerkungen

Überlegen Sie selbst: Beenden folgende „Tatsachen“ ein Arbeitsverhältnis, ipso iure, also ohne weiteres Zutun?

- § Anfechtung des Arbeitsvertrages (genauer: der arbeitgeberseitigen Willenserklärung)
- § Tod des AN
- § Tod des AG bzw. Auflösung der Firma (als juristischer Person)
- § Eröffnung des Insolvenzverfahrens (vgl. § 113 InsO) Kündigung (ordentliche, außerordentliche, Änderungskündigung)
- § Streik, Aussperrung
- § Zeitablauf
- § Vertrag (Aufhebungsvertrag, Auflösungsvertrag)
- § Erreichung der sog. Altersgrenze, d.h. Ruhestand
- § ein Gerichtsurteil (ähnlich wie bei der Scheidung)
- § Eintritt einer auflösenden Bedingung (z.B. Heirat, Ende des Erziehungsurlaubs).

## B. System des Kündigungsrechts und zusammenfassende Kurzdarstellung

Das Kündigungsrecht als das Nervenzentrum des Arbeitsvertragsrechts ...<sup>74</sup>



### I. DAS SYSTEM

1. Zwei Arten von Kündigungen:

- a. Die Beendigungskündigung
- b. Die Änderungskündigung

2. Bei der Beendigungskündigung wird unterschieden in

- a. Ordentliche Kündigung
- b. Außerordentliche Kündigung

3. Bei der Ordentlichen Kündigung gibt es zwei Grundsituationen:

- a. Der Gekündigte hat "Kündigungsschutz" (i. S. d. KSchG)
- b. Der Gekündigte hat (noch) keinen Kündigungsschutz (i. S. d. KSchG)

Zusätzlich gibt es Situationen, in denen, gleichgültig ob das KSchG Anwendung findet oder nicht, ein **Sonderkündigungsschutz** besteht (für Schwangere, Schwerbehinderte, Betriebsratsmitglieder usw.)

---

<sup>74</sup> Schwerdtner, zitiert nach Preis, Arbeitsrecht, 1999, S: 559

Oder, etwas schematischer ...

### **Die Beendigungskündigung**

- *Ordentliche Kündigung*  
Ohne Kündigungsschutz i.S.d. KSchG  
Mit Kündigungsschutz i.S.d. KSchG
- *Außerordentliche Kündigung*

### **Die Änderungskündigung**

## **II. ZUSAMMENFASSENDE KURZDARSTELLUNG**

Ø EINFÜHRENDE LITERATUR: Brox, Rn. 177-188

### **NR. 1: WAS ALLEN KÜNDIGUNGEN GEMEINSAM IST ...**

#### **1. Kündigungserklärung = einseitiges Rechtsgeschäft (eine Willenserklärung);**

also gelten die allgemeinen Regeln des BGB zur Willenserklärung

a) **Eindeutigkeit** (aber Auslegung möglich, §§ 133, 157 BGB).

Die Erklärung der Kündigung muss zweifelsfrei sein, d.h. der Kündigende muss seinen Willen, das Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten Zeitpunkt zu beenden, eindeutig zum Ausdruck bringen. Dem Kündigungsempfänger muss aus der Erklärung unmissverständlich erkennbar sein, dass das Arbeitsverhältnis beendet werden soll und zu welchem Zeitpunkt. Mit welchen Worten das geschieht, ist unerheblich; der Gebrauch des Wortes „Kündigung“ bzw. „kündigen“ ist nicht unbedingt erforderlich, aber im Interesse der Rechtsklarheit zu empfehlen.

*Beispiel:*

*Erklärungen wie „Geben Sie mir die Papiere“ oder „Am 31.6. ist endgültig Schluss“ oder „Zum 1. können Sie sich eine andere Stelle suchen“ sind eindeutig Kündigungen.*

*Keine zweifelsfreie Kündigungserklärung liegt vor, wenn Arbeitgeber und eine schwangere Arbeitnehmerin über die Ausführung von Arbeiten streiten und die Arbeitnehmerin mit den Worten „Das mache ich nicht weiter“ den Arbeitsplatz verlässt (LAG Frankfurt vom 19.7.1989, in: DB 1990, 1288).*

*Unmutsäußerungen oder spontanes Imponiergehabe können nicht als ernst gemeinte rechtsgeschäftliche Willenserklärung verstanden werden. Die Erklärung, „wenn sich das hier nicht ändert, dann ist für mich der 31. der Letzte“, ist weder eine Eigenkündigung*

*noch ein Angebot zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages (LAG Düsseldorf vom 25.9.1990, Az.: 8 Sa 1175/90).*

Zu beachten ist, dass die vorstehenden Beispiele seit Mai 2000 eher bedeutungslos sein dürften, da seither die Kündigung schriftlich erfolgen muss (§ 623 BGB).

Andererseits: Die Kündigungserklärung kann grundsätzlich an jedem Ort und zu jeder Zeit, also auch an Samstagen oder Sonntagen oder gesetzlichen Feiertagen, sogar am 24.12. eines Jahres erfolgen (BAG vom 14.11.1984, NZA 1986, 97 ff).

Unzulässig und deshalb unwirksam kann aber eine Kündigung sein, die zur Unzeit oder am unpassenden Ort, beispielsweise am Tag des Arbeitsunfalls im Krankenhaus oder auf der Toilette ausgesprochen wird (LAG Bremen vom 29.10.1985, ArbuR 1986, 248). Vgl. auch BAG vom 5.4.2001, NZA 2001, 890 ff: Eine zur Unzeit ausgesprochene Kündigung, die den AN gerade wegen des Kündigungszeitpunkts besonders belastet, kann treuwidrig und damit rechtsunwirksam sein. Voraussetzungen: 1. „Unzeit“ der Kündigung; 2. weitere Umstände, wie absichtliche oder unter Missachtung der persönlichen Belange des AN erfolgte Wahl eines Kündigungszeitpunktes, der den AN besonders beeinträchtigt [im konkreten Fall wurde die unheilbare Krebserkrankung des Lebensgefährten und Vaters der vierjährigen Tochter nicht als ausreichend angesehen, um das Merkmal der „Unzeit“ zu begründen.]

#### **b) Ab 1.5.2000 neue Gesetzeslage:**

Im Gegensatz zur früheren Rechtslage ist nunmehr nach § 623 BGB für eine Kündigung die Schriftform notwendig. Folge eines Verstoßes gegen dieses Formerfordernis: Nichtigkeit der Kündigung gem. § 125, 1 BGB. Die oben wiedergegebenen Beispiele (Siehe a) haben daher nur noch Bedeutung für Kündigungen, die vor dem 1.5.2000 liegen.

#### **c) Zugang der Kündigungserklärung, § 130 BGB**

aa - Eine Kündigung wird erst dann wirksam, wenn sie dem Kündigungsempfänger (dem zu Kündigenden) zugeht (§ 130 BGB).

bb - Da die Kündigung schriftlich erfolgen muss, geht sie dem Kündigungsempfänger zu, wenn sie in seinen Machtbereich gelangt ist und für ihn unter normalen Umständen die Möglichkeit der Kenntnisnahme bestand. Wird der Brief mit der Post versandt, gilt als Zugang der Zeitpunkt, in dem der Brief dem Kündigungsempfänger selbst oder einem empfangsberechtigten Dritten (nach herrschender Meinung Familienangehörige, Haus- und Büroangestellte, Buchhalter, Zimmervermieter) ausgehändigt wird, oder, bei Einwurf in den Briefkasten, der Zeitpunkt, in dem der Briefkasten normalerweise geleert wird (BAG vom 8.12.1983, NZA 1984, 31). Grundsätzlich erfolgt Zugang an die Heimatadresse. Begründung: das Risiko eines längeren Urlaubs mit unbekannter Adresse kann nicht dem AG überbürdet werden; außerdem würden sonst außerordentliche Kündigungen unmöglich.

Familienangehörige sind zur Entgegennahme von schriftlichen Willenserklärungen regelmäßig nur dann als empfangsberechtigt anzusehen, wenn sie mit dem betreffenden AN in einem Haushalt oder einer Wohnung leben.

Lehnt ein als Empfangsbote anzusehender Familienangehöriger des abwesenden Arbeitnehmers die Annahme eines Kündigungsschreibens des Arbeitgebers ab, ist der Zugang nicht erfolgt. Der Arbeitnehmer muss jedoch die Kündigung als zugegangen gegen sich gelten lassen, wenn er auf die Annahmeverweigerung, etwa durch vorherige Ab-

sprache mit dem Angehörigen, Einfluss genommen hat ([BAG vom 11.11.1992](#), NZA 1993, 259 ff [[n zugang4.doc](#)]). Problem der **Zugangsvereitelung**.

Beispiel: Nach einer Auseinandersetzung am Arbeitsplatz wird der AN Willi vom Arbeitgeber A unter Hinweis darauf nach Hause geschickt, dass nach Anhörung des BR eine Kündigung ausgesprochen werden soll. Zwei Tage später lehnt Willi die Annahme des eingeschriebenen Briefes des AG ab, in dem er die Kündigung vermutet. – Die Kündigung gilt im Falle der unberechtigten Verweigerung der Annahme des Kündigungsschreibens als zugegangen. Rechtsfolge: Kündigungsfrist und Klagefrist nach § 4 S. 1 KSchG beginnen zu laufen! **Rechtliche Begründung: § 162 Abs. 1 BGB analog !**

cc - Wird die Kündigung an eine Postfach-Adresse gerichtet, gilt als Zugang der Zeitpunkt, zu dem das Postamt den Brief zur Abholung bereithält ([BAG vom 24.10.1985](#), NJW 1986, 1373). Der Zugang eines Kündigungsschreibens scheitert also nicht daran, dass der Kündigungsempfänger z.B. wegen Urlaub oder Kur längere Zeit abwesend ist.

[BAG vom 16.3.1988](#), NZA 1988, 875 f [[n zugang1.doc](#)]: Ein an die Heimatanschrift des Arbeitnehmers gerichtetes **Kündigungsschreiben** geht diesem grundsätzlich auch dann zu, wenn dem Arbeitgeber bekannt ist, dass der Arbeitnehmer während seines Urlaubs verreist ist. S. auch [BAG vom 2.3.1989](#), AP Nr. 17 zu § 130 BGB. Ältere Rechtsprechung: [BAG vom 16.12.1980](#), AP Nr. 11 zu § 130 BGB [[n zugang3.doc](#)].

[BAG vom 2.3.1989](#), NZA 1989, 635 [[n zugang2.doc](#)]: Selbst einem auswärts in Urlaub befindlichen Arbeitnehmer geht ein an die Heimatanschrift gerichtetes Kündigungsschreiben zu, obwohl der Arbeitgeber wusste, dass der Arbeitnehmer verreist war ([BAG vom 16.3.1988](#), a.a.O.). Dies gilt sogar für den Fall, dass der Arbeitnehmer sich in Untersuchungshaft oder in Auslieferungshaft befindet.

dd - Bei der Kündigung mit Einschreibebrief ist zu beachten, dass durch den Einwurf eines Benachrichtigungsscheins in den Briefkasten, der zur Abholung des Einschreibens auffordert, noch kein Zugang erfolgt ist. Holt der Arbeitnehmer den Brief nicht ab, geht die Kündigung nicht zu; etwas anderes gilt allerdings, wenn der Arbeitnehmer mit der Kündigung rechnen musste; dann Zugangsvermutung wegen Zugangsvereitelung (vgl. neuerdings LAG Rheinland-Pfalz, 10 Sa 949/00, zitiert in [URL: [info@recht-und-fuehrung.de](mailto:info@recht-und-fuehrung.de), 29.8.2001]).

ee - Falls der AG einen Boten mit einer dem § 126 BGB entsprechenden Urkunde zur Wohnung des Mitarbeiters (= Kündigungskandidaten) entsendet, so ist dies ein reines Lotteriespiel. Trifft der Bote den Mitarbeiter oder einen Empfangsberechtigten nicht an, und legt er das Kündigungsschreiben in den Briefkasten, so gilt dieses in der Regel erst am nächsten Tag und damit verfristet als zugestellt, [BAG vom 8.12.1983](#), NZA 1984, 31 f.

ff - [BAG vom 8.12.1983](#), NZA 1984, 31 f: Hält sich der Arbeitnehmer während einer Krankheit oder einer sonstigen Arbeitsfreistellung gewöhnlich zu Hause auf, so ist von ihm nach der Verkehrsanschauung nicht zu erwarten, dass er nach den allgemeinen Postzustellungszeiten seinen Wohnungsbriefkasten nochmals überprüft. Wird ein Kündigungsschreiben erst erhebliche Zeit nach der allgemeinen Postzustellung in seinen Wohnungsbriefkasten geworfen (hier: gegen 16.30 Uhr), so geht ihm die Kündigung erst am nächsten Tag zu.

d) **Minderjährige Arbeitnehmer**, §§ 131, 113 BGB (insb. Abs. 4), sog. Arbeitsmündigkeit.

e) **Vollmacht**, § 174 BGB

In einem Unternehmen können neben dem Firmeninhaber als Arbeitgeber verschiedene Personen bevollmächtigt sein, Kündigungen gegenüber Arbeitnehmern auszusprechen (§ 164

BGB). In einer Personen- oder Kapitalgesellschaft sind die Kündigungsberechtigten regelmäßig im Gesellschaftsvertrag oder in der Satzung festgelegt. Oft ist dieses Recht in einer umfassenden Vollmacht enthalten, z.B. bei Prokura, Generalvollmacht. Mit der Bestellung zum Personalleiter ist regelmäßig die Mitteilung an die Belegschaft enthalten, dass dieser kündigungsberechtigt ist (BAG vom 29.6.1989, NZA 1990, 63); dies gilt nicht für den Personalsachbearbeiter. Wird die Kündigung von einem Bevollmächtigten ausgesprochen, kann der Kündigungsempfänger die Vorlage der Vollmachtsurkunde verlangen; geschieht die Vorlage nicht, ist die Kündigung regelmäßig unwirksam (§ 174 BGB).

Ansonsten:

**Die von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht abgegebene Kündigungserklärung ist grundsätzlich gem. § 180 S. 1 BGB endgültig unwirksam und nicht genehmigungsfähig. Ausnahme: § 180 S. 2 BGB.**

Rechtsprechung hierzu: [BAG vom 20.08.1997](#), NZA 1997, 1343 [c Vollmachtlose\_Kuendigung]

f) **MERKE: grundsätzlich ist die Angabe des Kündigungsgrundes nicht erforderlich!!! (Umkehrschluss aus § 626 II 3 BGB).**

Ausnahmen:

- kraft gesetzlicher Vorschrift, z. B. Kündigung eines Ausbildungsverhältnisses, § 15 II BBiG
- kraft tarifvertraglicher Vorschrift, z. B. § 54 BMT-G II, siehe hierzu Bundesarbeitsgericht v. 10. 2.1999, AP Nr. 2 zu § 54 BMT-G II.

Die Angabe des Kündigungsgrundes kann also in Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen oder in Einzelarbeitsverträgen vorgeschrieben sein. Ob eine entsprechende Bestimmung Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung ist oder lediglich Mitteilungscharakter hat, ist im Zweifelsfall im Wege der Auslegung zu ermitteln.

## **2. Falls Betriebsrat vorhanden, Anhörung nötig, § 102 BetrVG**

- a) Was ist Anhörung? Wesen, Ansprechpartner; Gremium)
- b) Dauer der Anhörung, § 102 Abs. 2 S. 1 und 3 BetrVG)
- c) Mögliche Reaktionen des BR
- d) Rechtsfolgen bei unterbliebener oder fehlerhafter Anhörung, § 102 I 1 und 3 BetrVG

**MERKE:**

- Überschrift zu § 102 BetrVG ist falsch: BR hat kein Mitbestimmungsrecht, sondern nur ein wesentlich schwächeres Anhörungs- und Widerspruchsrecht!
- BR-Widerspruch hindert den AG keineswegs, eine Kündigung auszusprechen; vgl. § 102 Abs. 4 BetrVG.

## **3. Drei-Wochen-Frist für alle Kündigungen**

Gegen eine Kündigung muss sich der Arbeitnehmer wehren und zwar durch Klageerhebung innerhalb einer 3-Wochen-Frist. Vgl. § 4 S. 1 KSchG idF des Gesetzes von 24.12.2003 (BGBl I S. 3002): *Will ein Arbeitnehmer geltend machen, dass eine Kündigung sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist, so muss er innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist.*

## NR. 2: DIE ORDENTLICHE KÜNDIGUNG

### 1 - Gemeinsamkeiten für alle ordentlichen Kündigungen: die Kündigungsfrist

1. Kündigungsfristen können sich ergeben aus
  - dem Arbeitsvertrag ,
  - einem einschlägigen Tarifvertrag (gem. § 4 Abs. 1 TVG, oder aufgrund ausdrücklicher Anwendungsvereinbarung, § 622 Abs. 4 S. 2 BGB),
  - Gesetz: Vgl. insb. § 622 BGB; aber auch § 113 InsO, wonach (auch tarifvertragliche) Kündigungsfristen auf drei Monate verkürzt werden
2. Die Berechnung der Kündigungsfrist erfolgt rückblickend, d.h. vom Zeitpunkt des Fristendes ausgehend wird der Zeitpunkt ermittelt, an dem die Kündigungserklärung spätestens zugegangen sein muss.
3. Durch Tarifverträge können alle Kündigungsfristen verkürzt oder verlängert werden.
  - a) Die in § 622 Abs. 1 – 3 BGB geregelten (für den AG geltenden) Kündigungsfristen sind *tarifdispositiv*, d.h. die Tarifparteien können sie auch verschlechtern durch Verkürzung.

Voraussetzungen:

    - entweder Tarifbindung der Arbeitsvertragsparteien
    - oder eine Vereinbarung gem. § 622 Abs. 4 S. 2 BGB.

Beispiel für nach § 622 Abs. 4 BGB tarifvertraglich verkürzte Kündigungsfristen :  
§ 59 RTV (Allgemeinverbindlicher Rahmentarifvertrag für gewerbliche Arbeitnehmer im Dachdeckerhandwerk vom 27. November 1990 i.d.F. vom 6. Dezember 1995):

    1. *Es gelten die gesetzlichen Bestimmungen des § 622 BGB.*
    2. *Davon abweichend kann das Arbeitsverhältnis am Tag der Arbeitsaufnahme und an den beiden folgenden Arbeitstagen beiderseitig mit einer 4-stündigen Frist zum Ende des Arbeitstages gekündigt werden.*
    3. *Darüber hinaus kann das Arbeitsverhältnis bis zu einer Beschäftigungsdauer von 3 Jahren beiderseitig mit einer Frist von 12 Werktagen gekündigt werden.*
  - b) Den Betriebspartnern und den Arbeitsvertragsparteien ist eine Verschlechterung verwehrt.
4. Bei Einzelarbeitsverträgen ist zwar eine Verlängerung der Kündigungsfrist zu Lasten des Arbeitgebers (nicht des Arbeitnehmers!) möglich, eine Verkürzung der Fristen aber nur in zwei Ausnahmefällen:
  - a) das Beschäftigungsverhältnis ist von vornherein auf nicht länger als drei Monate angelegt;
  - b) Kleinbetriebe mit bis zu 20 Mitarbeitern können für die ersten beiden Jahre der Betriebszugehörigkeit vereinbaren, dass die Kündigungsfrist, die ja vier Wochen dauert und eigentlich zum 15. oder zum Letzten ausläuft, auf den Tag genau bestimmt werden kann. Dann können beispielsweise Arbeitgeber und Arbeitnehmer am 11. April zum 09. Mai kündigen.
5. Problem der sog. Quartalskündigungsfristen

Die Frage stellt sich vor allem für die Altverträge aus der Zeit vor dem 15.10.1993 (Änderung der Gesetzeslage). LAG Rheinland-Pfalz vom 14.2.1996, NZA 1996, 984: Vereinbarung einer vertraglichen Kündigungsfrist von sechs Wochen zum Quartal in einem Altvertrag eines Angestellten stellt eine rein deklaratorische Regelung dar, mit der Folge, dass nach Inkrafttreten von § 622 BGB n. F. nur noch die neuere (kürzere !) Grundkündigungsfrist von 4 Wo-

chen zum 15. Oder zum Ende eines Kalendermonats maßgeblich ist. - Vereinbarung einer Quartalskündigungsfrist mit einem Arbeiter dagegen immer konstitutiv !  
Vgl. hierzu den Aufsatz von Diller, § 622 BGB und Quartalskündigungsfristen, NZA 2000, 293 ff.

6. **Zu beachten:** falsche Kündigungsfristen machen nicht etwa die Kündigung unwirksam, verschieben nur das effektive Ende des Arbeitsverhältnisses auf den "richtigen" Termin.

## 2 - Kündigung mit Kündigungsschutz

1. Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des KSchG

- a) Mindestbetriebsgröße, § 23 Abs. KSchG
- b) Mindestbetriebszugehörigkeit, § 1 Abs. 1 KSchG
- c) Kein Privathaushalt

*Kurzformel: Probehalbjahr – Kleinbetriebe – Privathaushalte*

2. Wirkungen

- a) Arbeitgeber braucht einen stichhaltigen Grund, § 1 II KSchG
  - Verhalten des AN
  - Person des AN
  - betriebliche Gründe
- b) Arbeitnehmer muss sich binnen einer Drei-Wochen-Frist durch Erhebung einer Kündigungsschutzklage wehren, § 4 KSchG. S. hierzu S. 332  
Streitwert von Kündigungsschutzklagen: 3 Monatsgehälter (§ 12 Abs. 7 S. 1 ArbGG).
- c) Umkehrung der Beweislast, § 1 II 4 KSchG (siehe hierzu S. 220)
- d) Eventuell: Auflösungsurteil + Abfindung, § 9 KSchG

## 3 - Kündigung ohne Kündigungsschutz

I. Wann?

Wenn das KSchG keine Anwendung findet.

II. Folgen?

Der AG kann ohne jeden Grund kündigen, also willkürlich.

Grenzen:

- a) Verstoß gegen ein Verbotsgesetz, gem. § 134 BGB
  - § 9 MuSchG
  - § 613a IV BGB
  - § 2 II 1, III 2 Hs. 1 ArbPISchG
- b) Verstoß gegen die Verfassung, Art. 9 III GG
- c) Verstoß gegen die guten Sitten, § 138 BGB
- d) Verstoß gegen Treu und Glauben, § 242 BGB (vgl. insoweit die neuere Rechtsprechung des BAG vom 23.6.1994, hier S. 221)



## NR. 3: DIE AUSSERORDENTLICHE KÜNDIGUNG

### I. Formalia

1. Der Betriebsrat (so vorhanden) muss angehört werden: § 102 II 2 BetrVG.  
Maximale Frist: 3 Tage (Wichtiger Unterschied zur Anhörung vor einer ordentlichen Kündigung: dort verfügt der BR über eine Frist von einer Woche, die nicht verkürzt werden kann! Bei der außerordentlichen Kündigung muss er „unverzüglich“ handeln!!)
2. Kündigungserklärungsfrist für den AG, § 626 II BGB (2 Wochen, Ausschlussfrist!)
3. Der gekündigte AN muss, falls er die Kündigung für unbegründet hält, grundsätzlich innerhalb von 3 Wochen dagegen Klage erheben (§ 13 I 2 i. V. m. § 4 S. 1 KSchG)

### II. Inhaltliche Voraussetzungen (§ 626 I BGB)

1. Wichtiger Grund (= **erheblich** mehr als der stichhaltige Grund nach § 1 II KSchG)
2. Unzumutbarkeitsprüfung unter Berücksichtigung
  - a) des „normalen“ Beendigungstermins (also der Kündigungsfrist im Falle einer ordentlichen Kündigung, des Zeitablaufs bei einem befristeten Arbeitsverhältnis),
  - b) aller Umstände des Einzelfalles,
  - c) der Interessen beider Vertragsteile (AN und AG); Abwägung!
3. Gfl. Abmahnung

## Nr. 4: Die Bestandteile einer Kündigung - Versuch einer schematischen Darstellung

1	2	3	4	5	6
Kündigungserklärung	Schriftform (§ 623 BGB)	Ggf. Zustimmung oder Ersetzung der Zustimmung (z. B. § 103 BetrVG)	Ggf. Anhörung des BR oder Personalrats (z. B. § 102 BetrVG)	Ggf. Kündigungsgrund * i.S.d. KSchG * i.S.v. § 626 BGB	Ggf. Kündigungsfrist

### Erläuterungen:

Zu 1: Hier sind die Wirksamkeitsvoraussetzungen von Willenserklärungen zu prüfen, also:

- § Zustandekommen, Eindeutigkeit
- § evtl. Vollmacht
- § evtl. Geschäftsfähigkeit (§§ 106 - 113 BGB)

Zu 2: Formvorschrift des § 623 BGB !!! Rechtsfolge eines Verstoßes: § 125, 1 BGB (Nichtigkeit).

Zu 3: Ist eine behördliche Zustimmung erforderlich (z. B. nach § 9 Abs. 3 MuSchG, § 15 SchwbG)? Oder die Zustimmung des Betriebsrats, vgl. § 103 BetrVG.

Zu 4: Vgl. § 102 BetrVG (u.a.)

Zu 5: Hier muss, falls das KSchG anwendbar ist, das Vorliegen eines anerkannten Grundes (§ 1 Abs. 2 S. 1 KSchG) geprüft werden. Handelt es sich um eine außerordentliche Kündigung, ist hier das Vorhandensein eines wichtigen Grundes i. S. v. § 626 BGB zu untersuchen. - Ggf. ist die Geltendmachung verspätet (wegen Fristablaufs nach § 4 S. 1 oder § 13 I 2 i. V. m. § 4 S. 1 KSchG).

Zu 6: Kündigungsfristen: vertraglich, tariflich, aufgrund einer Betriebsvereinbarung, gesetzlich (u.a. § 622 BGB). Vgl. im übrigen oben S. 191

Zu beachten (nochmals!!): falsche Kündigungsfristen machen nicht etwa die Kündigung unwirksam, verschieben nur das effektive Ende des Arbeitsverhältnisses auf den "richtigen" Termin. Zi. 6 ist daher keine Wirksamkeitsvoraussetzung, weshalb dieser Punkt im Schema schraffiert dargestellt ist.

#### **Nr. 5: Kündigungsrecht – ein Fristenrecht. Die wichtigsten Fristen:**

- a - die Kündigungsfrist (§ 622 BGB, Tarifverträge, Einzelarbeitsverträge)
- b - die Anhörungsfrist gem. § 102 Abs. 2 BetrVG
- c - die Klagefrist gem. § 4 S. 1 KSchG (evtl. i. V. m. § 13 I 2 KSchG)
- d - die Kündigungserklärungsfrist gem. § 626 Abs. 2 BGB
- e - die 6-Monate-Frist (als Voraussetzung für die Anwendbarkeit des KSchG, § 1 I KSchG)
- f - die Fristen gem. § 5 KSchG für die Zulassung verspäteter Klagen

## Lektion Nr. 14: Allgemeine Fragestellungen

### Ø INHALT

1. Sektion: Kündigung als einseitiges Rechtsgeschäft
  - A. Fälle
  - B. Theorie
    1. Nochmals: Problem der Schriftform
    2. Kündigung unter auflösender Bedingung
    3. Weitere Probleme
2. Sektion: Anhörung des Betriebsrats
  - A. Fälle
  - B. System
    1. Vorrede
    2. Darstellung
    3. Schemata zur Anhörung des Betriebsrates
    4. Einige wichtige Entscheidungen in Leitsätzen
    5. Probleme
    6. Berechnung der Fristen nach § 102 Abs. 2 BetrVG
    7. Widerspruch des Betriebsrates
    8. Muster einer BR-Anhörung
3. Sektion: Ordentliche Kündigung bei (allgemeinem) Kündigungsschutz
  - A. Fälle
  - B. System
    - I – Inhalt des Kündigungsschutzes (Grundsätze)
    - II – Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des KSchG
    - III- Bedeutung der Beweislastumkehr nach § 1 Abs. 2 S. 4 KSchG
    - IV – Die Klagefrist
4. Sektion: Kündigung ohne Kündigungsschutz

\*\*\*

### 1. Sektion: Kündigung als einseitiges Rechtsgeschäft

#### A. FÄLLE

**Fall Nr. 71:** *Tönnies ist seit März 1987 angestellter Klavierlehrer in der privaten Musikschule des Zimbel in Coburg. Vom 25.7 bis Ende August 1997 verbrachte er seinen Urlaub in Cap d'Agde. Da die Musikbegeisterung in Coburg stark nachgelassen hatte, entschloss sich Zimbel, den Tönnies zum 31.8.1997 zu kündigen. Da er die genaue Urlaubsadresse nicht kannte, steckt er das Kündigungsschreiben am 28.7.1997 durch den Türschlitz von Tönnies' Wohnung. Dieser findet den Brief bei seiner Rückkehr am 30.8.1997 vor.*

a) *Unterstellt, dass keine vertragliche Kündigungsfrist vereinbart worden war, und dass auch keine tarifvertragliche Regelung Anwendung findet: Zu welchem Zeitpunkt würde das Arbeitsverhältnis von Tönnies enden?*

b) Kann Tönnies noch Kündigungsschutzklage erheben (die notwendige Betriebsgröße vorausgesetzt)?

**Fall Nr. 72:** Frau Schmidt ist bei der Firma Gut & Böse als Sachbearbeiterin tätig. In der Zeit vom 5.6. - 4.7.1999 befand sie sich in einem von der Firma nicht genehmigten "Urlaub" in Kenia. Die Firma kündigte daher das Arbeitsverhältnis wegen unerlaubter Urlaubsnahme außerordentlich mit Schreiben vom 11.6.1999.

Das Kündigungsschreiben wurde am 14.6.1999 vom Postboten dem auf einem Spaziergang befindlichen Herrn Dagobert, dem Onkel von Frau Schmidt ausgehändigt; dieser gab das Schreiben dann Frau Möller, der Mutter von Frau Schmidt, die im selben Haus lebte wie Frau Schmidt. Frau Möller schickte es ungeöffnet an die Firma zurück.

Diese übergab das Schreiben nunmehr am 5.7.1999 durch Boten dem Ehemann von Frau Schmidt.

Wann ist die Kündigung zugegangen?

Lesen Sie § 626 Abs. 2 BGB. Beginn der Ausschlussfrist nach § 626 II BGB erst mit Ende der unentschuldigten Fehlzeit. H. Rspr. Vgl. hierzu S. 278.

**Fall Nr. 73:** Frau Krabbe war Verkäuferin im Warenhaus des Müller. Sie geriet in den dringenden Verdacht, ein Sommerkleid "beiseite geschafft" zu haben. Zur Rede gestellt, bestritt sie alles, verwickelte sich jedoch in Widersprüche. Darauf erklärte ihr der Personalchef, das Vertrauensverhältnis sei zerstört; man würde jedoch von einer fristlosen Kündigung absehen, wenn sie selbst kündigt. Frau Krabbe, die keinen Ausweg sah, tat dies (schriftlich). Zwei Tage später konnte der Verdacht zerstreut werden. Frau Krabbe ficht nunmehr ihre Kündigungserklärung wegen Drohung, § 123 BGB, an. Mit Recht?

Zur Problematik eine Anfechtung eines Aufhebungsvertrages wegen Drohung mit außerordentlicher Kündigung vgl. BAG vom 6.12.2001, NZA 2002, 731 ff; vom 21.3.1996, NZA 1996, 1030 ff. – Zur Problematik des Widerrufs von Aufhebungsverträgen, insb. nach § 312 BGB, vgl. Schleusener, NZA 2002, 949 ff.

**Fall Nr. 74:** Die 30jährige F ist seit drei Jahren als Angestellte bei X beschäftigt und infolge eines Unfalles seit dem 06.01. arbeitsunfähig krank. Mit Schreiben vom 31.05. kündigte X das Arbeitsverhältnis zum 30.06. Das Schreiben wurde von einem bei X beschäftigten Fahrer noch am selben Tage gegen 16.30 Uhr in den Hausbriefkasten der F geworfen. Sie entnahm das Schreiben dem Briefkasten am 01.06. F ist mit der Kündigung nicht einverstanden und fragt zunächst, ob diese wirklich zum 30.06. wirksam ist.

Abwandlung: Wie ist die Rechtslage, wenn F 25 Jahre alt ist?

**Fall Nr. 75:** Zottel, Diplomingenieur, vereinbarte am 1.2.1995 mit der Personalabteilung der Caramba AG, dass er zum 1.7.1995 eingestellt werde. Einigung über Gehalt, Arbeitszeit und Arbeitsgebiet wurde erzielt. Ferner war vereinbart worden, dass eine Kündigung mit einer Kündigungsfrist von 3 Monaten zum Ende eines Quartals möglich ist. Diese Klausel war auf den dringenden Wunsch des Zottel aufgenommen worden. Der Betriebsrat hat die beantragte Zustimmung zur Einstellung erteilt. Im März 1995 stellte sich heraus, dass die Produktion, für die Zottel eingestellt worden war, nicht aufgenommen werden konnte. Zottel hatte nach seiner erfolgreichen Bewerbung bei der Caramba AG seinen bisherigen Arbeitsplatz aufgegeben. Könnte die Firma ihm noch im März mit der Wirkung kündigen, dass er die Arbeit am 1.7.1995 nicht mehr aufzunehmen braucht?

Vgl. für die Kündigung vor Invollzugsetzung: §§ 542, 544, 569, 570; 671 BGB;

**Fall Nr. 76:** Der 52jährige Otto Schieler tritt - nach längerer Arbeitslosigkeit - am 1.11.1995 bei der Firma Alpha & Co. als Buchhalter ein. Im Vertrag wird eine dreimonatige Probezeit vereinbart. Am 12.1.1996 lässt der zuständige Personalleiter den Schieler rufen und übereicht ihm ein Schreiben, in dem wörtlich steht: „Das Arbeitsverhältnis mit Ihnen wird über den 31.1.1996 nicht fortgesetzt.“

a) Muss der Betriebsrat in diesem Fall angehört werden? Falls Sie diese Frage bejahen sollten: Bestehen gleichwohl Probleme bei dieser Anheörung?<sup>75</sup>

b) Schieler meint, seine Kündigungsfrist betrage 4 Wochen zum Monatsende (§ 622 Abs. 1 BGB). Folglich will er bis zum 28.2.1996 Beschäftigung und Bezahlung verlangen. Was raten Sie ihm?

c) Am 14.1.1996 gerät Schieler aus nichtigem Anlass mit dem Bürovorsteher Meier in einen Wortwechsel, in dessen Verlauf Meier den Schieler schließlich anherrscht: "Halten Sie gefälligst Ihre Schnauze, Sie Flegel! Nur gut, dass unser Chef so lahme Typen wie Sie hier nicht haben will." Schieler antwortet - nach kurzem Überlegen - mit dem Götz-Zitat (vgl. J. W. v. Goethe, Götz von Berlichingen, 3. Akt, 4. Szene<sup>76</sup>). Hiervon noch am gleichen Tag in Kenntnis gesetzt, will der Personalleiter den Schieler nunmehr fristlos kündigen. Was muss er beachten?

Zu den manchmal schwierigen Auslegungsfragen vgl. LAG Schleswig Holstein, Urteil vom 29. Mai 2001 – 3 Sa 99/01<sup>77</sup>

Vgl. § 14 I Nr. 5 TzBfG, wonach die Befristung eines Arbeitsverhältnisses zum Zwecke der Erprobung zulässig ist.

## B. THEORIE

### 1. Nochmals: Problem der Schriftform

a) Zur grundsätzlichen Problematik vgl. die Ausführungen auf S. 114 des Skripts. Seit 1.5.2000:

#### **SCHRIFTFORM FÜR KÜNDIGUNGEN NÖTIG, § 623 BGB !!!**

Zu den dadurch aufgetretenen Fragen siehe u. a. Böhm, § 623 BGB – Risiken und Nebenwirkungen, NZA 2000, 561 ff; Preis / Gotthardt, Schriftformerfordernis für Kündigungen, Auf-

<sup>75</sup> Vgl. BAG 18.5.1994, NZA 1995, 24 sowie BAG vom 2.12.1998, hier S. 214

<sup>76</sup> Für diejenigen, die es vergessen haben: Götz gibt dem Trompeter der Kaiserlichen Armee die klassische Antwort: „Sag deinem Hauptmann, vor ihro Kayserlichen Majestät hab ich, wie immer, schuldigen Respekt. Er aber, sags ihm, er kann mich im Arsch lecken.“ (Schmeißt das Fenster zu).

<sup>77</sup> Meldung der AuA vom 28.8.2001: Die Klägerin war seit dem 1. April 2000 bei der Beklagten als Verkäuferin beschäftigt. Die Parteien vereinbarten u. a.: „Das Arbeitsverhältnis steht während der ersten 6 Monate unter dem Vorbehalt einer Probezeit. Danach gilt das Arbeitsverhältnis als unbefristet.“ Die Klägerin wurde während der Probezeit schwanger. Eine ausgesprochene Kündigung nahm die Beklagte aufgrund dessen zurück. Die Beklagte vertrat die Auffassung, dass das Arbeitsverhältnis durch Fristablauf zum 30. September 2000 endete. Das ArbG hat der Klage auf Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses stattgegeben. Die Berufung der Beklagten vor dem LAG blieb erfolglos. Zur Begründung hat das LAG ausgeführt, eine Probezeit gibt den Vertragsparteien die Möglichkeit, den Vertragspartner und die Arbeitsstelle auf eine längerfristige Zusammenarbeit zu überprüfen. Dem trägt eine kürzere Kündigungsfrist Rechnung. Indessen gibt es keine gesetzliche Bestimmung, die das Arbeitsverhältnis für die Dauer der Probezeit automatisch befristet. Eine Befristung bedarf vielmehr einer eindeutigen Erklärung. Die strittige Sondervereinbarung enthält keine eindeutige Befristungsabrede. Auch aus dem Satz „Danach gilt das Arbeitsverhältnis als unbefristet“ ergibt nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit, dass das Arbeitsverhältnis zunächst für die Dauer der Probezeit befristet sein sollte.

hebungsverträge und Befristungen nach § 623 BGB, NZA 2000, 348 ff; Richardi / Annuß, Der neue § 623 BGB – eine Falle im Arbeitsrecht?, NJW 2000, 1231 ff; Rolfs, Schriftform für Kündigungen und Beschleunigung des arbeitsgerichtlichen Verfahrens, NJW 2000, 1227 ff.

**Kündigungen per Telegramm oder Email sind unzulässig:**

- wegen fehlender Schriftform, vgl. § 126 BGB; ArbG Frankfurt mit Urteil vom 5.6.2001, Az.: 8 Ca 5663/00.<sup>78</sup>
- im Hinblick auf die (neu geschaffene) elektronische Form, vgl. § 623, 2. Hs. BGB iVm § 126 a BGB.

Ratschläge aus Arbeitgebersicht:

1. *Das Kündigungsschreiben muss der Arbeitgeber oder sein Vertreter eigenhändig unterzeichnen.*
2. *Unterzeichnet ein Vertreter die Kündigung, sollte eine vom Firmeninhaber unterschriebene Vollmachtsurkunde beigelegt werden, wenn die Person nicht eine Stellung inne hat, die zu Kündigungen berechtigt (z.B. Prokurist, Personalleiter). Andernfalls kann der Arbeitnehmer die Kündigung zurückweisen.*
3. *Die Unterschrift muss den Text abschließen.*
4. *Faksimiles oder Stempel dürfen nicht verwendet werden.*
5. *Wegen des Erfordernisses der eigenen Unterschrift kann nicht durch Telegramm, Telefax, Fernschreiben oder e-Mail gekündigt werden. (Anders bei Rechtsmitteln; vgl. LAG Köln vom 10.4.2001, NZA 2001, 1159, das den Einspruch gegen ein Versäumnisurteil des Arbeitsgerichts mittels eines Computerfaxes für zulässig erklärt hat.)*

---

<sup>78</sup> Kündigungen per E-Mail oder Telegramm sind nach einem Urteil des Arbeitsgerichts Frankfurt grundsätzlich unzulässig. Mit ihrer Entscheidung gaben die Richter damit der Kündigungsschutzklage eines Schlossers gegen eine Leiharbeitsfirma statt (ArbG Frankfurt, Az.: 8 Ca 5663/00). Nötig sei eine eigenhändige Unterschrift der Kündigung.

Das Unternehmen hatte den Mitarbeiter während der Probezeit per Telegramm wissen lassen, dass sein Arbeitsverhältnis wegen unentschuldigtem Fehlen auf einer Baustelle fristlos gekündigt werde. Das Telegramm enthielt den Namen der Firma und den des zuständigen Geschäftsführers. Wegen der seit Mai 2000 geltenden Schriftform-Erfordernis für Kündigungen reicht eine solche Mitteilung laut Urteil allerdings nicht mehr aus. Das Kündigungsschreiben müsse die eigenhändige Namensunterschrift des zur Kündigung Berechtigten tragen. Deshalb könne auch keine Entlassung per E-Mail oder mit anderen Kommunikationsmitteln ohne die Möglichkeit einer eigenhändigen Unterschrift ausgesprochen werden. – Vgl. auch ArbG Nürnberg vom 5.6.2001, Az.: 12 Ca 2734/01, [url: [info@recht-und-fuehrung.de](mailto:info@recht-und-fuehrung.de) vom 10.10.2001].

b) Schriftform unter Angabe der Gründe (u. a. § 54 BMT-G II; s. auch § 15 Abs. 3 BBiG).

*BAG vom 10. 2.1999 - 2 AZR 848/98, NZA 1999, 603 ff:* Die bloße Bezeichnung der Kündigung im Kündigungsschreiben als "betriebsbedingt" ist keine dem Formerfordernis des § 54 BMT-G-O genügende Angabe des Kündigungsgrundes.

*BAG vom 10.2.1999 – 2 AZR 176/98, NZA 1999, 602 f:* § 54 BMT-G II entspricht der Regelung des § 15 Abs. 3 BBiG für Ausbildungsverhältnisse und ist wie diese Vorschrift auszulegen. Danach kann zwar nur von Fall zu Fall entschieden werden, in welchem Umfang die Kündigungsgründe im Kündigungsschreiben angegeben werden müssen; eine eingehende Schilderung wie im Prozess kann nicht grundsätzlich gefordert werden. Jedenfalls aber müssen die Gründe so genau bezeichnet sein, dass im Prozess nicht ernsthaft streitig werden kann, auf welchen Lebenssachverhalt die Kündigung gestützt war. Allein die Bezugnahme im Kündigungsschreiben auf ein inhaltlich nicht näher umschriebenes Gespräch reicht dafür nicht. Eine solche Kündigung ist im Anwendungsbereich des § 54 BMT-G II formnichtig.

*LAG Bremen vom 02.09.1953 - Sa 123/53, BB 1954, 162:*

1. Ist im Tarifvertrag bestimmt, dass die Kündigung "schriftlich mit Begründung zu erfolgen hat", so ist eine ohne Begründung ausgesprochene Kündigung nach § 125 Satz 2 BGB nichtig.
2. Ist für die Kündigung eine schriftliche Begründung zwingend vorgeschrieben, bei Kündigungsausspruch jedoch unterlassen worden, so kann die Begründung auch nachträglich vorgenommen werden, gegebenenfalls auch durch Zustellung eines Schriftsatzes im Kündigungsrechtsstreit. Die Kündigungserklärung wird in diesem Falle jedoch erst mit dem Zugang einer formgerechten Begründung wirksam, so dass die Kündigungsfrist erst von diesem Zeitpunkt ab läuft.

*BAG vom 20. 9.1979 - 2 AZR 967/77, DB 1980, 547:*

Ist im Arbeitsvertrag vereinbart, dass die Kündigung des Vertrags durch eingeschriebenen Brief zu erfolgen hat, so hat dies einen doppelten Inhalt, nämlich die Vereinbarung der Schriftform für die Kündigungserklärung und zusätzlich die Vereinbarung der besonderen Übersendungsart durch eingeschriebenen Brief. Bei einer solchen Klausel hat in aller Regel, d. h. wenn nicht die besonderen Umstände des Falles zu einer anderen Auslegung führen, die Schriftform konstitutive Bedeutung (§ 125 Satz 2 BGB), während die Versendung als Einschreibebrief nur den Zugang der Kündigungserklärung sichern soll. Demnach ist bei einer solchen Klausel im Zweifel nur die schriftlich erklärte Kündigung gültig; dagegen kann ihr Zugang auch in anderer Weise als durch Einschreibebrief wirksam erfolgen.

## 2. Kündigung unter einer Bedingung

Als einseitiges Rechtsgeschäft ist die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses grundsätzlich bedingungsfeindlich. Grund: der Arbeitnehmer hat in aller Regel keinen Einfluss auf den Eintritt des betreffenden – ungewissen - Ereignisses (Definition der Bedingung).

a) Aufschiebende Bedingung: „Hiermit kündige ich Ihr Arbeitsverhältnis wegen unzureichender Ergebnisse Sollten Sie sich in Zukunft gewaltig am Riemen reißen, gilt diese Kündigung nicht“.

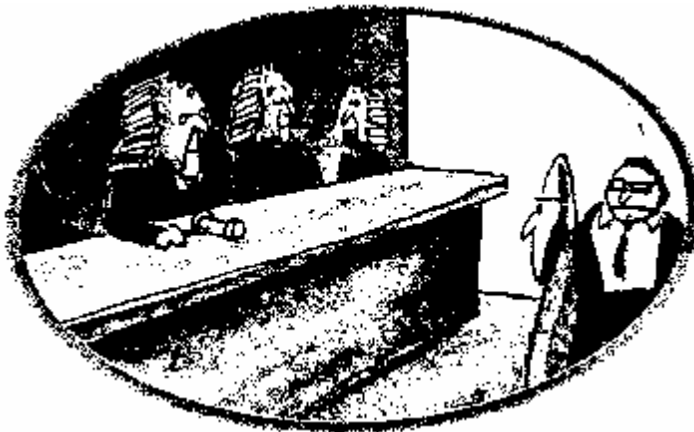
b) Auflösende Bedingung: “ Sollten wir erneut den Zuschlag zum 1.5.1998 erhalten, beschäftigen wir Sie selbstverständlich weiter. Die Kündigung wird bei Neubeauftragung unserer Firma gegenstandslos...“ Vgl. hierzu BAG vom 15.03.2001, NZA 2001, 1070 f. Ähnlich bereits BAG vom 27.06.1968, NJW 1968, 2078.

c) Zulässig ist die sog. Eventualkündigung, wodurch eine außerordentliche mit einer ordentlichen Kündigung verbunden wird. Klassische Formulierung: „...kündigen wir Ihr Arbeitsverhältnis fristlos. Sollte diese Kündigung unwirksam sein, so kündigen wir gleichzeitig fristgemäß zum ...“. Grund: hierbei handelt es sich nicht um eine echte Bedingung (Eintritt eines ungewissen Ereignisses), sondern um eine sog. Rechtsbedingung: die ordentliche Kündigung wird von der Beurteilung einer Rechtsfrage abhängig gemacht.

### 3. Weitere Probleme

- (a) **Kündigung durch Aushang am „Schwarzen Brett“**, vgl. Molitor, DB 1953, 736 f  
Brox / Rütters, 14. A., Rn. 182 sieht Massenkündigung durch Aushang an Schwarzen Brett als wirksam an, falls Kollektivvereinbarung dies vorsieht. – Wohl obsolet geworden durch den neuen § 623 BGB.
- (b) **Kündigung durch einen Minderjährigen**: grundsätzlich § 111 S. 1 BGB.
- (c) **Kündigung gegenüber einem Minderjährigen**: grundsätzlich § 131 Abs. 2 S. 1 BGB!!  
Aber in beiden Fällen (b und c): § 113 BGB beachten!!
- (d) **Kündigung durch Personalleiter**: Vorlage einer Kündigungsvollmacht nicht erforderlich, BAG vom 21.1.1998, NZA 1998, 699 ff
- (e) **Kündigung zur Unzeit**. BAG vom 05.4.2001, 2 AZR 185/00, NZA 2001, 890 ff: Nur bei Vorliegen ganz besonderer Umstände kann eine so genannte Kündigung zur Unzeit treuwidrig oder gegebenenfalls sittenwidrig und damit rechtsunwirksam sein (in concreto: Kündigung kurz vor Beerdigung des Lebensgefährten). Siehe hier S. 188. Ähnliche Fälle: Kündigung am Heiligen Abend. Vgl. S. 188.

## 2. Sektion: Anhörung des Betriebsrats



Ø EINFÜHRENDE LITERATUR: Brox, Rn. 383-386, Halbach 2/488-497

### A. FÄLLE

**Fall Nr. 78:** In der X-GmbH Nürnberg (80 Beschäftigte) ist durch die Übertragung der Buchhaltungsarbeiten auf eine EDV-Anlage der Arbeitsplatz des Kruse weggefallen. Der Betrieb kämpft mit wirtschaftlichen Schwierigkeiten, so dass für Kruse kein anderer Arbeitsplatz besteht. Dem Firmenleiter Zack bleibt keine andere Möglichkeit, als dem Kruse zu kündigen;



die Zeit drängt, da Kruse länger als 15 Jahre im Betrieb tätig war, und ihm eine tarifliche Kündigungsfrist von 6 Monaten zum Quartalsende zusteht. Am 28.8. trifft Zack zufällig den Betriebsratsvorsitzenden Müller im Zug nach München; auf der Fahrt erörtern die beiden den Fall ausführlich. Müller, der auch keinen Ausweg weiß, stimmt ausdrücklich zu. Am nächsten Tage (30.8.) kündigt Zack. Müller bringt die Angelegenheit am 2.9. in die Betriebsratssitzung, wo sich ebenfalls kein Widerspruch erhebt.

a) Kruse klagt auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung. Er bringt vor, der Betriebsrat sei nicht ordnungsgemäß gehört worden. Zack meint, die Angelegenheit wäre eilbedürftig gewesen, und es müsse deshalb genügen, dass der Betriebsrat nachträglich zugestimmt hätte; er hätte ja auch keine andere Wahl gehabt. Wie ist zu entscheiden?

b) Wie ist es, wenn Müller dem Zack im Zug versprochen hatte, die Sache dem Betriebsrat vorzulegen, dann aber darauf vergisst, und Zack nach Ablauf einer Woche kündigt?

**Fall Nr. 79:** Der 52jährige Arzt Dr. Kurt Meier ist seit dem 15.3.1990 in einer größeren Privatklinik in Berlin (West) beschäftigt, und zwar in der Abteilung für Herzranke. Dr. Meier ist in letzter Zeit häufiger krank gewesen: 1993 insgesamt 5 mal, zusammengerechnet 87 Tage, 1994: 2 mal, 44 Tage; 1995: 5 mal, 37 Tage. Die Klinikleitung vermutet, entweder trinke Herr Meier zuviel oder er sei faul. Mitte September 1995 wird Dr. Meier wiederum krank; die vorläufige Krankheitsdauer wird auf der Krankschreibung mit 14 Tagen angegeben. Die Krankenhausleitung möchte von Dr. Meier die Art der Erkrankung wissen. Herr Meier verweigert jedoch die Auskunft darüber. Daraufhin erhält er am 10. Oktober 1995 schriftlich die fristgerechte Kündigung mit der Begründung, er sei zu oft krank, das könne man sich in einer Abteilung, in der es auf eine reibungslose Organisation und jeweils vollständiges Erscheinen ankomme, nicht leisten.

Dr. Meier ist völlig verwirrt. Nach Ablauf seiner Krankheit, die sich bis zum 29.10. hinzieht, wendet er sich - tags drauf - an den Betriebsratsvorsitzenden Schussel. Dieser bekommt einen roten Kopf und erklärt Dr. Meier, am 2.10.1995 sei ihm von der Personalabteilung der Klinik ein Schreiben zugegangen, worin die Absicht ausgesprochen worden sei, ihn (Dr. Meier) zu kündigen. Er, Schussel, habe dieses Schreiben liegen lassen und vergessen, eine Betriebsratssitzung einzuberufen.

a) Ist die Anhörung des BR wirksam erfolgt?

b) Was kann er gegen den Betriebsratsvorsitzenden Schussel unternehmen?

c) Wie würden Sie entscheiden, wenn der Betriebsratsvorsitzende am 9.10.1995 eine Betriebsratssitzung einberufen hätte, auf dieser Sitzung jedoch kein Beschluss hinsichtlich der geplanten Kündigung gefällt werden konnte, da die vom Arbeitgeber angeforderten Unterlagen nicht eingegangen waren?

## B. SYSTEM

### 1. Vorrede

**BAG 2. Senat, 2 AZR 530/87 vom 24.3.1988** (nicht amtlich veröffentlicht; über juris verfügbar): Die Regelung in § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG verfolgt keinen

Selbstzweck. Sinn und Zweck dieser primär dem kollektiven Interessenschutz dienenden Bestimmung ist es, den Betriebsrat in die Lage zu versetzen, sein Mitbestimmungsrecht (Anhörungsrecht) ordnungsgemäß ausüben und sich eine Meinung bilden zu können. An diesen Zweck sind auch die Anforderungen auszurichten, die an eine substantiierte Unterrichtung des Betriebsrats zu stellen sind.

## 2. Darstellung

a) Der Betriebsrat hat bei allen Kündigungen des Arbeitgebers ein Mitwirkungsrecht in Form eines Anhörungs- und Widerspruchsrechts (§ 102 BetrVG); eine Ausnahme gilt für die Kündigung von leitenden Angestellten, hier ist eine Mitteilung des Arbeitgebers ausreichend (§ 105 BetrVG, evtl. Beteiligung des Sprecherausschusses für Leitende Angestellte).

b) Weil für das Betriebsverfassungsgesetz das Territorialprinzip gilt, findet es im Ausland keine Anwendung. Das bedeutet, dass § 102 BetrVG auf im Ausland gelegene Betriebe oder Betriebsstätten eines deutschen Unternehmens nicht angewendet werden kann. Vgl. den Fall S. 44 des Skriptes.

**c) Das Mitwirkungsrecht aus § 102 BetrVG erstreckt sich nur auf Kündigungen des Arbeitgebers, nicht dagegen auf Kündigungen des Arbeitnehmers, auf Aufhebungsverträge oder die Beendigung eines befristeten Arbeitsverhältnisses. Das Mitwirkungsrecht (Anhörungsrecht) des Betriebsrats gilt für alle Kündigungen, d.h. zum Beispiel auch für Kündigungen innerhalb der Probezeit oder wenn der Arbeitnehmer noch nicht unter das Kündigungsschutzgesetz fällt, weil er noch keine 6 Monate im Betrieb beschäftigt ist.**

**d) Die Vorschrift ist zwingend; eine vom Arbeitgeber ohne Anhörung des Betriebsrats durchgeführte Kündigung ist unwirksam (§ 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG).**

\* Die Mitwirkungsrechte aus § 102 BetrVG kann der Betriebsrat nur in seiner Gesamtheit, ggf. durch einen nach § 28 BetrVG besonders gebildeten Ausschuss, ausüben, der jeweilige Vorsitzende (bzw. sein Stellvertreter) – und nur er - darf Erklärungen des Arbeitgebers entgegennehmen und Erklärungen des Betriebsrats abgeben.

\* Die Mitwirkung bei Kündigungen gehört nicht zu den laufenden Geschäften des Betriebsrats, die gemäß § 27 Abs. 4 BetrVG dem Vorsitzenden zur alleinigen Erledigung übertragen werden können.

\* Die Anhörungspflicht besteht für alle Kündigungen. Selbst in eiligen Fällen darf die Kündigungserklärung des Arbeitgebers nicht vor Ablauf der dem Betriebsrat zur Stellungnahme eingeräumten Frist (Anhörungsfrist, § 102 Abs. 2 BetrVG) erfolgen (BAG vom 29.3.1977, AP Nr. 11 zu § 102 BetrVG 1972). Ebenfalls unzulässig ist eine Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, durch die die Anhörungsfrist verkürzt wird.

\* Die Beteiligung (Anhörung) des Betriebsrats hat vor Ausspruch der Kündigung zu erfolgen, d.h. bevor die Kündigungserklärung den Einflussbereich des Arbeitgebers verlassen hat (BAG vom 13.11.1975, NJW 1976, 1766). Durch das Anhörungsverfahren soll sichergestellt werden, dass der Betriebsrat auf die Kündigungsabsicht des Arbeitgebers noch Einfluss nehmen

kann. Hieraus folgt, dass der Arbeitgeber ein Kündigungsschreiben wohl vorbereiten, nicht jedoch vor der Anhörung absenden darf. Denn nach Absendung des Kündigungsschreibens ist eine wirksame Anhörung des Betriebsrats nicht mehr möglich. Eine nachträgliche Anhörung oder Zustimmung des Betriebsrats heilt den Mangel der vorzeitigen Kündigung nicht (BAG vom 28.2.1974, ArbuR 1975, 123; BAG vom 18.9.1975, AP Nr. 6 zu § 102 BetrVG 1972).

\* Der Arbeitgeber ist gehalten, dem Betriebsrat die zur Beurteilung der Kündigungsabsicht erforderlichen Angaben zu machen und ihm auch die notwendigen Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Hierzu gehören Angaben wie Name, Alter, Betriebszugehörigkeit, Familienstand, Kinderzahl, die Kündigungsart (ordentliche, außerordentliche), der Kündigungstermin, außerdem die Gründe für die Kündigung. Um die Vollständigkeit der Information zu gewährleisten, sollte dem Betriebsrat auch die Personalakte des Arbeitnehmers vorgelegt werden. Der Arbeitgeber hat die der Kündigung zugrunde liegenden Tatsachen dem Betriebsrat so vollständig und umfassend mitzuteilen, dass dieser sich ein exaktes Bild von den Kündigungsumständen machen und eine ordnungsgemäße Stellungnahme abgeben kann. Hierzu gehören auch etwaige frühere Vertragsverstöße und Abmahnungen. Geschieht dies nicht, ist ein fehlerfreies Anhörungsverfahren nicht erfolgt (BAG vom 28.2.1974, AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG 1972; BAG vom 27.6.1985, NZA 1986, 426; BAG v. 21.9.2000, AP Nr. 11 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung). Rechtsfolge: § 102 I 3 BetrVG !!<sup>79</sup>

#### Zu beachten:

- Der Arbeitgeber muss lediglich die Gründe dem Betriebsrat mitteilen, auf die er die Kündigung stützt. Gründe, auf die er die Kündigung stützen könnte, die er aber tatsächlich nicht benutzt, braucht er dem Betriebsrat nicht mitzuteilen (BAG vom 1.4.1981, AP Nr. 23 zu § 102 BetrVG 197; BAG vom 18.12.1980, NJW 1981, 2316). Eine ordnungsgemäße Anhörung liegt also immer dann vor, wenn der AG dem BR die aus seiner Sicht tragenden Umstände für die Kündigung unterbreitet hat ([BAG vom 22.9.1994](#), NZA 1995, 363 ff). Andererseits kann sich der Arbeitgeber in einem gerichtlichen Kündigungsschutzverfahren - außer auf bei Kündigungsausspruch unbekannte Gründe - nur auf die Kündigungsgründe berufen, die Gegenstand des Anhörungsverfahrens waren.

- Einer Aufforderung zur Stellungnahme bedarf es nicht, diese ist bereits in der Mitteilung der Kündigungsabsicht enthalten.

\* Gibt der Betriebsrat im Rahmen des Anhörungsverfahrens eine Stellungnahme ab oder widerspricht er der Kündigung, so hat dies schriftlich zu erfolgen (§ 102 Abs. 2 und Abs. 4 BetrVG). Das Gesetz räumt dem Betriebsrat zur Äußerung unterschiedliche Fristen ein:

§ Bei einer ordentlichen Kündigung beträgt die Frist 1 Woche,

§ bei einer außerordentlichen Kündigung ist die Äußerung unverzüglich abzugeben, spätestens jedoch innerhalb von 3 Tagen.

Für die Berechnung der Frist gilt § 187 BGB, d.h. der Tag der Unterrichtung zählt nicht mit. Vgl. dazu die Ausführungen S. 215.

\* Der Betriebsrat kann auf die Kündigungsabsicht des Arbeitgebers innerhalb der Äußerungsfrist unterschiedlich reagieren:

§ Der Betriebsrat kann der beabsichtigten ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung zustimmen;

<sup>79</sup> So auch Düx, Arbeitsrecht, 4. A., § 6 Rn 346. M. E. überzogen; BR muss Unvollständigkeit der Unterrichtung monieren.

- § der Betriebsrat kann gegen die beabsichtigte ordentliche wie auch gegen die beabsichtigte außerordentliche Kündigung Bedenken erheben (§ 102 Abs. 2 BetrVG);
- § der Betriebsrat kann gegen eine beabsichtigte ordentliche Kündigung Widerspruch erheben (§ 102 Abs. 3 BetrVG);
- § der Betriebsrat kann sich hinsichtlich der beabsichtigten ordentlichen wie auch der außerordentlichen Kündigung verschweigen, d.h. er lässt die Äußerungsfrist ohne Stellungnahme verstreichen.

\* Soweit es als erforderlich angesehen wird, soll der Betriebsrat den betroffenen Arbeitnehmer vor seiner Stellungnahme anhören (§ 102 Abs. 2 Satz 4 BetrVG).

\* Macht der Betriebsrat von der Verschweigemöglichkeit Gebrauch, d.h. gibt er innerhalb der Äußerungsfrist keine Stellungnahme ab, gilt seine Zustimmung zu einer beabsichtigten ordentlichen Kündigung als erteilt (§ 102 Abs. 2 Satz 2 BetrVG).

\* Gegen eine ordentliche Kündigung hat der Betriebsrat darüber hinaus ein Widerspruchsrecht, das er innerhalb der Äußerungsfrist geltend machen muss. Der Widerspruch ist nur bei Vorliegen eines der vom Gesetz abschließend aufgeführten Tatbestände zulässig (§ 102 Abs. 3 BetrVG):

- § Der Arbeitgeber hat bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt;
- § die Kündigung verstößt gegen eine Auswahlrichtlinie nach § 95 BetrVG;
- § der Arbeitnehmer kann an einem anderen Arbeitsplatz im selben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden;
- § die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers ist nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen möglich;
- § eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers ist unter geänderten Vertragsbedingungen möglich und der Arbeitnehmer hat sein Einverständnis hiermit erklärt.

Der Betriebsrat muss den Widerspruch durch Vorbringen von Tatsachen begründen.

Der Widerspruch des Betriebsrats ist hauptsächlich gegen betriebsbedingte, bisweilen auch gegen personen- und verhaltensbedingte Kündigungen zulässig (vgl. einen entsprechenden Fall bei BAG vom 22.7.1982, DB 1983, 180).

Der Arbeitgeber kann die Kündigung nur dann vor Ablauf der Äußerungsfrist aussprechen, wenn der Betriebsrat zu der Kündigungsabsicht eindeutig erkennbar abschließend Stellung genommen hat (BAG vom 1.4.1976, NJW 1976, 1470 f.). Für den Arbeitgeber ist es also durchaus sinnvoll, die Frist zur Anhörung des Betriebsrats abzuwarten, auch wenn der Betriebsrat bereits eine Stellungnahme abgegeben hat. Denn es ist durchaus möglich, dass die Stellungnahme des Betriebsrats noch nicht abschließend war.

Den Arbeitgeber beschränken etwaige vom Betriebsrat geäußerte Bedenken in seiner Handlungsfreiheit nicht. Gleichwohl ist der Arbeitgeber gezwungen, sich mit den Bedenken des Betriebsrats auseinander zusetzen, bevor er seine Kündigungsabsicht in die Tat umsetzt. Auch ein ordnungsgemäß und fristgerecht eingelegter Widerspruch schließt die Kündigung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber nicht aus (§ 102 Abs. 4 BetrVG). Kündigt der Arbeitgeber trotz Vorliegens eines Widerspruchs des Betriebsrats, hat er dem gekündigten Arbeitnehmer mit der Kündigung eine Abschrift der Stellungnahme des Betriebsrats zuzuleiten.

Wenn der Betriebsrat gegen die ordentliche Kündigung fristgerecht und ordnungsgemäß Widerspruch erhoben hat, kann der Arbeitnehmer, sofern er eine Kündigungsschutzklage angestrengt hat, vom Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung zu unveränderten Bedingungen bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits (Kündigungsschutzprozesses) verlangen (§102 Abs. 5 BetrVG).

Kein Anspruch auf Weiterbeschäftigung besteht bei einer außerordentlichen Kündigung. Dies gilt auch für den Fall, dass hilfsweise die ordentliche Kündigung erklärt wird.

Das Arbeitsgericht kann durch einstweilige Verfügung den Arbeitgeber auf Antrag von der Weiterbeschäftigungspflicht entbinden, wenn eine der folgenden Bedingungen erfüllt sind:

- § Die Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers bietet keine hinreichende Aussicht auf Erfolg oder erscheint mutwillig;
- § die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers führt zu einer unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung des Arbeitgebers;
- § der Widerspruch des Betriebsrats war offensichtlich unbegründet (§ 102 Abs. 5 BetrVG).

Erweiterte Mitbestimmungsrechte können im Wege der freiwilligen Betriebsvereinbarung zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber vereinbart werden, so z.B., dass Kündigungen der Zustimmung des Betriebsrats bedürfen und dass bei Meinungsverschiedenheiten bzw. bei Nicht-Zustimmung die Einigungsstelle angerufen werden kann (§ 102 Abs. 6 BetrVG).

Eine fehlende oder fehlerhafte Anhörung des Betriebsrats führt zu nachstehend aufgeführten Rechtsfolgen:

- § Eine ohne Anhörung des Betriebsrats erklärte Kündigung ist unwirksam (§ 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG). Der Arbeitnehmer kann die Unwirksamkeit wegen Nichtanhörung des Betriebsrats in einem Arbeitsgerichtsverfahren (Kündigungsschutzprozess, Kündigungsschutz) jederzeit geltend machen.
- § Eine fehlerhafte Anhörung führt dann zur Unwirksamkeit der Kündigung, wenn die Fehler vom Arbeitgeber zu vertreten sind.
  - Unvollständige oder unrichtige<sup>80</sup> Unterrichtung des Betriebsrats über personelle Fakten oder Kündigungsgründe;
  - Mitteilung der Kündigungsabsicht und des zugrunde liegenden Sachverhalts an einen Nicht-Empfangsberechtigten,
  - Ausspruch der Kündigung vor Ablauf der Äußerungsfrist, ohne Vorliegen der abschließenden Stellungnahme des Betriebsrats;
  - der Arbeitgeber kündigt aufgrund eines von ihm veranlassten, nicht ordnungsgemäß zustande gekommenen zustimmenden Betriebsratsbeschlusses. (BAG vom 16.1.2003 - 2 AZR 707/01 – Pressemitteilungen des BAG Nr. 02/03: *Ein möglicher*

---

<sup>80</sup> Vgl. ArbG Frankfurt a. M. – Az.: 5 Ca 3549/01: In Anhörungen des Betriebsrats zu Kündigungen müssen auch Detailangaben stimmen. Schon eine falsche Datumsangabe kann eine Kündigung unwirksam machen. Die Richter gaben der Klage eines Gepäckarbeiters gegen die Flughafengesellschaft (Fraport) statt und erklärten dessen fristlose Kündigung für gegenstandslos. Dem Arbeiter war fristlos gekündigt worden, weil er aus Gepäckstücken Süßigkeiten entwendet und verzehrt haben soll. Im Anhörungsbogen an den Betriebsrat war als Tattag der 8. März angegeben, obwohl sich der Vorfall am 11. März ereignet hatte. Laut Urteil umfasst eine ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrates auch die Einzelheiten zum Zeitpunkt des Fehlverhaltens von Arbeitnehmern. Das Unternehmen könne sich dabei auch nicht ohne weiteres auf einen «Schreibfehler» berufen. Quelle: [www.nza.de](http://www.nza.de) (Februar 2002)

Fehler des Betriebsrats bei seiner Beschlussfassung im Anhörungsverfahren ist grundsätzlich nicht dem Arbeitgeber zuzurechnen. Eine Ausnahme kommt zwar dann in Betracht, wenn für den Arbeitgeber erkennbar nur eine persönliche Stellungnahme des Betriebsratsvorsitzenden vorliegt - so z.B. bei spontaner Zustimmung des anwesenden Betriebsratsvorsitzenden.);

[Der 12-Minuten-Fall; vgl. Turnus-Brief, Ausgabe Februar 2003].

Fazit: Stützt sich eine Kündigungsschutzklage auf die nicht ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats, so muss man zwei Fälle unterscheiden:

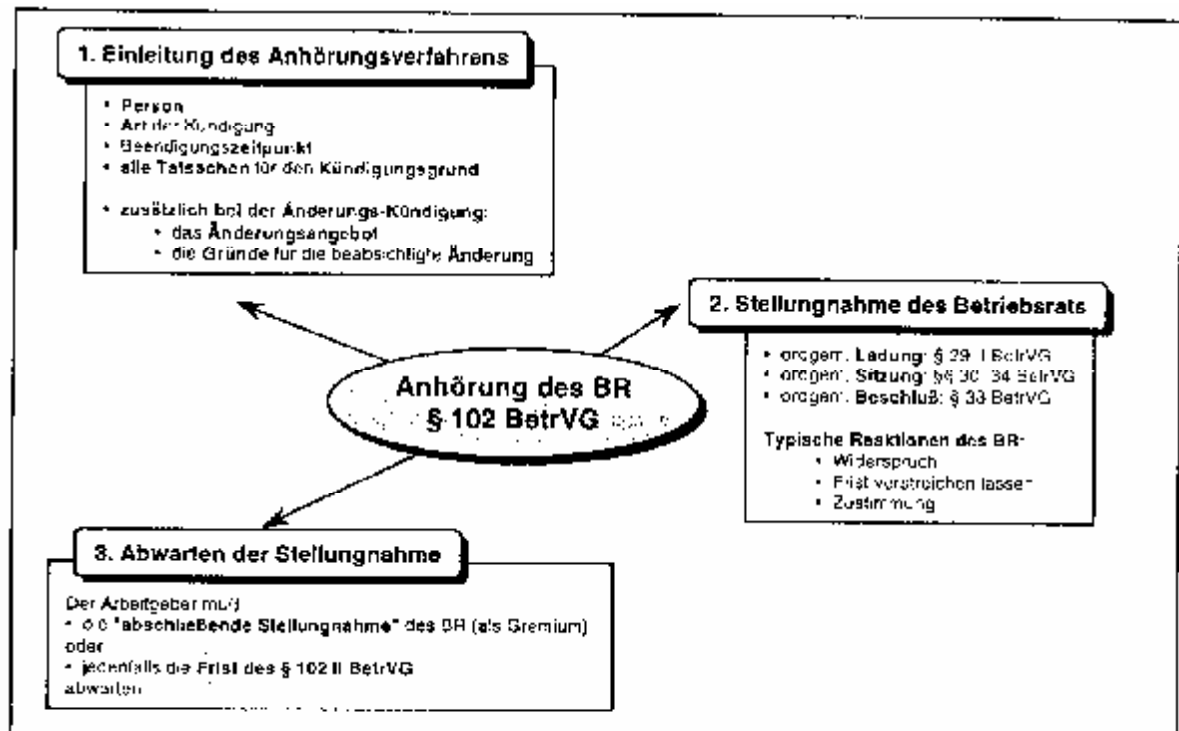
a) Der Arbeitgeber hat die Anhörung nicht korrekt durchgeführt, z.B. durch Ausspruch der Kündigung, bevor ihm eine Stellungnahme vorlag bzw. vor Ablauf der Anhörungsfrist oder weil die zur Anhörung gehörenden Informationen nicht vollständig waren. In diesem Fall ist die Klage begründet.

b) Die Anhörung war von Arbeitgeberseite korrekt, aber die Beschlussfassung innerhalb des Betriebsrats war fehlerhaft, was aber für den Arbeitgeber nicht ohne weiteres erkennbar war. In diesem Fall ist die Klage unbegründet!

### 3. Mögliche Schemata zur BR-Anhörung

**WARNUNG: Ein Schema stellt eine Lernhilfe dar, eine Verständnishilfe. Auswendiglernen und Reproduzieren in der Klausur nützt wenig!!**

a) Von Then (S. 163):

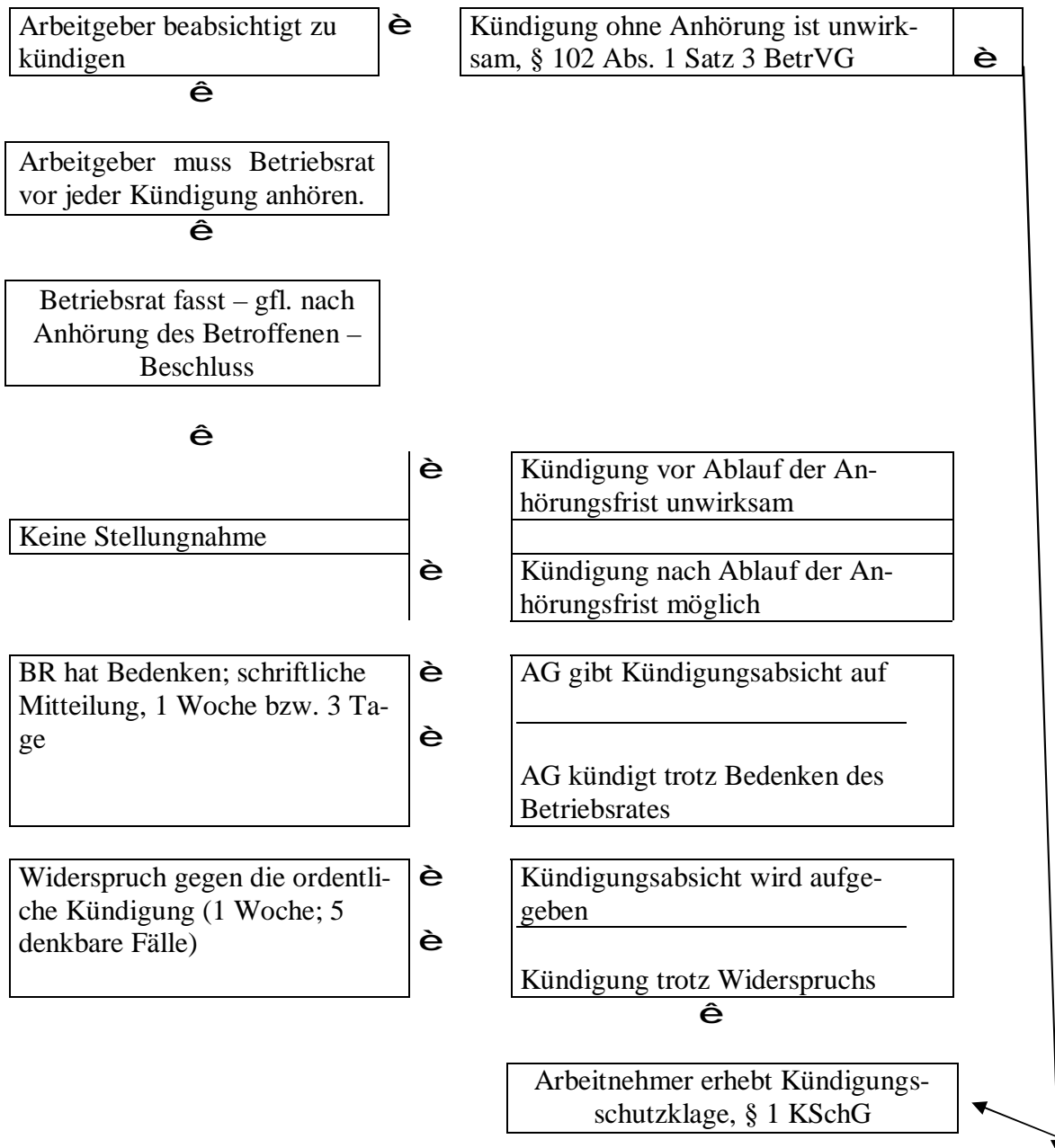




### Spezialprobleme:

1. § 102 BetrVG betrifft auch die fehlerhafte (nicht nur die mangelnde) Anhörung.
2. Anhörung VOR jeder Kündigung: Eine Heilung der fehlerhaften (mangelnden) Anhörung etwa durch nachträgliche Zustimmung ist nicht möglich.
3. Anhörung vor JEDER Kündigung nötig: also auch für Kündigung in den ersten 6 Monaten.  
Der Arbeitgeber hat hier die konkreten Tatsachen für seine Kündigungsmotivation mitzuteilen.
4. Nachschieben von Kündigungsgründen:
  - a. Der Arbeitgeber hat Tatsachen zum Kündigungsgrund nicht ausreichend mitgeteilt:  
Die Kündigung ist wegen nicht ordnungsgemäßer Anhörung unwirksam.
  - b. Der Arbeitgeber hat zwar die Tatsachen ausreichend mitgeteilt, diese tragen jedoch die Kündigung nicht:  
Die Anhörung ist ordnungsgemäß, weitere Kündigungsgründe können aber nicht nachgeschoben werden; die Kündigung bleibt also unwirksam.
  - c. Der Arbeitgeber erfährt Tatsachen für weiteren Kündigungsgrund nachträglich:  
Nach Durchführung des Verfahrens entsprechend § 102 BetrVG (Anhörung zum Nachschieben von Gründen) können Tatsachen nachgeschoben werden!
5. Weiterbeschäftigungsanspruch gem. § 102 III, V BetrVG

oder von mir:



#### 4. Einige wichtige Entscheidungen in Leitsätzen

a) BAG vom 24.3.1977, AP Nr. 12 zu § 102 BetrVG 1972

Die Einleitung des Anhörungsverfahrens durch den Arbeitgeber zu einer von ihm beabsichtigten Kündigung eines Arbeitnehmers nach § 102 Abs. 1 BetrVG ist nicht deswegen fehlerhaft, weil die dem Betriebsrat mitgeteilten Kündigungsgründe die Kündigung objektiv nicht rechtfertigen, sich im Kündigungsschutzprozess als unzutreffend herausstellen oder vom Arbeitgeber nicht bewiesen werden können.

Wenn der Arbeitgeber während einer auf sein Verlangen einberufenen Sitzung des Betriebsrats, in der die beabsichtigte Kündigung eines Arbeitnehmers behandelt wird, auch bei der Beschlussfassung des Betriebsrats anwesend ist, dann wirkt sich das auf die Ordnungsmäßigkeit des Anhörungsverfahrens im Sinne des § 102 Abs. 1 BetrVG jedenfalls dann nicht aus, wenn er den Betriebsrat weder veranlasst hat, sofort eine abschließende Stellungnahme abzugeben, noch davon abgehalten hat, eine weitere Sitzung ohne seine Anwesenheit durchzuführen.

b) BAG vom 2.4.1976, AP Nr. 9 zu § 102 BetrVG 1972

Auf das Anhörungsverfahren im Sinne des § 102 Abs. 1 BetrVG wirken sich Mängel, die in den Zuständigkeits- und Verantwortungsbereich des Betriebsrats fallen, grundsätzlich selbst dann nicht aus, wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Kündigung weiß oder den Umständen nach vermuten kann, dass die Behandlung der Angelegenheit durch den Betriebsrat nicht fehlerfrei gewesen ist (Bestätigung des Urteils vom 4. 8. 1975 - 2 AZR 266/74 - AP Nr. 4 zu § 102 BetrVG 1972 ]

Dies gilt z.B. im Falle nicht ordnungsgemäßer Ladung zur Betriebsratssitzung (§ 29 Abs. 2 BetrVG) und darauf beruhender fehlerhafter Zusammensetzung des Betriebsrats bei der Beschlussfassung über eine Stellungnahme gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG.

Der Betriebsrat ist nach § 102 Abs. 2 Satz 4 BetrVG nicht in jedem Fall verpflichtet, den betroffenen Arbeitnehmer anzuhören. Selbst eine ermessensfehlerhafte Nichtanhörung des Arbeitnehmers durch den Betriebsrat hat keinen Einfluss auf die Ordnungsmäßigkeit des Anhörungsverfahrens im Sinne des § 102 Abs. 1 BetrVG.

c) BAG vom 4.8.1975, AP Nr. 4 zu § 102 BetrVG 1972

Der Betriebsrat kann die Ausübung der Mitbestimmung bei Kündigungen (§ 102 BetrVG) einem besonderen Ausschuss (Personalausschuss) zur selbständigen Erledigung übertragen. In diesem Fall ist der Vorsitzende des Ausschusses berechtigt, die Erklärungen des Arbeitgebers im Anhörungsverfahren gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG entgegenzunehmen.

Die Kündigung ist nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG nicht nur dann unwirksam, wenn der Arbeitgeber kündigt, ohne überhaupt zuvor den Betriebsrat eingeschaltet zu haben, sondern auch dann, wenn dem Arbeitgeber bei Durchführung der Anhörung Fehler unterlaufen (Bestätigung von BAG vom 28.2.1974, AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG 1972).

Dagegen wirken sich auf die Ordnungsmäßigkeit der Anhörung in aller Regel solche Mängel nicht aus, die in den Zuständigkeits- und Verantwortungsbereich des Betriebsrats fallen, auch wenn der Arbeitgeber am Zeitpunkt der Kündigung weiß oder vermuten kann, dass die Behandlung der Angelegenheit durch den Betriebsrat nicht fehlerfrei gewesen ist.

d) BAG vom 28.2.1974, AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG 1972

Eine wirksame Anhörung nach Maßgabe des § 102 Abs. 1 BetrVG 1972 setzt mindestens voraus, dass der Arbeitgeber dem Betriebsrat die Person des Arbeitnehmers, dem gekündigt werden soll, bezeichnet, die Art der Kündigung (z.B. ordentliche oder außerordentliche), ggf. auch den Kündigungstermin, angibt und die Gründe für die Kündigung mitteilt.

Zur Entgegennahme dieser Erklärungen ist im Grundsatz nicht jedes beliebige Betriebsratsmitglied berechtigt, sondern nur der Betriebsratsvorsitzende und im Fall seiner Verhinderung sein Stellvertreter.

Eine ausdrückliche Aufforderung an den Betriebsrat, zu der beabsichtigten Kündigung Stellung zu nehmen, ist nicht vorgeschrieben. Sie liegt regelmäßig in der Mitteilung der Kündigungsabsicht.

Der Betriebsrat als Gremium muss, bevor die Kündigung erklärt wird, die Möglichkeit der Stellungnahme haben. Ein einzelnes Betriebsratsmitglied, auch der Vorsitzende oder sein Stellvertreter, kann nicht allgemein ermächtigt werden, die Stellungnahme des Betriebsrats zu einer Kündigung abzugeben. Stellt ein einzelnes Betriebsratsmitglied vor Ablauf der Erklärungsfristen des § 102 Abs. 2 BetrVG 1972 dem Arbeitgeber eine Stellungnahme zu der vorgesehenen Kündigung zu einer Zeit mit, in der der Arbeitgeber weiß oder nach den Umständen annehmen muss, dass der Betriebsrat sich noch nicht mit der Angelegenheit befasst hat, dann ist die Anhörung noch nicht vollzogen, eine daraufhin gleichwohl ausgesprochene Kündigung gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG 1972 unwirksam.

Eine wirksame Anhörung kann nicht mehr erfolgen, nachdem die Kündigung erklärt ist. Eine gleichwohl (nachträglich) eingeholte Stellungnahme des Betriebsrats kann die Unwirksamkeit der ohne vorherige Anhörung erklärten Kündigung nicht verhindern.

Der Senat neigt zu der Ansicht, dass es beim Anhörungsverfahren zumindest grundsätzlich nicht darauf ankommt, ob der Arbeitgeber seinen Kündigungswillen erkennbar bereits abschließend gebildet hat.

Durch die nachträgliche Zustimmung des Betriebsrats zu einer ausgesprochenen Kündigung wird der Mangel der Anhörung nicht geheilt. Die Kündigung bleibt bei fehlender Anhörung unwirksam.

Die Unwirksamkeit gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG 1972 ist eine "Rechtsunwirksamkeit aus anderen Gründen" im Sinne des § 13 Abs. 3 KSchG, für deren Geltendmachung die Klagefrist des § 4, § 13 Abs. 1 KSchG nicht gilt.

e) BAG vom 13.11.1975, AP Nr. 7 zu § 102 BetrVG 1972

Eine schriftliche Kündigung ist ausgesprochen im Sinne des BetrVG § 102 Abs. 1 S. 3, wenn das Kündigungsschreiben den Machtbereich des Arbeitgebers verlassen hat, z. B. das Kündigungsschreiben zur Post gegeben worden ist. Deshalb ist die Kündigung unwirksam, wenn in diesem Zeitpunkt weder dem Arbeitgeber die Stellungnahme des Betriebsrats vorliegt noch die Anhörungsfristen des BetrVG § 102 Abs. 2 verstrichen sind.

f) Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, 5 Sa 323/95: Hat ein Betriebsrat der fristlosen Kündigung eines Arbeitnehmers zugestimmt, wird diese Kündigung dann aber in eine fristgerechte Kündigung umgewandelt, so braucht der Betriebsrat nicht erneut angehört zu werden.

D. h. also: Zustimmung zu fristloser Kündigung umfasst auch die fristgemäße Kündigung.  
Ebenso BAG vom 16.3.1978, DB 1978, 1454 f.

g) LAG Baden-Württemberg vom 24.6.1997 (rkr.): Eine bewusst unrichtige oder unvollständige und dadurch irreführende Darstellung des Kündigungssachverhalts durch den AG stellt keine ordnungsgemäße Anhörung des BR iSv § 102 BetrVG dar; die gleichwohl ausgesprochene Kündigung ist unwirksam.

h) BAG vom 11.12.1996, AiB 1998, 112 ff: Zugang des Kündigungs-Anhörungsschreibens erst am folgenden Tage, wenn es vom AG zu einer Zeit ins Postfach gelegt wird, zu welcher – nach Dienstschluss – nicht mehr mit der Leerung am selben Tage gerechnet werden kann. - Einwochenfrist des § 102 II 1 BetrVG endet mit Ablauf des betr. Tages (§ 188 II BGB), nicht

bereits mit Dienstschluss der Personalabteilung. – BR darf die Frist voll ausschöpfen. Einverständliche Abkürzung unterliegt Bedenken. AG darf auf gar keinen Fall einseitig abkürzen, auch nicht in sog. Eilfällen.

(Wichtig! BAG lehnt ausdrücklich die häufig vertretene Ansicht ab, wonach die Wartefrist bereits am letzten Tag mit Dienstschluss der Personalabteilung des AG endet!!)

i) BAG, Urteil vom 6.2.1997 - 2 AZR 265/96, Anforderungen an die Betriebsratsanhörung

1. Die Anhörung des Betriebsrats gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG bedarf auch dann nicht der Schriftform bzw. der Übergabe vorhandener schriftlicher Unterlagen, wenn der Kündigungssachverhalt ungewöhnlich komplex ist.

2. Im Kündigungsschutzprozeß sind auch solche Tatsachen verwertbar, die der Arbeitgeber dem Betriebsrat im Anhörungsverfahren erst auf Nachfrage mitteilt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber vor der Kündigung nochmals die Frist des § 102 Abs. 2 BetrVG bzw. die abschließende Stellungnahme des Betriebsrats abwartet.

j) BAG, Urteil vom 16.09.93 - 2 AZR 267/93: NZA 1994, 311 ff [n Unwirksamkeit der BR-Anhörung.doc]

1. Grundsätzlich muss vor jeder Kündigung eine neue Betriebsratsanhörung durchgeführt werden. In jedem Fall verbraucht eine tatsächlich ausgesprochene Kündigung die zuvor durchgeführte Betriebsratsanhörung, so dass der Betriebsrat vor einer weiteren Kündigung erneut angehört werden muss.

2. Unwirksam nach § 102 BetrVG sind nicht nur Kündigungen, zu denen der Betriebsrat überhaupt nicht gehört wurde, sondern auch Kündigungen, bei denen die Anhörung nicht ordnungsgemäß war.

(Bestätigung der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts seit BAG Urteil vom 28.2.1974, 2 AZR 455/73 AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG 1972).

k) BAG vom 18.8.1982, AP Nr. 24 zu § 102 BetrVG 1972

Ist ein Betriebsrat für die Dauer der Äußerungsfristen des § 102 Abs. 2 BetrVG beschlussunfähig i.S. des § 33 Abs. 2 BetrVG, weil in dieser Zeit mehr als die Hälfte der Betriebsratsmitglieder an der Amtsausübung verhindert ist und nicht durch Ersatzmitglieder vertreten werden kann, so nimmt der Restbetriebsrat in entsprechender Anwendung des § 22 BetrVG die Mitbestimmungsrechte des § 102 Abs. 2 BetrVG wahr.

l) BAG, Urt. v. 15.11.1995 - 2 AZR 974/94, NZA 1996, 419 ff:

Bei einer außerordentlichen Kündigung wegen der Annahme von Schmiergeldern in Millionenhöhe scheidet die Wirksamkeit der Betriebsratsanhörung nicht daran, dass der Arbeitgeber dem Betriebsrat keine genauen Angaben über die Dauer der Betriebszugehörigkeit des AN und dessen Alter gemacht hat. Angesichts der Schwere der Vorwürfe können sich aus Sicht des Arbeitgebers solche Umstände nicht mehr entscheidend zugunsten des AN auswirken, zumal der Betriebsrat die Kündigungsabsicht auch ohne Kenntnis dieser Daten ausreichend beurteilen kann

m) BAG, Urt. v. 11.10.1989 - 2 AZR 88/89, NZA 1990, 748:

Scheidet eine Kündigung, zu welcher der Betriebsrat ordnungsgemäß angehört worden ist und der er ausdrücklich und vorbehaltlos zugestimmt hat, an dem fehlenden Zugang an den Kündigungsgegner, so ist vor einer erneuten Kündigung eine nochmalige Anhörung des Be-

etriebsrats dann entbehrlich, wenn sie in engem zeitlichen Zusammenhang ausgesprochen und auf denselben Sachverhalt gestützt wird.

n) BAG, Urt. vom 12.12.1996 (unveröffentlicht), in juris, unter Az. 2 AZR 803/95:

1. Nach § 130 Abs. 1 BGB wird eine unter Abwesenden abgegebene Willenserklärung in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie dem Empfänger zugeht. Eine schriftliche Willenserklärung ist nach § 130 Abs. 1 BGB zugegangen, sobald sie in verkehrüblicher Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Empfängers bzw. eines empfangsberechtigten Dritten gelangt ist und für den Empfänger unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit besteht, von dem Inhalt des Schreibens Kenntnis zu nehmen. Dies gilt auch für den Zugang eines Anhörungsschreibens nach § 102 BetrVG an den Betriebsrat.

2. Wenn ein Betriebsratsvorsitzender in der ersten Betriebsversammlung nach einer Konkursöffnung als Versammlungsleiter lediglich seine Meinung zum Ausdruck bringt, die beabsichtigte Massenentlassung sei unwirksam, ohne dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass dieser Meinungsäußerung ein Betriebsratsbeschluss zugrunde liegt, so ist es rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Landesarbeitsgericht in dieser Äußerung keine abschließende Stellungnahme des Betriebsrats nach § 102 BetrVG sieht.

o) Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 3.12.1998, AP Nr. 99 zu § 102 BetrVG 1972:

Gemäß § 102 Abs. 1 S. 2 BetrVG sind dem Betriebsrat die Gründe für die Kündigung auch dann mitzuteilen, wenn das Arbeitsverhältnis nicht dem allgemeinen Kündigungsschutz unterliegt. Hat allerdings der Arbeitgeber keine auf Tatsachen gestützte und demgemäß durch die Mitteilung dieser Tatsachen konkretisierbaren Kündigungsgründe, so genügt es, wenn er dem Betriebsrat seine subjektiven Wertungen mitteilt, die ihn zur Kündigung veranlassen.

p) BAG, Urt. v. 17. 2. 2000 - 2 AZR 913/98, NZA 2000, 761 ff:

Besteht aus der Sicht des Arbeitgebers keine Möglichkeit, den zu kündigenden Arbeitnehmer auf einem anderen Arbeitsplatz weiterzubeschäftigen, (§ 1 II 2 lit. 1 b und lit. 2 b KSchG), so genügt der Arbeitgeber seiner Anhörungspflicht nach § 102 BetrVG in der Regel schon durch den ausdrücklichen oder konkludenten Hinweis auf fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten.

Hat jedoch der Betriebsrat vor Einleitung des Anhörungsverfahrens Auskunft über Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für den zu kündigenden Arbeitnehmer auf einem konkreten, kürzlich frei gewordenen Arbeitsplatz verlangt, so muss der Arbeitgeber dem Betriebsrat nach § 102 I 2 BetrVG mitteilen, warum aus seiner Sicht eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf diesem Arbeitsplatz nicht möglich ist. Der lediglich pauschale Hinweis auf fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten im Betrieb reicht dann nicht aus.

Hat der Arbeitgeber den Betriebsrat über Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten auf dem vom Betriebsrat benannten Arbeitsplatz zunächst objektiv falsch informiert und rügt der Betriebsrat dies innerhalb der Frist des § 102 II BetrVG unter Angabe des zutreffenden Sachverhalts, so ist der Arbeitgeber verpflichtet, dem Betriebsrat ergänzend mitzuteilen, warum aus seiner Sicht trotzdem eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf diesem Arbeitsplatz nicht in Betracht kommt. Unterlässt er dies und kündigt, so ist die Kündigung nach § 102 BetrVG unwirksam.

q) BAG v. 21.9.2000 - 2 AZR 385/99, AP Nr. 11 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung:

Eine Kündigung ist nicht nur dann nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam, wenn der Arbeitgeber gekündigt hat, ohne den Betriebsrat zuvor überhaupt beteiligt zu haben, sondern auch dann, wenn der Arbeitgeber seiner Unterrichtungspflicht nach § 102 Abs. 1 BetrVG nicht richtig, insbesondere nicht ausführlich genug nachkommt. Die Einschaltung des Be-

etriebsrats im Rahmen des Anhörungsverfahrens hat über die reine Unterrichtung hinaus den Sinn, der Arbeitnehmervertretung Gelegenheit zu geben, ihre Überlegungen zu der Kündigungsabsicht dem Arbeitgeber zur Kenntnis zu bringen. Die Anhörung soll in geeigneten Fällen dazu beitragen, dass es gar nicht zum Ausspruch einer Kündigung kommt. Aus diesem Sinn und Zweck der Anhörung folgt für den Arbeitgeber die Verpflichtung, die Gründe für seine Kündigungsabsicht derart mitzuteilen, dass er dem Betriebsrat eine nähere Umschreibung des für die Kündigung maßgeblichen Sachverhalts gibt. Die Kennzeichnung des Sachverhalts muss so umfassend sein, dass der Betriebsrat ohne eigene Nachforschungen in der Lage ist, selbst die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe zu prüfen und sich ein Bild zu machen.

r) ArbG Frankfurt a.M. – Az.: 15 Ca 8302/02, Quelle: dpa vom 28.4.2003

Dem Betriebsrat muss vor dem Ausspruch einer Kündigung auch die Zahl der Kinder des betroffenen Arbeitnehmers mitgeteilt werden.

Die Richter gaben damit der Klage eines wegen Krankheit gekündigten Versandhelfers gegen ein Versandkaufhaus statt. Das Versandhaus hatte es vor Ausspruch der Kündigung unterlassen, dem Betriebsrat mitzuteilen, dass der kranke Versandhelfer zwei Kinder hat. Vor Gericht argumentierte das beklagte Unternehmen, dies nicht gewusst zu haben. Der Gerichtsvorsitzende wies aber darauf hin, dass auf den Lohnsteuerkarten des Arbeitnehmers dessen Kinder vermerkt seien. Der Umfang möglicher Unterhaltsverpflichtungen sei ein wesentlicher Kritikpunkt bei der Beurteilung einer Kündigung durch den Betriebsrat und müsse daher stets mitgeteilt werden.

## 5. Probleme

1. Anhörung des BR und Umdeutung (§ 140 BGB) einer – unwirksamen – außerordentlichen in eine ordentliche Kündigung [Vgl. Klausurfall vom SS 1997, S. 338 des Skripts].
2. Anhörung des BR und Nachschieben von Gründen (siehe unten S. 288 )
3. Anhörung des BR und Eventualkündigung (außerordentliche, hilfsweise ordentliche K.), hier Klausurfall SS 1997, S. 338. S. auch die Rechtsprechung, oben unter 2 f).
4. Widerspruch des BR - Faxen – Fristwahrung? (Zugangsprobleme)  
S. Thannheiser, Immer erreichbar per Fax – Segen oder Fluch?, AiB 1997, 498 ff, mit instruktivem Fall, aaO S. 498.
5. § 102 IV BetrVG – eine Formvorschrift? (Vgl. den gleichnamigen Artikel von Düwell, NZA 1988, 866 ff).
6. Betriebsübergang, Widerspruch des gekündigten AN und Anhörung: nicht des Gesamtbetriebsrates, und zwar auch dann nicht, wenn keiner der Einzelbetriebsräte zuständig ist: [BAG vom 21.3.1996](#), NZA 1996, 974 ff.

## 6. Berechnung der Fristen nach § 102 Abs. 2 BetrVG

### a) Drei-Tage-Frist gem. Abs. 2 S. 3:

- Bezieht sich auf Kalendertage, nicht auf Werk- oder Arbeitstage. Der Tag des Zugangs der AG-Information wird nicht mitgezählt.

*Beispiel:* Unterrichtung des BR am Montag; die Frist läuft am Donnerstag ab.

- Samstag, Sonn- und Feiertage, die innerhalb der Frist liegen, zählen mit (BAG vom 27.8.1982, AP Nr. 25 zu § 102 BetrVG 1972).

*Beispiel:* AG unterrichtet den BR am Freitag. Die 3-Tage-Frist läuft am Montag, 0 Uhr ab.

- Fällt der letzte Tag der Frist auf einen Samstag, Sonn- oder Feiertag, dann endet die Frist erst mit Ablauf des nächsten regulären Werktages, § 193 BGB.

*Beispiel:* AG unterrichte den BR am Dienstag vor Ostern. Die Frist würde Karfreitag, also an einem Feiertag enden. Gem. § 193 BGB ist hier Fristende am Dienstag nach Ostern.

b) Die Ein-Wochen-Frist gem. Abs. 2 S. 1 und Abs. 3:

- Gleiche Grundsätze wie unter a). Die Frist endet mit dem gleichen Wochentag, eine Woche nachdem der AG den BR ordnungsgemäß informiert hat.

*Beispiel:* Information zu einer ordentlichen Kündigung durch den AG am Mittwoch, den 9. Juni. Fristablauf am Mittwoch, den 16.6., 0 Uhr.

7. Widerspruch des Betriebsrates

ArbG Stuttgart, 5.6.1996 - 6 Ca 23/96<sup>81</sup>:

*Macht der Betriebsrat im Widerspruch geltend, dass in konkret bezeichneten Betriebsabteilungen Leiharbeitskräfte tätig seien, auf deren Arbeitsplätze Arbeitnehmer weiterbeschäftigt werden könnten, so handelt es sich um einen Widerspruch gemäß § 102 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG. Es geht dabei um Arbeitsplätze, die in absehbarer Zeit freigemacht werden und deshalb freie Arbeitsplätze im Sinne der Rechtsprechung zu § 102 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG sind.*

*Für den Widerspruch kommt es nicht darauf an, ob die betreffenden Arbeitnehmer auf den bezeichneten Arbeitsplätzen tatsächlich eingesetzt werden können. Die Möglichkeit des Vorliegens eines Widerspruchsgrunds ist ausreichend.*

8. Muster: BR-Anhörung

An den  
Betriebsrat der ...  
z. Hd. des Betriebsratsvorsitzenden ...

Die Firma ... beabsichtigt den Arbeitnehmer

Name  
Vorname  
Geburtsdatum  
Familienstand  
Kinder  
Wohnhaft in ...

ordentlich zu kündigen.

Der zu kündigende Arbeitnehmer ... ist seit dem ...als ... zuletzt in der Betriebsabteilung ... beschäftigt. Er arbeitet mit der vollen Arbeitszeit/in Teilzeit /zur Aushilfe.

Begründung der Kündigung: ....

Die Kündigung ist erforderlich, weil ...

Der Betriebsrat wird gebeten, der beabsichtigten Kündigung zuzustimmen.

---

<sup>81</sup> URL: [http://www.hbv.org/asr/asrdat97.htm#ASR97\\_18](http://www.hbv.org/asr/asrdat97.htm#ASR97_18)



Muster: Empfangsbestätigung über die Einleitung des Anhörungsverfahrens

Wir bestätigen, die Unterrichtung über die beabsichtigte Kündigung des Arbeitnehmers ... am ... erhalten zu haben.

Ort, den ...

gez. Betriebsratsvorsitzender

3. Sektion: Ordentliche Kündigung bei (allgemeinem) Kündigungsschutz

Ø EINFÜHRENDE LITERATUR: Brox, Rn. 198, 204-208

A. FÄLLE

**Fall Nr. 80:** Anton, der am 21. August 1967 geboren ist, wird am 15. Februar 1985 (mit Zustimmung seiner Eltern) von den Berliner Stadtreinigungs-Betrieben (BSR) als Straßenfeger eingestellt:

Mit Schreiben vom 15.8.1985, das dem Anton am 19.8.1985 zugestellt wird, kündigt die BSR das Arbeitsverhältnis zum 30.9.1985. Zitat aus dem Kündigungsschreiben: " .... unsere Ermahnungen, während der Dienstzeit keine alkoholischen Getränke zu sich zu nehmen, wurden von Ihnen unbeachtet gelassen. Zu diesen Vorwürfen wurden Sie am 15. Mai 1985 in der Abteilung Personal gehört. Der Tatbestand, dass Sie während der Dienstzeit alkoholische Getränke zu sich genommen haben, wurde von Ihnen bestätigt. Ihnen wurde Gelegenheit zur Bewährung gegeben. Inzwischen ist uns eine erneute Meldung Ihres Dienstvorgesetzten vom 5.8.1985 zugegangen, aus der zu ersehen ist, dass sich Ihre Arbeitsauffassung bisher nicht geändert hat. Die Ihnen übertragenen Aufgaben werden ungenügend und interesselos ausgeführt. Die Neigung zum Verzehr alkoholischer Getränke während der Arbeitszeit besteht weiterhin. Da Sie sich durch Ihr Verhalten der Achtung und des Vertrauens, das Ihr Arbeitsverhältnis erfordert, nicht würdig erwiesen haben, sehen wir uns gezwungen, das Arbeitsverhältnis mit Ihnen zu beenden... Der Personalrat hat der Kündigung zugestimmt."

In einem Brief an das Arbeitsgericht, der dort am 8.9. eingeht, schreibt Anton: "Sehr geehrte Herren Richter! Mir ist von der Stadtreinigung zum 30. September gekündigt worden. Das empfinde ich als eine Riesenschweinerei! Ich habe niemals getrunken! Und immer ordentlich gearbeitet! Alles Lügen und Verdrehungen! Ich fordere mein Recht! Hochachtungsvoll gez. ...."

Der Bevollmächtigte der Stadtreinigung erklärt in der mündlichen Verhandlung, dem Kündigungsschreiben sei kein Wort hinzuzufügen.

a) Wie wird das Arbeitsgericht entscheiden?

b) Wie wäre zu entscheiden, wenn Anton am 15. März 1985 eingestellt worden wäre?

## B. SYSTEM

### I — Inhalt des Kündigungsschutzes (= Grundsätze)

Falls Kündigungsschutz besteht, falls also das KSchG anwendbar ist, so ist eine ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber nur wirksam, wenn sie *sozial gerechtfertigt* ist. Dies kann – **nur !!** - dann der Fall sein, wenn sie durch

- a) Gründe in der Person des AN oder
- b) Gründe in dem Verhalten des AN oder
- c) dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Wiederbeschäftigung des AN in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist.

Das Vorliegen des Grundes muss der Arbeitgeber beweisen (§ 1 Abs. 2 S. 4 KSchG).

Der gekündigte AN muss sich gegen die – seiner Ansicht nach - unwirksame Kündigung mittels einer Klage, der sog. Kündigungsschutzklage wehren. Hierfür stehen ihm nach § 4 KSchG drei Wochen zur Verfügung. Versäumt er diese Frist, so wird die Kündigung wirksam, auch wenn sie (offensichtlich) unwirksam ist, z. B. nach § 9 MuSchG (§ 7 KSchG).

### II — Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des KSchG

Literatur:

- Beppler, Der Betriebsbegriff des KSchG und die Kleinbetriebsklausel, ArbuR 1997, 54 ff
- Schmidt, Monika, Die Anwendbarkeit des KSchG auf Kleinbetriebe vor dem Hintergrund der zunehmenden internationalen Unternehmensverflechtungen, NZA 1998, 169 ff

Einige wichtige Punkte:

#### Ø Dauer der Betriebszugehörigkeit

##### § a) Wartezeit = 6 Monate.

Für den Beginn ist nicht die tatsächlich Aufnahme der Arbeit maßgeblich, sondern ausschließlich der rechtliche Beginn des Arbeitsverhältnisses (h. M.). Eine Arbeitsunfähigkeit des AN oder ein Annahmeverzug des AG beim vorgesehenen Beginn des Arbeitsverhältnisses bewirken **keinen** Aufschub<sup>82</sup>.

Ende der Wartezeit: mit dem Ablauf desjenigen Tages des letzten Monats, der dem Tag vorhergeht, der durch seine Benennung oder seine Zahl dem Anfangstag der Frist entspricht, § 188 Abs. 2 BGB. Z. B.: Beginn des Arbeitsverhältnisses am 15.3.; Ende mit Ablauf des 14.9.

Verlängerung der Wartezeit kann nicht wirksam vereinbart werden, auch nicht in Tarifverträgen, weil dies den zwingenden Kündigungsschutz nach dem KSchG einschränken würde. Eine Verkürzung der Wartezeit ist dagegen möglich, weil es sich um eine für den AN günstigere Regelung handelt.

##### § b) § 1 KSchG „ohne Unterbrechung“: Eine Unterbrechung im Bestand des Arbeitsverhältnisses liegt nicht vor, wenn der Arbeitnehmer aufgrund einer Krankheit, Urlaubs oder der Teilnahme an einem Streik vorübergehend tatsächlich nicht gearbeitet hat. Derartige Fehlzeiten werden nicht berücksichtigt.

##### § c) Geht der unbefristeten Einstellung ein befristetes Arbeitsverhältnis unmittelbar voraus (auch im Rahmen einer ABM), so sind diese Zeiten auf die Wartezeit anzurechnen. Dies

<sup>82</sup> H.M., vgl. statt vieler Erfurter Komm., § 1 KSchG Rn. 70

gilt erst recht, wenn mehrere befristete Arbeitsverhältnisse „vorgeschaltet“ waren. Anders aber, wenn ein befristetes Probearbeitsverhältnis vorgeschaltet war (vgl. insoweit Fall Nr. 76).

§ d) Schließlich wird eine frühere Beschäftigung auch angerechnet bei einer rechtlichen Unterbrechung, wenn die rechtliche Unterbrechung verhältnismäßig kurz war und zwischen beiden Arbeitsverhältnissen ein sachlicher Zusammenhang besteht. Obergrenze nach BAG: 1 Monat!

Ø Mindestbetriebsgröße

§ Neuregelung seit 1.1.2004: grundsätzlich mehr als 10 AN nötig (§ 23 Abs. 1 S. 2 KSchG), aber Art Übergangsregelung für 5+-Betriebe nach altem Recht !

§ Quotale Berücksichtigung von Teilzeitarbeitnehmern (§ 23 Abs. 1 S. 4 KSchG).

A - Schema zu § 23 Abs. 1 S. 4 KSchG –Berücksichtigung von Teilzeitbeschäftigung

1 – 20 Stunden pro Woche ↓ 0,5 AN	21 – 30 Stunden pro Woche ↓ 0,75 AN	31 Stunden und mehr ↓ 1 AN
---	---	----------------------------------

B - Schema zu § 23 Abs. 1 S. 2-3 KSchG – die Schwellenwerte

Betriebe bis 5 AN	KSchG findet keine Anwendung; KEIN KÜNDIGUNGSSCHUTZ Ausnahme: §§ 4-7, 13 Abs. 1 S. 1. und 2 KSchG, d. h. auch hier gilt die 3-wöchige Klagefrist
Betriebe von 5,25 bis 10 AN	§ für AN, die nach dem 31.12.2003 eingestellt worden sind: KEIN KÜNDIGUNGSSCHUTZ; § für AN, die vor dem 31.12.2003 eingestellt worden sind: KSchG gilt. § sinkt die (zum 31.12.2003 existierende) Beschäftigtenzahl unter 5,25, so erlischt der Kündigungsschutz für alle AN des Betriebes; lebt erst wieder auf, wenn Betriebsgröße von mehr als 10 AN erreicht ist.
Betriebe ab 10,25 AN	Betriebe ab 10,25 AN: alle AN haben KÜNDIGUNGSSCHUTZ, auch Leitende Angestellte. Ausnahme: Auszubildende.

- § Zur Ermittlung der Beschäftigtenzahl für die Anwendung der Kleinbetriebsklausel, BVerfG vom 27.1.1998 –1 BvL 22/93 – NZA 1998, 469 f
- § BAG 9.10.1997, NZA 1998, 141 ff: „Die Voraussetzungen des § 23 I KSchG müssen im Inland erfüllt sein; etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den Rechtsgrundsätzen der Europäischen Union.“
- § ArbG Hamburg v. 10.3.1997, DB 1997, 2439: Bei der Ermittlung der Mitarbeiterzahl kommt es nicht auf den Betrieb, sondern auf das Unternehmen an, wenn das Unternehmen des Schutzes der Kleinbetriebsklausel nicht bedarf. Das ist dann der Fall, wenn der Inhaber des Kleinbetriebes neben diesem Betrieb weitere Betriebe oder Betriebsteile unterhält und insgesamt mehr als die in § 23 I KSchG genannten AN beschäftigt. [Restriktive Auslegung im Wege der teleologischen Reduktion; im Wege verfassungskonformer Auslegung gewonnenes Ergebnis.]
- § Für große Catering-Unternehmen in Deutschland ist festgestellt worden, dass mit der Anhebung des Schwellenwertes 1996 rund die Hälfte der Beschäftigten aus dem Geltungsbereich des KSchG herausgefallen sind. Daher die „Rückbesinnung“ auf die ursprüngliche „Fünf - Plus – Marke“ mit Wirkung zum 1.1.1999!
- § Bei der Berechnung des Schwellenwerts nach § [23 I 2 KSchG](#) ist der gekündigte Arbeitnehmer auch dann mit zu berücksichtigen, wenn Kündigungsgrund die unternehmerische Entscheidung ist, den betreffenden Arbeitsplatz nicht mehr neu zu besetzen (BAG vom 21.1.2004, NZA 2004, 280 ff).

### III — Bedeutung der Beweislastumkehr nach § 1 Abs. 2 S. 4 KSchG:

Im Kündigungsschutzprozeß muss der Arbeitgeber die Kündigungsgründe, die im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung vorgelegen haben, darlegen und beweisen. Kann er dies nicht, wird die Kündigung für sozialwidrig erklärt und der Arbeitnehmer gewinnt den Prozess.

Beweislastentscheidungen sind also Entscheidungen, in denen die Unaufklärbarkeit der tatsächlichen Umstände zu Lasten des Beweispflichtigen geht.

*Beispiel: AG hat gekündigt mit Begründung, der AN sei häufig zu spät zur Arbeit gekommen. Bestreitet der AN diesen Vorwurf, so muss der AG die Tatsachen beweisen, die die Unpünktlichkeit ergeben. Gelingt ihm dies nicht, so ist die Tatsache der Unpünktlichkeit – die ja den (verhaltensbedingten) Kündigungsgrund darstellt – eben nicht bewiesen. Der AG verliert den Prozess.*

### IV — Die Klagefrist

Nunmehr einheitliche Klagefrist, gleichgültig ob das KSchG Anwendung findet oder nicht, gleichgültig, ob die behauptete Unwirksamkeit der Kündigung auf fehlender sozialer Rechtfertigung oder auf Nichtigkeit beruht (etwa gem. § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVerfG).

Wichtig: Zuständig für Kündigungsschutzklagen sind die Arbeitsgerichte, § 2 Abs. 1 Nr. 3 b ArbGG. Dies gilt auch dann, wenn die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers bestritten wird (LAG Köln vom 3.1.1996, NZA 1996, 1344).

#### 4. Sektion: Kündigung ohne Kündigungsschutz

Eine Kündigung kann trotz fehlender Anwendbarkeit des KSchG unwirksam sein. Es sind dies nachstehende Fälle:

1. – Fall einer gesetzwidrigen Kündigung (z.B. § 9 MuSchG),
2. – Fall einer verfassungswidrigen Kündigung (z. B. Art. 9 Abs. 3 GG oder Art. 4 GG),
3. – Fall einer sittenwidrigen Kündigung (Rachekündigung),

Hinzu kommt neuerdings

4. – Fall einer treuwidrigen Kündigung ([BAG v. 23.6.1994](#), NZA 1994, 1080 ff., n [Kündigung wegen Sexualverhaltens.doc]): *Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) bildet eine allen Rechten, Rechtslagen und Rechtsnormen immanente Inhaltsbegrenzung. Im Rahmen einer solchen, einerseits die Grundrechte der Vertragsfreiheit (Kündigungsfreiheit) und andererseits die Rechte auf Achtung der Menschenwürde sowie auf freie Entfaltung der Persönlichkeit konkretisierenden Generalklausel sind diese Rechte gegeneinander abzuwägen. Insofern ist es rechtsmissbräuchlich, wenn der Arbeitgeber unter Ausnutzung der Privatautonomie dem Arbeitnehmer nur wegen seines persönlichen (Sexual-) Verhaltens innerhalb der Probezeit kündigt.*<sup>83</sup>

Bestätigt von BAG vom 16.09.2004, 2 AZR 447/03, Pressemitteilung des BAG Nr. 65/04.: *Die fristgemäße Kündigung gegenüber einem Arbeitnehmer in den ersten sechs Monaten seiner Beschäftigung kann nach § 242 BGB unwirksam sein, wenn sie gegen Treu und Glauben verstößt. In diesen Fällen hat der Arbeitnehmer die Tatsachen darzulegen und ggf. zu beweisen, aus denen sich eine Rechtsverletzung ergibt.*

Vgl. andererseits in diesem Zusammenhang [BAG vom 16.2.1989](#), NZA 1989, 962: *1. Kündigt der Arbeitgeber einem mit dem HIV-Virus infizierten Arbeitnehmer, der noch nicht den allgemeinen Kündigungsschutz nach § 1 Abs. 1 KSchG genießt, fristgerecht, so ist die Kündigung jedenfalls nicht sittenwidrig nach § 138 Abs. 1 BGB, wenn der Arbeitnehmer nach Kenntnis von der Infektion einen Selbsttötungsversuch unternommen hat, danach längere Zeit (hier: nahezu drei Monate) arbeitsunfähig krank war, dieser Zustand nach einem vor Ausspruch der Kündigung vorgelegten ärztlichen Attest "bis auf weiteres" fortbestehen sollte und diese Umstände für den Kündigungsent-schluss jedenfalls mitbestimmend waren.*

*2. Eine unter solchen Umständen ausgesprochene Kündigung ist ferner nicht nach § 242 BGB treuwidrig und verstößt auch nicht gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG und das Maßregelungsverbot des § 612a BGB.*

In all diesen Fällen können also Kündigungen unwirksam sein, auch wenn der gekündigte AN in einem Kleinbetrieb arbeitet oder wenn er die Wartefrist (6 Monate) noch nicht erfüllt.

Zudem ist Folgendes zu berücksichtigen:

Das BVerfG hat in seinem Beschluss vom 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, NZA 1998, 470 ff - die Verfassungsmäßigkeit von § 23 I 2 KSchG stark relativiert, woraus sich Konsequenzen für die künftige Praxis ergeben. Die Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB vermitteln nach Auffassung des BVerfG für Beschäftigte in Kleinbetrieben einen „Grundrechtsschutz hinsichtlich des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses“; sie sollen den AN vor willkürlichen, auf sachfremden Motiven beruhenden Kündigungen schützen. „Das durch langjährige Mitarbeit er-

<sup>83</sup> Im konkreten Fall scheiterte die Klage allerdings, weil es sich um einen kirchlichen Arbeitgeber handelte, dem das Recht zusteht, von Funktionsträgern die Einhaltung der Grundsätze der römisch-katholischen Kirche zu verlangen (Scheidung und erneute Eheschließung des AN).

diente Vertrauen in den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses darf nicht unberücksichtigt bleiben“, „das Sozialstaatsprinzip gebietet ein gewisses Maß an sozialer Rücksichtnahme“.

Das BAG hat diese Grundgedanken übernommen: vgl. [Urteil vom 21. Februar 2001](#) - 2 AZR 15/00 - NZA 2001, 833 ff:

*1. Soweit im Fall der Kündigung unter mehreren Arbeitnehmern eine Auswahl zu treffen ist, hat auch der Arbeitgeber im Kleinbetrieb, auf den das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung findet, ein durch Art 12 GG gebotenes Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme zu wahren (BVerfGE 97, 169). Eine Kündigung, die dieser Anforderung nicht entspricht, verstößt gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) und ist deshalb unwirksam.*

*2. Ist bei einem Vergleich der grundsätzlich von dem gekündigten Arbeitnehmer vorzutragenden Sozialdaten evident, dass dieser erheblich sozial schutzbedürftiger ist als ein vergleichbarer weiterbeschäftigter Arbeitnehmer, so spricht dies zunächst dafür, dass der Arbeitgeber das gebotene Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme außer acht gelassen hat. Setzt der Arbeitgeber dem schlüssigen Sachvortrag des Arbeitnehmers weitere (betriebliche, persönliche etc) Gründe entgegen, die ihn zu der getroffenen Auswahl bewogen haben, so hat unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben eine Abwägung zu erfolgen. Es ist zu prüfen, ob auch unter Einbeziehung der vom Arbeitgeber geltend gemachten Gründe die Kündigung die sozialen Belange des betroffenen Arbeitnehmers in treuwidriger Weise unberücksichtigt lässt. Der unternehmerischen Freiheit des Arbeitgebers im Kleinbetrieb kommt bei dieser Abwägung ein erhebliches Gewicht zu.*

Neuerdings etwas abschwächend BAG vom 6. Februar 2003 - 2 AZR 672/01, BAG-Pressemitteilung Nr. 07/03.<sup>84</sup>

Fazit: Man kann – mit aller gebotener Vorsicht – davon sprechen, dass die Rechtsprechung in letzter Zeit dahin tendiert, den Kündigungsschutz über den Geltungsbereich des KSchG hin-

---

<sup>84</sup>Der Kläger war im Elektrofachhandel der Beklagten seit 1997 als Kundendienstmonteur beschäftigt. Seine Vergütung betrug zuletzt 5.500,00 DM brutto zuzüglich 500,00 DM Fahrkostenpauschale. Die Beklagte beschäftigt neben dem 1945 geborenen Kläger nur noch drei Mitarbeiter, die Ende 1999/Anfang 2000 eingestellt wurden, deutlich jünger als der Kläger sind und erheblich weniger verdienen. Einer der Mitarbeiter ist als Lagerarbeiter, einer als Auslieferungsfahrer und einer als Monteur und Verkäufer beschäftigt. Am 30. Juni 2000 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 31. Juli 2000 und führte betriebliche Gründe an. Der Kläger hat geltend gemacht, die Kündigung verstoße gegen Treu und Glauben, weil die Beklagte ihre Entscheidung, ihm und nicht einem der anderen Arbeitnehmer zu kündigen, ohne das gebotene Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme getroffen habe. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

Die Revision des Klägers blieb erfolglos. Nach § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG gelten die Vorschriften des Ersten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes nicht für Betriebe, in denen in der Regel fünf oder weniger Arbeitnehmer beschäftigt werden. Die ordentliche Kündigung der Beklagten bedurfte deshalb zu ihrer Wirksamkeit keines Grundes im Sinne des § 1 KSchG. Die Kündigung gegenüber dem Arbeitnehmer im Kleinbetrieb kann jedoch nach § 242 BGB (Treu und Glauben) unwirksam sein. Stützt sich der Arbeitgeber des Kleinbetriebs auf betriebliche Umstände und kommt eine Auswahl zwischen mehreren Arbeitnehmern in Betracht, so ist die Kündigung rechtsmissbräuchlich und deshalb nach § 242 BGB unwirksam, wenn schon auf den ersten Blick erkennbar ist, daß der Arbeitgeber ohne entgegenstehende betriebliche Interessen einem Arbeitnehmer kündigt, der erheblich schutzwürdiger als vergleichbare, nicht gekündigte Arbeitnehmer ist (*Senat 21. Februar 2001 - 2 AZR 15/00 - BAGE 97, 92*). Nach diesem Maßstab war die gegenüber dem Kläger ausgesprochene Kündigung schon deshalb nicht zu beanstanden, weil die im Betrieb verbliebenen Arbeitnehmer jedenfalls zum Teil andere Tätigkeiten als der Kläger ausübten und deshalb nicht mit ihm vergleichbar waren. Auf das Vorliegen wirtschaftlicher Gründe (Personalkosten) kam es danach nicht mehr an.

aus auszuweiten. Es ist damit zu rechnen, dass die Arbeitsgerichte bei langer Betriebszugehörigkeit mehr als bislang die Unwirksamkeit von Kündigungen annehmen werden.  
Bemerkenswert der Aufschrift der AG-Seite: vgl. Arbeitsrecht für Vorgesetzte, K 40/001 ff (November – Dezember 2001).

S. auch Kittner, Neues Kündigungsschutzrecht außerhalb des KSchG, in: NZA 1998, 731 ff; ähnliche Einschätzung bei Hanau / Louven, Abmahnung und Kündigung, 2000, S. 83.

**Lektion Nr. 15: Die stichhaltigen Gründe nach § 1 Abs. 2  
KSchG – Betriebsbedingte Gründe**

Ø EINFÜHRENDE LITERATUR: Halbach, 2/524-525a, 527

Ø INHALT

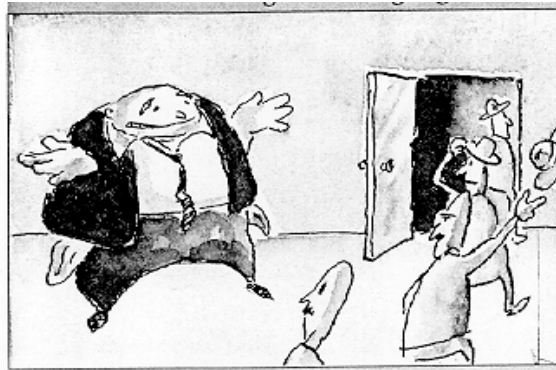
A. Fälle

B. System

1. Sektion: Schematische Darstellung
2. Sektion: Theorie
3. Sektion: Inkongruenz der Regelungen in § 1 Abs. 2 S. 1 und 2 KSchG
4. Sektion: Insolvenz und Kündigung

\*\*\*

Link für Gründe: <http://www.recht-und-fuehrung.de/fvrf/>





## A. FÄLLE

**Fall Nr. 81:** In der Maschinenbaufirma Ypsilon AG arbeitet der 54jährige Ingenieur I seit 7 Jahren, und zwar in der Entwicklungsabteilung des Fachbereichs Starkstromtechnik. Nunmehr werden die Entwicklungsabteilungen der beiden in der Firma vorhandenen Fachbereiche zusammengelegt, und zwar, wie es heißt, aus Rationalisierungsgründen. Dem I wird fristgemäß gekündigt.

Er erhebt Kündigungsschutzklage.

a) Was muss I in der Klagebegründung schreiben?

b) I bezweifelt, dass die Zusammenlegung der beiden Entwicklungsabteilungen überhaupt den Rationalisierungseffekt hat, den sich die Firma verspricht. Nach seiner Auffassung ist also die Rationalisierungsmaßnahme nicht dringend betrieblich bedingt, und deshalb auch nicht seine Kündigung.

Welche Chance wird er mit diesem Argument vor Gericht haben?

c) I bezweifelt zwar nicht, dass die Rationalisierungsmaßnahme sinnvoll ist, er ist aber der Auffassung, er könne anderswo im Betrieb eingesetzt werden, ggf. nach Umschulung oder Einarbeitung.

Die AG bestreitet im Prozess einfach, dass eine solche Möglichkeit bestünde, und stellte sich auf den Standpunkt, der I solle nachweisen, wo und welche andere Einsatzmöglichkeit für ihn im Betrieb bestehe.

Schätzt die AG die Prozesslage damit richtig ein?

d) Angenommen, I erkennt die Rationalisierungsmaßnahme als sachlich geboten an und ist auch davon überzeugt, dass eine andere Einsatzmöglichkeit im Betrieb nicht besteht. Er sieht aber nicht ein, warum gerade er von den 20 Kollegen der Entwicklungsabteilung zur Kündigung ausgesucht wurde, wo er doch zwei behinderte minderjährige Kinder versorgen muss. Kann er daraus im Kündigungsrechtsstreit etwas herleiten ?

[Zu c) vgl. S. 233]

**Fall Nr. 82:** Zemecki, 40 Jahre alt, verheiratet, drei minderjährige Kinder, ist seit 1976 im Betrieb des Lunger (170 Arbeitnehmer) beschäftigt, und zwar als Hilfsarbeiter, zuletzt in der Abteilung "Kleinteile". Früher war er auch in der Abteilung "Großteile" tätig und hat dort alle anfallenden Hilfstätigkeiten ausgeführt. Aufgrund eines erheblichen Auftragsrückgangs, von dem vor allem die kostenintensive Abteilung "Kleinteile" betroffen ist, entschließt sich die Firma, diese Abteilung aus Kostengründen stillzulegen, die erforderlichen Kleinteile nur noch von Drittfirmen zu beziehen und den dadurch entstandenen Personalüberhang durch betriebsbedingte Kündigungen abzubauen. Aus diesem Grund kündigt Lunger insgesamt 12 Arbeitnehmern, u. a. auch dem Zemecki, am 13.2.1997 zum 31.8.1997. Der Betriebsrat war ordnungsgemäß angehört worden und hatte keine Stellungnahme abgegeben.

Zemecki erhebt am 20.2.1997 Kündigungsschutzklage. Er ist der Auffassung, dass die Kündigung unwirksam ist, weil die Stilllegung der Abteilung "Kleinteile" nicht (noch nicht) erforderlich gewesen sei. Darüber hinaus meint er, dass die Kündigung zunächst einem der in der Abteilung "Großteile" tätigen Hilfsarbeiter hätte ausgesprochen werden müssen. Insbesondere der 44jährige Hilfsarbeiter Schubbidu, dessen Tätigkeit er bereits früher verrichtet habe, sei aufgrund der lediglich 10jährigen Betriebszugehörigkeit und seines Familienstandes (verheiratet, 1 Kind) weniger schutzwürdig.

**Fall Nr. 83:** Die Bahner-AG betreibt eine Kette von Lebensmittelläden, davon einige in Brandenburg mit einem gemeinsam gewählten Betriebsrat. Die Zweigstelle BörnesträÙe gerät in den Einzugsbereich eines neu eröffneten Supermarktes; darauf gehen die Umsätze so stark zurück, dass die Firma die Fleischabteilung in dieser Filiale schließen muss. Den dort be-

*schäftigten drei Arbeitnehmerinnen wird wegen dringender betrieblicher Erfordernisse gekündigt, und zwar mit Billigung des Betriebsrats. Frau Schmidt, Tarifgruppe 5, erhebt Kündigungsschutzklage.*

*In der mündlichen Verhandlung (nach erfolglosem Gütetermin) argumentiert sie folgendermaßen:*

*Sie sei 54 Jahre alt; es sei ihr praktisch unmöglich, eine neue Stelle zu finden angesichts des überall praktizierten massiven Stellenabbaus. Im übrigen sei ihre Kündigung schon deshalb unwirksam, weil Bahner sie in der Filiale Ludwigstraße weiterbeschäftigen könne. Dort werde nämlich eine Verkäuferin gesucht. Die Firma bestreitet dies nicht, beruft sich aber auf die Zustimmung des Betriebsrats. Dieser sei einverstanden, wenn die Firma sich im Interesse der Erhaltung der Arbeitsplätze von älteren, nicht so leistungsfähigen Kräften trenne und jüngeren Bewerbern oder Bewerberinnen den Vorzug gebe.*

*a) Wie wird das Arbeitsgericht entscheiden? Spielt es eine Rolle, wenn sich die Geschäftsleitung über die (mögliche) Versetzung von Frau Schmidt überhaupt keine Gedanken gemacht hatte?*

*b) Ändert sich die Lage, wenn Frau Schmidt zwar nicht in Brandenburg, wohl aber in der Zweigstelle K-Dorf - 25 Arbeitnehmer, 21 km von Brandenburg entfernt - unterkommen könnte? In dieser Zweigstelle werden nämlich Verkäuferinnen gesucht. Wie, wenn der K-Dorfer Betriebsrat der Einstellung von Frau Schmidt widerspricht, weil er fürchtet, dass dann einer der beschäftigten Kollegen gehen müsste?*

*c) Kann Frau Schmidt in Fall 1 und Fall 2 von Bahner auch Weiterbeschäftigung über den Kündigungstermin hinaus verlangen?*

**Fall Nr. 84:** *Theo Alpha ist seit 1990 als Wagenpfleger bei der Siegburger Firma Congra GmbH in deren Verkaufsstelle in Lohmar tätig. Mit Schreiben vom 29.11.1995 kündigte die Firma das Arbeitsverhältnis fristgerecht zum 31.12.1995 mit der Begründung, der Verkauf in Lohmar werde zu diesem Zeitpunkt eingestellt; eine Weiterbeschäftigung im Siegburger Betrieb sei nicht möglich. Gegen diese Kündigung klagte Alpha am 14.12.1995 mit der Begründung, es lägen keine betriebsbedingten Gründe vor. Während des laufenden Kündigungsschutzverfahrens schied zum 23.2.1996 ein bei der Firma beschäftigter Fahrer aus. Die Stelle wurde mit einem anderen Arbeitnehmer besetzt. Alpha macht nun geltend, er habe diese Arbeit verrichten können, so dass die Firma verpflichtet gewesen sei, ihn weiterzubeschäftigen.*

*a) Ist die Kündigung wirksam?*

*b) Hat Alpha einen Anspruch auf Wiedereinstellung?*

[Vgl. S. 232]

**Bearbeitungshinweise aufgrund von studentischen Einwänden bzw. Fragen:**

1° Wenn – wie hier – im Sachverhalt vermerkt ist, dass fristgerecht gekündigt wurde, so haben Sie darüber nicht weiter zu diskutieren, sondern dies als Faktum hinzunehmen! (Zur Beruhigung: es könnte ja bspw. hier ja eine tarifliche Kündigungsfrist gegeben sein!!).

2° Im Sachverhalt ist angegeben, dass Alpha – nach seiner Ansicht – die fragliche Tätigkeit verrichten kann. Dann haben Sie von dieser Tatsache auszugehen und keine Phantasien hinsichtlich der Frage „Führerschein oder nicht“ zu entwickeln.

Rechtsprechungshinweis: [BAG vom 28.6.2000](#), NZA 2000, 1097 ff.<sup>85</sup>

---

<sup>85</sup> Dem betriebsbedingt gekündigten Arbeitnehmer kann ein Wiedereinstellungsanspruch zustehen, wenn sich zwischen dem Ausspruch der Kündigung und dem Ablauf der Kündigungsfrist unvorhergesehen eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ergibt. Entsteht diese erst nach Ablauf der Kündigungsfrist, besteht grundsätzlich kein Wiedereinstellungsanspruch (Bestätigung von BAG 6. August 1997 - 7 AZR 557/96 - BAGE 86, 194 ff). Dem Wiedereinstellungsanspruch können berechnete Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen. Diese können auch

**Fall Nr. 84a** (nach Hanau-Adomeit Rn 869): *Fa. Holzmindener Spinne ist Mitglied des Arbeitgeberverbandes „Textil“. Im Jahre 2003 gerät die Firma in starke wirtschaftliche Schwierigkeiten; die Firmenleitung möchte deshalb mit den Beschäftigten untertarifliche Entlohnung bei übertariflichen Arbeitszeiten vereinbaren. Zum Ausgleich bietet sie eine fünfjährige Beschäftigungsgarantie, also den Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen an. Die nicht in der Gewerkschaft organisierten AN unterschreiben. Die Firma bietet diese Regelung auch der Gewerkschaft und ihren Mitgliedern im Betrieb an. Diese lehnen ab. Zwei Wochen später gehen die Aufträge zurück. Die Firma kündigt den Gewerkschaftsmitgliedern und nimmt auch nur unter diesen eine Sozialauswahl vor, da sie den anderen AN ja eine Beschäftigungsgarantie gegeben hat. Zu Recht?*

## A. „Unterhaltsame“ reale KONSTELLATIONEN

Die allseits beliebten und bekannten Anwaltsserien im Fernsehen bieten nicht nur gute Unterhaltung. Bisweilen regen Sie den Praktiker auch zum Nachdenken an. So wurde die Idee zum nachfolgenden Beitrag maßgeblich von der amerikanischen Kult-Serie Ally McBeal angestoßen, in

### **Beispiel 1.** *Der nicht mehr zeitgemäße Weihnachtsmann*

Das „Trendy“, ein Kaufhaus für zeitgemäße Bekleidungs- und Sportartikel, beschäftigt ganzjährig einen Arbeitnehmer als „Weihnachtsmann“ zu Zwecken der Verkaufsförderung im Kaufhaus. Er ist 59 Jahre alt und entspricht von seinem äußeren Erscheinungsbild dem klassischen Bild eines Weihnachtsmannes. Eine Meinungsumfrage unter den Kunden führt jedoch zu dem Ergebnis, dass die überwiegende Mehrzahl der Kunden anstelle des „alten“ Weihnachtsmannes viel lieber ein junges, dynamisches „Weihnachtsmann-Pärchen“, bestehend aus einer gut aussehenden und aufreizend bekleideten jungen Frau und einem ebenfalls knapp bekleideten, muskulösen jungen Mann in dem Kaufhaus sehen würde. Daraufhin wird der alte Weihnachtsmann gekündigt und es werden zwei neue Arbeitnehmer, deren äußeres Erscheinungsbild dem Wunschbild der Kunden entspricht, eingestellt.

### **Beispiel 2.** *Die dicke Rezeptionistin*

In der Werbeagentur „Kauf-Mich!“ herrscht reger Publikumsverkehr. Die Rezeptionistin ist dabei die erste Ansprechperson. Sie besetzt ihre Stelle seit acht Jahren, ist 29 Jahre alt und chronisch übergewichtig. Sie wiegt schon seit Jahren über 100 kg. Eine renommierte Unternehmensberatung, die die gesamte Organisation und Öffentlichkeitsarbeit der Werbeagentur analysiert, kommt unter anderem zu dem Ergebnis, dass die Kundenzufriedenheit und die Kundenbindung unter dem Erscheinungsbild der Rezeptionistin leide. Wissenschaftlich abgesicherte Studien zum optimalen Auftreten von Mitarbeitern im unmittelbaren, visuellen Kundenkontakt hätten ergeben, dass gut aussehende, schlanke, freundliche und sprachlich geschulte Mitarbeiter die Zielsetzungen „Optimieren von Kundenzufriedenheit und Kundenbindung“

---

darin bestehen, dass der Arbeitgeber den in Betracht kommenden Arbeitsplatz bereits wieder besetzt hat. Der Arbeitgeber kann sich auf die Neubesetzung des Arbeitsplatzes nicht berufen, wenn hierdurch der Wiedereinstellungsanspruch treuwidrig vereitelt wird.

Bei der Auswahl des wiedereinzustellenden Arbeitnehmers hat der Arbeitgeber gem. § 242 BGB die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Ob ein Arbeitgeber verpflichtet ist, von sich aus einen Arbeitnehmer über eine sich unvorhergesehen ergebende Beschäftigungsmöglichkeit zu unterrichten, hängt ebenfalls gem. § 242 BGB von den Umständen des Einzelfalls ab.

signifikant positiv beeinflussen. Diesem Bild entspreche die Mitarbeiterin, trotz ihres freundlichen Wesens, nicht. Die Mitarbeiterin wird darauf hin gekündigt und eine neue Mitarbeiterin eingestellt, die den neuen Anforderungen entspricht.

### **Beispiel 3. Die Fachanwalts-Schmiede**

Die in der Vergangenheit nach außen als „Allgemein-Kanzlei“ auftretende Anwaltssozietät Dr. Alleskönner & Söhne beschließt nach mehreren heiß umkämpften Partnersitzungen am 4. 7. 2002 ihre strategische Ausrichtung zu ändern und unter Beibehaltung der Anzahl von sechs angestellten Anwälten ab dem 1. 1. 2003 nur noch Fachanwälte zu beschäftigen, um eine stärkere Spezialisierung auf bestimmte Beratungsfelder und eine gesteigerte fachliche Kompetenz nach außen zu kommunizieren. Die nach der Fachanwaltsordnung erforderliche Anzahl von Fällen in den verschiedenen Tätigkeitsbereichen ist sowohl von den Partnern als auch von den derzeitigen Angestellten bearbeitet worden. Allerdings hat bisher nur einer der angestellten Anwälte bereits erfolgreich einen Fachanwaltslehrgang absolviert. Vier der angestellten Anwälte sind gegen Kostenerstattung durch die Kanzlei bereit, den Lehrgang zu absolvieren und treten die Kurse bereits im August 2002 an. Zwei bestehen ihre Prüfung noch in 2002, zwei fallen im Dezember 2002 durch die Prüfung. Eine Wiederholungsprüfung ist wegen der ausgebuchten Kurse erst im Juli 2003 möglich. Die Kanzlei kündigt darauf hin die beiden Anwälte. Der sechste Anwalt schließlich weigert sich den Lehrgang anzutreten, da er „nicht auf Kommando die Schulbank drücken“ wolle. Auch er erhält die Kündigung. Drei neue Anwälte, die bereits einen Fachanwaltstitel tragen, werden als Angestellte im Januar 2003 eingestellt.

## **B. SYSTEM**

### 1. Sektion: Schematische Darstellung

### **VORSICHT: SCHEMATA SIND MIT BEDACHT ZU VERWENDEN !!!**

Der **Grund für die Kündigung** ist die Tatsache, dass die **Arbeitsmenge** mit der **Arbeitnehmerzahl** nicht mehr übereinstimmt und mithin diese Arbeitnehmerzahl **angeglichen** werden muss. Also: Anpassung des Personalbestandes an den Personalbedarf! Ist eine Beschäftigung auf einem **freien Ersatzarbeitsplatz** nicht möglich, so kommt nur die Kündigung in Betracht. Zu klären ist dann noch, **welcher** von mehreren vergleichbaren **Arbeitnehmern** zu kündigen ist.

Die **Wirksamkeit der Kündigung** ist in 2 Stufen zu prüfen:

1. Stufe: Ist EINE Kündigung zulässig?

**A. DIE ARBEITSMENGE WURDE REDUZIERT**

**1. Betriebliche Gründe führen zu einer**

(**Innerbetriebliche Gründe:** z.B. bei Rationalisierung ist nachzuweisen, dass tatsächlich rationalisiert wurde.)

(**Außerbetriebliche Gründe:** z.B. bei Auftragsmangel ist nachzuweisen, dass tatsächlich Auftragsmangel besteht.)

**2. Unternehmerentscheidung, durch die**

(Das ist das Konzept zur Angleichung des **Personals** an den geänderten **Arbeitsbedarf**. Sie ist dem Unternehmer frei überlassen und wird **nicht** auf **Zweckmäßigkeit** überprüft! Sie ist aber darzulegen!).

**3. die Arbeitsmenge für einen Arbeitsplatz wegfällt.**

(Zu prüfen ist, ob die durch die Unternehmerentscheidung neu festgelegte Arbeitsmenge (die der Arbeitgeber frei festlegt s. oben 2.) für die **Besetzung des Arbeitsplatzes** noch **ausreicht**, ob also der Bedarf für einen Arbeitnehmer nicht mehr gegeben ist.)

**B. DADURCH WURDE EINE KÜNDIGUNG UNVERMEIDBAR**

1. Versetzung auf **freien, gleichwertigen** Arbeitsplatz möglich?

Es kommt auf die objektive **Versetzungsmöglichkeit** an! Wenn der Arbeitgeber diese Prüfung unterlassen hat, ist die Kündigung deswegen nicht unwirksam!

2. Kann der Arbeitnehmer wenigstens auf **freiem, anderem** Arbeitsplatz beschäftigt werden?

Wenn der Arbeitnehmer zumutbar (vertretbarer Zeit und Aufwand) **eingearbeitet** oder **umgeschult** werden kann, und dazu willig und fähig ist.

3. Vorrang der **Änderungskündigung (frei und schlechter)**

2. Stufe: Die Kündigung DIESES Arbeitnehmers zulässig? (soziale Auswahl)

**A. Welche Arbeitnehmer** sind in die Sozialauswahl einzubeziehen (vergleichbar)?

1. **horizontale** Ebene  
(objektiv: Berufsgruppe; bei teilweiser Identität der Aufgabengebiete: subjektive Qualifikation)
2. **räumliche** Ebene  
(der gesamte Betrieb)
3. **nicht:** vertikale Ebene  
(Es zählt nur die gleiche hierarchische Ebene, nur ganz ausnahmsweise Arbeitnehmer aus anderer Ebene vergleichbar.)
4. **nicht vergleichbar** sind AN, die für den Betrieb absolut notwendig sind

**B. Auswahlkriterien**

**Kriterien:** Alter, Betriebszugehörigkeit, Unterhaltsverpflichtungen, Schwerbehinderung des AN.

Der Arbeitgeber hat aber einen gewissen **Beurteilungsspielraum!**

2.Sektion: Theorie

1° Grundsatz

**VORAUSSETZUNGEN:**

- a) **UNABHÄNGIGKEIT DER UMSTÄNDE VON DER PERSON DES ARBEITNEHMERS;**
- b) **URSACHE IM BETRIEB SELBST.**

2° Dreistufiger Erkenntnis- und Entscheidungsprozeß bei der betriebsbedingten Kündigung:

1. Vorgelagerte volks- oder betriebswirtschaftliche Umstände

â

2. Betriebliches Erfordernis

â

3. Nachfolgende Kündigung

Die Erforderlichkeitsprüfung nach Ziff. 2 erfordert ihrerseits eine dreistufige Untersuchung:

- Ø Wegfall des Arbeitsplatzes
- Ø Fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit
- Ø Sozialauswahl

3° Im einzelnen:

a) Gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ist eine Kündigung sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht "durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist."

Die betrieblichen Erfordernisse für eine Kündigung können sich aus inner- oder außerbetrieblichen Ursachen ergeben.

Innerbetriebliche Umstände:

- § Rationalisierungsmaßnahmen technischer oder rein organisatorischer Art
- § Produktionseinschränkungen z. B. aufgrund der Außerbetriebnahme von Maschinen
- § Stilllegung von Betriebsabteilungen oder des gesamten Betriebes

Neue Rechtsprechung des 2. Senats (sehr umstritten): Freie unternehmerische Entscheidung (überprüfbar also nur insoweit, ob offenbar unsachlich, unvernünftig und willkürlich), wenn ein AG die Arbeitsverhältnisse der Beschäftigten einer ganzen Abteilung bei Umstellung des Vertriebssystems aus dem AN-Status in freie Dienstverhältnisse überführt ([BAG vom 9.5.1996, DB 1996, 2033](#) = NZA 1996, 1145 ff). Vgl. auch BAG, Urteil vom 11.9.1986, BB 1987, S. 1892: *Soweit der Arbeitgeber organisatorische oder technische Maßnahmen zur Einsparung von Arbeitsplätzen trifft, unterliegen diese Entscheidungen nur der Nachprüfung, ob sie rechtsmissbräuchlich sind. Demnach kann nur geprüft werden, ob die Maßnahmen offensichtlich unvernünftig oder willkürlich sind.*

Art Kehrwendung mit der Entscheidung vom 26. September 2002 - 2 AZR 636/01 -, Pressemitteilung Nr. 69/02 (ar-rspr.ask#1566): *„Die Entscheidung des Unternehmers, einen Betriebsteil durch eine noch zu gründende, finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in sein Unternehmen voll eingegliederte Organgesellschaft mit von dieser neu einzustellenden Arbeitnehmern weiter betreiben zu lassen, stellt kein dringendes betriebliches Erfordernis im Sinne von § 1 Abs. 2 KSchG dar, den in diesem Betriebsteil bisher beschäftigten Arbeitnehmern zu kündigen.“*

Stilllegung des Betriebes: es reicht die beabsichtigte Stilllegung, allerdings muss sie konkretisiert sein. Vg. LAG Rheinland-Pfalz vom 18.1.02, Az: 10 Sa 350/01; [Url: recht-und-fuehrung, Infomail vom 30.1.02].

Außerbetriebliche Gründe:

- § Umsatzrückgang (damit einhergehend: Arbeitskräfteüberhang)
- § Auftragsmangel
- § Rohstoff- oder Energiemangel

Bei den genannten Ursachen muss es sich um dringende betriebliche Erfordernisse handeln. Dies ist nur der Fall, wenn der Arbeitgeber auf die betriebliche Situation nicht anders als

durch den Ausspruch einer oder mehrerer Kündigungen reagieren kann. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses muss das letzte Mittel (ultima ratio) für den Arbeitgeber sein (**Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**). Durch die Formulierung „bedingt“ hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass die Kündigung **erforderlich** sein muss.

Formulierung des BAG (Urteil v. 21.9.2000, AP Nr. 11 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung): *Dringende betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG liegen vor, wenn sich der Arbeitgeber zu einer organisatorischen Maßnahme entschließt, bei deren Umsetzung das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfällt. Vom Gericht voll nachzuprüfen ist, ob eine solche unternehmerische Entscheidung tatsächlich vorliegt und durch ihre Umsetzung das Beschäftigungsbedürfnis für einzelne Arbeitnehmer entfallen ist. Dagegen ist die unternehmerische Entscheidung nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung oder ihre Zweckmäßigkeit zu überprüfen, sondern nur darauf, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist.*

Aus dem systematischen Zusammenhang von § 1 Abs. 2 S. 2 und 3 KSchG ergibt sich zudem, dass eine Beendigungskündigung auch dann sozial ungerechtfertigt ist, wenn der AN zu veränderten Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigt werden kann und wenn der AN hiermit sein Einverständnis erklärt hat. Das BAG (u. a. [Urteil vom 27.9.1984](#), NZA 1984, 455 ff) hat daraus die grundsätzliche Verpflichtung des AG abgeleitet, mit dem AN vor Ausspruch der Beendigungskündigung in eine Art von Vorverhandlungen darüber einzutreten, ob er bereit ist, zu veränderten Arbeitsbedingungen zu arbeiten („Versetzung schlägt Kündigung“). BAG aaO:

*Der Arbeitgeber muss nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch vor jeder ordentlichen Beendigungskündigung von sich aus dem Arbeitnehmer eine beiden Parteien zumutbare Weiterbeschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz auch zu geänderten Bedingungen anbieten .... Unterlässt es der Arbeitgeber, dem Arbeitnehmer vor Ausspruch einer Beendigungskündigung ein mögliches und zumutbares Änderungsangebot zu unterbreiten, dann ist die Kündigung sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer einem vor der Kündigung gemachten entsprechenden Vorschlag zumindest unter Vorbehalt zugestimmt hätte.*

b) Nach früher h. M. ist auch bei der betriebsbedingten Kündigung eine Interessenabwägung vorzunehmen, die aber wegen der geschilderten unternehmerischen Entscheidungsfreiheit nur selten zugunsten des Arbeitnehmers ausfallen kann<sup>86</sup>. Dieses „konturlose Instrument“ (Lieb) ist in der letzten Zeit indessen zurückgedrängt und durch das etwas konkretere (allerdings ebenfalls umstrittene) **Prognoseprinzip** ersetzt worden: danach kommt es maßgeblich darauf an, wie sich die künftige Beschäftigungslage entwickeln wird.

Die kündigungsrelevanten Tatsachen müssen im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung vorliegen. Das Nachschieben von Gründen, die vor diesem Zeitpunkt lagen, dem AG aber nicht bekannt waren, ist zulässig. Zu beachten: Komplikationen, da der BR auch im Hinblick auf die nachgeschobenen Tatsachen angehört werden muss. [BAG vom 11.4.1984](#), NZA 1986, 674 ff.

Aus der Tatsache, dass es für die Beurteilung der sozialen Rechtfertigung der Kündigung auf den Kündigungszeitpunkt (= Zugang der Kündigungserklärung) ankommt und dass dabei Zukunftsprognosen relevant sind, ist die Frage entstanden, ob und inwieweit Änderungen der prognostizierten Entwicklung maßgeblich sein können, konkret: ob dadurch ein Wiedereinstellungsanspruch des gekündigten AN entstehen kann. Das BAG bejaht dies grundsätzlich, beschränkt den Wiedereinstellungsanspruch jedoch auf die Fälle, wo eine Prognoseänderung

<sup>86</sup> Lieb, Arbeitsrecht, 7. A., 2000, Rn. 341



vor Ablauf der Kündigungsfrist erfolgte ([Urteil vom 27.2.1997](#), NZA 1997, 757 ff). Vgl. hierzu Fall Nr. 84.

c) Voraussetzung für das Vorliegen dringender betrieblicher Gründe ist schließlich auch noch, dass dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers an einem anderen freien Arbeitsplatz nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Dabei ist auch zu prüfen, ob der Arbeitnehmer in einem anderen Betrieb des Unternehmens eingesetzt werden kann (§ 1 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 b) KSchG). Eine Prüfung der Einsetzbarkeit in einem anderen Betrieb oder Unternehmen des Konzerns ist grundsätzlich nicht erforderlich; sehr umstritten, siehe dazu Lieb, Arbeitsrecht, Rn. 343. BAG vom 14.10.1982, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Konzern = BAGE 41, 72 ff: *Das Kündigungsschutzgesetz ist betriebsbezogen, allenfalls unternehmensbezogen, aber nicht konzernbezogen. Der Arbeitgeber ist daher vor Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung grundsätzlich nicht verpflichtet, eine anderweitige Unterbringung des Arbeitnehmers in einem Konzernbetrieb zu versuchen. Etwas anderes kann sich allerdings aus dem Arbeitsvertrag, einer vertraglichen Absprache oder einer Selbstbindung des Arbeitgebers, etwa aufgrund einer formlosen Zusage oder eines vorangegangenen Verhaltens ergeben.*

Siehe insoweit auch BAG vom 21.1.1999, NZA 1999, 539 ff.

Zum **Problem der Beweislast bzw. deren Umfang** vgl. [BAG v. 20.1.1994](#), NZA 1994, 653 ff: *Beruft sich der Arbeitnehmer gegenüber einer betriebsbedingten Kündigung auf eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit und bestreitet der Arbeitgeber das Vorhandensein eines freien Arbeitsplatzes, so muss der Arbeitnehmer konkret aufzeigen, wie er sich eine anderweitige Beschäftigung vorstellt.. Dies gilt grundsätzlich auch, wenn sich der Arbeitnehmer auf einen nur ausnahmsweise anzuerkennenden konzernweiten Kündigungsschutz, also z.B. auf eine Weiterbeschäftigung in einem Tochterunternehmen, beruft.*

Keine dringenden betrieblichen Gründe liegen vor, wenn der Arbeitnehmer nach Umschulungsmaßnahmen, die für den Arbeitgeber aber zumutbar sein müssen, z. B. an neuen Maschinen eingesetzt werden kann.

Der sog. **Betriebsübergang** (§ 613 a BGB) stellt in keinem Fall einen betriebsbedingten Kündigungsgrund dar. Geht ein Betrieb oder ein Betriebsteil durch Rechtsgeschäft, z. B. Kauf, auf einen anderen Inhaber über, tritt dieser automatisch in die Rechte und Pflichten des Vorgängers bzgl. der zu diesem Zeitpunkt bestehenden Arbeitsverhältnisse ein. Die Beschäftigungsverhältnisse werden nicht unterbrochen, sondern nahtlos fortgesetzt. Eine Kündigung wegen des Betriebsübergangs ist gemäß § 613 a Abs. 4 Satz 1 BGB unwirksam.

d) “Soziale Auswahl” bei betriebsbedingten Kündigungen (§ 1 Abs. 3 KSchG).

*Entscheidend ist, welcher der vergleichbaren Arbeitnehmer am schutzwürdigsten und deshalb in höherem Maße auf die Erhaltung des Arbeitsplatzes angewiesen ist.*

Hier hat sich die Gesetzeslage in den Jahren 1996 – 2004 dreimal geändert. Der „alte“ Rechtszustand, der bis zum 30.9.1996 gegolten hatte, sah vor, dass die soziale Rechtfertigung nicht gegeben ist, "wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat." Die zum 1.10.1996 in Kraft getretene Novellierung des KSchG sprach dagegen von fehlender sozialer Rechtfertigung, wenn “der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter und die Unterhaltungspflichten des Arbeitnehmers nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat”. Damit sollten nach dem Willen des Gesetzgebers Berufsaussichten auf dem Arbeitsmarkt, Krankheit und wirtschaftliche Lage insbesondere im Zusammenhang mit Einkünften des Ehegatten ausscheiden. Seit dem 1.1.1999 gilt – entsprechend den Wahlversprechen

der Rot-Grünen Koalition – wieder der ursprüngliche Rechtszustand (mit einigen kleineren Korrekturen).

Zu erwähnen ist hier noch Abs. 4 von § 1 KSchG, der einige Neuregelungen zu den sog. Personalrichtlinien enthält. Früherer Zustand: **Bewertungslisten** wurden von der Rechtsprechung nicht anerkannt. Vielmehr hatte der Arbeitgeber eine individuelle Prüfung vorzunehmen. Zum Zwecke der *innerbetrieblichen Vorauswahl* konnten sie allerdings benutzt werden und auch wertvolle Hilfen bieten. (BAG vom 24.3.1983 - 2 AZR 21/82, NJW 1984, 78). Nunmehr gilt: gerichtliche Überprüfung von durch Anwendung von Personalrichtlinien erfolgter Sozialauswahl nur noch im Hinblick auf grobe Fehlerhaftigkeit.

Die soziale Auswahl wird in mehreren Prüfungsschritten vollzogen:

Nr. 1: Welche AN sind in die soziale Auswahl einzubeziehen?

Nr. 2: Welche Sozialdaten sind bei der sozialen Auswahl zu berücksichtigen und wie sind sie zu gewichten?

Nr. 3: Welche AN sind aus betriebsbedingten Gründen für den Betrieb notwendig?

**Zu Nr. 1:** In die soziale Auswahl einzubeziehen sind nur AN desselben Betriebes (Grundsatz der Betriebsbezogenheit)<sup>87</sup>. Die Vergleichbarkeit der in die soziale Auswahl einzubeziehenden AN richtet sich in erster Linie nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen. Das bedeutet: Sind Arbeitsplätze weggefallen, so ist zunächst auf der horizontalen Ebene zu untersuchen, ob es im Betrieb Arbeitsplätze mit identischen oder vergleichbaren Aufgaben gibt; die soziale Auswahl hat unter den vergleichbaren AN zu erfolgen. Bei nur partiell vergleichbaren Arbeitsplätzen gilt: Kann der Kündigungskandidat auf einem partiell vergleichbaren Arbeitsplatz eingesetzt werden? Keinesfalls ist eine Erweiterung in die vertikale Ebene hinein zulässig; ein höher qualifizierter AN hat nicht die Möglichkeit, den Kreis der Vergleichspersonen zu erweitern, indem er sich bereit erklärt, auf einem niedriger bezahlten Arbeitsplatz tätig zu werden.<sup>88</sup>

Problem: Vergleichbarkeit zwischen Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigten? Vgl. dazu BAG vom 3.12.1998 – 2 AZR 341/98, NZA 1999, 431 ff:

*Ob bei der Kündigung teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer Vollzeitbeschäftigte und bei der Kündigung vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer Teilzeitbeschäftigte in die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG einzubeziehen sind, hängt von der betrieblichen Organisation ab:*

*a) Hat der Arbeitgeber eine Organisationsentscheidung getroffen, aufgrund derer für bestimmte Arbeiten Vollzeitkräfte vorgesehen sind, so kann diese Entscheidung als sog freie Unternehmerentscheidung nur darauf überprüft werden, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist. Liegt danach eine bindende Unternehmerentscheidung vor, sind bei der Kündigung einer Teilzeitkraft die Vollzeitkräfte nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen;*

*b) will der Arbeitgeber in einem bestimmten Bereich lediglich die Zahl der insgesamt geleisteten Arbeitsstunden abbauen, ohne dass eine Organisationsentscheidung im Sinne von Buchstabe a) vorliegt, sind sämtliche in diesem Bereich beschäftigten Arbeitnehmer ohne Rücksicht auf ihr Arbeitszeitvolumen in die Sozialauswahl einzubeziehen.*

**Zu Nr. 2:** Problematik der Kriterienabwägung:

Frühere Versuche, über sog. Punktetabellen ein gewisses Maß von Vorhersehbarkeit zu schaffen, sind von der Rechtsprechung mit äußerster Zurückhaltung aufgenommen worden. Vgl.

<sup>87</sup> Unterscheide: Unternehmensbezogenheit der Weiterbeschäftigungspflicht – Betriebsbezogenheit der Sozialauswahl !

<sup>88</sup> Schaub, Arbeitsrecht von A bis Z, 15. A., 1997, S. 584

BAG v. 24.3.1983 AP Nr. 12 zu § 1 KSchG 19969 Betriebsbedingte Kündigung sowie BAG v. 7.12.1995, AP Nr. 29 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl.  
n [punktetabelle1.doc](#), [punktetabelle2.doc](#) sowie [punktetabelle3.doc](#).

Musterbeispiel für die Haltung des BAG die Entscheidung vom 16.5.1991, Az: 2 AZR 93/91:

Es gibt keinen allgemein verbindlichen Bewertungsmaßstab dafür, wie bei der Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG die einzelnen Sozialdaten zueinander ins Verhältnis zu setzen sind. Dem entspricht ein gewisser Bewertungsspielraum des Arbeitgebers. Seine äußersten Grenzen ergeben sich zum einen aus der Wertung des Kündigungsschutzgesetzes selbst: Aus § 10 KSchG lässt sich entnehmen, dass der Gesetzgeber für die rechtlich relevante Schutzbedürftigkeit der Betriebszugehörigkeit und dem Lebensalter Priorität einräumt, und zwar der Betriebszugehörigkeit noch vor dem Lebensalter. Demgemäss hat der Arbeitgeber bei der sozialen Auswahl zunächst die Betriebszugehörigkeit und dann das Lebensalter zu berücksichtigen.

Bsp. einer neueren Entscheidung: LAG Hamm v. 21.8.1997, BB 1998, 165 f., nicht rechtskräftig, Revision eingelegt unter 2 AZR 758/97.

**Hinweis und Erinnerung:** neuerdings (seit 1.1.1999) ist der neue Abs. 4 von § 1 KSchG zu beachten !!!

**Zu Nr. 3:** Die Grundsätze der sozialen Auswahl können überwunden werden, wenn für die Weiterbeschäftigung des sozial stärkeren (also weniger schutzbedürftigen) AN überwiegende betriebliche Gründe gegeben sind. § 1 III 2 KSchG besagt, dass in die soziale Auswahl Arbeitnehmer nicht einzubeziehen sind, deren Weiterbeschäftigung, insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes, im berechtigten betrieblichen Interesse liegt. M.a.W.: diejenigen AN, deren Weiterbeschäftigung im betrieblichen Interesse liegt, werden schlicht aus der sozialen Auswahl herausgenommen.

3.Sektion: Inkongruenz der Regelungen in § 1 Abs. 2 S. 1 und 2 KSchG

A.

§ 1 Abs. 2 S. 1 KSchG:

1. Dringende betriebliche Erfordernisse
2. Weiterbeschäftigungsmöglichkeit **in diesem Betrieb**

B.

§ 1 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 b) KSchG

1. Variante  
Weiterbeschäftigungsmöglichkeit **in diesem Betrieb**  
+  
Widerspruch des Betriebsrats
2. Variante:  
Weiterbeschäftigungsmöglichkeit **in einem anderen Betrieb des Unternehmens**  
+  
Widerspruch des Betriebsrats

D. h.: A. und B., 1. Variante betreffen denselben Sachverhalt, dass nämlich im betreffenden Betrieb trotz der “dringenden betrieblichen Erfordernisse” ein anderer Arbeitsplatz für den Gekündigten zur Verfügung steht (Weiterbeschäftigungsmöglichkeit). Im Fall “A.” genügt allein die Existenz dieses Arbeitsplatzes, im Fall “B.1” muss zusätzlich ein Widerspruch des Betriebsrates (nach § 102 Abs. 3 BetrVG) vorliegen, damit die Kündigung unwirksam ist. Für ein und denselben Sachverhalt bestehen also **zwei** gesetzliche Regelungsmechanismen.

Nach allen Regeln der Auslegungskunst müsste Satz 2 als das jüngere Gesetz den Satz 1 verdrängen. Die h. M. setzt sich indessen über den Wortlaut hinweg. Die Kündigung ist auch ohne Widerspruch des Betriebsrats sozialwidrig, wenn sie durch Versetzung auf einen freien Platz in einem anderen Betrieb desselben Unternehmens abgewendet werden kann. Der Kündigungsschutz ist “arbeitgeberbezogen”.

BAGE 25, 278 (283); Schaub, § 133 II 2.

B., 2. Variante verlangt - für die Unwirksamkeit der Kündigung - die Existenz eines Arbeitsplatzes in einem **anderen** Betrieb des Unternehmens und außerdem den BR-Widerspruch gem. § 102 Abs. 3 BetrVG.

#### Konsequenzen:

a) In betriebsratslosen Betrieben würde der solchermaßen geschaffene Kündigungsschutz nie zum Tragen kommen.

b) In Betrieben mit Betriebsrat wird der Betriebsrat zum “Schiedsrichter” über die Wirksamkeit von Kündigungen. Mit allen Konsequenzen, die eine solche Konstruktion nach sich zieht (u.a. Bestechlichkeit, Missbrauchsgefahr u.a.m.)!

c) Wenn die Kündigung, wie es das BAG schon in den 60er Jahren betont hat, “ultima ratio” sein muss, so bedeutet die Notwendigkeit eines BR-Widerspruchs eine zusätzliche Hürde, also eine Verschlechterung von bereits erreichten Arbeitnehmer-Schutzpositionen. Eine derartige Verschlechterung ist aber aufgrund des insb. das Arbeitsrecht beherrschenden Sozialstaatsprinzips nur zulässig, wenn hierfür ein “sachlicher Grund” gegeben ist. Ein derartiger “sachlicher”, also zwingend gebotener Grund für eine Verschlechterung der erreichten Schutzposition ist nicht ersichtlich. Die vom Gesetzgeber 1975 getroffene Regelung ist daher verfassungswidrig.

Vgl. [BAG vom 13.9.1973](#), AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969; [BAG vom 17.5.1984](#), NZA 1985, 489 ff. Siehe auch Lieb, Arbeitsrecht, 7. A., Rn 345.

Fazit für die Praxis: § 1 Abs. 2 S. 2 und 3 KSchG sind auch ohne Widerspruch des Betriebsrats zu berücksichtigen (so wieder neuerdings das BAG, Urteil vom 21.9.2000 - 2 AZR 385/99, AP Nr. 11 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, unter IV 2 a der Gründe<sup>89</sup>). Hat der BR allerdings – begründet – widersprochen, so führt allein dieser Widerspruch zur absoluten Sozialwidrigkeit der Kündigung, ohne dass es weiterer Abwägungen bedarf (Lieb, ebenda, m. w. N.).

---

<sup>89</sup> „Die nachträglich in das Kündigungsschutzgesetz eingefügten Widerspruchstatbestände haben zugleich eine Verbesserung des individuellen Kündigungsschutzes bewirkt und sind daher auch ohne Widerspruch des Betriebsrats im Rahmen der Generalklausel des § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG zu berücksichtigen.“

#### 4. Sektion: Insolvenz und Kündigung

§ § 113 InsO: Kündigungsfrist = 3 Monate zum Monatsende, wenn nicht eine kürzere Kündigungsfrist gilt.

Das Bundesverfassungsgericht hat einen Vorlagebeschluss des ArbG München als unzulässig verworfen, der in § 113 InsO eine Verletzung der Tarifautonomie sehen wollte – mangels ausreichender Begründung; NZA 1999, 923.

§ § 125 InsO: Interessenausgleich und Kündigungsschutz

### Lektion Nr. 16: Die stichhaltigen Gründe nach § 1 Abs. 2 KSchG – Personenbedingte Gründe

Ø EINFÜHRENDE LITERATUR: Halbach 2/509-516

Ø INHALT

A. Fälle

B. System

1. Sektion: Zusammenfassende Kurzdarstellung
2. Sektion: Der Fall der sog. Krankheitsbedingten Kündigung
3. Sektion: Etwas Rechtsprechung
4. Sektion: Weitere Fälle von personenbedingten Gründen
5. Sektion: Kuriosa

\*\*\*

#### A. FÄLLE

**Fall Nr. 85:** *Kuno ist seit 1993 beim Bauunternehmer Okat als einziger Kranführer im Zeitlohn beschäftigt. Im Betrieb ist - mangels Wahl - kein Betriebsrat vorhanden.*

*Am Sonntag, dem 5.2.1995, spielt Kuno, wie üblich, mit seiner Mannschaft „Alle Neune“ Fußball und zwar gegen die Kneipenmannschaft „Bommerlunder“. Dabei erlitt er einen Wadenbeinbruch, als der gegnerische Libero ihn regelwidrig und unfair zu Fall brachte. Aufgrund dieser Verletzung war Kuno anschließend 8 Wochen arbeitsunfähig krank. Am Ostersonntag, dem 16.4.1995 spielte Kuno erneut für seine Mannschaft bei einem Fußballturnier mit. Bereits zu Beginn des ersten Spiels zog er sich bei einem verunglückten Schuss eine Knieprellung mit Bluterguss zu. Sein Mannschaftskamerad, der praktische Arzt Dr. Meier schrieb ihn am selben Tag für sechs Wochen arbeitsunfähig krank. Kuno ließ die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung am Morgen des 18.4.1995 der Firma überbringen.*

*Am 25.4.1995 erfährt Okat von einem Zuschauer des Fußballturniers, dass die Arbeitsunfähigkeit von Kuno wieder auf einem Sportunfall beruht. Okat beauftragt Sie zu prüfen, ob er Kuno kündigen kann. Ihm scheinen folgende Elemente wichtig zu sein:*

*a) die Tatsache, dass Kuno bereits das zweite Mal durch einen Sportunfall für längere Zeit arbeitsunfähig ist, dass also eine Anfälligkeit für Sportunfälle besteht;*

b) die Tatsache, dass Kuno nach der durch den Wadenbruch verursachten Verletzungspause, ohne jegliches Training und ohne sich warmzulaufen, die Knieprellung mit Bluterguss leichtfertig herbeigeführt hat;

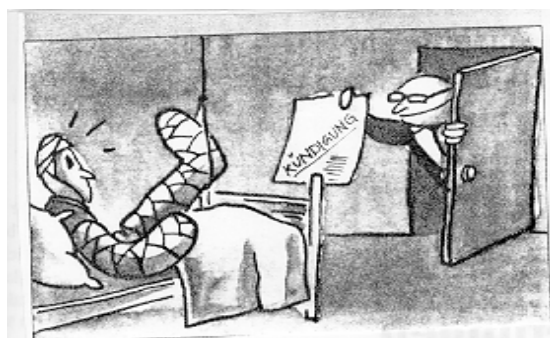
c) der Punkt, dass der Arbeitsplatz von Kuno ständig besetzt sein muss, eine Vertretung von Kuno durch einen anderen der 12 Betriebsangehörigen nicht möglich ist und er somit einen neuen Kranführer einstellen müsste.

**Fall Nr. 86:** Alpha, 24 Jahre alt, unverheiratet, seit 5 Jahren bei der Firma Capolavoro in München beschäftigt, wurde am 10.6.1997 zum 30.9.1997 krankheitsbedingt gekündigt. Er hatte 1993 an 57, 1994 an 68, 1995 an 49, 1996 an 98 und 1997 an 33 Arbeitstagen krankheitsbedingt wegen Erkältungen und Infektionen gefehlt. Die Beklagte zahlte in dieser Zeit entsprechende Lohnfortzahlung jedenfalls von mehr als 6 Wochen pro Jahr. In der mündlichen Verhandlung des Kündigungsschutzprozesses (am 15.10.1997) trägt Alpha vor, er sei nunmehr wieder gesund, mit weiteren Erkrankungen sei nicht zu rechnen, da er sich wegen der Kündigung das Rauchen abgewöhnt und auch die sehr feuchte Wohnung gewechselt habe. Er entbinde insoweit seinen Arzt von der Schweigepflicht. Die Kündigung sei also sozial ungerechtfertigt.

**Fall Nr. 87:** Frau Weigle ist seit Mitte 1990 als Lehrerin für die Fächer Mathematik und Geographie bei dem F-Verein tätig, der ein katholisches Gymnasium in Krefeld betreibt. Im Trägerverein können nur Franziskanerinnen Mitglied werden, von denen die Schule auch geleitet wird. Am 5.1.1992 heiratete Frau Weigle standesamtlich den geschiedenen, der römisch-katholischen Kirche angehörenden Herrn Groterhus, der in erster Ehe mit einer ebenfalls römisch-katholischen Frau verheiratet gewesen war. Am 13.5.1992 sprach der F-Verein gegenüber Frau Weigle deshalb die ordentliche Kündigung aus. Hiergegen erhob diese am 25.5.1992 Kündigungsschutzklage. Erfolgchancen?

Vgl. hierzu [BAG vom 31.10.1984](#), NZA 1985, 215 ff = AP Nr. 20 zu Art. 140 GG sowie BAG vom 21.10.1982, AP Nr. 14 zu Art. 140 GG (Essener Ärzteurteil).

Vgl. ferner [BAG vom 24.4.1997](#), NZA 1998, 145 ff [n Ehebruch.doc], wonach Kirchen und Religionsgemeinschaften ihren Bediensteten bei Ehebruch fristlos kündigen dürfen.



## SYSTEM

### 1. Sektion: Zusammenfassende Kurzdarstellung

Personenbedingte Kündigungsgründe beziehen sich auf Eigenschaften oder mangelnde Fähigkeiten des Arbeitnehmers. Schlagwortartig: eine personenbedingte Kündigung ist die Ant-

wort auf eine nachhaltige Störung des Synallagmas. Eine personenbedingte Kündigung kommt also in Betracht, wenn der AN – in der Regel ohne Verschulden – nicht oder nicht mehr über die Fähigkeit oder Eignung verfügt, die geschuldete Arbeitsleistung ganz oder teilweise zu erbringen.

Eine derartige Kündigung setzt eine **sorgfältige Interessenabwägung** voraus. Insbesondere im Falle eines älteren und schon länger beschäftigten Arbeitnehmers muss dessen Schutzbedürftigkeit den betrieblichen und wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers gegenübergestellt werden.

## A. GROBSHEMA DER ANERKANNTEN KÜNDIGUNGSGRÜNDE

- Mangelnde Eignung

Bei diesem Kündigungsgrund geht es um die fehlende *fachliche Qualifikation* oder die *Ungeeignetheit wegen charakterlicher Mängel*. Soweit sich diese Gründe auch in Leistungsmängeln äußern, kann nach vorheriger Abmahnung auch eine verhaltensbedingte Kündigung in Frage kommen. Hier sind zahlreiche Fälle des sog. kirchlichen Kündigungsrechts einzuordnen. Vgl. unten S. 248.

Andererseits: Im Fall der Anschaffung neuer Technik kann - bei mangelnder Fähigkeit älterer Arbeitnehmer zur Einarbeitung - ein betriebsbedingter Kündigungsgrund in Betracht kommen (BAG vom 29. Januar 1997, ArbuR 1997, 166).

- Krankheit

Die **Krankheit als solche ist kein Kündigungsgrund**. Die Krankheit wird kündigungsrechtlich erst relevant, wenn von ihr störende Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis ausgehen. Die **Krankheit als solche bewirkt keine Kündigungssperre**. Der Zugang einer Kündigung während einer Krankheit führt nicht zu deren Unwirksamkeit

HINWEIS: Dass dies keine Gott gewollte Regelung ist, zeigt eindrucksvoll das Berliner KSchG vom 20.5.1950, dessen § 1 Abs. 4 festlegte: „Sozial ungerechtfertigt ist ferner eine Kündigung, die während der Dauer einer durch Arbeitsunfall oder während der ersten sechs Monate einer durch Krankheit hervorgerufenen Arbeitsunfähigkeit ausgesprochen wird.“

Das Berliner KSchG wurde zum 14.8.1951 vom Bundes-KSchG abgelöst, Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG<sup>90</sup>. Ein Auszug aus dem Berliner KSchG findet sich unten S. 315.

Tarifverträge sehen bisweilen vor, dass aus Anlass einer Arbeitsunterbrechung wegen Krankheit nicht gekündigt werden darf. So z. B. der Bundesrahmentarifvertrages für Apothekenmitarbeiter vom 5.9.1996, dessen § 21 Nr. 6 wie folgt lautet: *„Dem Mitarbeiter, der mindestens ein halbes Jahr im Betrieb beschäftigt ist, darf aus Anlass einer Arbeitsunterbrechung wegen Krankheit*

<sup>90</sup> VOBl für Groß-Berlin 1950, 173 ff. - Es ist einigermaßen befremdlich, dass der renommierte Erfurter Kommentar (Rn. 1 zu § 1 KSchG) diese Tatsache völlig ignoriert und schreibt: „Das erste Kündigungsschutzgesetz (KSchG) in Deutschland (KSchG 1951) trat am 14.8.1951 in Kraft (BGBl. I S. 499). Zuvor war am 20.7.1949 im Vereinigten Wirtschaftsgebiet (amerikanische und englische Zone) aufgrund eines vom Direktor der Verwaltung für Arbeit eingebrachten Entwurfs vom Wirtschaftsrat in Frankfurt ein KSchG beschlossen worden, dem die Militärregierungen allerdings die erforderliche Genehmigung versagten...Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände einigten sich sodann auf den sog. Hattenheimer Entwurf vom 13.1.1950. abgedruckt in RdA 1950, 63. Er lag im wesentlichen dem KSchG 1951 zugrunde.“

nicht gekündigt werden, es sei denn, dass die Arbeitsunterbrechung im betreffenden Kalenderjahr insgesamt länger als drei Monate dauert oder die Krankheit Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit des Mitarbeiters nach sich zieht." Vgl. hierzu BAG vom 5.2.1998, NZA 1998, 644 ff.

Eine „krankheitsbedingte“ Kündigung, die auch im Falle einer Drogen- oder Trunksucht in Frage kommen kann, ist nur unter besonderen Voraussetzungen zulässig.

#### 1) Kündigung wegen lang anhaltender Krankheit

- lange Erkrankungsdauer in der Vergangenheit (in der Regel mehr als sechs Monate),
- Andauern der Krankheit zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs,
- Zeitpunkt der Genesung objektiv nicht absehbar,
- unzumutbare betriebliche Folgen (Überbrückungsmaßnahmen erfolglos durchgeführt, Neubesetzung des Arbeitsplatzes erforderlich; sehr hoher Schaden muss durch die Krankheit des AN entstanden sein),
- Interessenabwägung (Berücksichtigung von Alter und Beschäftigungsdauer des Arbeitnehmers).

**WICHTIG !! Bei einer derartigen Sachlage wird immer ein sehr hohes Schutzbedürfnis des betreffenden AN angenommen. D. h. „die Kündigungslatte hängt sehr hoch“.**

#### 2) Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen

- häufige kurze Erkrankungszeiten in der Vergangenheit (in den letzten 2 - 3 Jahren Ausfallquote von ca. 20 - 25 % = 50 - 60 Arbeitstage im Kalenderjahr),
- begründete Wiederholungsgefahr,
- unzumutbare betriebliche Folgen (Überbrückungsmaßnahmen möglich?),
- Interessenabwägung (Umsetzungsmöglichkeit?).

#### 3) Kündigung wegen krankheitsbedingter Leistungsminderung

- Einsatz auf bisherigem Arbeitsplatz infolge eines Dauerleidens auch für die Zukunft nicht mehr möglich
- Versetzung auf einen anderen freien Arbeitsplatz, den der Arbeitnehmer ausfüllen kann

Vgl. [BAG vom 26.9.1991](#), 2 AZR 132/91, AP Nr. 28 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit = BB 1992, 1930 ff. In diesem Urteil ist die ständige Rechtsprechung zur krankheitsbedingten Kündigung noch einmal ausdrücklich bestätigt worden.

#### 4) Kündigung wegen dauerhafter Leistungsunfähigkeit

BAG vom 28.4.1998, NZA 1999, 152 ff:

*Ist der infolge eines Betriebsunfalls schwer behinderte Arbeitnehmer nicht mehr in der Lage, seine bisherige vertraglich geschuldete Tätigkeit auszuüben und steht dem Arbeitgeber ein freier Arbeitsplatz zur Verfügung, auf dem eine den Fähigkeiten und Kenntnissen des Arbeitnehmers entsprechende Beschäftigung möglich ist, so ist dem Arbeitnehmer der Abschluss eines Arbeitsvertrags zu den betriebsüblichen Bedingungen anzubieten, der die dem Schwerbehinderten mögliche Arbeitsaufgabe zum Inhalt hat.*

*Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, für den schwer behinderten Arbeitnehmer einen zusätzlichen Arbeitsplatz einzurichten. Das gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber eine Teilbetriebsstillegung durchführt, auf deshalb mögliche betriebsbedingte Kündigungen aus so-*



*zialen Gründen verzichtet und die von der Stilllegung betroffenen Arbeitnehmer über seinen eigentlichen Personalbedarf hinaus beschäftigt.*

### 5) Fristlose Kündigung wegen Krankheit

Nur denkbar, wenn es sich um ekelerregende oder im höchsten Grade ansteckende Krankheiten handelt.

Allerdings: bei tariflicher Unkündbarkeit kann die Krankheit ggf. einen „wichtigen Grund“ iSv § 626 I BGB darstellen und eine Kündigung, unter Beachtung der anzuwendenden Kündigungsfrist rechtfertigen ( BAG 12.7.1995, AiB 1996, 495 ff. ). Siehe dazu S. 303.

Vgl. neuerdings BAG v. 18.10.2000 - 2 AZR 627/99, AP Nr. 9 zu § 626 BGB Krankheit:

*Eine außerordentliche Kündigung wegen krankheitsbedingter Fehlzeiten kommt in der Regel nur dann in Betracht, wenn eine ordentliche Kündigung tariflich oder vertraglich ausgeschlossen ist, wobei grundsätzlich eine der ordentlichen Kündigungsfrist entsprechende Ausschlussfrist einzuhalten ist (im Anschluss an BAG 9. September 1992 - 2 AZR 190/92 - AP BGB § 626 Krankheit Nr. 3).*

– Vgl. auch den sehr instruktiven Fall – einschließlich Diskussion – in: Notter u. a., *Meine Rechte am Arbeitsplatz*, 1997, S. 255 ff.)

Zur weiteren Ausdifferenzierung der personenbedingten Kündigungsgründe siehe S. 248.

Literatur: Roos, B., *Die Rechtsprechung zur Kündigung wegen Krankheit*, NZA-RR 1999, 617 ff (gute Zusammenfassung; S. 619: zur außerordentlichen Kündigung wegen Krankheit!)

## B. BETEILIGUNG DES BETRIEBSRATS

Dem BR ist der Kündigungsgrund derart detailliert und substantiiert mitzuteilen, dass er in der Lage ist, ohne eigene Nachforschungen dessen Stichhaltigkeit zu überprüfen. Pauschale Angaben (z. B. „häufige Kurzerkrankungen“) genügen in der Regel nicht. Allerdings genügt ein pauschaler Hinweis dann, wenn dem BR die Gründe für die Kündigung ohnehin bekannt sind ([BAG vom 24.11.1983](#), AP Nr. 30 zu § 102 BetrVG 1972). Der AG muss dem BR alle Umstände mitteilen, aus denen sich die negative Zukunftsprognose ableiten lässt. Die Fehlzeiten sind im Einzelnen bekannt zu geben. Auch Umstände, die zugunsten des AN sprechen, wie z. B. erfolgreiche Behandlungsmaßnahmen, müssen mitgeteilt werden. Ebenso die betrieblichen Beeinträchtigungen und / oder wirtschaftliche Belastungen. Information auch hinsichtlich von Umständen, die im Rahmen der durchgeführten Interessenabwägung berücksichtigt worden sind.

## C. DARLEGUNGS- UND BEWEISLAST

**Grundsatz:** Der Arbeitgeber trägt nach § 1 Abs. 2 S. 4 KSchG im Kündigungsschutzprozess die Darlegungs- und Beweislast für die negative Zukunftsprognose, die erheblichen betrieblichen Beeinträchtigungen sowie für die Umstände, die im Rahmen der durchgeführten Interessenabwägung zur Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung für die Zukunft führen. Verteilung und Umfang der Darlegungs- und Beweislast hängen maßgeblich vom Verhalten des AN ab: gibt der AN keine Auskunft über die Ursache der Krankheit, so reicht es, wenn der AG auf die Fehlzeiten in der Vergangenheit hinweist und behauptet, der störende Zustand werde fortbestehen; legt der AN die Krankheitsgründe im Einzelnen dar, so bleibt nur Raum für eine Beweisaufnahme (medizinisches Sachverständigen Gutachten).

## D. BEURTEILUNGSZEITPUNKT

Maßgebender Beurteilungszeitpunkt für Negativprognose und Rechtmäßigkeit der Kündigung ist ihr Zugang beim Gekündigten (BAG vom 6.9.1989, DB 1990, 431.). Nach Zugang der Kündigung eingetretene weitere Umstände, die sich auf die weitere Entwicklung des Gesundheitszustandes auswirken können, dürfen nicht berücksichtigt werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die neue Entwicklung auf einem neuen Kausalverlauf beruht.

Beispiele:

- Entwicklung und Bekanntwerden neuer Heilmethoden - Neue durch den Arzt veranlasste Therapie - nach Kündigungsausspruch durchgeführte und zuvor vom Arbeitnehmer abgelehnte Operation oder Therapie. - Und sogar: Änderung der bisherigen Lebensführung. – Vgl. auch die unten aufgeführten Rechtsprechungshinweise, insb. S. 247.

## E. ERHEBLICHE BETRIEBLICHE ODER WIRTSCHAFTLICHE BELASTUNGEN<sup>91</sup>

Prognostizierte Fehlzeiten begründen nur dann eine krankheitsbedingte Kündigung, wenn eine erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen vorliegt. Diese Beeinträchtigung ist Bestandteil des Kündigungsgrundes. Zwei Fälle sind strikt zu unterscheiden:

### 1. Betriebsablaufstörungen (betriebliche Belastungen)

- a) Betriebsablaufstörungen wegen wiederholter Ausfallzeiten des Arbeitnehmers sind u.a. Stillstand von Maschinen, Rückgang der Produktion wegen erst einzuarbeitenden Ersatzpersonals, Überlastung des verbliebenen Personals oder Abzug von an sich benötigten Arbeitskräften aus anderen Arbeitsbereichen.
- b) Wiederholte kurzfristige Ausfallzeiten des Arbeitnehmers können zu schwerwiegenden Störungen im Produktionsprozess führen.
- c) Ob die Grenze von sechs Wochen Lohnfortzahlung im Jahr überschritten wurde, ist für die Frage der Betriebsablaufstörungen nicht entscheidend. Diese zeitliche Mindestgrenze gilt nur für die wirtschaftliche Belastung durch Lohnfortzahlungskosten (BAG vom 6.9.1989, NZA 1990, 43 ff). Bei Störungen des Betriebsablaufs können deshalb selbst jährliche Ausfallzeiten von weniger als sechs Wochen kündigungsbegründend sein. Aber: Auch bei auffällig über dem betrieblichen Durchschnitt liegenden Fehlzeitquoten muss es nicht notwendig zu Betriebsablaufstörungen kommen, z.B. wenn eine Personalreserve vorgehalten wird (BAG vom 7.12.1989, EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 30).
- d) Betriebsablaufstörungen sind nur dann als Kündigungsgrund geeignet, wenn sie nicht durch mögliche Überbrückungsmaßnahmen vermieden werden können. Betriebsablaufstörungen können insbesondere in kleinen Betrieben zu erheblichen Belastungen führen, wenn durch das wiederholte, nicht voraussehbare Fehlen eines Arbeitnehmers der Personaleinsatz kurzfristig verändert werden oder der Arbeitsplatz zeitweise unbesetzt bleiben muss.

### 2. Lohnfortzahlungskosten (wirtschaftliche Belastungen)

- a) Allein die zu erwartende wirtschaftliche Belastung mit Lohnfortzahlungskosten, die jährlich für einen Zeitraum von mehr als 6 Wochen aufzuwenden sind, stellt einen Kündi-

---

<sup>91</sup> Punkt E: übernommene und bearbeitete Darstellung aus Preis, Arbeitsrecht (CD-ROM, Übersicht zu: Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen)

gungsgrund dar (BAG vom 10.5.1990, EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 30; 5.7.1990, DB 1990, 2274; 29.7.1993, NZA 1994, 67).

- b) Aber: Alle anderen Umstände (Höhe der diese Grenze überschreitenden Kosten, Fehlen oder Hinzutreten von weiteren den Arbeitgeber belastenden Umständen wie Betriebsablaufstörungen) sind daneben noch im Rahmen der Interessenabwägung zu prüfen. Dies gilt auch für die Frage, ob allein die Belastung mit Lohnfortzahlungskosten zu einer unzumutbaren wirtschaftlichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führt.
- c) Es können nur die Lohnfortzahlungskosten berücksichtigt werden, die auf die auch in Zukunft zu erwartenden, im Rahmen der negativen Gesundheitsprognose ermittelten Ausfallzeiten entfallen.
- d) Außer Betracht bleiben die in der Vergangenheit aufgewendeten Kosten für einmalige Erkrankungen, deren Wiederholung nicht zu besorgen ist (BAG vom 6.9.1989, NZA 1990, 43 ff; 14.1.1993, NZA 1994, 309).
- e) Unberücksichtigt bleiben die Ausfallzeiten, für die keine Lohnfortzahlungspflicht mehr besteht. Denn dieser Zeitraum ist für die wirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers mit Lohnfortzahlungskosten irrelevant (BAG vom 7.12.1989, EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 30).
- f) Lohnfortzahlungskosten können u. U. auch, ohne dass zusätzlich Störungen des Betriebsablaufs vorliegen müssten, zu einer unzumutbaren Belastung führen. Das gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber eine Personalreserve nicht vorhält (BAG vom 29.7.1993, NZA 1994, 67 ff).
- g) Abzustellen ist nur auf die Kosten des einzelnen Arbeitsverhältnisses und nicht auf die Gesamtbelastung des Betriebes mit Lohnfortzahlungskosten (BAG vom 16.2.1989, NZA 1989, 923 ff).
- h) Sieht ein Tarifvertrag die Verpflichtung des Arbeitgebers vor, Arbeitnehmern mit längerer Unternehmenszugehörigkeit im Krankheitsfall über den gesetzlichen Sechs-Wochen-Zeitraum hinaus für bestimmte Zeiträume einen Zuschuss zum Krankengeld zu zahlen, so kann allein daraus noch nicht gefolgert werden, auch sechs Wochen im Jahr übersteigende krankheitsbedingte Ausfallzeiten des Arbeitnehmers seien grundsätzlich nicht geeignet, eine ordentliche Kündigung sozial zu rechtfertigen (BAG vom 6.9.1989, NZA 1990, 43 ff).

## F. ZUR INTERESSENABWÄGUNG

**n** [BAG, vom 20.1.2000](#), AP Nr. 38 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit [Krankheitskündigung und Unterhaltspflichten]: *Die Unterhaltspflichten und eine eventuelle Schwerbehinderung des Arbeitnehmers beeinflussen das Gewicht seines Interesses an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes und sind deshalb grundsätzlich bei einer krankheitsbedingten Kündigung im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen. Je mehr Unterhaltspflichten den Arbeitnehmer treffen, um so höher ist seine soziale Schutzbedürftigkeit. Auch der Schwerbehinderte ist im besonderen Maße sozial schutzwürdig (Art. 3 Abs. 3 GG).*

## 2. Sektion: Der Fall der krankheitsbedingten Kündigung: Schema (nach Then)

Der Grund für die Kündigung ist die Besorgnis zukünftiger betriebl. Beeinträchtigungen durch krankheitsbedingte Fehlzeiten im bisherigen Umfang.  
(Kündigungsgrund sind nicht die bisherigen Beeinträchtigungen und auch nicht die Krankheit selbst!!).

Die Wirksamkeit der Kündigung ist in 3 Stufen zu prüfen:

### 1. Stufe: Negative Gesundheitsprognose

Im Zeitpunkt der Kündigung müssen objektive Tatsachen für die Besorgnis weiterer Erkrankungen im bisherigen Umfang vorliegen.

- a. Der Arbeitgeber trägt die bisherigen Fehlzeiten vor:

Daraus ergibt sich der Schluss, dass der AN im bisherigen Umfang auch in Zukunft wegen Krankheit fehlen wird ("Indizwirkung").

- b. Der Arbeitnehmer trägt vor, warum Besorgnis weiterer Fehlzeiten unrechtmäßig ist:

Bestreiten des AG-Vortrags ("Ich habe an den angegebenen Tagen nicht gefehlt").

Bestimmte Fehlzeiten sind nicht zu beachten, weil eine Wiederholung nicht zu besorgen ist ("Blinddarm kann nur einmal entfernt werden").

Mit weiteren Erkrankungen ist nicht zu rechnen, weil (im Zeitpunkt der Kündigung!!) Gesundung bereits eingetreten oder jedenfalls zu erwarten war.

- c. Der Arbeitgeber beweist nun seinen Vortrag durch sachverständigen Zeugen (Arzt).

Beachte: Es kommt auf den Zeitpunkt der Kündigung an!! Änderungen des Zustandes des Arbeitnehmers nach der Kündigung werden nicht berücksichtigt.

Zur alkoholbedingten Kündigung:

Negative Zukunftsprognose gegeben, wenn AN

eine Therapie abgelehnt hat,

eine Therapie abgebrochen hat,

nach Therapie rückfällig wurde.

2. Stufe: Erhebliche Beeinträchtigung der betriebl. Interessen

Im Zeitpunkt der Kündigung müssen objektive Tatsachen für die Besorgnis weiterer betrieblicher Belastungen in erheblichem Umfang vorliegen.

a. **Betriebsablaufstörungen**

Stillstand von Maschinen

Produktionsrückgang wegen einzuarbeitendem Ersatzpersonal

Überlastung des verbliebenen Personals

nur ausreichend, wenn sie nicht durch Überbrückungsmaßnahmen (Neueinstellung, Personalreserve) vermieden werden können,

nur ausreichend, wenn erhebliche Störung, und / oder

b. **wirtschaftliche Belastungen**

beträchtliche Aufwendungen für Ersatzkräfte,

Schaden durch Fehlzeiten,

außergewöhnlich hohe Lohnfortzahlungskosten (für mehr als 6 Wochen pro Jahr).

Beachte: Es wird auf das einzelne Arbeitsverhältnis abgestellt, nicht auf den Betrieb insgesamt (sonst könnten Großunternehmen wie die Bahn nie kündigen!).

Zur Kündigung wegen Dauererkrankung:

Erhebl. Beeinträchtigung der betriebl. Interessen sind ohne weiteres gegeben,

wenn feststeht, dass AN dauerhaft au-krank bleiben wird, wenn die Wiederherstellung des AN völlig ungewiss ist.

Arg.: AN kann geschuldete Arbeitsleistung auf Dauer (ungewisse Zeit) nicht mehr erbringen; damit ist das Arbeitsverhältnis (und damit die betriebl. Interessen) erheblich gestört!

3. Stufe: Umfassende konkrete Interessenabwägung

Sind die Beeinträchtigungen aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalles vom Arbeitgeber noch hinzunehmen oder sind sie nicht mehr zumutbar?

Erkrankung auf betriebl. Ursachen zurückzuführen?

Ist das Arbeitsverhältnis ansonsten ungestört verlaufen?

Alter, Familienstand, Unterhaltspflichten?

Zumutbarkeit weiterer Überbrückungsmaßnahmen?

Kosten einer vorhandenen Personalreserve?

Kurz gefasst:

- 1. Negative Zukunftsprognose**
- 2. Beeinträchtigung wesentlicher betrieblicher Interessen**
- 3. Interessenabwägung**

### 3. Sektion: Etwas Rechtsprechung

a) Grundlegend: [BAG vom 22.10.1980](#). AP Nr. 6 zu § 1 KSchG Krankheit:

1. Nach dem das Kündigungsschutzrecht beherrschenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kommt eine ordentliche Kündigung wegen einer lang anhaltenden Krankheit als letztes Mittel (ultima ratio) erst dann in Betracht, wenn dem Arbeitgeber die Durchführung von Überbrückungsmaßnahmen (z. B. Einstellung von Aushilfskräften, Durchführung von Über- oder Mehrarbeit, personelle Umorganisation, organisatorische Umstellungen) nicht möglich oder nicht mehr zumutbar ist. Bei der Bemessung der zeitlichen Zumutbarkeitsgrenze ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dadurch zu beachten, dass der Arbeitgeber bei einem langjährig beschäftigten Arbeitnehmer einen längeren Zeitraum für geeignete und zumutbare Überbrückungsmaßnahmen hinzunehmen hat als bei einem nur kurzfristig tätigen Arbeitnehmer.

2. Eine aus Anlass einer lang anhaltenden Erkrankung des Arbeitnehmers erklärte ordentliche Kündigung ist nicht bereits deswegen sozial ungerechtfertigt, weil der Arbeitgeber es unterlassen hat, sich vor Ausspruch der Kündigung über den voraussichtlichen Krankheitsverlauf sowie über die Art des möglichen künftigen Einsatzes des erkrankten Arbeitnehmers zu erkundigen.

3. Es kommt vielmehr bei einer derartigen Kündigung darauf an, ob zum Zeitpunkt des Kündigungszuganges objektive Anhaltspunkte für ein langfristiges Fortdauern der Arbeitsunfähigkeit vorgelegen haben und ob es aus betrieblichen Gründen notwendig gewesen ist, den Arbeitsplatz des erkrankten Arbeitnehmers anderweitig auf Dauer zu besetzen.

4. Wegen der erhöhten sozialen Schutzbedürftigkeit eines erkrankten Arbeitnehmers ist im Rahmen der Interessenabwägung ein strenger Maßstab anzulegen.

5. Wirft der Arbeitnehmer am letzten Tag der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 KSchG seine Kündigungsschutzklage in den normalen Briefkasten eines Arbeitsgerichts, so ist dies selbst dann fristwährend, wenn zugleich ein Nachbriefkasten vorhanden ist. Für den rechtzeitigen Einwurf der Kündigungsschutzklage in den normalen Briefkasten ist der Arbeitnehmer darlegungs- und beweispflichtig.

b) [BAG vom 16.2.1989](#), NZA 1989, 923 ff: 1. Der Senat hält an seiner Auffassung fest, dass auch eine unzumutbar hohe wirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers durch bereits gezahlte und künftig zu erwartende Lohnfortzahlungskosten eine krankheitsbedingte Kündigung sozial rechtfertigen kann (Bestätigung BAG vom 23.6.1983 2 AZR 15/ 82 = BAGE 43, 129-143 = AP Nr. 10 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit und BAG vom 15.2.1984 2 AZR 573/82 = BAGE 45, 146-155 = AP Nr. 14 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.)

2. Wenn aufgrund einer negativen Prognose über den künftigen Krankheitsverlauf sowie erheblicher und unzumutbarer wirtschaftlicher Belastungen eine Kündigung nach § 1 KSchG sozial gerechtfertigt ist, dann greift auch das Maßregelungsverbot des § 612a BGB nicht ein.

c) [BAG vom 6.9.1989](#) NZA 1990, 434 ff :

1. Sieht ein Tarifvertrag (hier: § 12 des Manteltarifvertrages für die Arbeiter und Angestellten der Metallindustrie in Nordwürttemberg/Nordbaden vom 26. Juli 1984) die Verpflichtung des Arbeitgebers vor, Arbeitnehmern mit längerer Unternehmenszugehörigkeit im Krankheitsfall über den gesetzlichen Sechs-Wochen-Zeitraum hinaus für bestimmte Zeiträume einen Zuschuss zum Krankengeld zu zahlen, so kann allein daraus noch nicht gefolgert werden, auch sechs Wochen im Jahr übersteigende krankheitsbedingte Ausfallzeiten des Arbeitnehmers seien grundsätzlich nicht geeignet, eine ordentliche Kündigung sozial zu rechtfertigen (im Anschluss an das Senatsurteil vom 16. Februar 1989 - 2 AZR 299/88, NZA 1989, 923 ff).

2. Bei einer auf häufige Kurzerkrankungen gestützten Kündigung ist im Rahmen der Interessenabwägung u.a. zu berücksichtigen, ob bzw. wie lange das Arbeitsverhältnis zunächst ungestört verlaufen ist (Senatsurteil vom 26. Februar 1989, aaO). Ein ungestörter Verlauf des Arbeitsverhältnisses liegt nicht schon dann vor, wenn der Arbeitnehmer im Jahr nicht länger als sechs Wochen arbeitsunfähig krank gewesen ist.

d) [BAG vom 10.11.1983](#), AP Nr. 11 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit:

Bei der Prognose, ob häufige Kurzerkrankungen die Besorgnis weiterer Erkrankungen rechtfertigen, ist zwar grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Kündigung abzustellen. Die spätere tatsächliche Entwicklung der Krankheit bis zum Ende der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz kann aber zur Bestätigung oder Korrektur der Prognose geeignet sein und verwertet werden.

e) [BAG vom 6.9.1989](#), NZA 1990, 305 ff:

1.) Wird eine ordentliche Kündigung auf häufige Kurzerkrankungen des Arbeitnehmers gestützt, so dürfen für die zunächst erforderliche negative Gesundheitsprognose erst nach Zugang der Kündigung eingetretene weitere Umstände, die sich auf die weitere Entwicklung des Gesundheitszustandes auswirken können, nicht berücksichtigt werden. Als neuer Umstand kommt nicht nur eine - vorher abgelehnte - Operation oder stationäre Behandlung in Betracht. Sie kann auch in einer bloßen Änderung der Lebensführung liegen, zu der sich der Arbeitnehmer bisher nicht bereit gefunden hat (im Anschluss an das Senatsurteil vom 9. April 1987 - 2 AZR 210/86 - AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit).

2.) Im Rahmen der Interessenabwägung ist von erheblicher Bedeutung, ob die Krankheit des Arbeitnehmers auf betriebliche Ursachen zurückzuführen ist (Senatsurteil vom 7. November 1985 - 2 AZR 657/84 - AP Nr. 17 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit).

a. Der Arbeitgeber trägt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass ein solcher vom Arbeitnehmer behaupteter ursächlicher Zusammenhang nicht besteht.

b. Der Arbeitgeber genügt seiner Darlegungslast zunächst, wenn er die betriebliche Tätigkeit des Arbeitnehmers vorträgt und einen ursächlichen Zusammenhang mit den Fehlzeiten bestreitet. Der Arbeitnehmer muss dann gemäß § 138 Abs. 2 ZPO dartun, weshalb ein ursächlicher Zusammenhang bestehen soll. Er genügt dieser prozessualen Mitwirkungspflicht, wenn er für seine Behauptung die behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht entbindet. Dann ist es Sache des Arbeitgebers, für die fehlende Kausalität zwischen Arbeitsbedingungen und Erkrankungen Beweis anzutreten.

c. Das Gericht muss zur Klärung dieses streitigen Sachverhalts die angebotenen Beweise erheben und ggf. Sachverständigengutachten einholen. Es darf nicht ohne weitere Aufklärung und Begründung davon ausgehen, ein ursächlicher Zusammenhang sei nicht auszuschließen und deshalb zu Lasten des Arbeitgebers zu berücksichtigen.

f) [BAG vom 21.5.1992](#), NZA 1990, 727 ff:

Ist der Arbeitnehmer bereits längere Zeit arbeitsunfähig krank (hier: 11/2 Jahre) und ist im Zeitpunkt der Kündigung die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit noch völlig ungewiss, so kann diese Ungewissheit wie eine feststehende dauernde Arbeitsunfähigkeit zu einer erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen führen (im Anschluss an BAG vom 28.02.1990 - 2 AZR 401/89 - AP Nr. 25 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit)

g) [BAG vom 31.1.1996](#), NZA 1996, 819 ff:

1. Wird die Fluglizenz eines Verkehrsflugzeugführers ungültig, kann dies grundsätzlich als personenbedingter Grund dessen Kündigung nach §1 Abs. 2 KSchG rechtfertigen.

2. Macht der Pilot geltend, die Nichtverlängerung der Verkehrsflugzeugführerlizenz sei nicht auf fliegerische Leistungsmängel, sondern auf eine vom Arbeitgeber zu vertretende irreguläre

Überspannung der Checkanforderungen zurückzuführen, so hat dies der Arbeitgeber zu widerlegen (§ 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG); insofern gelten die von der Rechtsprechung erarbeiteten Grundsätze zur abgestuften Darlegungslast bei Entschuldigungs- und Rechtfertigungsvorbringen des Arbeitnehmers.

h) BAG vom 29.10.1998, AP Nr. 77 zu § 615 BGB:

Die Kündigung eines Arbeiters, der sich gegen den Willen des Werksarztes nach einem Krankheitsfall für gesund und arbeitsfähig erklärt, ist rechtmäßig. Mit dieser Entscheidung reagierte das Bundesarbeitsgericht (BAG) in Kassel auf die Kündigungsschutzklage eines Chemiarbeiters aus dem Rheinland. Dieser war wegen Kniebeschwerden über acht Monate arbeitsunfähig. Im Mai 1994 wollte er seine körperlich schwere Arbeit wieder aufnehmen, wurde aber mit der Begründung nach Hause geschickt, dass er "seine arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitsleistung" auf Dauer nicht mehr einbringen könne. Diese Kündigung sei rechtmäßig, entschied das BAG, da der Arbeiter "objektiv aufgrund nachprüfbarer medizinischer Befunde" nicht länger einsatzfähig sei.

i) BAG vom 29.1.1997, NZA 1997, 709: Ist ein Arbeitnehmer auf Dauer krankheitsbedingt nicht mehr in der Lage, die geschuldete Arbeit auf seinem bisherigen Arbeitsplatz zu leisten, so ist er zur Vermeidung einer Kündigung auf einem leidensgerechten Arbeitsplatz im Betrieb oder Unternehmen weiterzubeschäftigen, falls ein solch gleichwertiger oder jedenfalls zumutbarer Arbeitsplatz frei und der Arbeitnehmer für die dort zu leistende Arbeit geeignet ist. Ggf. hat der Arbeitgeber einen solchen Arbeitsplatz durch Ausübung seines Direktionsrechts frei zu machen und sich auch um die evtl. erforderliche Zustimmung des Betriebsrats zu bemühen. Zu einer weitergehenden Umorganisation oder zur Durchführung eines Zustimmungsersetzungsverfahrens gemäß § 99 Abs. 4 BetrVG ist der Arbeitgeber dagegen nicht verpflichtet.

S. dazu: Bernhardt, Krankheitsbedingte Kündigung – Vermeidbarkeit durch Beschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz, NZA 1999, 683 ff.

Bereits früher in diesem Sinne: Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 10. A., S. 546 (wenn der Erkrankte nach den Kriterien des § 1 Abs. 3 KSchG den Vorrang hätte).

Zur Praxis der Tatsachengerichte: Wachsmuth, Kündigungsschutz bei arbeitsbedingten Erkrankungen, AiB 1983, 4 ff

j) BAG vom 20.1.2000, NZA 2000, 768 ff: Bei einer krankheitsbedingten Kündigung sind im Rahmen der Interessenabwägung die Schwerbehinderung und die Unterhaltspflichten des AN von den Gerichten stets mit zu berücksichtigen.

4. Sektion: Weitere Fälle von personenbedingten Gründen

a) Die Ungeeignetheit, die auch dann gegeben sein kann, wenn der AN sich entgegen den (anerkannten und geschützten) Zielen des AG verhält. Es handelt sich hierbei insbesondere um die Fälle aus dem kirchlichen Bereich; äußerst reichhaltige Rechtsprechung.

Vgl. etwa BAG NZA 1985, 215 ff sowie BAG vom 21.10.1982, AP Nr. 14 zu Art. 140 GG (Essener ärzteurteil) [n Kirchenlehre und Kündigung]. Vgl. ferner Urteil des BAG vom 24.7.1997, wonach Kirchen und Religionsgemeinschaften ihren Bediensteten bei Ehebruch fristlos kündigen dürfen, NZA 1998, 145 ff.

b) AIDS ist für sich genommen noch kein Kündigungsgrund, es sind vielmehr die allgemeinen Regeln über die krankheitsbedingte Kündigung anzuwenden. Vgl. hierzu BAG vom 16.2.1989, NZA 1989, 962 ff. Ebenso ArbG Berlin 16.6.1987, NZA 1987, 636 ff. - Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn wegen der Art des Arbeitsplatzes eine Infektion Dritter zu be-



fürchten ist und eine Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz ausscheidet. In diesem Falle kann auf die Aids-Erkrankung eine personenbedingte Kündigung gestützt werden (Arbeit auf Intensivstation eines Krankenhauses; dort ständiger Kontakt mit frisch operierten Patienten; u. U. lässt die von ihm ausgehende Ansteckungsgefahr seine Eignung entfallen).<sup>92</sup>

c) Im Hinblick auf eine Kündigung wegen Alkohol- oder Drogenkonsums am Arbeitsplatz ist zwischen zwei unterschiedlichen Fallkonstellationen zu unterscheiden. Zwar verletzt ein Arbeitnehmer, der am Arbeitsplatz Alkohol oder Drogen zu sich nimmt, stets seine arbeitsvertraglichen Pflichten. Dies rechtfertigt eine verhaltensbedingte Kündigung jedoch nur dann, wenn es sich um eine schuldhaftige Pflichtverletzung handelt. Ein derartiges Verschulden fehlt nach Ansicht des BAG, sofern der Arbeitnehmer alkohol- oder drogenabhängig ist. Eine Kündigung wegen Alkohol- oder Drogenabhängigkeit ist daher nur unter den Voraussetzungen der krankheitsbedingten Kündigung zulässig (BAG 9.4.1987 AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit). Demgegenüber kommt es bei der krankheitsbedingten Kündigung auf die Frage, wer die Krankheit bzw. hier die Alkoholabhängigkeit verschuldet hat, grundsätzlich nicht an (BAG 9.4.1987, a.a.O.).

d) Das Erreichen eines bestimmten Lebensjahres, insbesondere die Vollendung des 65. Lebensjahres, rechtfertigt allein keine Kündigung, da der Kündigungsschutz individuell ausgestaltet ist.

e) Entzug der gem. § 284 SGB III für Ausländer erforderlichen Arbeitserlaubnis.

Allerdings kommt es in derartigen Fällen entscheidend darauf an, ob die Erlaubnis auf Dauer wegfällt, der Zeitraum bis zur Wiedererteilung überbrückt werden kann oder ggf. eine anderweitige Beschäftigung, die ohne Erlaubnis ausgeübt werden kann, möglich ist.

f) Familienverhältnisse (Eheschließung oder Ehescheidung) können außerhalb kirchlicher Einrichtungen die Kündigung nicht rechtfertigen. Auch bei einem Ehegattenarbeitsverhältnis gibt allein das Scheitern der Ehe keinen personen- oder verhaltensbedingten Kündigungsgrund ab (BAG 9.2.1995 NZA 1996, 249, 250 f.).

g) Leistungsmängel rechtfertigen in der Regel keine personen-, sondern eine verhaltensbedingte Kündigung.

---

<sup>92</sup> Vgl. hierzu Haesen, Zur Aids-Problematik im Arbeitsrecht und öffentlichen Dienst, RdA 1988, 158; Lepke, Aids als arbeitsrechtlicher Kündigungsgrund, DB 1987, 1299; Löwisch, Arbeitsrechtliche Fragen von Aids-Erkrankungen und Aids-Infektionen, DB 1987, 936; Richardi, Arbeitsrechtliche Probleme bei der Einstellung und Entlassung Aids-infizierter Arbeitnehmer, NZA 1988, 73. Gute Zusammenfassung der wesentlichen Grundsätze und Rechtsprechungslinien bei Bauer / Röder / Lingemann, Krankheit im Arbeitsverhältnis, 2. A., 1996, S. 109 f.

h) Leistungsverweigerung aus Gewissensgründen:

Einem Arbeitnehmer, der aus Gewissensgründen die Leistung der ihm zugewiesenen Arbeit verweigert, kann gekündigt werden, wenn eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit nicht besteht

i) Sicherheitsbedenken: Konkrete Sicherheitsbedenken können eine personenbedingte Kündigung rechtfertigen (BAG 26.10.1978 AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Sicherheitsbedenken).

j) Straftaten/ Straftaft:

Ein Bankkassierer, der außerhalb des Arbeitsverhältnisses eine Unterschlagung begangen hat, kann die Eignung für seine berufliche Tätigkeit verlieren.

5. Sektion: Kuriosa

Auszug aus einem Schreiben „Karl Frank GmbH“; Quelle: IG metall Nr. 23 vom 12.11.1993

„Betr.: Auftragsverluste, verursacht durch Ihr wochenlange Abwesenheit

Infolge Ihrer wochenlangen Abwesenheit, die nicht mit Ihrem Arbeitsplatz oder Ihrer beruflichen Ausübung zu tun hat, müssen jetzt Auftragsverluste für unser Unternehmen hingenommen werden.

Die Schuld tragen einzig und allein Sie.

Wir werden diese Unverantwortlichkeit von Ihnen zum Anlass nehmen, Ihre Kündigung mit allen verfügbaren Mitteln durchzusetzen.

Sie sind hier fehl am Platze, unfähig und nicht geeignet, einen ordnungsgemäßen betrieblichen Ablauf zu gewährleisten.

Machen Sie den Arbeitsplatz frei, so dass eine arbeitsfähige und arbeitswillige Fachkraft eingestellt werden kann.“

**Lektion Nr. 17: Die stichhaltigen Gründe nach § 1 Abs. 2  
KSchG – Verhaltensbedingte Gründe**

Ø EINFÜHRENDE LITERATUR: Halbach 2/517-523

Ø INHALT

A. Fälle

B. System

1. Sektion: Grundlegung

1 - Bisherige Rechtsprechung

2 – Neuere Rechtsprechungstendenzen

2. Sektion: Speziell – Das Abmahnungsrecht

3. Sektion: Einzelne häufige (verhaltensbedingte) Kündigungsgründe

4. Sektion: Muster eines Abmahnungsschreibens

5. Sektion: Literaturhinweise

\*\*\*

## A. FÄLLE

**Fall Nr. 88:** *Der 35jährige Kohler ist seit 1991 bei der Firma Buntzel (51 Arbeitnehmer) als Buchhalter beschäftigt. Ein Betriebsrat besteht nicht. Im Laufe des Jahres 1994 ist Kohler insgesamt 5 Mal zu spät zum Dienst erschienen. Im Februar 1995 passiert es Kohler, dass er dreimal zu spät kommt. Am 13.2.1995 kündigt daher Buntzel zum 31.3.1995 unter Hinweis auf die ständigen Verspätungen. Kohler meint, die Kündigung sei schon deshalb unwirksam, weil es durch seine Verspätungen zu keinen Störungen des Betriebsablaufs gekommen sei. Darüber hinaus sei er bisher niemals darauf hingewiesen worden, dass die Verspätungen nicht geduldet würden und arbeitsrechtliche Konsequenzen haben könnten.*

*Was würden Sie Kohler raten, der Sie (als seinen Freund) am 3.3.1995 bei einem gemeinsamen Spaziergang zu der Angelegenheit befragt?*

**Fall Nr. 89:** *Anton Abel, geboren 1955, ist seit dem 15.11.1980 als Bankkaufmann der X-Bank in Berlin angestellt. Im Anstellungsvertrag ist eine Probezeit von sechs Monaten vorgesehen; als Kündigungsfrist während dieser Probezeit sind vier Wochen zum Monatsende vereinbart worden.*

*Im Wahlkampf zu den Wahlen zum Abgeordnetenhaus 1981 in Berlin verteilte Abel, der inzwischen Mitglied der SEW geworden war, in seiner Freizeit am Kranzler-Eck ein Extrablatt der „Wahrheit“, dem Zentralorgan dieser Partei. Darin wurden unter anderem die Berliner Banken allgemein und im Zusammenhang mit der bevorstehenden Fusionierung der X-Bank mit der B & C-Bankgesellschaft auch die X-Bank angegriffen. Unter anderem hieß es dort: „Die Bank- und Versicherungskonzerne kaufen Kreuzberg auf, um die Häuser abzureißen und Büropaläste oder Luxusappartements an ihre Stelle zu setzen. Den Mietern wird gekündigt. Die Bodenpreise steigen von 250 auf 2.400 DM!“ Und „Der Senat ist dabei, den Konzernmilliardären die X-Bank in eine private Superbank zu überlassen.“*

*Die Architektin Z., eine wichtige Kundin der X-Bank, erkannte den Abel bei seiner Aktion am Kranzler-Eck und berichtete darüber empört am folgenden Tage dem Leiter der X-Bank*

(2.5.1981). Am 3.5.1981, gegen 16.00 Uhr stellte dieser den Abel deshalb zur Rede. Dabei bekannte sich Abel ausdrücklich zu den Zielen der SEW. Mit Schreiben vom 12.5.1981 kündigte die X-Bank dem Abel "unter Bezugnahme auf die mit Ihnen geführte Unterredung" zum 30.6.1981. Der Betriebsrat war mit Schreiben vom 3.5. von der Kündigungsabsicht unterrichtet worden, hatte sich jedoch bis zum 12.5. noch nicht geäußert.

Abel ist der Auffassung, ihm sei allein wegen seiner Zugehörigkeit zur SEW gekündigt worden. Die Kündigung sei deshalb sittenwidrig. Außerdem verstoße sie gegen das Diskriminierungsverbot des Artikels 3 Abs. 3 GG und verletze sein Recht der freien Meinungsäußerung gemäß Artikel 5 Abs. 1 GG.

a) Abel will gegen die Kündigung vorgehen. Welches Gericht wäre zuständig? Muss Abel im Fall einer Klageerhebung Fristen einhalten? Folgen von Fristversäumnis? Muss die Klageschrift einen bestimmten, fest umrissenen Antrag enthalten? Wenn ja: Wie würden Sie ihn formulieren?

b) Prüfen Sie die rechtlichen Chancen einer Klage des Abel gegen die X-Bank.

c) Kann Abel von der X-Bank verlangen, bis zum Ausgang des Prozesses weiterbeschäftigt zu werden?

Vgl. dazu [BAG vom 28.9.1972](#), AP Nr. 2 zu § 134 BGB [ n dkp.doc]

## B. SYSTEM

### 1. Sektion: Grundlegung

#### VORAUSSETZUNGEN:

- a) FEHLVERHALTEN DES ARBEITNEHMERS
- b) (MEISTENS) EINE ABMAHNUNG.

Grundsatz Nr. 1: Eine verhaltensbedingte Kündigung kann nur auf ein **Verhalten des Arbeitnehmers** gestützt werden, das sich negativ auf den Betrieb auswirkt. Das sog. außerdienstliche Verhalten entzieht sich grundsätzlich der Beurteilung durch den Arbeitgeber (Aber: Ausnahmen möglich!!)

Grundsatz Nr. 2: Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit hat zur Folge, dass der Kündigung eine **Abmahnung** vorausgehen hat. So jetzt auch das BGB, vgl. § 314 Abs. 2 (außerordentliche Kündigung von Dauerschuldverhältnissen) und § 323 Abs. 3.

Überprüft werden muss auch, ob eine Kündigung nicht dadurch vermieden werden kann, dass der Arbeitnehmer umgesetzt wird = **Versetzung schlägt Kündigung!**

[BAG vom 18.1.1980, BAGE 35, 118](#): Eine Abmahnung liegt vor, wenn der AG in einer für den AN hinreichend deutlich erkennbaren Art und Weise **Leistungsmängel** beanstandet und damit den Hinweis verbindet, dass im Wiederholungsfalle der Inhalt oder der Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet sei.

Ansatzpunkt ist also ein Verhalten des Arbeitnehmers, das die arbeitsvertraglichen Beziehungen konkret beeinträchtigt. Maßstab hierfür ist, ob das Fehlverhalten im Einzelfall geeignet

ist, einen ruhig und besonnen urteilenden Arbeitgeber zur Kündigung zu bestimmen (BAGE 11, 357).

## **1 - Bisherige Rechtsprechung des BAG**

### a) Störungen im Leistungsbereich

Mit dem Leistungsbereich ist das konkrete Leistungsaustauschverhältnis „Einkommen gegen Inanspruchnahme der Arbeitskraft“ gemeint.

#### *Grundsatz:*

Bei Verletzung vertraglicher Haupt- oder Nebenleistungspflichten konnte der Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung nur nach vorheriger, einschlägiger Abmahnung (Warn- und Ankündigungsfunktion) erfolgen. Beispiele:

- § Verletzung von Leistungspflichten (z. B. Schlechtleistung und Arbeitsverweigerung)
- § Verletzung von Nebenpflichten
- § Störungen der Betriebsordnung
- § Außerdienstliches Verhalten (aber nur dann, wenn es vertragswidrig ist, also zu einer konkreten Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses führt.

#### *Entbehrlichkeit einer Abmahnung:*

- § bei besonders schweren Pflichtverletzungen,
- § bei erkennbar fehlendem Willen des AN zu vertragstreuem Verhalten.

Beispiel für eine besonders schwere Pflichtverletzung: BAG vom 1.7.1999, NZA 1999, 1270:

Besonders gravierende Pflichtverletzungen eines Auszubildenden können eine außerordentliche Kündigung auch ohne vorherige Abmahnung nach sich ziehen. Eine derartige Pflichtverletzung hatte ein 16jähriger Lehrling begangen. Er hatte an der Werkbank eines türkischen Kollegen ein Blechschild mit eindeutig ausländerfeindlichen und neo-nazistischen Parolen angebracht sowie mehrmals Nazi-Lieder im Betrieb gesungen. Mit dem Verzicht auf eine vorherige Abmahnung geht das BAG über den Befund der Vorinstanzen hinaus. Hätten diese wegen des jugendlichen Alters des Lehrlings eine Abmahnung verlangt, hielt das BAG diese angesichts der Schwere der Verfehlung für entbehrlich.

### b) Störungen im Vertrauensbereich

Hier liegt der angebliche Verstoß nicht darin, dass der Arbeitnehmer seine Arbeit schlecht erfüllt, sondern dass er in sonstiger Weise des Vertrauen des Arbeitgebers missbraucht (typischer Fall: Unterschlagung von Eigentum des Arbeitgebers).

#### *Grundsatz:*

Vor Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung wegen einer Störung im Vertrauens-/ Betriebsbereich (z. B. Straftaten im Betrieb) bedurfte es grundsätzlich keiner Abmahnung.

#### *Erforderlichkeit einer Abmahnung:*

- § wenn der AN mit vertretbaren Gründen annehmen konnte, sein Verhalten sei nicht vertragswidrig (Verbotsirrtum),
- § wenn der AN mit vertretbaren Gründen annehmen konnte, sein Fehlverhalten werde von dem AG zumindest nicht als ein erhebliches, den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdendes Fehlverhalten angesehen.

Eigenartige zusätzliche Ausnahme: Vielzahl von Privattelefonaten; trotz Störung des Vertrauensbereichs ist Abmahnung erforderlich nach LAG Hannover v. 13.1.1998, BB 1998,

1112 f. (Revision eingelegt; erledigt per 11.3.1999, also rechtskräftig). Grund: Besserung möglich !

## 2 – Neue Rechtsprechungstendenzen

BAG v. 4.6.1997, NZA 1999, 587 ff: *Auch bei Störungen im Vertrauensbereich ist jedenfalls dann vor der Kündigung eine Abmahnung erforderlich, wenn es um ein steuerbares Verhalten des AN geht und eine Wiederherstellung des Vertrauens erwartet werden kann. Eine Abmahnung ist also nur dann entbehrlich, wenn im Einzelfall besondere Umstände vorliegen, aufgrund derer sie als nicht Erfolg versprechend angesehen werden kann, z. B. AN ist eindeutig nicht gewillt, sich vertragsgerecht zu verhalten.* [Hochgradige Alkoholisierung im Privatbereich bei Berufsfahrzeugführer, Zugführer bei der Berliner U-Bahn].

BAG vom 10.2.1999, NZA 1999, 708 ff: *Bei einer Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen ist eine Abmahnung jedenfalls dann entbehrlich, wenn es um schwere Pflichtverletzungen geht, deren Rechtswidrigkeit für den Arbeitnehmer ohne weiteres erkennbar ist und bei denen eine Hinnahme des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist. Dies gilt auch bei Störungen im sog. Vertrauensbereich* [Kündigung eines BR-Vorsitzenden, der Schrott im Gesamtwert von ca. 200 DM unterschlagen hatte].

LAG Hamm v. 25.9.1997, NZA 1998, 483, *Manchmal ist eine erneute Abmahnung erforderlich. Trotz vorangehender einschlägiger Abmahnung kann nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausnahmsweise vor Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung wegen Arbeitsverweigerung eine erneute Abmahnung im Sinne einer "letzten Warnung" geboten sein, wenn das Arbeitsverhältnis langjährig (18 Jahre) störungsfrei verlaufen ist und die Weigerungshaltung des Arbeitnehmers allein auf arbeitsbedingten Problemen in der Zusammenarbeit mit einem Kollegen beruht.*

### 2. Sektion: Speziell - das Abmahnungsrecht („Gelbe Karte“)

Gesetzliche Grundlage neuerdings: §§ 314 Abs. 2, 323 II und III BGB.

a) Eine Abmahnung liegt vor, wenn der Arbeitgeber Verstöße gegen Pflichten aus dem Arbeitsvertrag beanstandet. Dabei erfordert die Warn- und Ankündigungsfunktion der Abmahnung, dass mit ihr der Hinweis verbunden wird, dass im Wiederholungsfalle der Inhalt oder der Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet ist. Dabei müssen bestimmte kündigungrechtliche Maßnahmen nicht angedroht werden.

b) Nach der neueren Rechtsprechung ist zusätzlich Voraussetzung, dass der Arbeitnehmer vom Inhalt der Abmahnung auch tatsächlich Kenntnis nimmt. Bei ausländischen Arbeitnehmern empfiehlt es sich deshalb, die Abmahnung rein vorsorglich übersetzen zu lassen, wenn sich der Arbeitgeber nicht sicher ist, dass der ausländische Arbeitnehmer die deutsche Sprache versteht.

c) Eine Frist, in der die Abmahnung ausgesprochen werden muss, gibt es nicht. Wartet der Arbeitgeber allerdings nach dem Vorfall so lange, dass der Arbeitnehmer davon ausgehen kann, die Sache habe sich erledigt, hat er sein Abmahnungsrecht verwirkt, d. h. er kann keine wirksame Abmahnung mehr aussprechen. Vgl. LAG Köln, Urteil vom 28.03.1988, AiB 1991, 386: Das Rügerecht des Arbeitgebers auf Abmahnung eines nicht vertragsgemäßen Verhaltens des Arbeitnehmers kann nach einjährigem Zuwarten des Arbeitgebers verwirkt

sein (§ 242 BGB). BAG scheint in letzter Zeit von einem ungefähren Zeitraum von 2 Wochen auszugehen,.

d) Die Abmahnung ist auch formfrei, sollte aber vom Arbeitgeber stets schriftlich niedergelegt werden, da er die Vorwürfe beweisen muss.

f) Als abmahnungsberechtigte Personen kommen nicht nur Kündigungsberechtigte, sondern alle Mitarbeiter in Betracht, die dem Arbeitnehmer Weisungen erteilen dürfen.

g) Vor Ausspruch einer ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung muss zunächst eine Abmahnung ausgesprochen werden, wenn es sich um verhaltensbedingte Kündigungsgründe handelt. Im Falle einer personenbedingten Kündigung dagegen kommt selten eine Abmahnung in Frage, weil der Arbeitnehmer, z. B. bei einer Kündigung wegen Krankheit in der Regel nicht die Möglichkeit hat, seinen Gesundheitszustand zu bessern. Ebenso bedarf es grundsätzlich keiner Abmahnung, wenn es sich um eine Pflichtverletzung im Vertrauensbereich handelt. Liegt ein besonders schwerer Verstoß des Arbeitnehmers vor (z. B. Diebstahl oder Tötlichkeiten), ist ebenfalls keine Abmahnung erforderlich, weil der Arbeitnehmer wissen muss, dass er mit einem derartigen Verhalten sein Arbeitsverhältnis aufs Spiel setzt. Auch wenn ein krankgeschriebener AN nachts Schichtarbeit leistet, ist eine Abmahnung entbehrlich: BAG vom 28.3.1993, NZA 1994, 63.<sup>93</sup>

Unterliegt der Arbeitgeber in einem Kündigungsschutzprozess, weil der nachgewiesene Verstoß des Arbeitnehmers nicht für eine Kündigung ausreicht, kann er dieses Verhalten zum Gegenstand einer Abmahnung machen.

h) Spricht der Arbeitgeber mehrere Abmahnungen aus, bevor er kündigt, "zählen" die Abmahnungen nur, wenn es sich um gleichartige Vorwürfe handelt. Wird der Arbeitnehmer beispielsweise wegen Schlechtleistung und verspäteter Arbeitsaufnahme abgemahnt, fällt die Abmahnung wegen Schlechtleistung nicht ins Gewicht, wenn wegen wiederholter Verspätungen gekündigt wird.

i) Der Arbeitnehmer hat die Möglichkeit, die Abmahnung gerichtlich überprüfen zu lassen. Aber:

ArbG Berlin, Urteil vom 08.10.1984, AiB 1991, 386:

*Ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Entfernung eines Abmahnungsschreibens aus seiner Personalakte ist regelmäßig verwirkt, wenn der Arbeitnehmer diesen Anspruch nicht innerhalb eines halben Jahres geltend gemacht hat.*

j) Stellt sich heraus, dass der Vorwurf ungerechtfertigt war, wird der Arbeitgeber verpflichtet, die Abmahnung zurückzunehmen und aus der Personalakte zu entfernen. Dem Arbeitnehmer bleibt es aber überlassen, die Abmahnung zunächst hinzunehmen und sie erst nach Ausspruch einer Kündigung in einem Kündigungsschutzprozess überprüfen zu lassen. Enthält ein Abmahnungsschreiben mehrere Vorwürfe und ist nur einer unhaltbar, ist das gesamte Schreiben zu entfernen. Der Arbeitgeber hat aber die Möglichkeit, nochmals eine Abmahnung auszusprechen, die sich nur auf die nachweisbaren Vorwürfe erstreckt.

---

<sup>93</sup> Wer, obwohl er arbeitsunfähig krankgeschrieben ist, den Heilungserfolg dadurch gefährdet, dass er während seiner Krankheit schichtweise einer Vollzeitbeschäftigung, noch dazu des Nachts unter teilweise erschwerten Arbeitsbedingungen nachgeht, verstößt nicht nur gegen Leistungspflichten, sondern zerstört das Vertrauen des Arbeitgebers in seine Redlichkeit.

k) Eine Abmahnung ist auch dann unwirksam, wenn sie nur ganz pauschale Vorwürfe enthält wie z. B. folgende Formulierung: "Wegen wiederholter Schlechtleistung werden Sie hiermit abgemahnt". Die Vorwürfe müssen so konkret wie möglich angegeben werden, damit die Abmahnung ihre Warnfunktion (Gefährdung des Arbeitsverhältnisses) erfüllen kann. Nur wenn der Arbeitnehmer ganz genau weiß, welches Verhalten ihm vorgeworfen wird, kann er überhaupt Abhilfe schaffen.

l) In der Regel ist davon auszugehen, dass eine Abmahnung nach ca. zwei Jahren aus der Personalakte zu entfernen ist, wenn zwischenzeitlich keine weiteren Abmahnungen erteilt wurden. Bei schweren Verfehlungen wie z. B. Straftaten kann sich die Frist auf fünf bis sechs Jahre verlängern. Entscheidend sind dabei immer die Umstände des Einzelfalles. (vgl. BAG, Urteil vom 18.11.1986, NZA 1987, S. 418: *Eine Abmahnung gegenüber dem Arbeitnehmer kann durch Zeitablauf wirkungslos werden. Dies lässt sich jedoch nicht anhand einer bestimmten Regelfrist - z.B. zwei Jahre, sondern nur aufgrund aller Umstände des Einzelfalles beurteilen.* - (entgegen LAG Hamm, Urteil vom 14. Mai 1986 - 2 Sa 320/86 - LA-GE § 611 BGB Abmahnung Nr. 2)

Vgl. auch LAG Hamm v. 14.05.1986, a.a.O.:

*Eine Abmahnung gegenüber dem Arbeitnehmer wird in der Regel nach Ablauf von zwei Jahren wirkungslos, so dass der Arbeitgeber sich auf sie zur Rechtfertigung einer Kündigung nicht mehr berufen kann. Dies gilt nicht, wenn dem Arbeitnehmer während des zweijährigen Zeitraums eine weitere Abmahnung wegen einer gleichen oder gleichartigen Arbeitsvertragsverletzung erteilt worden ist. In diesem Fall tritt die Wirkungslosigkeit der ersten Abmahnung nicht vor Ablauf von zwei Jahren seit der zweiten Abmahnung ein.*

Schoof, Betriebsratspraxis von A bis Z, Stichwort „Abmahnung“ schlägt folgende Skala für die Entfernung von Abmahnungen aus der Personalakte vor:

- leichte Vertragsverstöße                      6 Monate
- mittelschwere Vertragsverstöße            1 Jahr
- schwere Vertragsverstöße                    2 Jahre

Hinweis: Der Arbeitnehmer sollte sich sehr gut überlegen, ob er sich nicht damit begnügt, eine Gegendarstellung zu verfassen und zu den Personalakten zu reichen, anstatt auf Entfernung zu klagen. Jede gerichtliche Auseinandersetzung belastet das Arbeitsverhältnis!!

m) Schließlich sei noch darauf hingewiesen, dass der Betriebsrat bezüglich einer Abmahnung keinerlei Mitbestimmungsrechte hat. Anders sieht es dagegen im Falle von Betriebsbußen aus. Betriebsbußen betreffen Verstöße gegen die kollektive Ordnung und ordnen zusätzliche Sanktionen, z. B. Geldbußen an. (§ 87 I Nr. 1 BetrVG). – Vgl. hierzu Dütz, Arbeitsrecht, Rn. 209 ff.

3. Sektion: Einzelne häufige (verhaltensbedingte) Kündigungsgründe:

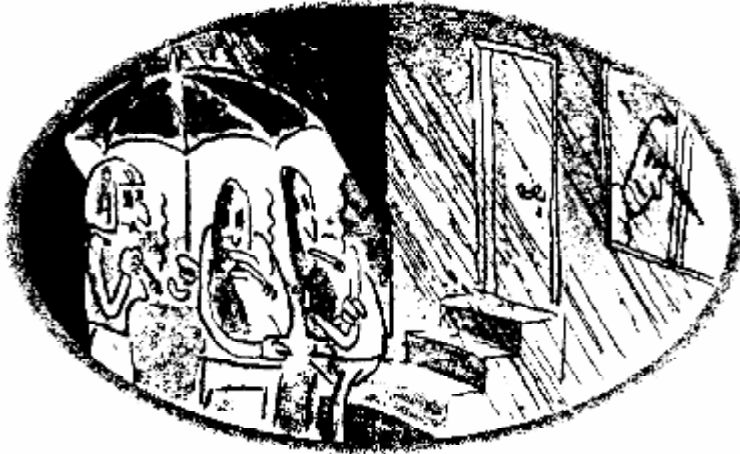
### § Alkoholgenuss während der Arbeit

Ist der Alkoholgenuss im Betrieb verboten, kann der Verstoß nach vorausgegangener Abmahnung grundsätzlich zum Anlass genommen werden, eine ordentliche Kündigung auszusprechen.



Eine außerordentliche Kündigung kommt z. B. in Betracht, wenn einem Berufskraftfahrer wegen Trunkenheit am Steuer der Führerschein entzogen wird.  
Vgl. auch BAG v. 4.6.1997, AiB 1998, 288 ff (u.a. zur Abmahnungsproblematik in derartigen Fällen).

§ Verstoß gegen ein betriebliches Rauchverbot:



- Ø Verstoß gegen ein in einem Betrieb verordnetes Rauchverbot kann verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen, LAG Düsseldorf v. 17.6.1997, AiB 1998, 238 f. (hier Frischfleisch-Verarbeitungsbetrieb)
- Ø „Rauchen verboten“. Betriebsvereinbarung, dass in allen von Mitarbeitern sowie Kunden benutzten Räumen ein Rauchverbot gilt. Vgl. BAG, Beschluss vom 19. Januar 1999 - 1 AZR 499/98 – NZA 1999, 546 ff. S. hierzu Ahrens, Eingeschränkte Rechtskontrolle von Betriebsvereinbarungen, NZA 1999, 686 ff.

§ Entzug der Fahrerlaubnis

Das BAG hat entschieden, dass einem Außendienstmitarbeiter mit firmeneigenem PKW außerordentlich gekündigt werden könne, wenn ihm für die Dauer von neun Monaten der Führerschein entzogen worden ist. Der Einwand des Arbeitnehmers, seine Ehefrau könne ihn herumfahren, wurde als unerheblich gewertet, weil "es Sache des Arbeitgebers ist, sich den Arbeitnehmer auszusuchen, mit dem er arbeiten möchte."  
(LAG Hamm, Urteil vom 16.6.1986, BB 1987, S. 1390)

§ Verstoß gegen die Anzeige- und Nachweispflichten bei Krankheit

Verstößt der Arbeitnehmer wiederholt trotz Abmahnung gegen seine Anzeigepflicht, ist eine ordentliche Kündigung u. U. unabhängig davon gerechtfertigt, ob es zu Störungen im Betriebsablauf kommt. (BAG, Urteil vom 16.8.1991 - 2 AZR 604/90, NZA 1992, S. 2076)

Dieses Urteil ist zwar zu § 3 LohnFG ergangen, durch das neue EFZG ist aber insoweit keine inhaltliche Änderung eingetreten.

Außerdem hat das BAG in seinem Leitsatz des Urteils bereits festgestellt, dass dies für jede "schuldhaft vergeblich abgemahnte Verletzung einer Nebenpflicht" gelte.

Die Verletzung der Nachweispflicht (hier: Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung) ist im Wiederholungsfall nach entsprechender Abmahnung ausreichender Grund für eine ordentliche Kündigung.

Hinweis: Nur in Ausnahmefällen, z. B. bei besonders hartnäckigen Verstößen wird eine außerordentliche Kündigung in Frage kommen.

### § Arbeitsverweigerung

Liegt eine sog. beharrliche Arbeitsverweigerung<sup>94</sup> vor, d. h. widersetzt sich der Arbeitnehmer rechtmäßigen Arbeitsanweisungen, wird in der Regel sogar eine außerordentliche Kündigung in Betracht kommen.

### § Straftaten

Straftaten wie z. B. Diebstähle in der Firma des Arbeitgebers (auch, wenn Kollegen bestohlen werden) stellen einen Kündigungsgrund dar, ohne dass vorher abgemahnt werden müsste. Dabei ist der Wert der gestohlenen Sachen grundsätzlich unerheblich. So hat das BAG ([Urteil vom 17.5.1984](#), NZA 1985, 91 ff [[n bienenstich1.doc](#)]) bereits die Entwendung von einem Stück Kuchen als ausreichend angesehen. - Vgl. auch BAG vom 20.9.1984 DB 1985, 655: Mitnahme von drei Kiwi-Früchten.

In dem zu entscheidenden Fall war die Klägerin als Buffetkraft eingestellt. Sie hatte aus der Auslage ein Stück Bienenstichkuchen entwendet und verzehrt. Da ihr als Arbeitnehmerin der Kuchen vom Arbeitgeber "anvertraut" worden ist, wurde eine fristlose Kündigung als zulässig angesehen.

Das BAG hat aber ausdrücklich hervorgehoben, dass die Frage, ob ein wichtiger Grund vorliegt, von den Umständen des Einzelfalles abhängt. "So ist etwa die Entwendung einer Zigarette aus der Besucherschattulle des Arbeitgebers anders zu beurteilen als die Entwendung einer gleichwertigen Ware durch einen Arbeitnehmer, dem sie als Verkäufer, Lagerist oder Auslieferungsfahrer - gerade auch zur Obhut - anvertraut ist."

Weitere relevante Straftaten: Beleidigung des Vorgesetzten oder von Arbeitskollegen.

Auch außerhalb des Arbeitsverhältnisses begangene Straftaten, die in Zusammenhang mit der beruflichen Stellung des Arbeitnehmers stehen (z. B. die Unterschlagung oder der Betrug eines Buchhalters) rechtfertigen eine Kündigung.

Je nach der Schwere der Tat und den Umständen des Einzelfalles kann in den genannten Fällen auch fristlos gekündigt werden.

In diesem Sinne auch die neueste Entscheidung des BAG zu der gen. Problematik, [BAG vom 12.8.1999](#), DB 2000, 48 ff sog. Schinkenfall [[n bienenstich2.doc](#)].

§ Privattelefonate innerhalb der Firma (vgl. BAG 4.3.2004, NZA 2004, 717 ff (719))

§ Eigenmächtiger Urlaubsantritt

---

<sup>94</sup> Der Begriff kommt heute in der Gesetzgebung nicht mehr vor, wird aber in der Rechtsprechung noch immer verwendet. Vgl. statt vieler BAG vom 22.1.1998, NZA 1998, 708 ff.

Dieses Verhalten berechtigt zumindest im Wiederholungsfall zum Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung. S. hier S. 278 (Probleme im Hinblick auf § 626 Abs. 2 BGB!).

### § Eigenmächtige Verlängerung des Urlaubs

In diesem Fall ist nach vorheriger Abmahnung u. U. nicht nur eine ordentliche, sondern auch eine fristlose Kündigung möglich.

### § Wiederholte Unpünktlichkeit = Häufiges Zuspätkommen

### § Mangelhafte Arbeitsleistungen

Sofern es sich nicht um einmalige Fehler handelt, die jedem einmal passieren können, darf im Falle von Schlechtleistungen nach vorheriger Abmahnung gekündigt werden. Eine fristlose Kündigung wird dagegen kaum angebracht sein.

PROBLEM: Darf der AG bei Vertragsverfehlungen, die von mehreren AN begangen worden sind, willkürlich den einen oder den anderen „herauspicken“? Vgl. dazu Hanau / Louven S. 144 f. BAG verlangt Einzelfallbetrachtung und Abwägung der beiderseitigen Interessen.

§ Ablehnung von Überstunden: kann (bei vorheriger Abmahnung) eine Kündigung rechtfertigen<sup>95</sup>

### § Teilnahme an Kreuzwegprozession

ArbG Paderborn, 8.1.1997 - 2 Ca 1222/96, [http://www.hbv.org/asr/asrdat97.htm#ASR97\\_18](http://www.hbv.org/asr/asrdat97.htm#ASR97_18): *Auch wenn ein Arbeitnehmer ein Bedürfnis verspürt, an einer Kreuzwegprozession teilzunehmen, begründet die Teilnahme an einer Kreuzwegprozession nicht das Recht, den arbeitsver-*

---

<sup>95</sup> Kündigung nach wiederholter Überstundenverweigerung möglich.

Die Weigerung eines Mitarbeiters, zulässige Überstunden zu leisten, kann ihn durchaus den Arbeitsplatz kosten. Hat der Arbeitnehmer wegen eines solchen Fehlverhaltens nämlich schon einmal eine ordnungsgemäße Abmahnung erhalten, kann der Arbeitgeber bei einer weiteren Weigerung die ordentliche Kündigung aussprechen. Dies entschied das Landesarbeitsgericht in Schleswig-Holstein in einem jetzt veröffentlichten Urteil.

Zwar ist ein Arbeitnehmer grundsätzlich nur verpflichtet, seine Arbeitsleistung innerhalb der vereinbarten Arbeitszeit zu erbringen. Doch kann es in Ausnahmefällen auch die Pflicht des Mitarbeiters sein, außerhalb oder über seine normale Arbeitszeit hinaus für das Unternehmen zur Stelle zu sein und Überstunden zu machen. Voraussetzung für eine solche Verpflichtung des Arbeitnehmers ist eine Notlage seines Arbeitgebers, wie z.B. eine vorübergehende verstärkte Auftragslage.

Dies entschieden die Richter im Fall eines Monteurs, dessen Arbeitszeit freitags vertraglich auf 7 bis 12.15 Uhr festgelegt war. Er ließ regelmäßig mit großer Pünktlichkeit den Hammer fallen, um ins Wochenende zu starten. An einem Freitag im Juni 2000 erhielt der Monteur von seinem Arbeitgeber den Auftrag, zwischen 13 und 16 Uhr noch eine Balkontür zu reparieren. Mit einem Blick auf die Uhr weigerte sich der Arbeitnehmer jedoch, den Auftrag noch auszuführen und die Reparatur noch vor dem Wochenende zu erledigen. Stattdessen verabschiedete er sich pünktlich um Viertel nach Zwölf in den Feierabend. Sein Chef sprach ihm daraufhin die fristlose Kündigung aus. Die daraufhin postwendend durch den Arbeitnehmer erhobene Klage auf Kündigungsschutz wies das zuständige Arbeitsgericht zurück.

Das Landesarbeitsgericht in Schleswig-Holstein folgte diesem Urteil dem Grunde nach. Ein Arbeitnehmer müsse wegen seiner arbeitsvertraglichen Treuepflicht seinen Arbeitgeber durch Mehrarbeit unterstützen, wenn der Unternehmer Überstunden fordere. Allerdings wiesen die Richter auch darauf hin, dass die Pflicht zur Hilfe durch Überstunden nicht unbegrenzt sei. Sie ende vielmehr immer dort, wo die persönliche Hilfe des Arbeitnehmers nicht mehr von Nöten sei, weil ein noch diensthabender Kollege mit den gleichen Spezialkenntnissen die dringenden Arbeiten genauso gut erledigen könne.

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, 26. Juni 2001; Az.: 3 Sa 224/01

traglichen Pflichten nicht nachzukommen. Wiederholte Versäumnisse dieser Art rechtfertigen daher eine Kündigung.

## § Verstöße gegen die „Kleiderordnung“

**Fälle:** Afrolook; Krawatte in Bank; Turnschuhe in Boutique; Kopftuch; Vollbart

A - Meldung in AuA vom 10.8.2001: Falsches Outfit am Arbeitsplatz?

Die französische High-Tech-Firma Sagem (Rouen) hat einen Informatiker entlassen, weil er an Hitzetagen wiederholt mit Bermuda-Shorts zu Arbeit erschien. Gegen seine Kündigung ging der Betreffende mit juristischen Mitteln vor, weil er im Betrieb stets „korrekt“ gekleidet gewesen sei und sich lediglich während einer Hitzewelle erlaubt habe, eine Bermuda mit Gürtel, Hemd und leichte Schuhe zu tragen. Nach seiner Auffassung liege hier ein Fall von Diskriminierung aus Geschlechtsgründen vor, da bei weiblichen Angestellten das Tragen von Bermudas nie bemängelt worden war. – Mit Urteil vom 3.9.2001 hat das Arbeitsgericht Rouen der Geschäftsleitung Recht gegeben (Fall Cedric Monribot). Vgl. Paris –Normandie vom 4.9.2001. Der Kassationshof hat diesen Standpunkt 2003 bestätigt, Cass. Soc. 28.5.2003, Droit Social 2003, 813. Vgl. auch Lokiec, Tenue correcte exigée, Droit Social 2004, 132 ff.

B - Arbeitsgericht Frankfurt/Main, Az.: 11 Ca 3445/01: Laut einer Entscheidung des Arbeitsgerichts Frankfurt/Main ist langhaarigen Arbeitnehmern das Tragen eines Haarnetzes aus Sicherheitsgründen grundsätzlich zuzumuten.<sup>96</sup>

C – Kopftuchproblematik bei muslimischen Arbeitnehmerinnen: vgl. Meldung des „Tagesspiegel“ vom 8.10.2001, S. 13: „Muslimische Referendarin darf nicht mit Kopftuch in den Gerichtssaal“. Mehrere Urteile:

*BVerwG: Lehrerin kann Kopftuchtragen untersagt werden.*

*BAG vom 10.10.2002, Pressemitteilungen des BAG Nr. 71/02: Verkäuferin darf Kopftuch tragen.*

*ArbG Berlin vom 9.9.1999, 1 Ca 16167/99: in Arbeitsrecht für Vorgesetzte, 83/10: wie BAG*

*ArbG Dortmund vom 16.1.2003, 6 Ca 5736/02: Kopftuchtragen ist kein Kündigungsgrund gegenüber einer moslemischen Kindergärtnerin.*

D - Meldung Turnusweb (Newsletter) vom 21.11.2002: Fall, der bei ArbG München anhängig ist. Paketzusteller der Firma UPS lässt sich im Urlaub einen (gepflegten) Vollbart wachsen. Wird nach Rückkehr in Innendienst versetzt. „Kunden von UPS haben eine ganz bestimmte Vorstellung im Hinblick auf Haartracht und Rasur eines UPS-Zustellers.“ Es sei daher ungeschriebenes Gesetz, dass Paketzusteller rasiert sein müssen. Maximal ein Oberlippenbart sei erlaubt. – Schriftliche Anordnungen, Vereinbarungen oder ähnliches gibt es hierzu jedoch nirgends, weder in Deutschland noch in den USA, wo das Unternehmen seinen Hauptsitz hat. Vgl. auch den Tätowierungsfall, VG Koblenz v. 25.11.2004, Becks Newsletter v. 1.2.2004.

---

<sup>96</sup> Ein Kfz-Mechaniker mit Pferdeschwanz hatte gegen seine fristlose Kündigung geklagt. Er hatte sich geweigert, während der Arbeit ein Haarnetz zu tragen. Deswegen war er bereits zuvor abgemahnt worden. Seine Ablehnung des Haarnetzes begründete er unter anderem mit dem "Eingriff in das Persönlichkeitsrecht". Hinzu komme, dass durch das Netz unangenehme Wärme und ein schmerzhaftes Klemmgefühl am Kopf entstünden. Die beklagte Firma jedoch wies auf die Gefahren durch freiliegende Haare während der Arbeit an Maschinen und Kraftfahrzeugen hin. Sie fand damit die Zustimmung der Richter, die den Sicherheitsgedanken vor ästhetische Fragen und Persönlichkeitsrechte stellten und die Klage des Mechanikers abwiesen.

E – Noch mal Frankreich ... Cour d'Appel (= unser LAG) Toulouse vom 11.10.2001, RJS 7/02 S. 620: Einer Auszubildenden wurde gekündigt (Gastronomiebetrieb), weil sie ein „Piercing“ trug. Überschreitung des Weisungsrechts; Kündigung unwirksam.

## § Rechtsextremismus

Die Kündigung wegen rechtsradikalen Verhaltens war **das** Thema des Sommers 2000. Der BDI hatte im August 2000<sup>97</sup> angeregt, Arbeitgeber sollten gegen auffällig gewordene rechtsradikale Mitarbeiter mit Abmahnungen bzw. Kündigungen vorgehen. Ob das Arbeitsrecht ein geeignetes Medium ist, einen Beitrag zur Bewältigung zu leisten, erscheint indessen zweifelhaft. Allerdings kann rechtsradikale Gesinnung in kündigungsrelevante Tatbestände einmünden.

- a) Verhalten gegenüber Kollegen
  - Störung des Betriebsfriedens,
  - Straftaten, wie Tötlichkeiten, Beleidigungen, Nötigungen (Aufforderung zum Hitlergruß), Volksverhetzung (§ 130 StGB), Aufstachelung zum Rassenhass (§ 131 StGB), Verbreiten von Propagandamitteln verfassungswidriger Organisationen (§ 86 StGB), Verwendung von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen (§ 86a StGB),
- b) Ausländerfeindliche Äußerungen: grundsätzlich gilt die Meinungsfreiheit des Art. 5 GG auch im Betrieb (h. M., vgl. u. a. BVerfG vom 28.4.1976, NJW 1976, 1627). Meinungsäußerungen sind aber dann unzulässig, wenn sie in ihren Inhalten oder ihrer Form beleidigend sind.
- c) Gegebenenfalls kommt eine Kündigung wegen fehlender persönlicher Eignung in Betracht (z. B. bei Mitarbeitern eines privaten Wachunternehmens, die offen Adolf Hitler als ihr Vorbild bezeichnen, und deren Aufgabe in der Sicherung von Asylbewerberheimen oder gar von jüdischen Einrichtungen besteht).<sup>98</sup>

Fall: Wie beurteilen Sie folgende Situation ? Eine jüdische Gemeinde stellt eine Reinigungskraft für ihre Synagoge ein. Etwas später erfährt der Vorsteher, dass diese „Kraft“ eine muslimische Aktivistin ist.

## GESCHICHTLICHES:

1950 konnte noch ernsthaft darüber gestritten werden, ob nicht die „uneheliche Mutterschaft“ einen Kündigungsgrund darstellen kann. Vgl. LAG Düsseldorf vom 12.4.1950, RdA 1950, 433 ff: „Wenn eine unverheiratete Angestellte aus einem ehebrecherischen Verkehr ein Kind empfängt, so ist unter arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, ob die Tatsache des Ehebruchs als so schwerwiegend anzusehen ist, dass eine aus diesem Grund beabsichtigte Lösung des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt erscheint und nicht gegen die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers verstößt.“ - Immerhin, das LAG hat seinerzeit die Kündigung für unwirksam erklärt (unter Hinweis auf Art. 6 GG, „der jeder Mutter und auch den unehelichen Kindern Schutz verheißt“).

---

<sup>97</sup> Vgl. SZ vom 4.8.2000 S. 1

<sup>98</sup> Vgl. den Artikel „Arbeitsrechtliche Möglichkeiten der Bekämpfung von Rechtsradikalismus und Fremdenfeindlichkeit“ auf der WEB-Seite des Bundesmin. für Arbeit und Soziales, [[www.bma.bund.de/de/aktuell/thema](http://www.bma.bund.de/de/aktuell/thema)] vom 9.4.2001

#### 4. Sektion: Muster eines Abmahnschreibens

*Sehr geehrte Frau .../ Sehr geehrter Herr ...*

*Leider mussten wir feststellen, dass sie am ... Ihre Arbeit wieder nicht pünktlich um .... Uhr, sondern mit einer Verspätung von ..... Minuten aufgenommen haben. Eine Entschuldigung oder Erklärung für dieses Verhalten liegt uns bis heute nicht vor.*

*Wir möchten Ihnen nochmals vor Augen führen, dass Sie uns durch Ihr Verhalten bei der Personaldisposition in große Schwierigkeiten bringen.*

*Aus diesem Grunde sind wir nicht bereit, Ihr Verhalten hinzunehmen. Wenn Sie auch in Zukunft Ihren Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag nicht nachkommen, müssen Sie mit einer Kündigung rechnen.*

*Eine Durchschrift dieser Abmahnung wird zu Ihren Personalakten gelegt.*

*(Arbeitgeber)*

*Der Empfang dieser Abmahnung wird mit Ihrer Unterschrift bestätigt.*

*(Arbeitnehmer)*

#### 5. Sektion: Literaturhinweise

- Einzelfälle bei C. Schoof / J. Schmidt, Rechtsprechung für die Betriebsratsarbeit von A bis Z, 2000, Stichwort „Abmahnung“.
- Zur neuesten Entwicklung der Rechtsprechung: Zuber, Das Abmahnungserfordernis vor Ausspruch verhaltensbedingter Kündigungen, NZA 1999, 1142 ff

Zur Problematik von Rechtsextremismus als Kündigungsgrund:

- Korinth, Michael, Arbeitsrechtliche Reaktionsmöglichkeiten auf ausländerfeindliches Verhalten, ArbuR 1993, 105 ff
- Polzer / Powietzka, Rechtsextremismus als Kündigungsgrund ?, NZA 2000, 970 ff

## Lektion Nr. 18: Sonderprobleme: Auflösungsurteil – Abfindungsanspruch - Weiterbeschäftigungsanspruch

### Ø INHALT

1. Sektion: Auflösungsurteil
  - A. Darstellung
  - B. Versuch einer Schematisierung
  - C. Ergänzende Hinweise zur Abfindung nach § 9 KSchG
2. Sektion: Der Abfindungsanspruch gem. § 1a KSchG
3. Sektion: Der Weiterbeschäftigungsanspruch
  - A. Das System
  - B. Literaturhinweise
  - C. Rechtsprechung

\*\*\*

### 1. Sektion: Auflösungsurteil

### Ø EINFÜHRENDE LITERATUR: Halbach 2/ 535 f.

Voraussetzung immer: Kündigung ist unwirksam

#### **A. Darstellung**

a) Die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen, besteht nur in den Fällen einer unrechtmäßigen Kündigung, also

§ wenn eine ordentliche Kündigung sozial ungerechtfertigt oder

§ eine fristlose Kündigung ohne einen wichtigen Grund ausgesprochen worden ist (§§ 9,10, 13 I 3 KSchG).

Ist die **Kündigung nicht sozialwidrig**, aber aus einem anderen Grund unwirksam (z. B. wegen fehlender Anhörung des Betriebsrates, § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG), stellt das Gericht lediglich das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses fest. Eine Auflösung nach § 9 scheidet aus. Vgl. jedoch die Sonderregelung für sittenwidrige Kündigungen, § 13 Abs. 2 S. 2 KSchG. Danach kann in einem derartigen Fall bei Klageerhebung innerhalb der Drei-Wochen-Frist eine Auflösung gegen Abfindungszahlung verlangt werden.

b) Der Arbeitnehmer kann den Auflösungsantrag stellen sowohl im Falle einer ordentlichen als auch im Falle einer außerordentlichen Kündigung. Voraussetzung ist allerdings, dass ihm nicht zuzumuten ist, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen. Die Gründe brauchen nicht den Grad der Unzumutbarkeit erreichen wie bei einer außerordentlichen Kündigung. Als Grund kommen z. B. schwere Beleidigungen seitens des Arbeitgebers während des Prozesses in Betracht, die die Gefahr entstehen lassen, dass der Arbeitgeber die unsachliche Behandlung auch dann

nicht unterlässt, wenn der Arbeitnehmer aufgrund des Urteils wieder bei ihm arbeitet, [BAG v. 26.11.1998, AP Nr. 8 zu § 9 KSchG 1969](#).

Der Antrag müsste etwa folgendermaßen lauten:

*“Ich beantrage,,*

*1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom ..., zugeworfen am ..., nicht aufgelöst worden ist,*

*2. das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen.”*

Stellt der Arbeitnehmer den Auflösungsantrag, kann der Arbeitgeber die Auflösung und insbesondere die Zahlung einer Abfindung nicht mehr dadurch verhindern, dass er die Kündigung zurücknimmt.

c) Der Arbeitgeber dagegen kann einen Auflösungsantrag nur – wirksam - stellen, wenn er eine **ordentliche** Kündigung ausgesprochen hat (§ 9 Abs. 1 S. 2 KSchG). Und auch dann nur, wenn Gründe vorliegen, die keine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen ihm und dem AN erwarten lassen. Weiterhin: Ein Arbeitgeber kann eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 KSchG nur verlangen, wenn der geltend gemachte Kündigungssachverhalt lediglich nach § 1 KSchG wegen Sozialwidrigkeit zur Unwirksamkeit der Kündigung führt. (BAG vom 21.9.2000, AP Nr. 35 zu § 9 KSchG). Aber: **Hat der Arbeitgeber außerordentlich und nur hilfsweise ordentlich gekündigt**, kann er die Auflösung begehren, wenn die außerordentliche Kündigung unwirksam und die ordentliche sozialwidrig ist (BAG 26. 10. 1979 AP KSchG 1969 § 9 Nr. 5;

Im übrigen stellt die Rechtsprechung an den Auflösungsantrag des Arbeitgebers strenge Anforderungen. Beispiele:

§ unzutreffende Tatsachenbehauptungen, die den Tatbestand einer üblen Nachrede oder der Verleumdung des Arbeitgebers erfüllen;

§ ein schlechtes Verhältnis des Arbeitnehmers zu Kollegen und Vorgesetzten.

Der Arbeitgeber muss seinen Auflösungsantrag nicht näher begründen, wenn es sich um leitende Angestellte handelt. Dann kann sich der Arbeitgeber in jedem Fall durch Zahlung einer vom Gericht festzusetzenden Abfindung vom AN (Leitenden Angestellten) trennen (§ 14 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 9 Abs. 1 S. 2 KSchG).

**d) Stellen beide Parteien einen Auflösungsantrag, löst das Gericht das Arbeitsverhältnis auf, ohne die Gründe zu prüfen.**

e) Hält das Gericht den Auflösungsantrag für begründet, wird das Arbeitsverhältnis zu dem Zeitpunkt aufgelöst, zu dem es im Falle einer wirksamen Kündigung beendet worden wäre. Bei einer fristlosen Kündigung braucht eine Kündigungsfrist natürlich nicht eingehalten zu werden.

f) Das Gericht muss weiterhin die Höhe der Abfindung festsetzen.

In § 10 Abs. 1 KSchG ist als Höchstgrenze "ein Betrag bis zu zwölf Monatsverdiensten" angegeben. In Absatz 2 werden für ältere Arbeitnehmer höhere Grenzen festgelegt. Anders als z. B. das französische Arbeitsrecht (art. L. 122-14-4 C. trav.) kennt das deutsche Recht keine Untergrenze, sondern legt nur eine absolute Obergrenze fest.



Normalerweise gilt vor Gericht folgende Regel: Die Abfindungshöhe beträgt einen Bruttomonatsverdienst für einen Beschäftigungszeitraum von zwei Jahren bzw. „ein halbes Bruttomonatsgehalt pro Beschäftigungsjahr“. Dies ist aber nur eine grobe Faustregel; zu berücksichtigen sind alle Umstände des Einzelfalles, wie bspw. das Alter des Arbeitnehmers und der Grad der Sozialwidrigkeit der Kündigung. Vgl. hierzu Hümmerich, Die arbeitsgerichtliche Abfindung, in: NZA 1999, 342 ff (auch mit historischem Rückblick und Zahlenmaterial zur Praxis bei den einzelnen Gerichten).

g) Bei der Berechnung des Bruttomonatsverdienstes haben gemäß § 10 Abs. 3 KSchG Zahlungen zum Zwecke des Aufwendungsersatzes und einmalige Leistungen (z. B. Gratifikationen) außen vor zu bleiben. Überstundenvergütungen sind dagegen zu berücksichtigen.

Abfindungen, die gemäß den §§ 9, 10 KSchG für den Verlust des Arbeitsplatzes gezahlt werden, unterliegen nicht der Sozialversicherungspflicht. Etwas anderes gilt nur dann, wenn durch die Abfindung rückständige Vergütungsansprüche "abgegolten" werden sollen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Abfindungshöhe genau der Höhe der noch ausstehenden Vergütungsansprüche entspricht.

Darüber hinaus sind Abfindungen bis zu bestimmten, in § 3 Nr. 9 EStG genannten Grenzen auch steuerfrei. Grundsätzlich beträgt die Höchstgrenze 7.200 € Für ältere Arbeitnehmer gelten Sonderregelungen: 9.000 bzw. 11.000 €

Schließlich können gemäß § 143 a SGB III Abfindungen in bestimmten Fällen auf das Arbeitslosengeld angerechnet werden, d. h. der Anspruch auf Auszahlung des Arbeitslosengeldes ruht für eine gewisse Zeit. Eine Anrechnung erfolgt, wenn das Arbeitsverhältnis vor einem Zeitpunkt endet, der unter Einhaltung der Kündigungsfristen als frühestmöglicher Beendigungstermin in Betracht gekommen wäre. – Neuregelung bei der Berücksichtigung von Abfindungen zum 1.4.1999; vgl. hierzu NZA Nr. 8/99 S. XIII sowie den Aufsatz von Wisskirchen: Die steuerliche Behandlung von Entlassungsentschädigungen ab 1999, NZA 1999, 405 ff

## **B. Versuch einer Schematisierung**

1. Alternative. Betroffener ist ein "normaler" Arbeitnehmer (Arbeiter oder Angestellter)

### *1. Fall der ordentlichen Kündigung*

- a) Arbeitnehmer kann Auflösung verlangen (§ 9 Abs. 1 S. 1 KSchG); Voraussetzungen: s. ebenda;
- b) Arbeitgeber kann Auflösung verlangen (§ 9 Abs. 1 S. 2 KSchG); Voraussetzungen: s. ebenda;

### *2. Fall der außerordentlichen Kündigung*

Nur der Arbeitnehmer kann die Auflösung des Arbeitsverhältnisses (gegen Abfindung) verlangen, § 13 Abs. 1 S. 3 KSchG.

2. Alternative. Betroffener ist ein Leitender Angestellter i. S. v. § 14 KSchG

Der Arbeitgeber kann die Auflösung des Arbeitsverhältnisses (gegen Abfindung) verlangen, ohne dass er irgend welche Gründe angeben oder nachweisen muss, § 14 Abs. 2 S. 2 KSchG.

### **C. Ergänzende Hinweise zur Abfindung nach § 9 KSchG:**

- a) Zur Höhe der Abfindung sowie zu den in Betracht zu ziehenden Faktoren vgl. LAG Düsseldorf v. 29.11.1994, NZA 1995, 579. Gerichtliche Praxis: grundsätzlich 1 Monatsentgelt für zwei Beschäftigungsjahre.
- b) Gute zusammenfassende Darstellung bei Halbach u.a., S. 209 ff (Pkt. 2/535)
- c) Zur Abfindungspraxis vgl. Hümmerich, Die arbeitsgerichtliche Abfindung. NZA 1999, 342 ff, mit einer genauen Auflistung der von den einzelnen Arbeitsgerichten der BRD zugebilligten Abfindungen (aaO, S. 348 ff) [erstmalige Übersicht über die Abfindungspraxis in der BRD].

## 2. Sektion: Der Abfindungsanspruch gem. § 1a KSchG

### **Voraussetzungen:**

1. Betriebsbedingte Kündigung, d. h. die Kündigung muss auf dringende betriebliche Erfordernisse gestützt werden. Die Gründe brauchen aber nicht effektiv vorliegen.
2. Klageverzicht seitens des AN (ausdrücklich oder durch Fristablauf)
3. Hinweis in Kündigungserklärung, dass
  - a) Kündigung auf betriebsbedingte Gründe gestützt wird, und
  - b) Anspruch auf Abfindung bei Verstreichenlassen der Klagefrist besteht.

### **Rechtsfolge:**

Anspruch auf Abfindung in Höhe von 0,5 Monatsverdiensten pro Beschäftigungsjahr

### **Problem:**

Abwicklungsvertrag sperrzeitfrei?

Vgl. hierzu BSG vom 18.12.2003, NZA 2004, 661 ff sowie den Aufsatz „§ 1a KSchG – die wichtigsten Anwendungsfragen“ von Steinau-Steinrück / Paul, NJW-Spezial 2004, 225 f.

Weitere Literatur: Raab, Thomas, Der Abfindungsanspruch gemäß § 1 a KSchG, RdA 2005, 1 ff

## 3. Sektion: Der Weiterbeschäftigungsanspruch

Ø EINFÜHRENDE LITERATUR: Halbach 2/349 und 531

Vorbemerkung: Es handelt sich hier um die Weiterbeschäftigung **des AN nach Ablauf der Kündigungsfrist**, bis zum Ausgang des Kündigungsschutzprozesses.

### **A. Das System**

1. Der sog. *betriebsverfassungsrechtliche Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG*

## Voraussetzungen

1. Ordentliche Kündigung
  2. Ordnungsgemäßer Widerspruch des BR, d.h.
    - a) fristgerecht (1 Woche)
    - b) formgerecht (schriftlich)
    - c) begründet
  3. Erhebung der Kündigungsschutzklage nach dem KSchG
  4. Ausdrückliches Verlangen des betroffenen AN.
- Hierbei problematisch, ob das Weiterbeschäftigungsverlangen spätestens zum Ablauf der Kündigungsfrist geltend gemacht werden muss. BAG vom 31.8.1978, AP Nr. 1 zu § 102 BetrVG 1972 Weiterbeschäftigung: ja. BAG vom 17.6.1999, NZA 1999, 1154: lässt Frage ausdrücklich offen. B AG 11.5.2000, NZA 2000, 1055 ff: Das Weiterbeschäftigungsverlangen des Arbeitnehmers nach § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG am ersten Arbeitstag nach Ablauf der Kündigungsfrist ist rechtzeitig erfolgt.

### *2. Der sog. allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch*

(Entwickelt vom BAG - Großer Senat - v. 27.2.1985, BAGE 48, 122 ff -, also "Richterrecht".)

Zwei Fallkonstellationen:

- a) die Kündigung ist offensichtlich unwirksam (Beispiel: Kündigung einer Schwangeren, eines BR-Mitgliedes);
- b) ein der Kündigungsschutzklage stattgebendes Urteil hat (noch) Bestand, also die Situation, dass der AN seinen Prozess in der 1. Instanz gewonnen hat, und der AG hiergegen Berufung eingelegt hat. Begründung für diese Rechtsprechung: in diesem Fall überwiege das Interesse des Arbeitnehmers an der tatsächlichen Beschäftigung gegenüber dem Interesse des AG an der Nichtbeschäftigung.

### *3. Zusammenfassend lässt sich also sagen:*

Der AN hat in drei Fällen einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung, der notfalls auch gerichtlich im Wege einer einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden kann:

- Fall des § 102 Abs. 5 BetrVG, ordentliche Kündigung durch den AG, frist- und ordnungsgemäßer Widerspruch durch den BR, Erhebung einer Kündigungsschutzklage nach dem KSchG;
- Fall, dass die Kündigung offensichtlich unwirksam ist (Paradebeispiel: Kündigung einer Schwangeren).
- Fall, dass bereits eine erste Instanz entschieden hat, dass die Kündigung rechtsunwirksam ist (BAG, GS vom 27.2.1985, a.a.O.)

Allerdings: In der Praxis sind derartige Weiterbeschäftigungsfälle sehr selten!

## **B. Literaturhinweis:**

- Gute Zusammenfassung bei Halbach, aaO, S. 189 ff (Pkt. 2/531)
- Boewer, Der Wiedereinstellungsanspruch – Teil I, NZA 1999, 1121 ff, Teil II, NZA 1999, 1177 ff

### **C. Rechtsprechung**

1. BAG vom 12.9.1985, AP Nr. 7 zu § 102 BetrVG 1972 Weiterbeschäftigung:

*Widerspricht der Betriebsrat einer ordentlichen Kündigung mit der Begründung, der Arbeitnehmer könne an demselben Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden, liegt ein ordnungsgemäßer Widerspruch i. S. von § 102 Abs. 5 i. V. m. § 102 Abs. 3 BetrVG nicht vor.*

2. BAG v. 17. Juni 1999, 2 AZR 608/98, NZA 1999, 1154 ff:

*Für einen ordnungsgemäßen Widerspruch des Betriebsrats nach § 102 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG gegen eine ordentliche Kündigung reicht es zur Begründung eines Weiterbeschäftigungsanspruchs nach § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG nicht aus, wenn der Betriebsrat nur allgemein auf eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit im selben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens verweist; dem Betriebsrat ist vielmehr ein Mindestmaß an konkreter Argumentation abzuverlangen, d.h. der Arbeitsplatz, auf dem der zu kündigende Arbeitnehmer eingesetzt werden kann, ist in bestimmbarer Weise.*

3. BAG vom 11.5.2000, 2 AZR 54/99, NZA 2000, 1055 ff:

*Für einen ordnungsgemäßen Widerspruch des BR gegen eine ordentliche Kündigung nach § 102 III Nr. 3 BetrVG, der Voraussetzung für einen Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 V 1 BetrVG ist, reicht es nicht aus, wenn der BR auf Personalengpässe bei Arbeiten hinweist, die im Betrieb von einem Subunternehmer auf Grund eines Werkvertrages erledigt werden.*

Fazit: Der BR muss bei einem Widerspruch nach § 102 III Nr. 3 BetrVG konkret darlegen, auf welchem – freien – Arbeitsplatz eine Weiterbeschäftigung des AN in Betracht kommt. Hierbei muss der Arbeitsplatz zumindest in bestimmbarer Weise angegeben und der Bereich bezeichnet werden, in dem der AN anderweitig beschäftigt werden kann.

## Lektion Nr. 19: Die außerordentliche Kündigung

Ø EINFÜHRENDE LITERATUR: Halbach 2/480-497

Ø INHALT

A. Fälle

B. Rechtsgeschichte

C. Theorie

Nr. 1: Der sog. wichtige Grund nach § 626 Abs. 1 BGB

Nr. 2: Die Kündigungserklärungsfrist nach § 626 Abs. 2 BGB

Nr. 3: Die fristlose Verdachtskündigung

Nr. 4: Die sog. Druck-Kündigung

Nr. 5: Außerordentliche Kündigung und soziale Folgen

Nr. 6: Etwas zusätzliche Rechtsprechung

Nr. 7: Umdeutung einer außerordentlichen in eine ordentliche Kündigung

\*\*\*

### A. FÄLLE

**Fall Nr. 91:** (Nach LAG Berlin 7 Sa 66/71, im Sachverhalt vereinfacht; Zitat aus dem Tatbestand des zweitinstanzlichen Urteils)

*"Der am 17. März 1928 geborene Kläger, Mitglied der Gewerkschaft ÖTV, trat am 18.1.1970 als Schlosser in die Dienste der BVG (= Berliner Verkehrsbetriebe). (...) Er bezog zuletzt einen monatlichen Bruttolohn von rund 1.900,- DM.*

*Am 14. Dezember 1973 wurde für die Bediensteten der BVG in der Dienststelle des Klägers eine Weihnachtsfeier durchgeführt, die von 14.00 Uhr bis 19.00 Uhr dauerte. Während dieser Feier wurden unbeschränkt Getränke, nämlich Bier und drei Sorten Spirituosen, ausgeschenkt.*

*Infolge übermäßigen Alkoholenusses unternahm der Kläger folgende Ausschreitungen: Er goss einem Kollegen ein Glas Schnaps ins Gesicht, zerschlug eine Flasche und zwei Gläser, rangelte sich mit Kollegen, die ihn beruhigen wollten und schlug dem Kollegen G mit der Faust ins Gesicht, wodurch dieser eine blutende Wunde in Kinnnähe davontrug. Danach kam es auf dem Wege zur U-Bahn zwischen dem Kläger und den Arbeitskollegen M und H zu einer Schlägerei, bei der M leichte Verletzungen erlitt und dem Kollegen H vom Kläger zwei Zähne ausgeschlagen wurden. Außerdem wurde H am Kopf verletzt. Auf Grund dieser Körperbeschädigung war H bis zum 29. Dezember 1973 arbeitsunfähig krankgeschrieben. Nach dieser Schlägerei kehrte der Kläger in die Betriebswerkstatt zurück, drückte die Sichtscheibe im Rangierraum ein und ließ per Notruf die Feuerwehr und eine Funkstreife rufen. Als die Gerufenen angefahren waren, befand sich der Kläger nicht mehr auf dem Werkstattgelände".*

*Am 19. Dezember wurde der Kläger im Rahmen eines Verfahrens nach der Dienst- und Disziplinarordnung abschließend gehört. Er gab zu, dass die Vorwürfe sachlich zuträfen.*

- a) Am 20. Dezember wurde das Untersuchungsergebnis des Disziplinarverfahrens der Hauptpersonalverwaltung der BVG zugeleitet. Nachdem der Personalrat am 2.1 gem. § 87 Ziff. 9 PersVG zugestimmt hatte, entschied die Hauptpersonalverwaltung noch am gleichen Tage, dass dem Kläger fristlos gekündigt werden solle. Die Kündigung wurde dem Kläger am 4. Januar 1974 per Boten zugestellt. Hiergegen erhob der Kläger fristgerecht Klage. Ist die Kündigung wirksam?
- b) Wie wäre die Rechtslage bei einem Kündigungszugang am 3.1.1974?
- c) Falls Sie bei Alternative b) die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung verneinen: wäre dann wenigstens eine ordentliche Kündigung wirksam?

[Vgl. BAG Urteil vom 04.08.1955, AP Nr. 2 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung: Ist die fristlose Entlassung auf mehrere Verfehlungen gestützt, so ist nicht nur zu prüfen, ob jede festgestellte Verfehlung einzeln, sondern ob die festgestellten Verfehlungen in ihrer Gesamtheit dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar machen.]

**Fall Nr. 92:** Die Tontec GmbH und Co. ist ein florierendes Unternehmen auf dem Gebiet der Unterhaltungselektronik in München. Belegschaftsstärke: 590; ein Betriebsrat existiert; er hat einen Betriebsausschuss gebildet. Schön, 49 Jahre alt, seit 1975 im Betrieb, ist Prokurist; er wird allgemein als die rechte Hand des Chefs angesehen.

Seit 1985 häufen sich die Fälle, dass die Konkurrenz wichtige Geschäftsgeheimnisse erfährt; der Firma entsteht dadurch erheblicher Schaden. Der Verdacht richtet sich gegen Schön, da nur er - neben dem Firmeninhaber - Zugang zum Panzerschrank hat, in dem die Geheimunterlagen aufbewahrt werden. Andere Arbeitnehmer kommen aus den verschiedensten Gründen nicht in Betracht.

Im September 1986 wird - zum wiederholten Male - bei einer Ausschreibung ein besonders niedriges Angebot der Firma von einem Konkurrenzunternehmen knapp unterboten. Der Auftrag geht daher verloren. Nach Anhörung des Sprecherausschusses wird Schön daher wegen des Verdachts der fortgesetzten Veruntreuung von Betriebsgeheimnissen fristlos entlassen.

- a) Schön hatte bei einem Gespräch mit dem Firmeninhaber seine Unschuld beteuert; er will sich gegen die Entlassung wehren. Wie kann er das tun? Wie beurteilen Sie seine Erfolgsaussichten? Kann er eine Abfindung verlangen? [Vgl. § 13 I 3 KSchG; s. im übrigen die Ausführungen S. 263]
- b) Macht es einen Unterschied, ob die Firma das Ergebnis eingeleiteter polizeilicher Ermittlungen abwartet, bevor sie zur Kündigung schreitet?
- c) Schön verliert seinen Kündigungsschutzprozeß (rechtskräftig). Fünf Monate danach stellt sich seine Unschuld heraus. Täter war die Industriespionin Rima Taha, die sich an den Sohn des Firmeninhabers "herangemacht" hatte. Was nun?

**Fall Nr. 93:** Bauunternehmer Dörtel beschäftigt in seinem Betrieb 12 Arbeitnehmer, darunter den Vorarbeiter Völler und den Arbeiter Ralle. Völler hatte die Aufgabe, für die ordnungsgemäße Erstellung des jew. Bauwerks zu sorgen. Als Kolonnenführer und Vorarbeiter ist er aufgrund seiner langjährigen Erfahrung für den Betrieb unersetzlich geworden. Aufgrund einer Blinddarmoperation muss Ralle im Februar 1993 in ein Krankenhaus. Während der Operation findet eine Bluttransfusion statt. Nach erfolgter Operation stellt sich heraus, dass Ralle sich bei der Bluttransfusion mit dem HIV-Virus infiziert hat. Der Chefarzt eröffnet ihm, dass die Frage, ob die Krankheit tatsächlich ausbrechen wird, im Moment medizinisch nicht mit Sicherheit prognostizierbar sei, sondern erst nach einer Inkubationszeit von

*zwei bis fünf Jahren festgestellt werden kann. Jedoch bestehe jederzeit die Gefahr der Ansteckung anderer Menschen auf den bekannten Übertragungswegen.*

*Ralle unterrichtet daraufhin den Dörtel am 12.3.1993 über den Stand der Dinge. Dörtel beruft am nächsten Tag eine Betriebsversammlung ein und teilt allen Beschäftigten diese Sachlage mit. Er fordert sie auf, mitzuteilen, ob sie noch weiterhin mit Ralle zusammenarbeiten wollen. Fünf der Mitarbeiter teilten daraufhin dem Dörtel am 21.3.1993 mit, dass sie ihre Arbeitsverhältnisse kündigen würden, falls Ralle weiterhin im Betrieb bliebe. Nach ihrer Auffassung ist die Gefahr einer Ansteckung mit AIDS einfach zu hoch. Zu dieser Gruppe gehörte auch Völler.*

*Dörtel möchte dem Ralle unbedingt **außerordentlich** kündigen. Er bittet Sie, zu prüfen, ob eine solche Kündigung rechtmäßig ist und was dabei zu beachten ist.*

Vgl. zu dem Fall [ArbG Berlin vom 16.6.1987](#), NZA 1987, 637 ff<sup>99</sup>; siehe auch S. 285

## B. RECHTSGESCHICHTE

Die derzeit geltende Fassung der für die außerordentliche Kündigung maßgeblichen Vorschrift, § 626 BGB, beruht auf dem Ersten Arbeitsrechtlichen Bereinigungsgesetz von 1969. Bis zu diesem Zeitpunkt waren unterschiedliche Bestimmungen in Kraft, je nachdem, ob es sich um die Kündigung von gewerblichen Arbeitnehmern, kaufmännischen Angestellten oder einfachen sog. BGB-Arbeitnehmern handelte. Im einzelnen:

### 1. § 626 BGB (alt)

(1) Das Dienstverhältnis kann von jedem Teile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

(2) Wird die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles veranlasst, so ist dieser zum Ersatze des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet.

### 2. § 72 HGB (alt)

(1) Als ein wichtiger Grund, der den Prinzipal zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt, ist es, sofern nicht besondere umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen, namentlich anzusehen:

1. wenn der Handlungsgehilfe im Dienste untreu ist oder das Vertrauen missbraucht oder die ihm nach § 60 obliegende Verpflichtung verletzt;

---

<sup>99</sup> Hier die Leitsätze: 1.) Die Infektion einer Arbeitnehmers mit der Immunschwächekrankheit AIDS stellt keinen Kündigungsgrund dar. 2.) Verlangt die Belegschaft oder ein Teil davon, dass ein Arbeitnehmer entlassen wird und kommt der Arbeitgeber diesem Ansinnen nach, ist diese Kündigung nur dann begründet, wenn das Verlangen durch das Verhalten oder durch die Person des betreffenden Arbeitnehmers objektiv gerechtfertigt ist. Dies muss der Arbeitgeber überprüfen. Wenn das nicht der Fall ist, muss er sich schützend vor den Arbeitnehmer stellen (Fürsorgepflicht). Sind die Bemühungen des Arbeitgebers erfolglos geblieben und wird ernsthaft mit Arbeitsniederlegung oder mit Kündigungen gedroht und sind schwere wirtschaftliche Schäden für den Arbeitgeber dann zu erwarten, falls die den betreffenden Arbeitnehmer boykottierenden Arbeitskollegen ihre Androhung wahr machen würden, kann die Kündigung gegenüber dem betreffenden Arbeitnehmer aus dringenden betrieblichen Gründen erforderlich sein (Druckkündigung). 3.) Ruft der Arbeitgeber schuldhaft die Reaktionen der übrigen Arbeitnehmer hervor (hier: Herantreten des Arbeitgebers an die Kollegen des Infizierten, mit der Aufforderung, sich zu entscheiden, ob sie mit dem Infizierten weiterarbeiten wollen oder nicht), kann er sich nicht auf die Grundsätze zur sogenannten Druckkündigung berufen.

2. wenn er seinen Dienst während einer den Umständen nach erheblichen Zeit unbefugt verlässt oder sich beharrlich weigert, seinen Dienstverpflichtungen nachzukommen;
  3. wenn er durch anhaltende Krankheit, durch eine längere Freiheitsstrafe oder Abwesenheit oder durch eine die Zeit von acht Wochen übersteigende, militärische Dienstleistung an der Verrichtung seiner Dienste verhindert wird;
  4. wenn er sich Tätlichkeiten oder erhebliche Ehrverletzungen gegen den Prinzipal oder dessen Vertreter zuschulden kommen lässt.
- (2) Erfolgt die Kündigung, weil der Handlungsgehilfe durch unverschuldetes Unglück längere Zeit an der Verrichtung seiner Dienste verhindert ist, so wird dadurch der im § 63 HGB bezeichnete Anspruch des Gehilfen nicht berührt.

### **3. § 123 GewO (alt)**

(1) Vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit und ohne Aufkündigung können Gesellen und Gehilfen entlassen werden:

1. wenn sie bei Abschluss des Arbeitsvertrags den Arbeitgeber durch Vorzeigung falscher oder verfälschter Zeugnisse hintergangen oder ihn über das Bestehen eines anderen, sie gleichzeitig verpflichtenden Arbeitsverhältnisses in einen Irrtum versetzt haben;
2. wenn sie eines Diebstahls, einer Entwendung, einer Unterschlagung, eines Betrugs oder eines liederlichen Lebenswandels sich schuldig machen;
3. wenn sie die Arbeit unbefugt verlassen haben oder sonst den nach dem Arbeitsvertrag ihnen obliegenden Verpflichtungen nachzukommen beharrlich verweigern;
4. wenn sie der Verwarnung ungeachtet mit Feuer und Licht unvorsichtig umgehen;
5. wenn sie sich Tätlichkeiten oder grobe Beleidigungen gegen den Arbeitgeber oder seine Vertreter oder gegen die Familienangehörigen des Arbeitgebers oder seiner Vertreter zuschulden kommen lassen;
6. wenn sie einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Sachbeschädigung zum Nachteile des Arbeitgebers oder eines Mitarbeiters sich schuldig machen;
7. wenn sie Familienangehörige des Arbeitgebers oder seiner Vertreter oder Mitarbeiter zu Handlungen verleiten oder zu verleiten versuchen oder mit Familienangehörigen des Arbeitgebers oder seiner Vertreter Handlungen begehen, welche wider die Gesetze oder die guten Sitten verstoßen;
8. wenn sie zur Fortsetzung der Arbeit unfähig oder mit einer abschreckenden Krankheit behaftet sind.

(2) In den unter Ziffer 1 bis 7 gedachten Fällen ist die Entlassung nicht mehr zulässig, wenn die zugrunde liegenden Tatsachen dem Arbeitgeber länger als eine Woche bekannt sind.

(3) Inwiefern in den unter Ziffer 8 gedachten Fällen dem Entlassenen ein Anspruch auf Entschädigung zustehe, ist nach dem Inhalte des Vertrags und nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften zu beurteilen.



## C. THEORIE

**KERNPUNKT:** Dem Arbeitgeber wird materiell-rechtlich die Rechtsmacht zur einseitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses (durch die Kündigungserklärung als einseitiger, empfangsbedürftiger, rechtsgestaltender Willenserklärung) ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist eingeräumt

Voraussetzungen:

- a) es müssen objektiv – und nicht nur nach Einschätzung des Arbeitgebers – Tatsachen vorliegen, die prozessesrechtlich entweder unstreitig oder zur vollen Überzeugung des Gerichts nachgewiesen sein müssen (§ 286 ZPO);
- b) diese Tatsachen müssen das Arbeitsverhältnis derart belasten, dass seine Fortsetzung trotz Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen des Arbeitnehmers auch nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unzumutbar ist;
- c) dies ist zu beurteilen aus der Sicht eines verständigen Dritten und nicht des konkret betroffenen Arbeitgebers;
- d) der Arbeitgeber trägt die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen dieser Tatsachen (als derjenige, der die Gestaltungswirkung herbeizuführen wünscht).

Nr. 1: *Der sog. wichtige Grund nach § 626 BGB*

### 1. Die gesetzliche Regelung:

- Es muss ein Grund gegeben sein, der „wichtig“ ist, „gewichtig“, erheblich gewichtiger als ein einfacher, stichhaltiger Grund nach KSchG (der die Kündigung bekanntlich sozial rechtfertigt).
- Die Gewichtigkeit muss gemessen werden zunächst am Kriterium der „Unzumutbarkeit“, d.h. der Grund muss so gravierend sein, dass es dem AG schlechthin nicht mehr zuzumuten ist, den betreffenden AN weiter zu beschäftigen. Letzten Endes bedeutet „Unzumutbarkeit“, dass es dem AG nicht zugemutet werden kann, die Kündigungsfrist einzuhalten!!! (Problem der fiktiven Kündigungsfrist).
- Hierfür gilt ein objektiver Maßstab, d.h. es wird gefragt, ob ein „verständiger, ruhig und besonnen urteilender Arbeitgeber“ den Arbeitnehmer entlassen würde, wobei erstes Kriterium ist, wie lange denn das Arbeitsverhältnis „unter normalen Umständen“ noch dauern würde, d.h. also bis zum Ende der normalen Kündigungsfrist oder bis zum Ende eines befristeten Arbeitsvertrages. (Vgl. z. B. BAG v. 6.11.1997, NZA 1998, 374, 376: „...der festgestellte Sachverhalt muss unter dem Gesichtspunkt der von einem verständigen Arbeitgeber anzustellenden Erwägungen beurteilt werden.“)
- Das so gewonnene Ergebnis muss in einem weiteren Schritt an zwei zusätzlichen Kriterien gemessen werden:
  - den Umständen des Einzelfalles,
  - den Interessen beider Parteien (AG und AN). Hierbei können folgende Punkte eine Rolle spielen:
    - ü erstmaliges Fehlverhalten dieser Art; bisher einwandfreie Gesamtführung,
    - ü geringfügiges Vergehen,
    - ü Länge der Kündigungsfrist,
    - ü langjährige Betriebszugehörigkeit,

- ü Provokation (durch AG oder durch Kollegen),
- ü Schwierigkeiten, einen neuen Arbeitsplatz zu finden.

Keine Rollen spielen im allgemeinen Umstände außerhalb des Betriebes (z. B. AN braucht den „Job“).

- Schließlich muss noch geprüft werden, ob die außerordentliche Kündigung wirklich das „letzte Mittel“ ist oder ob ein milderer Mittel in Frage kommt, z. B. Versetzung (sog. ultima-ratio-Prinzip, wichtig wegen der sehr negativen Konsequenzen einer außerordentlichen Kündigung!!).

Die **Rechtsprechung** verlangt eine zweistufigen Prüfung (vgl. u. a. BAG vom 2.3. 1989, NZA 1989, 755 ff):

1. Stufe: Stellt das Verhalten des Gekündigten „an sich“, also abstrakt gesehen, einen „wichtigen“ Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB dar?
2. Stufe: Wie sieht es aus bei Würdigung aller Umstände des Einzelfalles etc. ?

## 2. Einzelne Situationen, die als „wichtiger Grund“ iSv § 626 BGB anerkannt worden sind:

Die Rechtsprechung hat hier in einer **Typisierung** die Anforderungen an die jeweiligen Kündigungsgründe weitgehend festgelegt (vgl. in den Kommentierungen unter "Einzelfälle für außerordentliche Kündigung"). Hier geht es um die **objektive Seite** des wichtigen Grundes. Es müssen Tatsachen vorliegen, die das Arbeitsverhältnis objektiv mit dem Gewicht eines wichtigen Grundes belasten. Dies ist u.a. der Fall bei:

- § Teilnahme an einem sog. wilden Streik,
- § beharrlicher Arbeitsverweigerung,<sup>100</sup>
- § Anschwärzen des AG bei öffentlichen Institutionen und Behörden, (Strafanzeige),
- § vorsätzliche Schlechtleistung,
- § „angekündigte“ Krankschreibungen,
- § eigenmächtiger Urlaubnahme,
- § Verbüßung einer Strafhaft,
- § sexuelle Belästigung von Mitarbeitern,
- § unerlaubte private Telefongespräche,
- § unkorrekte Spesenabrechnung,
- § Entzug der Fahrerlaubnis,
- § Straftaten im Zusammenhang mit dem betrieblichen Geschehen, z. B. Beleidigung des Arbeitgebers, von Vorgesetzten<sup>101</sup>, von Arbeitskollegen; Betrug; Unterschlagung; Sachbeschädigung, Diebstahl, Schmiergeldannahme,

<sup>100</sup> Der Begriff kommt heute in der Gesetzgebung nicht mehr vor, wird aber in der Rechtsprechung noch immer verwendet. Vgl. statt vieler BAG vom 22.1.1998, NZA 1998, 708 ff.

<sup>101</sup> Vgl. u. a. LAG Rheinland-Pfalz, Az: 9 Sa 967/00: Betitelt ein Mitarbeiter seinen Vorgesetzten als "Arschloch", so muss er mit einer fristlosen Kündigung rechnen. Dies soll auch dann gelten, wenn sich der Mitarbeiter sofort entschuldigt. Eine solche «Entgleisung» störe das Betriebsklima so nachhaltig, dass dem Arbeitgeber eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zumutbar sei.

Das Gericht wies mit seinem Urteil die Kündigungsschutzklage einer Arbeitnehmerin ab. Die Klägerin hatte ihren Vorgesetzten mit den Worten: «Du bist ein Arschloch» beleidigt. Zu ihrer Entschuldigung machte sie geltend, der Vorgesetzte habe ihr nachgestellt. Konkrete sexuelle Übergriffe konnte sie allerdings nicht nennen. Das LAG hielt der Klägerin vor, selbst wenn ihre Annahme zuträfe, dass der Vorgesetzte ihr nachgestellt habe, hätte sie sich an den Arbeitgeber wenden müssen. Keinesfalls sei jedoch eine solch grobe Beleidigung, wie sie

- § Straftaten außerhalb des betrieblichen Geschehens? Nicht unbedingt; vgl. insoweit ArbG Frankfurt / Main, Az. 7 Ca 4423/99 (gefunden in Focus.Online)<sup>102</sup>
- § Besitz kinderpornografischer Bilddateien bei einem Kindergartenleiter (ArbG Braunschweig vom 22.1.1999, 3 Ca 370/98, JurPC Web-Dok. 157/1999, Abs. 1 – 25)
- § Besitz auch nur geringer Mengen von Rauschgift (ArbG Frankfurt a. M. vom 8.9.2000, - 9 Ca 9441/99)

Krankheit? Grundsätzlich nein; vgl. BAG vom 17.7.1995, NZA 1995, 1100 ff; vgl. aber den Sonderfall Skript S. 303.

*Speziell zum Diebstahl:*

- Auch bei geringwertigen Gegenständen: einerseits [BAG vom 17.5.1984](#), NZA 1985, 91: Buffetkraft, die ein Stück Bienenstich verzehrt = wichtiger Grund (Diebstahl); S. insofern auch LAG Thüringen vom 13. Oktober 1999 – 6 Sa 365/99<sup>103</sup>. Die Auffas-

die Klägerin ausgesprochen habe, gerechtfertigt gewesen. – Siehe auch LAG Köln v. 30.1.1998, NZA 1998, 1284 f: „Sie haben doch nur bumsen im Kopf!“

<sup>102</sup> Die schwere Straftat eines Beschäftigten außerhalb seines Arbeitsplatzes rechtfertigt keine fristlose Kündigung, wenn er sie im Zustand der Schuldunfähigkeit begangen hat. Das hat das Arbeitsgericht Frankfurt entschieden. Die Richter gaben damit in diesem Punkt der Klage eines Steuerfachgehilfen statt, der seine Mutter mit 50 Messerstichen getötet hatte. Die von der Zeitarbeitsfirma zusätzlich ausgesprochene ordentliche Kündigung wurde von den Richtern allerdings als zulässig angesehen. Das Unternehmen hatte nach dem Bekanntwerden der Tat die Auffassung vertreten, dass es ihr nicht zugemutet werden könne, einen Arbeitnehmer zu beschäftigen, der eine derart schwere und verwerfliche Straftat begangen hat. Im Strafprozess wurde jedoch die psychisch bedingte Schuldunfähigkeit des Mannes festgestellt. Statt mit einer Verurteilung wegen des Tötungsdelikts endete das Strafverfahren deshalb mit der Einweisung des Angeklagten in ein psychiatrisches Krankenhaus. Laut Urteil kann die Tat dem Steuerfachgehilfen in Folge der erwiesenen Schuldunfähigkeit auch arbeitsrechtlich nicht angelastet werden. Die Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung sei allein darauf zurückzuführen, dass er in Folge seiner Einweisung in die Klinik dauerhaft an der Erbringung seiner Arbeitsleistung gehindert sei und für das Unternehmen deshalb ein weiteres Festhalten an dem Arbeitsverhältnis unzumutbar wäre, sagte der Gerichtsvorsitzende.

<sup>103</sup> Auch die rechtswidrige und schuldhafte Entwendung einer im Eigentum des Arbeitgebers stehenden Sache von geringem Wert durch den Arbeitnehmer (hier: 1,150 kg Rinderbeinscheiben im Wert von ca. 6,00 DM) [jetzt 1,53 €] ist an sich geeignet, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung abzugeben.

*Thüringer LAG, Urteil vom 13. Oktober 1999 – 6 Sa 365/99*

Zum Sachverhalt:

Der Kläger, ein 59-jähriger Produktionsarbeiter mit 29-jähriger Betriebszugehörigkeit, wendet sich gegen eine fristlose Entlassung wegen Diebstahls von 1,150 kg Rinderbeinscheiben im Wert von ca. 6,00 DM. Die Kündigung könne seiner Meinung nach bereits deshalb keinen Bestand haben, weil es an der Abmahnung fehle.

Aus den Gründen:

Die insgesamt zulässige Berufung ist nicht begründet. Das ArbG hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die von der Beklagten ausgesprochene fristlose Kündigung erweist sich auch mit Rücksicht auf das Vorbringen in der Berufungsinstanz als rechtswirksam.

1. Nach § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Die Beantwortung der Frage, ob ein bestimmter Sachverhalt die Voraussetzungen eines wichtigen Grundes erfüllt, erfolgt in zwei Schritten: Zunächst ist zu prüfen, ob ein bestimmter Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalls an sich geeignet ist, einen wichtigen Grund zu bilden und danach, ob bei Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und nach Abwägung der beiderseitigen Interessen an der sofortigen Lösung bzw. dem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses für die Dauer der Kündigungsfrist ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung vorliegt. Darüber hinaus ist die Erforderlichkeit einer Abmahnung zu prüfen.

2. Das Verhalten des Klägers ist an sich geeignet, einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung abzugeben. Sein Handeln erfüllt den Tatbestand des Diebstahls zum Nachteil des Arbeitgebers. Die Wegnahme war vollendet und erfolgte in rechtswidriger Zueignungsabsicht. Es gibt keinerlei Anhaltspunkte, die dafür sprechen, die Rinderbeinscheiben noch bezahlen zu wollen. Im Gegenteil: Der Kläger kannte die Praxis im Betrieb der Beklagten in derartigen Fällen. Er hatte sich an diesem Tag ein Eisbein zurücklegen lassen, um es nach Ar-

sung des französischen Kassationshofes (oberstes französisches Gericht) ist ähnlich, Diebstahl eines Schnürsenkel-Paares rechtfertigt sofortige Entlassung<sup>104</sup>.

- andererseits ArbG Reutlingen, AiB 1996, 623: Entwendung von zwei Bechern Joghurt nicht als „wichtiger Grund“ gewertet.
- Siehe auch den instruktiven Vergleich bei Schoof, Betriebsratspraxis, S. 171, hier S. 285
- [BAG vom 13.12.1984](#), AP Nr. 81 zu § 626 BGB: In die bei der Prüfung des wichtigen Grundes nach § 626 Abs. 1 BGB stets erforderliche Interessenabwägung ist die Dauer der Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers auch dann einzubeziehen, wenn es um eine außerordentliche Kündigung wegen Diebstahls zum Nachteil des Arbeitgebers geht. [Instruktives Urteil, das zu mehreren Punkten sehr differenziert Stellung nimmt: Notwendigkeit einer Abmahnung bei Diebstahl ?, Geringfügiger Wert des entwendeten Gutes ?; Berücksichtigung der Dauer der Betriebszugehörigkeit ?]

### 3. Überlegen:

- Haschischkonsum eines BR-Mitglieds? (cf. LAG Baden-Württemberg vom 13.4.1993, LAGE § 626 BGB Nr. 76: Haschischkonsum allein rechtfertigt keine fristlose Kündigung eines BR-Mitglieds, solange dadurch keine Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses eintritt). Siehe hierzu aber ArbG Frankfurt /M. vom 8.9.2000, - 9 Ca 9441/99 (juris).
- Ausländerfeindliche Äußerungen? (BAG, Urteil vom 01.07.1999 - 2 AZR 676/98, BAG-Pressemitteilung Nr. 49 vom 1.7.1999: rassistischer Berliner Lehrling).
- Erzählen von – üblen - Judenwitzen? (Vgl. BAG v. 5.11.1992, ArbuR 1993, 124 f).

---

beitsende zu bezahlen und abzuholen. Weshalb er bei den Rinderbeinscheiben nicht ebenso verfuhr, war für das erkennende Gericht nicht nachvollziehbar.

Dem steht auch nicht entgegen, dass es sich um eine Sache von nur geringem Wert handelt. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist es nicht zulässig, vorsätzlichen oder widerrechtlichen Verletzungen des Eigentums oder des Vermögens des Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer allein wegen einer als geringfügig anzusehenden Schädigung des Arbeitgebers von vornherein die Eignung für eine außerordentliche Kündigung abzusprechen (Urt. v. 17.5.1984 – 2 AZR 3/83, AP Nr. 14 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung). Auch die Entwendung von im Eigentum des Arbeitgebers stehenden geringwertigen Sachen ist an sich geeignet, einen wichtigen Kündigungsgrund abzugeben (BAG, Urt. v. 16.10.1986 – 2 AZR 695/85, n. v.).

3. Der Beklagten kann die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auch unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht länger zugemutet werden.

Zugunsten des Klägers fällt für die Frage der Zumutbarkeit ins Gewicht, dass das Arbeitsverhältnis schon 19 Jahre bestand und während der Dauer der Betriebszugehörigkeit störungsfrei verlief. Eine Wiedereingliederung in das Berufsleben mit 59 Jahren dürfte außerdem eher unwahrscheinlich sein. Allerdings ist der Kläger durch den Bezug von Arbeitslosengeld und später Rente sozial abgesichert, so dass ihn ein etwaiger Verlust seines Arbeitsplatzes weniger hart als beispielsweise einen Fünfzigjährigen trifft.

Dennoch ist der Vertrauensverlust der Beklagten höher zu bewerten als die zugunsten des Klägers sprechenden sozialen Gesichtspunkte. Der begangene Diebstahl ist geeignet, das Vertrauen der Beklagten in die Redlichkeit des Klägers zu zerstören. (wird ausgeführt)

Für den Kläger kommt erschwerend hinzu, dass er den Diebstahl nicht eingestanden und ihn nicht entschuldigt, sondern bis zuletzt geleugnet hat. Da jedoch die Einsicht in begangenes Unrecht in der Regel Voraussetzung für eine Änderung des Verhaltens ist, besteht insgesamt ein Vertrauensverlust auf Seiten der Beklagten.

Der Beklagten ist es auch nicht zuzumuten, die fristlose Kündigung als ultima ratio dadurch zu vermeiden, dass sie den Kläger bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist von sechs Monaten weiterbeschäftigt. Da der Diebstahl als nachgewiesen gilt und der Kläger sich demgegenüber nicht einsichtig zeigt, ist bei einer Weiterbeschäftigung eine Vermögensgefährdung nicht auszuschließen.

4. Die Rechtswirksamkeit der Kündigung scheidet auch nicht an der fehlenden Abmahnung. Bei einem Diebstahl handelt es sich um eine Störung im Vertrauensbereich. In diesen Fällen ist eine Abmahnung nur erforderlich, wenn der Arbeitnehmer aus vertretbaren Gründen annehmen kann, sein Verhalten sei nicht vertragswidrig oder werde vom Arbeitgeber nicht als ein erhebliches Fehlverhalten angesehen, das den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet (BAG, Urt. v. 2.4.1987 – 2 AZR 204/86, RzK I 6 d Nr. 7 m. w. Nachw.). Anhaltspunkte hierfür liegen nicht vor und werden auch vom Kläger nicht geltend gemacht. Er musste vielmehr davon ausgehen, dass er sein Arbeitsverhältnis aufs Spiel setzt.

<sup>104</sup> Cass. Soc.20.02.1986, Droit Social 1986, 239

**Nr. 2: Die Kündigungserklärungsfrist nach § 626 Abs. 2 BGB**

**1. Grundlegende Rechtsprechungsgrundsätze:**

A - BAG vom 6.7.1972, AP Nr. 3 zu § 626 BGB Ausschlussfrist:

*1. Der Senat bestätigt folgende Grundsätze seiner bisherigen Rechtsprechung zur Ausschlussfrist des BGB § 626 Abs. 2 S 1 und BGB § 626 Abs. 2 S 2:*

*a. Die Fristenregelung ist mit dem Grundgesetz vereinbar.*

*b. Die Frist ist eine materiell-rechtliche Ausschlussfrist. Ihre Versäumung führt zur Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung wegen Fehlens des wichtigen Grundes. Die Unwirksamkeit muss unter der Geltung des Kündigungsschutzgesetzes gemäß KSchG § 13 Abs. 1 i.V.m. KSchG § 4 durch fristgerechte Feststellungsklage geltend gemacht werden.*

*c. Die Frist beginnt, sobald der Kündigungsberechtigte eine zuverlässige und möglichst vollständige positive Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen, des so genannten Kündigungssachverhalts hat, die ihm die Entscheidung ermöglicht, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist oder nicht. Zu den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen gehören sowohl die für als auch die gegen die Kündigung sprechenden Umstände.*

*d. Im Falle der Arbeitgeberkündigung beginnt die Frist in der Regel erst, nachdem der Arbeitnehmer über den Vorfall angehört ist, der zur Kündigung führen soll. Das gilt insbesondere bei der so genannten Verdachtskündigung. Welches Ergebnis die Anhörung hat, ist für den Lauf der Frist ohne Bedeutung.*

*e. Für die Einhaltung der Frist ist derjenige darlegungs- und beweispflichtig, der die Kündigung erklärt.*

*2. Die Grundsätze zu 1 c - d werden dahin ergänzt, dass die Ausschlussfrist jedenfalls so lange gehemmt ist, wie der Kündigungsberechtigte aus verständigen Gründen mit der gebotenen Eile noch Ermittlungen über den Kündigungssachverhalt anstellt und der Kündigungsgegner dies erkennen kann.*

*3. Dies gilt gerade auch für den Fall, dass der Arbeitgeber vor Ausspruch der außerordentlichen Kündigung den Arbeitnehmer anhört. Diese Anhörung wirkt allerdings nur dann fristhemmend, wenn sie innerhalb kurzer Zeit, die im allgemeinen nicht über eine Woche hinausgehen darf, stattfindet, nachdem der Arbeitgeber den Vorgang kennt, der zur außerordentlichen Kündigung führen könnte.*

B – [BAG vom 7.9.1983, NZA 1984, 228 f.](#) Der AG muss sich nach Treu und Glauben auch die Kenntnisse eines Nicht-Kündigungsberechtigten zurechnen lassen, wenn dieser aufgrund seiner leitenden Funktion praktisch Arbeitgeberfunktion ausübt.

C – BAG v. 21.3.1996, NZA 1996, 871 ff und [BAG v.22.1.1998, NZA 1998, 708 ff.](#) Problem des Dauertatbestandes (langandauernde Krankheit und damit Unfähigkeit, die geschuldete Leistung zu erbringen / Dauerstörtatbestand z. B. in Gestalt einer Selbstbeurlaubung).

BAG v. 21.3.1996: Bei der hier vorliegenden dauernden Unfähigkeit, die vertraglichen Dienste erbringen zu können, handelt es sich um einen Dauertatbestand, bei dem es für die Einhaltung der Zwei-Wochen-Frist ausreicht, dass er in den letzten zwei Wochen vor Ausspruch der Kündigung angehalten hat.

BAG v. 22.1.1998: *Fehlt der Arbeitnehmer unentschuldig [Fall der Selbstbeurlaubung], so beginnt die Ausschlussfrist des § 626 II BGB für eine hierauf gestützte außerordentliche Kündigung frühestens mit dem Ende der unentschuldigten Fehlzeit.*<sup>105</sup>

Vgl. auch [BAG vom 25. Februar 1983](#), AP Nr. 14 zu § 626 BGB Ausschlussfrist.

M.a.W.: Die Ausschlussfrist gem. § 626 II BGB beginnt im Falle der Selbstbeurlaubung erst, wenn der betreffende AN die Arbeit wieder aufnimmt. Grund: erst dann kann man mit Sicherheit feststellen, dass sich der AN selbst beurlaubt hat und nicht etwa krank war oder irrtümlich von einem genehmigten Urlaub ausgegangen war.

## 2. Darstellung<sup>106</sup>

Die Frist ist eine Konkretisierung der Verwirkung des Kündigungsgrundes, nach ihrem Ablauf wird **unwiderleglich vermutet**, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist (in diesem Sinne auch BAG vom 21.3.1996, NZA 1996, 871 ff, unter II 2 c).

a. Die Frist wird gemäß §§ 186 ff. BGB **berechnet**.

Der Fristablauf wird nicht durch das **Anhörungsverfahren** gem. § 102 BetrVG gehemmt.

Ist für die Frist die **Zustimmung** einer Stelle erforderlich (z.B. § 85 SGB IX, 9 MuSchG, § 103 BetrVG), muss der Arbeitgeber **innerhalb der 2-Wochen-Frist** das Zustimmungsersetzungsverfahren bzw. das Zustimmungsverfahren **einleiten**.

Die Kündigung muss dann nach Ablauf des Zustimmungs-(Ersetzungs-)Verfahrens **relativ rasch** ausgesprochen werden.

Kündigung nach § 103 BetrVG: unverzüglich nach dem **rechtskräftigen** Abschluss des Zustimmungsersetzungsverfahrens.

<sup>105</sup> Punkt II 1 der Begründung: „Die außerordentliche Kündigung ist nicht schon - wie das Landesarbeitsgericht annimmt - wegen Versäumung der Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB unwirksam. Gemäß § 626 Abs. 2 BGB beginnt die Zwei-Wochen-Frist, innerhalb derer eine außerordentliche Kündigung zu erklären ist, mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt.

a) Bei den für die Kenntnis maßgebenden Tatsachen ist zu unterscheiden, ob der Kündigungsgrund aus einem in sich abgeschlossenen Lebenssachverhalt hergeleitet wird oder aus einem sog. Dauertatbestand. Ein solcher Dauertatbestand liegt vor, wenn fortlaufend neue kündigungsrelevante Tatsachen eintreten, die zur Störung des Arbeitsverhältnisses führen. In derartigen Fällen ist die Frist des § 626 Abs. 2 BGB eingehalten, wenn bis in die letzten zwei Wochen vor Ausspruch der Kündigung der Dauertatbestand angehalten hat und damit die Störung des Arbeitsverhältnisses noch nicht abgeschlossen war.

b) Bleibt der Arbeitnehmer eigenmächtig der Arbeit fern, etwa weil er sich nach einem abgelehnten Urlaubsantrag selbst beurlaubt hat, so hat die Rechtsprechung stets einen Dauertatbestand angenommen und ist davon ausgegangen, dass die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB erst dann beginnt, wenn der Arbeitnehmer wieder im Betrieb erscheint

c) Diese Rechtsprechung hat in der Literatur nahezu einhellige Zustimmung gefunden. An ihr ist festzuhalten. Der Arbeitnehmer, der eigenmächtig einen vom Arbeitgeber nicht genehmigten Urlaub antritt, verstößt in erheblichem Maße gegen seine vertraglichen Pflichten. Dieser Pflichtverstoß setzt sich mit jedem weiteren Urlaubstag fort und je länger der Urlaub dauert, desto gewichtiger ist das Fehlverhalten des Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber kann achtenswerte Gründe haben, nicht bereits am ersten Tag des unentschuldigten Fehlens des Arbeitnehmers mit einer fristlosen Kündigung zu reagieren. Oft wird er den Grund des Fehlens des Arbeitnehmers und den Grad der Pflichtwidrigkeit erst nach einem Gespräch mit dem Arbeitnehmer, also nach dessen Rückkehr an den Arbeitsplatz klären können. Reagiert der Arbeitgeber nicht schon auf die Ankündigung des unberechtigten Fehlens oder auf den eigenmächtigen Antritt des nicht genehmigten Urlaubs mit einer fristlosen Kündigung, so kann der Arbeitnehmer daraus noch nicht den Schluss ziehen, der Arbeitgeber halte die Pflichtverletzung für nicht so gravierend, dass dadurch das Arbeitsverhältnis gefährdet werde. Es würde im Gegenteil Sinn und Zweck des § 626 Abs. 2 BGB, der einen Verwirkungstatbestand konkretisiert, widersprechen, wollte man bei derartigen Dauertatbeständen die Ausschlussfrist mit dem ersten Tag der Pflichtverletzung beginnen lassen. Der Arbeitnehmer könnte dann nach 14 Tagen eigenmächtigen Urlaubs sein Fehlverhalten beliebig lange fortsetzen, ohne noch eine fristlose Kündigung befürchten zu müssen.“

<sup>106</sup> Von mir bearbeiteter Auszug aus Then, S. 200 f

Kündigung nach § 85 SGB IX: 1 Monat nach **Zustellung** der Zustimmung an Arbeitgeber.

- b. Die Frist **beginnt**, wenn der Kündigungsberechtigte von den maßgeblichen Tatsachen **sichere Kenntnis** erlangt. Die Vermutung, ja selbst grob fahrlässige Unkenntnis, reicht nicht aus. Einige Sonderfälle sind zu beachten:

Der Sachverhalt liegt nicht offen zu Tage, so dass eine **Aufklärung nötig** ist.

Der Arbeitgeber muss die Aufklärung mit der **gebotenen Beschleunigung** durchführen, evtl. ist auch der Arbeitnehmer anzuhören. Erst danach beginnt die Frist zu laufen.

Es soll die Kündigung wegen eines "**dauernden Zustands**" ausgesprochen werden. Hier beginnt die Frist erst mit Beendigung des Zustandes zu laufen. [neuerlich anerkannte Situation: dauernde Arbeitsunfähigkeit, Selbstbeurlaubung, s. oben, Rechtsprechung, Pkt. C. S. 277].

Ähnliches gilt bei wiederholten (**gleichartigen**) Dienstverfehlungen. Auch hier beginnt die Frist mit der **letzten** Dienstverfehlung. [z.B. ständiges Zuspätkommen].

**Verdachtskündigung** : siehe S. 279 .

Versäumt der AG die Frist nach § 626 II BGB, so bleibt eine ordentliche Kündigung mit derselben Begründung dennoch möglich!!

- c. Vgl. die ähnliche Regelung im Berufsbildungsrecht, § 15 IV 1 BBiG.

### 3. Rechtsprechung zu Einzelfragen

- BAG v. 5.2.1998, NZA 1998, 771: Außerordentliche Kündigung gegenüber einem tariflich unkündbaren AN kann aus betriebsbedingten Gründen ausnahmsweise unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist zulässig sein, wenn der Arbeitsplatz des AN weggefallen ist und der AG den AN auch unter Einsatz aller zumutbarer Mittel nicht weiterbeschäftigen kann. Für die Anwendung der Ausschlussfrist nach § 626 Abs. 2 BGB ist in diesem Fall kein Raum, da der Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit einen Dauerzustand darstellt. Vgl. hierzu die Kritik bei Seidel / Felser, Kündigung – was tun?, S. 231.
- Strafanzeige gegen AG: jedenfalls dann kein Grund für eine außerordentliche oder ordentliche Kündigung, wenn der AG auf Anraten seines Anwalt gehandelt hat: LAG Hessen vom 10.4.2002, Az.: 15 Sa 411/01 (AG soll den AN zu Manipulationen von Arbeitszeitabrechnungen aufgefordert haben. Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft wurde mangels hinreichenden Tatverdachts eingestellt. – Gericht lehnte auch den Antrag des AG auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses ab). Vgl. Neues Arbeitsrecht für Vorgesetzte, Magazin Januar 2002 S. 9.

#### Nr. 3: Zur fristlosen Verdachtskündigung

#### Ø EINFÜHRENDE LITERATUR: Halbach 2/526a

Bei der Verdachtskündigung ist **Kündigungsgrund** die **Zerstörung des für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderlichen Vertrauens** des Arbeitgebers in die Person des Arbeitnehmers durch den Verdacht eines strafbaren oder schwer vertragswidrigen Verhaltens (BAG 26. 3. 1992 AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 23; BAG 14. 9. 1994, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 24, AiB 1995, 663, mit Anm. C. Dörner).

Hauptsächliche Fälle: Veruntreuung, Versicherungsbetrug, Verrat von Geschäftsgeheimnissen, Diebstahl, Betrug, Manipulationen an der Stempelkarte, Erschleichung der Entgeltfortzahlung.

## 1. Voraussetzungen

*ã Der „wichtige Grund“, § 626 Abs. 1 BGB*

- (1) Der Verdacht muss durch objektive Tatsachen begründet sein, so dass sich ein verständiger und gerecht abwägender Arbeitgeber zum Ausspruch der Kündigung veranlasst sehen kann.
- (2) Der Verdacht muss so dringend sein, dass sich bei kritischer Prüfung eine auf Indizien gestützte, große Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung gerade durch den zu kündigenden Arbeitnehmer ergibt.
- (3) Die Straftat, deren der Arbeitnehmer verdächtigt wird, muss so schwerwiegend sein, dass sie als Kündigungsgrund ausgereicht hätte, wenn die Schuld feststünde.
- (4) Der Arbeitgeber muss alles ihm zumutbare zur Sachverhaltsaufklärung getan haben, wozu auch und vornehmlich gehört, dass dem Arbeitnehmer die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt wird. (Vgl. dazu BAG vom 13.9.1995, NZA 1996, 81 ff)
- (5) Der dringende Tatverdacht ist bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung nicht ausgeräumt.
- (6) Dem Arbeitgeber war die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses aufgrund des dringenden Tatverdachts nach einer Interessenabwägung selbst bis zum Abschluss der Kündigungsfrist nicht zumutbar.

Kurzum:

**Die Verdachtsmomente und die Verfehlungen, deren der Arbeitnehmer verdächtigt wird, müssen so schwerwiegend sein, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann** (BAG 4.6.1964 AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 13; BGH 13.7.1956 AP BGB § 611 Fürsorgepflicht Nr. 2)

In diesem Zusammenhang kann das Problem auftauchen, wieweit der Arbeitgeber gehen darf in seinen Bemühungen, den Sachverhalt aufzuklären bzw. den Verdächtigten zu überführen. Insbesondere ist oftmals strittig gewesen, ob (versteckte) Videokameras zu diesem Zweck eingesetzt werden dürfen. Dies hat das BAG nunmehr bejaht (BAG Urteil vom 27. März 2003 - 2 AZR 51/02 – NZA 2003, 1193 ff)<sup>107</sup>

<sup>107</sup> Die Klägerin war seit 1994 in einem von der Beklagten betriebenen Getränkemarkt tätig. Nachdem die Ursache steigender Inventurdifferenzen nicht gefunden wurde, installierte die Beklagte im März und im September 2000 zwei verdeckte Videokameras im Kassen- und Leergutbereich, wo auch die Klägerin arbeitete. Aus Videoaufnahmen von mehreren Tagen im November 2000 gewann die Beklagte den dringenden Verdacht, die Klägerin habe Gelder unterschlagen. Zu diesem Verdacht hörte die Beklagte die Klägerin an. Nach Zustimmung des Betriebsrates, dem die Videoaufnahmen gezeigt wurden, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos, hilfsweise fristgerecht. Die Klägerin bestreitet, Gelder unterschlagen zu haben. Sie ist der Auffassung, die heimlich gemachten Videoaufnahmen dürften nicht als Beweismittel gegen sie verwendet werden. Außerdem sei der Betriebsrat vor der Installation der Kameras nicht beteiligt worden. Die Beklagte macht geltend, sie habe ihren Verdacht nur durch die mit Zustimmung des Betriebsrates erfolgte verdeckte Überwachung beweisen können. Das Arbeitsgericht hat die Videoaufnahmen in Augenschein genommen und die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.



**ã Die Kündigungserklärungsfrist, § 626 Abs. 2 BGB**

a) Der Grundsatz: Der Lauf der Frist des § 626 Abs. 2 BGB beginnt bei der Verdachtskündigung erst, nachdem der Betroffene zu den bekannt gewordenen Vorwürfen gehört wurde und seine Einlassung hierzu bekannt geworden ist (ArbG Braunschweig, Urteil vom 22.1.1999, JurPC Web-Dok. 157/1999, Abs. 1–25).

b) Kein Recht des AG, beliebig die Kündigung herauszuziehen

à Hierzu das wichtige Urteil des BAG vom 29.7.1993, NZA 1994, 171 ff in Auszügen:

**Leitsätze**

1. *Weder der Verdacht strafbarer Handlungen noch eine begangene Straftat stellen Dauerzustände dar, die es dem Arbeitgeber ermöglichen, bis zur strafrechtlichen Verurteilung des Arbeitnehmers zu irgendeinem beliebigen Zeitpunkt eine fristlose Kündigung auszusprechen.*
2. *Hält der Arbeitgeber einen bestimmten Kenntnisstand für ausreichend, eine fristlose Kündigung wegen Verdachts einer strafbaren Handlung oder wegen begangener Straftat auszusprechen, so muss er nach § 626 Abs 2 BGB binnen zwei Wochen kündigen, nachdem er diesen Kenntnisstand erlangt hat.*
3. *Entscheidet sich der Arbeitgeber, nachdem sich aufgrund konkreter Tatsachen bei ihm ein Anfangsverdacht entwickelt hat, selbst weitere Ermittlungen durchzuführen, so muss er diese Ermittlungen zügig durchführen und binnen zwei Wochen nach Abschluss der Ermittlungen, die seinen Kündigungsentschluss stützen, kündigen.*
4. *Es steht dem Kündigenden zwar grundsätzlich frei, anstatt eigene Ermittlungen durchzuführen, den Ausgang des Ermittlungs- bzw. Strafverfahrens abzuwarten. Das bedeutet aber nicht, dass der Arbeitgeber trotz eines hinlänglich begründeten Anfangsverdachts zunächst von eigenen weiteren Ermittlungen absehen und den Verlauf des Ermittlungs- bzw. Strafverfahrens abwarten darf, um dann spontan, ohne dass sich neue Tatsachen ergeben hätten, zu einem willkürlich gewählten Zeitpunkt Monate später selbständige Ermittlungen aufzunehmen und dann zwei Wochen nach Abschluss dieser Ermittlungen zu kündigen.*

**Wesentliche Aspekte der Gründe (ohne die Literaturangaben)**

---

Die Revision der Klägerin hatte keinen Erfolg. Die heimliche Überwachung mit Videokameras stellt einen Eingriff in das durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Persönlichkeitsrecht des Betroffenen dar. Beweise, die durch solche Eingriffe erlangt werden, können einem Verwertungsverbot unterliegen. Das Gericht darf ein solches Beweismittel nur dann berücksichtigen, wenn besondere Umstände, zB eine notwehrähnliche Lage, den Eingriff rechtfertigen. Dabei ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren. Hier diente der Eingriff dem Beweis vermuteter, von der Klägerin heimlich begangener strafbarer Handlungen. Die Beklagte durfte die Klägerin deshalb mit Videokameras verdeckt überwachen, weil nach den Feststellungen der Vorinstanzen ein hinreichend konkreter Verdacht bestand, der nicht oder nur schwer mit anderen, das Persönlichkeitsrecht der Klägerin wahrenen Mitteln geklärt werden konnte. Die Kündigung ist auch nicht bereits deswegen unwirksam, weil, wie die Klägerin behauptet, der Betriebsrat vor der Installation nicht beteiligt wurde. Zwar hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei der Installation technischer Einrichtungen, mit denen das Verhalten der Arbeitnehmer überwacht werden soll (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG). Die - von der Beklagten bestrittene - Verletzung dieses Rechts führt hier aber schon deshalb nicht zu einem Verwertungsverbot im Kündigungsschutzprozeß, weil der Betriebsrat der Kündigung in Kenntnis des durch die Überwachung gewonnenen Beweismittels zugestimmt hat.

1. Gemäß § 626 Abs. 2 BGB beginnt die Zwei-Wochen-Frist, innerhalb derer eine außerordentliche Kündigung zu erklären ist, mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt.

a) Die Vorschrift regelt eine materiellrechtliche Ausschlussfrist für die Kündigungserklärung. Sie soll innerhalb begrenzter Zeit für den betroffenen Arbeitnehmer Klarheit darüber schaffen, ob ein Sachverhalt zum Anlass für eine außerordentliche Kündigung genommen wird. Andererseits soll aber die zeitliche Begrenzung nicht zu hektischer Eile bei der Kündigung antreiben oder den Kündigungsberechtigten veranlassen, ohne genügende Vorprüfung voreilig zu kündigen ..

b) Für den Fristbeginn kommt es auf die sichere und möglichst vollständige positive Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen an; selbst grob fahrlässige Unkenntnis genügt nicht. Nicht ausreichend ist die Kenntnis des konkreten, die Kündigung auslösenden Anlasses, d.h. des "Vorfalls", der einen wichtigen Grund darstellen könnte. Dem Kündigungsberechtigten muss eine Gesamtwürdigung möglich sein. Solange der Kündigungsberechtigte die Aufklärung des Sachverhalts, auch der gegen eine außerordentliche Kündigung sprechenden Gesichtspunkte, durchführt, kann die Ausschlussfrist nicht beginnen. Sie ist allerdings nur solange gehemmt, wie der Kündigungsberechtigte aus verständlichen Gründen mit der gebotenen Eile noch Ermittlungen anstellt, die ihm eine umfassende und zuverlässige Kenntnis des Kündigungssachverhalts verschaffen sollen ...

c) Wird die fristlose Kündigung wegen Verdachts einer strafbaren Handlung oder wegen einer vom Arbeitgeber als erwiesen angesehenen Straftat ausgesprochen, so gelten grundsätzlich die gleichen Erwägungen.

aa) Hat der Arbeitgeber nur einen nicht beweisbaren Verdacht, fehlt ihm die Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen, was bedeutet, dass die Zwei-Wochen-Frist noch nicht zu laufen begonnen hat befürchten zu müssen, damit sein Kündigungsrecht zu verlieren. Auch bei der Verdachtskündigung gibt es aber einen bestimmten Zeitpunkt, in dem dem Kündigungsberechtigten durch seine Ermittlungen die den Verdacht begründenden Umstände bekannt sind, die ihm die nötige Interessenabwägung und die Entscheidung darüber ermöglichen, ob ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist oder nicht. In diesem Zeitpunkt beginnt die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB.

bb) Da der Arbeitgeber nicht verpflichtet ist, von der unter Umständen unsicheren Möglichkeit der Verdachtskündigung Gebrauch zu machen, kann er auch abwarten, bis er eine auf die Tatbegehung selbst gestützte außerordentliche Kündigung aussprechen kann. Eine Kündigung wegen erwiesener Straftat setzt voraus, dass der Arbeitgeber nach seiner Überzeugung Kenntnis nicht nur von Verdachtsmomenten hat, die eine Verdachtskündigung begründen können, sondern so sichere Kenntnis der die Tatbegehung selbst begründenden Umstände hat, dass er seiner Behauptungs- und Beweislast im Prozess nachkommen kann. Die Frist des § 626 Abs. 2 BGB kann deshalb für die Kündigung wegen erwiesener Straftat durchaus später beginnen als für die Verdachtskündigung. Ist z.B. eine Verdachtskündigung rechtskräftig für unwirksam erklärt worden, weil dem Arbeitgeber im Zeitpunkt der Kündigung die Verdachtsmomente länger als zwei Wochen bekannt waren, so kann der Arbeitgeber trotzdem später wegen erwiesener Straftat kündigen, wenn sich aufgrund weiterer Umstände, z.B. durch ein Strafurteil herausstellt, dass der Arbeitnehmer die Straftat tatsächlich begangen hat (BAGE 47, 307 = AP Nr. 19 zu § 626 BGB Ausschlussfrist).

cc) In zahlreichen Fällen wird, wenn es um die Begehung von strafbaren Handlungen geht, es dem Arbeitgeber nicht möglich sein, sich aufgrund der ihm bekannten Umstände bzw. aufgrund eigener weiterer Ermittlungen einen jeden vernünftigen Zweifel ausschließende sichere Kenntnis von der Tatbeteiligung des Arbeitnehmers zu verschaffen.

Es wird ihm oft nichts anderes übrig bleiben, als den Ausgang des Strafverfahrens abzuwarten, um Klarheit zu gewinnen, ob der Arbeitnehmer die Straftat begangen hat oder nicht. Es ist deshalb in Rechtsprechung und Lehre anerkannt, dass der Arbeitgeber grundsätzlich den Ausgang des staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens bzw. des Strafverfahrens abwarten darf. Ob der Arbeitgeber darüber hinaus, wie die Revision meint, trotz sicherer Kenntnis von den Tatumständen den Ausgang der Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörden einfach nur deshalb abwarten darf, um seine eigene strafrechtliche Bewertung durch eine möglichst umfassende Sachverhaltsaufklärung durch unabhängige, sachkundige staatliche Behörden nachprüfen zu lassen, hat die Rechtsprechung bisher dahinstehen lassen, wird aber in der Literatur weitgehend abgelehnt. Neben diesen Fällen, in denen es dem Arbeitgeber um die Sachverhaltsaufklärung geht, kann er den Ausgang des Strafverfahrens auch allein deshalb abwarten, weil es ihm auf das Werturteil ankommt, das mit der Verurteilung des Arbeitnehmers verbunden ist. Ist z.B. der Arbeitgeber grundsätzlich bereit, dem Arbeitnehmer seinen Fehltritt zu verzeihen, und sieht er lediglich eine Verurteilung des Arbeitnehmers zu einer Freiheitsstrafe als Kündigungsgrund an, so kann ihm nicht § 626 Abs. 2 BGB entgegengehalten werden, wenn er den Ausgang des Strafverfahrens abwartet

dd) Diese Ausnahmen setzen aber voraus, dass der Arbeitgeber wirklich den Ausgang des staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens bzw. des Strafverfahrens abwartet. Weder der Verdacht strafbarer Handlungen noch eine begangene Straftat stellen einen Dauertatbestand wie z.B. das unentschuldigte Fehlen dar und ermöglichen es dem Arbeitgeber, stets bis zur strafrechtlichen Verurteilung des Arbeitnehmers zu irgendeinem beliebigen Zeitpunkt eine fristlose Kündigung auszusprechen. Hält der Arbeitgeber einen bestimmten Kenntnisstand für ausreichend, eine fristlose Kündigung wegen Verdachts einer strafbaren Handlung oder wegen begangener Straftat auszusprechen, so muss er nach § 626 Abs. 2 BGB binnen zwei Wochen kündigen, nachdem er diesen Kenntnisstand erlangt hat. Entscheidet sich der Arbeitgeber, nachdem sich aufgrund konkreter Tatsachen bei ihm ein Anfangsverdacht entwickelt hat, selbst weitere Ermittlungen durchzuführen, so muss er diese Ermittlungen zügig durchführen und binnen zwei Wochen nach Abschluss der Ermittlungen kündigen. Es steht dem Kündigenden zwar frei, anstatt eigene Ermittlungen durchzuführen, den Ausgang des Ermittlungs- bzw. Strafverfahrens abzuwarten. Das bedeutet aber nicht, dass der Arbeitgeber trotz eines hinlänglich begründeten Anfangsverdachts zunächst von eigenen weiteren Ermittlungen absehen und den Ausgang des Ermittlungs- bzw. Strafverfahrens abwarten darf, um dann spontan, ohne dass sich neue Tatsachen ergeben hätten, zu einem willkürlich gewählten Zeitpunkt Monate später selbständige Ermittlungen aufzunehmen und dann zwei Wochen nach Abschluss dieser Ermittlungen zu kündigen.

## 2. Die Entwicklung der Rechtsprechung:

### § Grundlegend: BAG vom 4.6.1964, AP Nr. 13 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung

1. ...

2. *Eine außerordentliche Kündigung ist nur dann als so genannte Verdachtskündigung zu rechtfertigen, wenn es gerade der Verdacht ist, der das zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses notwendige Vertrauen in die Rechtschaffenheit des Arbeitnehmers zerstört oder in anderer Hinsicht eine unerträgliche Belastung des Arbeitsverhältnisses darstellt.*

3. *Bei der außerordentlichen Verdachtskündigung sind wie bei jeder Kündigung aus wichtigem Grunde die gesamten für und gegen eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses sprechenden Umstände erschöpfend zu würdigen und gegeneinander ab-*

zuwägen. Besonders kritisch ist vor allem zu prüfen, ob ein dringender Verdacht einer ihrer Art nach schweren Verfehlung gerade gegen diesen bestimmten Arbeitnehmer durch Tatsachen objektiv begründet ist, nachdem alles Zumutbare zur Aufklärung des Sachverhaltes geschehen ist.

4. Stellt sich im Verlauf des Rechtsstreits über die Wirksamkeit der Kündigung die Unschuld des verdächtigen Arbeitnehmers heraus, dann ist dies zu seinen Gunsten noch zu berücksichtigen. Ebenso muss das Gericht dem Vorbringen des Arbeitnehmers nachgehen, mit dem er sich von dem Verdacht reinigen will. Wird die Unschuld des Arbeitnehmers erst nach Abschluss des zu seinen Ungunsten ausgelaufenen Kündigungsprozesses festgestellt, dann kann ihm ein Wiedereinstellungsanspruch zustehen.

5. Die ohne Zustimmung des Arbeitnehmers einseitig durch den Arbeitgeber angeordnete Dienstenthebung (Suspendierung) in dem Falle, dass der Arbeitnehmer einer strafbaren Handlung oder einer sonstigen Verfehlung verdächtig ist, kann den Anspruch des Arbeitnehmers auf die vereinbarte Vergütung für die Zeit der Suspendierung weder beseitigen noch mindern.

Dieser letzte Punkt ist heftig umstritten; die Lehre lehnt überwiegend einen Weiterbeschäftigungsanspruch des verdächtigen AN ab, so dass bis zur Entkräftung des Verdachts kein Vergütungsanspruch aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges, § 615 BGB, besteht; vgl. u. a. KR- Hillebrecht, § 626 BGB, Rn. 182.

Weitere Rechtsprechung: Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, Az. 10 Sa 871/99, *Ein Arbeitnehmer behält auch im Falle seiner berechtigten Suspendierung grundsätzlich den Anspruch auf Lohn. Das Gericht gab damit der Klage einer Arbeitnehmerin auf Weiterzahlung ihres Gehalts statt. Die Frau arbeitet im Betrieb ihres Mannes, von dem sie jedoch getrennt lebt. Mit der Begründung, die Klägerin habe 150 000 Mark vom Geschäftskonto auf ihr Privatkonto umgebucht, suspendierte sie ihr Mann. Zugleich stellte er die Zahlung des Lohnes ein - zu Unrecht, wie die Richter meinten. In der Begründung verwies das Arbeitsgericht darauf, dass das Arbeitsverhältnis in diesem Fall nicht aufgelöst sei. Eine Ausnahme gelte nur, wenn den Arbeitnehmer der Vorwurf eines besonders schwer wiegenden Fehlverhaltens treffe (Focus.Online).*

§ BAG vom 10.4.1984, AP Nr. 39 zu § 102 BetrVG 1972

§ BAG vom 14.9.1994, NZA 1995, 269 ff

§ BAG vom 13.9.1995, NZA 1996, 81 ff: *Eine Verdachtskündigung als Reaktion auf die Störung des für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses notwendigen Vertrauens ist unverhältnismäßig, wenn der Arbeitgeber nicht alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen hat. Insbesondere die vorherige Anhörung des Arbeitnehmers ist grundsätzlich Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung*

§ Ebenso bereits BAG vom 27.3.1991, 2 AZR 418/90, nicht veröffentlicht (über JURIS): *Der Arbeitgeber ist aufgrund der ihm obliegenden Aufklärungspflicht gehalten, den Arbeitnehmer vor Ausspruch einer Verdachtskündigung zu den gegen ihn erhobenen Verdachtsmomenten zu hören. Die Erfüllung der Anhörungspflicht ist Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Verdachtskündigung.*

§ BAG vom 22.1.1998, NZA 1998, 726 ff (Fall einer abgelehnten Restitutionsklage)

§ LAG Köln vom 15.4.1997, NZA 1998, 203: *Anhörung des verdächtigen AN muss unter zumutbaren Umständen erfolgen (sonst unwirksam; hier: in Anwesenheit unbeteiligter Dritter).*

### 3. WICHTIGER HINWEIS

Die Verdachtskündigung ist strikt von der Tatkündigung zu unterscheiden. Aus diesem Grund muss der Arbeitgeber einen vorhandenen Betriebsrat zu der jeweiligen Kündigungsart (oder zu beiden) anhören.

#### 4. Rechtsfolgen, wenn sich der Verdacht im nachhinein als unbegründet herausstellt

- a) in der Regel Anspruch auf Wiedereinstellung; vgl. h. M., vgl. Lieb, Arbeitsrecht, Rn 381
- b) falls Wiedereinstellung nicht möglich: Abfindung analog § 9 KSchG

#### Nr. 4: Problem der sog. Druck-Kündigung

Druckausübung, dergestalt, dass sich Arbeitnehmer weigern, mit einem oder mehreren bestimmten Kollegen zusammenarbeiten und mit der Eigenkündigung drohen, falls nicht der oder die betreffenden Mitarbeiter entlassen werden, reicht regelmäßig als Kündigungsgrund nicht aus. Häufigste Fälle: Mobbing; HIV-Infektion eines AN.

Vom AG wird aufgrund seiner Fürsorgepflicht regelmäßig erwartet, dass er diesem Druck begegnet. Eine Kündigung kommt daher erst in Extremsituationen in Betracht, z. B. ein größerer Streik droht, Massenkündigungen sind zu gewärtigen. Eine Abwendung durch andere Schutzmaßnahmen (Einführung geeigneter Schutzmaßnahmen, Versetzungen etc.) muss ausgeschlossen sein. In derartigen Fällen soll nach wohl überwiegender Auffassung der Arbeitgeber dem Gekündigten entschädigungspflichtig sein (unter dem Gesichtspunkt eines privatrechtlichen Aufopferungsanspruchs); teilweise wird dem AG ein Regressanspruch gegen die Druck ausübenden AN zugebilligt.<sup>108</sup>

#### Nr. 5: Außerordentliche Kündigung und soziale Folgen

Häufig stehen eine fristlose Kündigung und ihre weiteren Folgen in keinem angemessenen Verhältnis zum Kündigungsanlass. Das verdeutlicht folgender Vergleich (nach Schoof, Betriebsratspraxis von A bis Z, S. 171)

##### 1. Fall.

Diebstahl in einem Kaufhaus (Wert 50,--€). Folgen für den Dieb:

- § Strafverfahren (z. B. Geldstrafe in Höhe von 2045,--€),
- § Eintragung der Vorstrafe ins Bundeszentralregister,
- § Hausverbot für das Kaufhaus.

##### 2. Fall.

Diebstahl im Betrieb (Wert: 50,--€). Folgen

- § Strafverfahren (z. B. Geldstrafe in Höhe von 2045,--€),
- § Eintragung der Vorstrafe ins Bundeszentralregister,
- § fristlose Kündigung,
- § Arbeitslosengeldsperre nach § 144 SGB III (bis zu 12 Wochen),
- § evtl. Dauerarbeitslosigkeit,
- § sozialer Abstieg,
- § Auswirkungen auf die Familie.

Ergebnis: Gleicher Anlass, erheblich unterschiedliche Konsequenzen!

<sup>108</sup> Bauer / Röder / Lingemann, Krankheit im Arbeitsverhältnis, 2. A., 1996, S. 109

## Nr. 6: Etwas zusätzliche Rechtsprechung

### 1. Problem der „außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung“

BAG vom 16.3.1978, NJW 1979, 76 ff: *Will der Arbeitgeber, der eine außerordentliche Kündigung beabsichtigt, sicherstellen, dass im Falle der Unwirksamkeit dieser Kündigung die von ihm vorsorglich erklärte oder dahin umgedeutete ordentliche Kündigung nicht an der fehlenden Anhörung des Betriebsrats scheitert, dann muss er den Betriebsrat deutlich darauf hinweisen, dass die geplante außerordentliche Kündigung hilfsweise als ordentliche Kündigung gelten soll. Die Anhörung allein zur außerordentlichen Kündigung ersetzt nicht die Anhörung zu einer ordentlichen Kündigung; in diesem Falle ist die ordentliche Kündigung nach BetrVG § 102 Abs. 1 S 3 unwirksam.*

### 2. Außerordentliche Kündigung wegen Krankheit

Gegenüber einem tariflich unkündbaren AN: vgl. BAG 12.7.1995, AiB 1996, 495 ff. – Vgl. auch den sehr instruktiven Fall – einschließlich Diskussion – in: Notter u. a., *Meine Rechte am Arbeitsplatz*, dtv/Beck, 1997, S. 254 ff. D.h. in einem derartigen Fall ist zwar ein wichtiger Grund zu bejahen, allerdings nur mit der Maßgabe, dass die Kündigungsfrist einzuhalten ist.

### 3. Außerordentliche betriebsbedingte Kündigung

BAG vom 5.2.1998, NZA 1998, 771 ff:

Die außerordentliche Kündigung gegenüber einem tariflich unkündbaren Arbeitnehmer kann aus betriebsbedingten Gründen ausnahmsweise unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist zulässig sein, wenn der Arbeitsplatz des Arbeitnehmers weggefallen ist und der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auch unter Einsatz aller zumutbaren Mittel, ggf. durch Umorganisation seines Betriebes, nicht weiterbeschäftigen kann.

Für die Anwendung der Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB ist in solchen Fällen kein Raum, da der Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit einen Dauertatbestand darstellt.

Hinsichtlich der Sozialauswahl und der Betriebs- bzw. Personalratsbeteiligung steht diese außerordentliche Kündigung einer ordentlichen Kündigung gleich. § 1 Abs. 3 KSchG, § 102 Abs. 3 - 5 BetrVG und § 79 Abs. 1 - 2 BPersVG sind entsprechend anwendbar.

Vgl. insoweit die neuere Rechtsprechung des BAG: Urteil vom 27. Juni 2002 - 2 AZR 367/01, AP Nr. 4 zu § 55 BAT.

4. Außerordentliche Kündigung wegen Volksverhetzung, BAG v. 14.2.1996, AiB 1997, 302 ff: (instruktiv in mehrfacher Hinsicht: Ausländerfeindliche Pamphlete als wichtiger Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB - i.V.m. §§ 54, 55 BAT - für einen Angestellten im Öff. Dienst, wegen § 8 Abs. 1 BAT; Beginn der Frist nach § 626 Abs. 2 BGB: gfl. Kenntniserlangung des AG von der strafrechtlichen Verurteilung des „Hetzers“; Berücksichtigung eines Verbotsirrtums möglich. – Schließlich noch: Zurückverweisung an LAG zur weiteren Aufklärung!).

5. Ein verhaltensbedingter wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung setzt nach § 626 Abs. 1 BGB nicht nur eine objektive und rechtswidrige Verletzung einer Vertragspflicht, sondern darüber hinaus auch ein schuldhaftes vorwerfbares Verhalten des AN voraus. Std. Rspr. des BAG: 10.12.1992, AP Nr. 41 zu Art. 140 GG – III 3c bb der Gründe).

6. BAG vom 11.3.1999, NZA 1999, 587 ff: außerordentliche Kündigung eines Angestellten wegen Loyalitätsverstößes [Bankangestellter hatte im Zuge eines Herabgruppierungsverfahrens damit gedroht, er werde die „Luxemburger Aktivitäten“ der Bank publik machen.]

\*\*\*

HINWEIS: Einen Sonderfall regelt § 627 BGB, Kündigung eines Dienstverhältnisses, das nicht Arbeitsverhältnis ist, sofern es sich nicht um ein Dienstverhältnis mit festen Bezügen handelt.

**Nr. 7: Umdeutung (einer außerordentlichen in eine ordentliche Kündigung)**

## FÄLLE

**Fall Nr. 94:** Der 52jährige Alpha war seit 1982 bei der Firma Malibu (75 Arbeitnehmer, kein Betriebsrat) in Braunschweig als Betriebsingenieur mit einem Monatsgehalt von zuletzt 9.600 DM [jetzt 4908 €] beschäftigt. Ihm oblag die fachliche Betreuung des Maschinenparks. Im Frühjahr 1998 erhielt die Revisionsabteilung von Malibu einen Hinweis, dass Alpha Schmiergelder von Drittfirmen für die Vergabe von Aufträgen der Firma angenommen habe. Daraufhin stellte der Firmeninhaber Nachforschungen an, die am 24.4.1998 das Ergebnis erbrachten, dass Alpha tatsächlich seit 1990 Geldzahlungen in Höhe von insgesamt 230.000 DM [jetzt 118.000 €] angenommen hatte. Am 13.5.1998 übergab Malibu persönlich dem Alpha ein Schreiben, das die außerordentliche Kündigung des Alpha zum Gegenstand hatte. Am 20.5.1998 erhob Alpha Kündigungsschutzklage. Die Güteverhandlung blieb erfolglos. In der Streitverhandlung am 18.8.1998 trug Malibu vor, die Kündigung werde auf den Vorwurf der Schmiergeldannahme gestützt. Der Vorsitzende wies darauf hin, dass eine fristlose Kündigung problematisch sei. Daraufhin erklärte Malibu, dass die Kündigung auch als ordentliche gedacht sei.  
Rechtslage?

## THEORIE

Sedes materiae: § 140 BGB.

Hinweis: Nach ständiger Rechtsprechung des BAG findet keine Umdeutung von Amts wegen statt (BAG vom 14.11.1995, NZA 1996, 419 ff). Ein entsprechender Vortrag des AG ist also nötig.

Falls ein BR vorhanden ist, kann eine Umdeutung nach § 140 BGB nur unter folgenden Voraussetzungen erfolgen:

- Der BR muss bei der Mitteilung der Gründe (nach § 102 Abs. 1 BetrVG) bereits aufgefordert worden sein, auch zu einer eventuellen ordentlichen Kündigung Stellung zu nehmen;
- Der BR muss sich auch tatsächlich zur ordentlichen Kündigung geäußert haben oder aber, bei Nichtäußerung, muss vor Ausspruch der Kündigung die Wochenfrist gem. § 102 Abs. 2 S. 1 BetrVG abgelaufen sein. Ausnahme: der BR hatte der außerordentlichen Kündigung vorbehaltlos zugestimmt.

Ähnliche Probleme ergeben sich beim sog. Nachschieben von Kündigungsgründen, also dem Phänomen, dass der AG nach Ausspruch der Kündigung Gründe anführt, die er vorher nicht erwähnt hatte. Besonders häufig dann, wenn in der Mündlichen Verhandlung vor dem Ar-

beitsgericht deutlich wird, dass die bislang vorgebrachten Gründe nicht ausreichen dürften. Falls ein BR in dem fraglichen Betrieb existiert, ist seine erneute Anhörung erforderlich !

BAG v. 18.10.2000 - 2 AZR 627/99, AP Nr. 9 zu § 626 BGB Krankheit:

*Die Umdeutung einer außerordentlichen fristlosen Kündigung in eine außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist setzt grundsätzlich eine Beteiligung des Betriebs- bzw. Personalrats nach den für eine ordentliche Kündigung geltenden Bestimmungen voraus.*

## Lektion Nr. 20: Sonderkündigungsschutz

### Ø INHALT

- A. Betriebliche Interessenvertreter: Bestandschutz nach §§ 103 BetrVG, 15 KSchG
- B. Sonderkündigungsschutz für gewerkschaftliche Vertrauensleute ?
- C. Weitere Fälle

\*\*\*

### A. Betriebliche Interessenvertreter: Bestandschutz des Arbeitsverhältnisses, §§ 15 KSchG, 103 BetrVG

#### **Einleitungsfall (=Fall Nr. 93a)**

*Klemm ist stellvertretender Vorsitzender des Betriebsrates des Kaufhauses "NEUKAUF AG"; gleichzeitig ist er Mitglied der Y-Gewerkschaft. In letzter Zeit sind zahlreiche Fälle bekannt geworden, dass er - in Ausnutzung seines Amtes - Mitgliedern seiner Gewerkschaft im Betrieb Vorteile zugeschanzt und Mitglieder der Z-Gewerkschaft grob benachteiligt hat. Außerdem hat er auf Betriebsversammlungen mehrfach parteipolitische Reden gehalten, die durch große Heftigkeit auffielen; einmal ließ er unverhohlen seine Sympathie mit Eichmann und Mengele durchblicken. In der Belegschaft entstanden Unruhe und Spannungen; viele Arbeitnehmer empfanden das Betriebsklima als unerträglich. Eine Gruppe, die Klemms politische Anschauungen nicht teilte, trat an die Betriebsleitung heran mit der Forderung, endlich Abhilfe zu schaffen.*

1. Was kann Personalleiter Meyer tun?

2. Seit dem Bekanntwerden des letzten Vorfalls war eine Woche verstrichen. Meyer teilte nunmehr dem Betriebsratsvorsitzenden Abel seine Ansicht mit, Klemm fristlos zu kündigen und bat - im Hinblick auf § 626 II BGB - um schleunige Behandlung. Abel berief am Tag darauf den Betriebsrat zu einer Sondersitzung ein. Die Betriebsrats-Mitglieder waren jedoch nicht bereit, sich in einer so wichtigen Angelegenheit unter Zeitdruck setzen zu lassen. Hier stehe Behauptung gegen Behauptung; es müssten noch Zeugen gehört werden. Was muss Meyer tun?



3. Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht ersetzen die Zustimmung des Betriebsrats. Meyer kündigt darauf unverzüglich. nunmehr will Klemm gegen die Kündigung vorgehen. Er will zwei Kollegen aufgetrieben haben, die bereit seien zu bekunden, daß der Hauptzeuge die Dinge maßlos übertrieben habe. Geht das? kann der Streit ein zweites Mal durch die Instanzen getrieben werden?

#### 1. Das System:

SITUATION 1: Die Amtszeit des betroffenen Arbeitnehmers läuft noch:

- ◆ Ordentliche Kündigung: grundsätzlich ausgeschlossen (§ 15 I KSchG)  
Ausnahme: Stilllegung des Betriebes oder Teilstillegung, § 15 IV  
Aber: Verfassungskonforme Auslegung notwendig (Adam, NZA 1999, 846, 850); gegen Löwisch, KSchG, 7. A., 1997, § 15 Rn. 44, der bei personenbedingten Gründen eine erleichterte Zulassung der außerordentlichen Kündigung befürwortet.
- ◆ Außerordentlichen Kündigung: ausnahmsweise zugelassen, wenn
  - a) ein wichtiger Grund i. S. v. § 626 Abs. 1 BGB vorliegt, und
  - b) der Betriebsrat ausdrücklich seine Zustimmung erteilt (innerhalb der Frist nach § 626 Abs. 2 BGB), oder  
die Zustimmung des BR auf Antrag des Arbeitgebers durch das Arbeitsgericht **rechtskräftig** ersetzt ist, und der Arbeitgeber in diesem Falle die Kündigung unverzüglich nach Eintreten der Rechtskraft ausspricht (§ 21 Abs. 5 SchwbG vom 26.8.1986, analog, so die bisherige Rechtsprechung. Mit Gesetz vom 21.6.2001 sind die Bestimmungen des SchwbG in das SGB IX überführt worden; die alte Regelung des § 21 SchwbG findet sich nunmehr in § 91 SGB IX. Hier ist insbesondere Abs. 5 von § 91 SGB IX einschlägig).

SITUATION 2: Die Amtszeit ist abgelaufen (Ende der Wahlperiode):

- ◆ Ausschluss der ordentlichen Kündigung auf die Dauer von einem Jahr
- ◆ Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung, ohne Zustimmungserfordernis nach § 103 BetrVG, aber mit Anhörungspflicht gem. § 102 Abs. 1 und 2 BetrVG.

SITUATION 3: Die Amtszeit ist vorfristig durch arbeitsgerichtliche Amtsenthebung gem. § 23 BetrVG beendet worden:

- ◆ ordentliche und außerordentlichen Kündigung möglich (bei Vorliegen der notwendigen Voraussetzungen).

SONDERSITUATION Nr. 1: Schutz von Mitgliedern der JAV, § 78a BetrVG

SONDERSITUATION NR. 2: Außerordentliche Änderungskündigung von betrieblichen Amtsträgern

BAG vom 6.3.1986, NZA 1987, 102 ff:

*Der Senat hält daran fest, dass eine ordentliche Änderungskündigung gegenüber einem durch § 15 KSchG geschützten Arbeitnehmer auch dann unzulässig ist, wenn der Arbeitgeber dadurch die Arbeitsbedingungen des Amtsträgers denen einer Gruppe von Arbeitnehmern anpassen will, zu der auch der Amtsträger gehört*

*In diesem Falle kann allerdings eine außerordentliche Änderungskündigung aus betriebsbedingten Gründen gerechtfertigt sein.*

*Ein wichtiger Grund für einer außerordentliche Änderungskündigung setzt zunächst auf Seiten des Kündigenden voraus, dass für ihn die Fortsetzung derjenigen bisherigen Bedingungen, deren Änderung er erstrebt, jeweils unzumutbar geworden ist, d.h., dass die vorgesehenen Änderungen für ihn unabweisbar sind. Darüber hinaus müssen die neuen Bedingungen dem Gekündigten zumutbar sein. Beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen .*

2. Problem: Sonderkündigungsschutz (gem. § 15 Abs. 1 KSchG) auch für den Betriebsrat eines Betriebes, der nur 10 Beschäftigte i.S.v. § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG hat? Beispiel: 12 AN mit wöchentlicher Arbeitszeit von 20 Stunden, ein Auszubildender, vier AN mit 38 Stunden pro Woche.

Antwort aus § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG!!!!

### 3. Rechtsprechung:

a) BAG v. 6.11.1996, AiB 1997, 604 ff: Weiterbeschäftigung kann dem AG nicht zugemutet werden, wenn bei Ende der Ausbildung kein freier Arbeitsplatz vorhanden ist.

b) BAG vom 23.8.1984, AP Nr. 17 zu § 103 BetrVG:

*1. Im Zustimmungsverfahren nach § 103 BetrVG ist das Betriebsratsmitglied, dem gekündigt werden soll, rechtlich verhindert, an der Beratung und Beschlussfassung des Betriebsrats über die Kündigung teilzunehmen. Für das betroffene Betriebsratsmitglied ist ein Ersatzmitglied gemäß § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG zu laden (im Anschluss an BAG Urteil vom 26.8.1981 7 AZR 550/79 = BAGE 36, 72).*

*2. Ist kein Ersatzmitglied für das betroffene Betriebsratsmitglied eingeladen worden, nimmt dieses vielmehr an der Beratung über seine eigene Kündigung teil, so ist der Betriebsratsbeschluss über die Kündigung nichtig. Unschädlich ist es, wenn bei Teilnahme des Ersatzmitglieds das betroffene Betriebsratsmitglied Gelegenheit erhält, zu den Vorwürfen des Arbeitgebers Stellung zu nehmen.*

*3. Die Grundsätze, die der Senat für die Berücksichtigung der Mängel beim Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG entwickelt hat (Sphärentheorie), sind auf das Zustimmungsverfahren des § 103 BetrVG nicht übertragbar, weil die erforderliche Zustimmung zur Kündigung (§ 15 KSchG) an sich einen wirksamen Beschluss voraussetzt.*

*4. Nach den Grundsätzen des Vertrauensschutzes darf der Arbeitgeber zwar grundsätzlich auf die Wirksamkeit eines Zustimmungsbeschlusses nach § 103 BetrVG vertrauen, wenn ihm der*

*Betriebsratsvorsitzende oder sein Vertreter mitteilt, der Betriebsrat habe die beantragte Zustimmung erteilt. Das gilt aber dann nicht, wenn der Arbeitgeber die Tatsachen kennt oder kennen muss, aus denen die Unwirksamkeit des Beschlusses folgt. Eine Erkundigungspflicht des Arbeitgebers besteht insoweit allerdings nicht.*

c) BAG, Urt. v. 24.10.1996 - 2 AZR 3/96, NZA 1997, 371 ff = AP Nr. 32 zu § 103 BetrVG 1972:

*Hat der Arbeitgeber einen Zustimmungsantrag nach § 103 Abs. 1 BetrVG gestellt und auf die spontane Zustimmungserklärung des Betriebsratsvorsitzenden hin vor Ablauf von drei Tagen (§ 102 Abs. 2 S. 3 BetrVG analog) gekündigt, so muss er erneut die Zustimmung des Betriebsrats beantragen, wenn er wegen Bedenken gegen die Wirksamkeit der ersten Kündigung eine weitere Kündigung aussprechen will. Ein statt dessen gestellter Zustimmungsersetzungsantrag beim ArbG ist unzulässig. Nur ein zulässiger Zustimmungsersetzungsantrag nach § 103 Abs. 2 BetrVG wahrt die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB. Ein vor der Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats gestellter Zustimmungsersetzungsantrag ist unzulässig und wird auch nicht dadurch zulässig, dass nachträglich die Zustimmung des Betriebsrats zu der beabsichtigten Kündigung beantragt wird*

Zu den enormen Schwierigkeiten in der Praxis vgl. Diller, Der Wahnsinn hat Methode, in: NZA 1998, 1163 f. S. auch BAG v. 9.7.1998, NZA 1998, 1273 ff.

## B. Sonderkündigungsschutz für gewerkschaftliche Vertrauensleute?

LAG Düsseldorf, 25.8.1995 - 17 Sa 324/95, ArbuR 1996, 238 ff

*1. In einem Firmentarifvertrag kann gewerkschaftlichen Vertrauensleuten grundsätzlich ein besonderer Kündigungsschutz eingeräumt und Sonderurlaub sowie Freistellungen aus Anlass der Gewerkschaftsarbeit zugestanden werden.*

*2. Die Grenzen normativer Tarifmacht werden nicht überschritten, wenn zum Schutz der Vertrauensleute die ordentliche Kündigung ausgeschlossen wird. Ob gleichwohl bei anstehenden betriebsbedingten Kündigungen Vertrauensleute in die soziale Auswahl einzubeziehen sind, ist eine Frage, die die generelle Wirksamkeit einer solchen Tarifnorm nicht berührt.*

*3. Dem Arbeitgeber wird auch die außerordentliche Kündigung nicht unzulässig erschwert, wenn der Tarifvertrag entsprechend § 102 Abs. 6 BetrVG die Zustimmung des Betriebsrats voraussetzt.*

## C. Weitere Fälle

### I. Schwangere und Wöchnerinnen

§ 9 MuSchG

### II. Arbeitnehmer, die Erziehungsurlaub in Anspruch nehmen

§ 18 BErzGG

### III. Schwerbehinderte

§§ 85 ff SGB IX. Im Falle von Kündigungen vorherige Zustimmung des Integrationsamtes (bis 2001: der Hauptfürsorgestelle) erforderlich. Allerdings ist nach std. Rspr. des BAG die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle (jetzt: des Integrationsamtes) nur erforderlich, wenn zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung die Schwerbehinderung festgestellt oder die Feststellung beim Versorgungsamt jedenfalls schon beantragt worden war (vgl dazu MEMENTO, Personalrecht für die Praxis, Nr. 7181).

BAG vom 7.3.2002, 2 AZR 612/00: Unter bestimmten Voraussetzungen kann der Sonderkündigungsschutz schon **vor** der Stellung des Antrags auf Anerkennung der Schwerbehinderteneigenschaft greifen.

## Lektion Nr. 21: Massenentlassungen

RECHTSGRUNDLAGEN: §§ 17 – 22 KSchG; EG-Richtlinie 75/129 EWG vom 17. 2. 1975; Richtlinie 92/56 EWG vom 24. 6. 1992 zur Änderung der Richtlinie 75/129 EWG. Der Dritte Abschnitt des KSchG regelt den **besonderen Kündigungsschutz bei Massenentlassungen**. § 17 ist neu gefasst durch das EG-Anpassungsgesetz vom 20. 7. 1995 (BGBl I S. 946).

Kern der Regelungen: Will ein AG, der normalerweise mehr als 20 AN beschäftigt, innerhalb von 30 Kalendertagen eine bestimmte Zahl von AN entlassen (Einzelheiten: siehe § 17 KSchG), so muss er dieses Vorhaben zunächst der Agentur für Arbeit (früher: Arbeitsamt) anzeigen unter Beifügung der Stellungnahme des Betriebsrates. Die ordnungsgemäße Anzeige setzt eine Sperrfrist für die vorgesehenen Entlassungen in Lauf: Sie beträgt regelmäßig einen Monat; die Frist kann gfl. von der Agentur für Arbeit (früher: Landesarbeitsamt) verkürzt oder verlängert werden (vgl. § 18 Abs. 2 KSchG).

Sinn der Regelungen: arbeitsmarktpolitische Zwecke. Es geht nicht um die Verhinderung von Massenentlassungen, sondern um deren Aufschub. Die Arbeitsämter sollen Zeit gewinnen für die Vermittlung einer größeren Anzahl von AN.

### Rechtsfolgen:

- Massenkündigungen, die ohne Anzeige ausgesprochen werden, sind unwirksam (BAG vom 13.4.2000, AP Nr. 13 zu § 17 KSchG 1969).<sup>109</sup> Massenkündigungen, die innerhalb der Sperrfrist ohne Zustimmung des Landesarbeitsamtes (jetzt: Agentur für Arbeit) erfolgen, sind ebenfalls unwirksam, sofern sich die betroffenen AN darauf berufen (BAG vom 8.6.1989, NZA 1990, 224 ff).

### Behördliche Möglichkeiten:

1. Agentur für Arbeit: kann Entlassungen während der Sperrfrist zustimmen (§ 18 I KSchG);
2. Bundesagentur für Arbeit kann Genehmigung von Kurzarbeit während der Sperrfrist erteilen (§ 19 I KSchG).

<sup>109</sup> BAG vom 13. April 2000 - 2 AZR 215/99, AP Nr. 13 zu § 17 KSchG 1969:

„Liegt bei einer nach §§ 17 ff. KSchG anzeigepflichtigen Massenentlassung im vorgesehenen Entlassungszeitpunkt nicht die erforderliche Zustimmung der Arbeitsverwaltung vor, so darf der Arbeitgeber trotz privatrechtlich wirksamer Kündigung den Arbeitnehmer so lange nicht entlassen, bis die Zustimmung erteilt ist. Ist die Zustimmung weder vor noch nach dem vorgesehenen Entlassungszeitpunkt beantragt worden, steht damit fest, dass das Arbeitsverhältnis durch die entsprechende Kündigung nicht aufgelöst worden ist.“

Massenentlassungen fallen in der Regel mit Betriebsänderungen i.S.v. §§ 111 BetrVG zusammen. Es sind dann zusätzlich die Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei Betriebsänderungen zu beachten: Interessenausgleich, Sozialplan, Nachteilsausgleich (§§ 112, 113 BetrVG).

Politisch nicht uninteressant ist die Tatsache, dass die BRD die Umsetzung der EU-Richtlinien auf unterem Niveau vorgenommen hat, im Gegensatz beispielsweise zu Frankreich. Hier war sogar im Falle von Massenkündigungen bis 1986 die Genehmigung der Arbeitsinspektion (entspricht der deutschen Gewerbeaufsicht) nötig. Damit einher geht eine signifikant größere Regelungsdichte für das „licenciement collectif“ (Massenentlassung) sowie eine ungleich intensivere Beschäftigung damit in den einschlägigen Lehrbüchern.

## Lektion Nr. 22: Beendigung des Arbeitsverhältnisses: Folgeansprüche / Verjährung

### Ø INHALT:

1. Freistellung von der Arbeitsleistung
2. Finanzielle Folgen
3. Zeugnis
4. Ausgleichsquittung
5. Ausschlussfristen, Verjährung, Verwirkung
6. Herausgabeansprüche des Arbeitgebers

\*\*\*

### Ø EINFÜHRENDE LITERATUR: Halbach u. a. 2/ 551-568

### FÄLLE

**Fall Nr. 95:** *Der Buchhalter Bartolo war seit dem 1.2.1979 im Betrieb des Tacker beschäftigt; in der Zeit von April 1983 bis Ende März 1992 gehörte er dem Betriebsrat an. Bei einer Auseinandersetzung über den Jahresabschluss am 3.3.1995 war Bartolo „ausgerastet“ und hatte Herrn Tacker grob beleidigt. Am 10.3.1995 erhielt er daher, nachdem der Betriebsrat ordnungsgemäß angehört worden war, die fristlose Kündigung, gegen die er sich nicht wehrte. In dem verlangten Arbeitszeugnis erwähnte Tacker zwar die guten Arbeitsleistungen des Bartolo, aber auch dessen langjährige Betriebsratstätigkeit und führte zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus: „Das Arbeitsverhältnis endete am 10.3.1995 wegen grober Beleidigung des Arbeitgebers.“ Die Formel: „Für die Zukunft wünschen wir Ihnen alles Gute.“ nahm Tacker nicht in das Zeugnis auf.*

*Bartolo verlangt, dass die Betriebsratstätigkeit und der Beendigungsgrund nicht im Zeugnis erwähnt werden. Dafür soll am Ende die „Wunsch-Formel“ in das Zeugnis aufgenommen werden. Zu Recht?*

**Fall Nr.96:** Anton erhielt am 23.3.1985 von seinem Arbeitgeber Lehmann die Kündigung zum 30.6.1985 zugestellt. Sie war mit Vorfällen während der Arbeitszeit begründet. In dem Kündigungsrechtsstreit erreichte Anton die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung. Am 18.12.1987 wurde das Urteil rechtskräftig. Am 3.1.1988 erhob Anton, der Ende 1987 eine neue Stelle gefunden hatte, Klage auf Nachzahlung des Gehalts für die Jahre 1985-1987, gestützt auf § 615 BGB.

a) Lehmann bestreitet den Anspruch als solchen nicht, wendet aber für 1985 Verjährung ein. Anton hält dies für rechtsmissbräuchlich; Lehmann hätte doch wissen müssen, dass er - Anton - den Lohn nach Beendigung des Kündigungsrechtsstreits einklagen würde. Wer hat recht?

b) In dem einschlägigen Tarifvertrag ist vorgesehen, dass alle Ansprüche verfallen, wenn sie nicht binnen sechs Monaten nach Fälligkeit schriftlich geltend gemacht werden. Anton hat dies versäumt. Lehmann wendet Ablauf der Ausschlussfrist ein. Mit Recht? Spielt es eine Rolle, ob Anton Mitglied der vertragsschließenden Gewerkschaft war?

## THEORIE

### 1. Freistellung von der Arbeitsleistung

Häufig stellen Arbeitgeber Mitarbeiter, die gekündigt worden sind oder die selbst gekündigt haben, während der noch laufenden Kündigungsfrist ganz von jeder Arbeit frei. Juristisch gesehen handelt es sich hierbei um die Suspendierung der Arbeitspflicht. Eine derartige einseitige Suspendierung widerspricht dem Vertragsprinzip; sie ist daher auf absolute Ausnahmefälle beschränkt (z.B. schwerwiegende Eignungsmängel oder Pflichtverletzungen). Im allgemeinen **berechtigt** eine derartige vom AG ausgesprochene Suspendierung den Arbeitnehmer zur Nichtleistung; sie **verpflichtet** ihn aber nicht dazu. M.a.W. aufgrund des Arbeitsvertrages hat der AN ein Recht auf vertragsgemäße Beschäftigung; den AG trifft eine Beschäftigungspflicht (vgl. [BAG, GS, vom 27.2.1985](#), NZA 1985, 702 ff).

Im einzelnen (BAG, vom 28.3.2000, a.a.O.):

„Nach § 99 Abs. 1 BetrVG bedarf in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 wahlberechtigten Mitarbeitern die Versetzung von Arbeitnehmern der Zustimmung des Betriebsrats.

Eine Versetzung erfordert nach der Definition des § 95 Abs. 3 BetrVG die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs, die entweder voraussichtlich die Dauer von einem Monat überschreitet oder mit einer erheblichen Änderung der Umstände verbunden ist, unter denen die Arbeit zu leisten ist. Die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs in diesem Sinne liegt vor, wenn dem Arbeitnehmer ein neuer Tätigkeitsbereich zugewiesen wird, so dass der Gegenstand der nunmehr geforderten Arbeitsleistung, der Inhalt der Arbeitsaufgabe, ein anderer wird und sich das Gesamtbild der Tätigkeit des Arbeitnehmers ändert. Maßgebend ist, dass sich die Tätigkeiten des Arbeitnehmers vor und nach der Maßnahme so von einander unterscheiden, dass die neue Tätigkeit vom Standpunkt eines mit den betrieblichen Verhältnissen vertrauten Beobachters als eine andere angesehen werden muss. Ob ein anderer Tätigkeitsbereich zugewiesen worden ist, beurteilt sich ausschließlich nach den tatsächlichen Verhältnissen im Betrieb.

Als Versetzung mitbestimmungspflichtig ist somit die tatsächliche Beschäftigung in einem anderen Bereich, also die Zuweisung einer anderen Tätigkeit. Eine erhebliche Veränderung des Arbeitsbereichs kann sich dabei auch dadurch ergeben, dass eine neue Teilfunktion übertragen oder ein Teil der bisher wahrgenommenen Funktion entzogen wird. Zwar müssen dabei die neu übertragene oder die entzogene Tätigkeit nicht unbedingt überwiegen; maßgeblich ist jedoch, dass sie der Gesamttätigkeit ein solches Gepräge geben, dass nach ihrem Hinzutreten bzw. ihrem Wegfall insgesamt von einer anderen Tätigkeit ausgegangen werden kann. Eine Änderung in der Art der Beschäftigung ist aber dann keine nach § 99 BetrVG mitbestimmungspflichtige Versetzung, wenn der Arbeitgeber auf Grund seines Weisungs-

rechts einem Arbeitnehmer bei im übrigen gleich bleibender Tätigkeit einen Teil seiner Aufgaben entzieht, ohne dass dadurch ein neuer Arbeitsbereich entsteht.“

Wichtig: eine Freistellung während der Kündigungsfrist ist keine mitbestimmungspflichtige Versetzung.

BAG vom 28.3.2000, AP Nr. 39 zu § 95 BetrVG 1972: *Werden einem Arbeitnehmer z.B. durch Freistellung während der Kündigungsfrist die bisherigen Arbeitsaufgaben entzogen, ohne dass neue Tätigkeiten an deren Stelle treten, liegt keine Versetzung iSv. § 95 Abs. 3 Satz 1 BetrVG vor.*

- Begründung: nach der Legaldefinition in § 95 Abs. 3 BetrVG ist eine mitbestimmungspflichtige Versetzung nur gegeben, wenn dem Arbeitnehmer neben dem Entzug des bisherigen Arbeitsbereichs ein anderer, neuer Arbeitsbereich zugewiesen wird.
- Andererseits bleibt, wie gesehen, der individualrechtliche Anspruch auf Weiterbeschäftigung bis zum Ende der Kündigungsfrist bestehen. (BAG, GS, v. 27.2.1985, NZA 1985, 702 ff).

## 2. Finanzielle Fragen

a) Hat das Arbeitsgericht entschieden, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung des AG nicht aufgelöst worden ist (und liegt auch kein Auflösungsurteil gem. § 9 KSchG vor), so muss der AG dem AN den Lohn / das Gehalt für die Zeit zwischen Ausscheiden des AN aus dem Betrieb (Ende der Kündigungsfrist) bis Wiedereintritt nachzahlen, §§ 615, 293 ff BGB. Bis Mitte der 80er Jahre war nach Auffassung des BAG hierzu ein wörtliches Angebot des AN gem. § 295 BGB erforderlich. Dieses wurde in der Erhebung der Kündigungsschutzklage gesehen, so dass der AG sich ab diesem Zeitpunkt in Annahmeverzug befand. Mit Urteil vom 9.8.1994 (BB 1985, 399 = AP Nr. 34 zu § 615 BGB, für die außerordentliche Kündigung) und vom 21.3.1985 (DB 1985, 1744 = AP Nr. 35 zu § 615 BGB, für die ordentliche Kündigung) hat das BAG diese Rechtsprechung aufgegeben. Nunmehr gerät der AG bei unberechtigter fristloser Kündigung sofort, bei unberechtigter ordentlicher Kündigung mit Ablauf der Kündigungsfrist in Annahmeverzug, wenn er den AN für die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist nicht aufgefordert hat, die Arbeit wieder aufzunehmen. Ein wörtliches Angebot des arbeitswilligen und arbeitsfähigen (!) AN ist mithin für die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist nicht mehr erforderlich. Siehe hierzu auch die neuere Rechtsprechung des BAG: Urteil v. 24.10.1991, EzA § 615 BGB Nr. 70; 21.1.1993, EzA § 615 BGB Nr. 78; 24.11.1994, NZA 1995, 263 = [AP Nr. 60 zu § 615 BGB](#) (Fall des erkrankten AN; dieser braucht dem AG die wieder gewonnene Arbeitsfähigkeit nicht anzuzeigen, trotzdem Annahmeverzug!).

Probleme bei Verdachtskündigung. H. M.: kein Weiterbeschäftigungsanspruch, also auch kein AG-Verzug, solange der dringende Verdacht nicht ausgeräumt ist. A.A. die Rechtsprechung, Siehe hierzu S. 284.

b) Steuernachteile bei Vergütungsnachzahlung im Falle eines vom AN gewonnenen Kündigungsschutzprozesses: vgl. LAG Hessen v. 6.5.1996, AiB 1997, 299 ff.

## 3. Zeugnis

a) Rechtsgrundlagen: seit dem 7.6.2002 ist für Zeugnisse für Arbeitnehmer § 109 GewO eine eigenständige und abschließende Regelung des Anspruchs auf das Zeugnis sowie die inhaltlichen Anforderungen an ein ordnungsgemäßes Zeugnis. § 73 HGB ist aufgehoben; § 630 BGB hat durch den Verweis (in Satz 4) auf § 109 GewO seine Bedeutung für das Arbeitsrecht ver-

loren. Bestehen bleiben §§ 8 BBiG und 19 SeemG. Verwiesen sei ferner auf tarifvertragliche Regelungen, z. B. § 61 BAT.

b) Die Erwähnung krankheitsbedingter Fehlzeiten als Beendigungsgrund eines Arbeitsverhältnisses ist im Zeugnis nicht zulässig. Sächs. LAG v. 30.1.1996, AiB 1996, 506 ff (rechtskräftig). Vgl. zu der Problematik der Bekanntgabe von Beendigungsgründen im Zeugnis: Popp, Die Bekanntgabe des Austrittsgrunds im Arbeitszeugnis, NZA 1997, 588.

c) Grundsätzlich muss der Arbeitnehmer seine Arbeitspapiere, zu denen auch das Arbeitszeugnis gehört, beim Arbeitgeber abholen. Nach § 242 BGB kann der Arbeitgeber allerdings im Einzelfall gehalten sein, dem Arbeitnehmer das Arbeitszeugnis nachzuschicken. (BAG, Urteil vom 8.3.1995, NZA 1995, 671 f). Rechtlich gesehen: Erfüllungsort für die Erteilung des Zeugnisses ist der Wohnsitz des AG bzw. der Ort, wo der Gewerbebetrieb existiert (§ 269 BGB). Also Holschuld! BAG, a.a.O.: *Allerdings wird in der Literatur wie in der Rechtsprechung die Ansicht vertreten, aus Gründen der nachwirkenden Fürsorge könne aus der Holschuld eine Schickschuld werden, z. B. dann, wenn die Abholung der Arbeitspapiere für den Arbeitnehmer mit unverhältnismäßig hohen Kosten oder besonderen Mühen verbunden sei (vgl. LAG Frankfurt am Main, Urteil vom 1. März 1984, DB 1984, 2200). Das Arbeitsgericht Wetzlar (Beschluss vom 21. Juli 1971, BB 1972, 222) hat entschieden, der Arbeitgeber habe dem Arbeitnehmer das Zeugnis zuzusenden, wenn der Arbeitnehmer seinen Wohnsitz inzwischen an einen weit entfernten Ort verlegt habe. Daneben ist eine solche Verpflichtung des Arbeitgebers angenommen worden, wenn ein Arbeitnehmer die Erteilung des Zeugnisses rechtzeitig vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses verlangt hat, es jedoch bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus Gründen, die in der Sphäre des Arbeitgebers liegen, nicht zur Abholung durch den Arbeitnehmer bereitliegt (LAG Frankfurt am Main, Urteil vom 1. März 1984, aaO).*

d) Formalia

Jedes Zeugnis schließt mit der **eigenhändigen Unterschrift** des Arbeitgebers oder des für ihn handelnden Vertreters. Eine Vertretung nur in der Unterschrift ist unzulässig (BAG 21.9.1999, AP Nr. 23 zu § 630 BGB). Faksimile oder fotokopierte Unterschrift genügen nicht (LAG Bremen 23.6.1989, BB 1989, 1825). Das Vertretungsverhältnis und die Stellung des Unterzeichners im Betrieb sind zu kennzeichnen. Jedenfalls beim qualifizierten Zeugnis muss der Unterzeichner erkennbar ranghöher sein (BAG 16.11.1995 - 8 AZR 983/94 - n.v.). Bei leitenden Angestellten wird die Unterzeichnung durch die Geschäftsleitung erwartet. Gleiches kann für die Unterzeichnung durch die unmittelbaren Vorgesetzten bei Vorzimmerkräften dann gelten, wenn das Arbeitsverhältnis von besonderem Vertrauen geprägt war (LAG Düsseldorf 5.3.1969, DB 1969, 534).

Das Zeugnis darf keine **Mängel** wie Flecken, sichtbare Verbesserungen u. ä. aufweisen. Bei Schreibfehlern hat der Arbeitnehmer ein Recht auf ein neues, fehlerfreies Zeugnis, wenn diese negative Folgen für ihn haben könnten ( ArbG Düsseldorf v. 19.12.1985, NZA 1985, 812\_).

#### **Arbeitszeugnis: Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG (NZA 2002, 34)**

1. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, das dem Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu erteilende Arbeitszeugnis selbst oder durch sein gesetzliches Vertretungsorgan zu fertigen und zu unterzeichnen. Es genügt die Unterzeichnung durch einen Unternehmensangehörigen Vertreter des Arbeitgebers. Im Zeugnis ist deutlich zu machen, dass dieser Vertreter dem Arbeitnehmer gegenüber weisungsbefugt war.



2. Ein Arbeitnehmer ist nicht daran gehindert geltend zu machen, das ihm erteilte Zeugnis sei nicht ordnungsgemäß unterzeichnet, weil er ein in gleicher Weise mangelhaftes Zwischenzeugnis widerspruchslos entgegengenommen hat.

3. Ein Arbeitszeugnis muss die für das Arbeitsverhältnis typischen Verhältnisse nachzeichnen. Modalitäten, die von den Arbeitsvertragsparteien im Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbart werden (hier: Widerruf der Prokura), sind nicht zu erwähnen.

4. Hat der Arbeitgeber den Zeugnisanspruch des Arbeitnehmers nicht ordnungsgemäß erfüllt und haben sich die gesetzlichen Vertretungsverhältnisse des Arbeitgebers inzwischen geändert, verbleibt es gleichwohl grundsätzlich bei der Verpflichtung des Arbeitgebers, die früheren Vertretungsverhältnisse aufzunehmen.

Verhältnis zu bisheriger Rechtsprechung: Bestätigung und Fortführung (auch) von BAG (9. 9. 1992), NZA 1993, 698 = AP BGB § 630 Nr. 19 = EzA BGB § 630 Nr. 15.

e) Kuriosa:

- BAG vom 21.9.1999, AP Nr. 23 zu § 630 BGB, „Das geknickte Zeugnis“: Kein Anspruch darauf, dass das Arbeitszeugnis in einer Versandtasche DIN 4 mit gesteihtem Rücken versandt wird.
- [ArbG Düsseldorf vom 19.12.1984](#), NZA 1985, 812: Problem, ob AG verpflichtet ist, die im Zeugnis verwendete Schreibweise „integeren Verhaltens“ in „integren Verhaltens“ zu ändern. – [Fast eine humoristische Entscheidung, zu besichtigen unter [n Zeugnis.doc](#).]
- ArbG Frankfurt, 7 Ca 4748/95: Wer aus einem Unternehmen ausscheidet, hat keinen Anspruch darauf, dass der Chef ein gefühlsbetontes Zeugnis schreibt, entschied das Arbeitsgericht Frankfurt. Ein Computertechniker hatte an seinem Zeugnis unter anderem bemängelt, dass das Unternehmen darin nicht ausdrücklich festgestellt habe, dass er "zum großen Bedauern der Unternehmensleitung" ausgeschieden sei. Mit der arbeitsgerichtlichen Klage wollte er außerdem das von der Firma verwendete und offenbar gegen seinen Geschmack verstoßende Büttenpapier durch einen "normalen Firmenbogen" ersetzen lassen. Auch in diesem Punkt wurde die Klage zurückgewiesen. Das Gericht bezeichnete die optische Gestaltung eines Zeugnisses als "Visitenkarte des Arbeitgebers", über die er allein entscheiden könne.
- BAG vom 20. Februar 2001 - 9 AZR 44/00: Dank des Arbeitgebers und gute Wünsche für die Zukunft? [AR-RSPR.ASK #1456].

h) Hinweise:

- Wichtiger Artikel von A. Weuster, „Arbeitsgerichtliche Zeugnisprozesse“, AiB 1995, 701 ff
- Konstroffer / Geck, Heute hier, morgen dort, mvg Landsberg, 2. A., 2000, S. 29-39: sehr gute Analyse einiger Zeugnisse.
- Internet-Möglichkeiten: [www.igmetall.de/link\\_punkt\\_arbeit/bewerbungen/zeugnisse.html](http://www.igmetall.de/link_punkt_arbeit/bewerbungen/zeugnisse.html), zum Geheimcode: [http://www.betriebsrat.com/pg05zeugnis/capter\\_erstellen/info\\_geheim](http://www.betriebsrat.com/pg05zeugnis/capter_erstellen/info_geheim)

Hier die Zusammenstellung aus der „Zeugnissprache“:

Das schreiben sie...	...und das meinen sie!
Er hat die ihm übertragenen Arbeiten stets zu unserer vollsten Zufriedenheit erledigt.	sehr gute Leistungen
Er hat die ihm übertragenen Arbeiten stets zu unserer vollen Zufriedenheit erledigt.	gute Leistungen
Er hat die ihm übertragenen Arbeiten zu unserer Zufriedenheit erledigt	ausreichende Leistungen
Er hat die ihm übertragenen Arbeiten im großen und ganzen zu unserer Zufriedenheit erledigt	mangelhafte Leistungen
Er hat sich bemüht, die ihm übertragenen Arbeiten zu unserer Zufriedenheit zu erledigen.	unzureichende Leistungen
Er hat unseren Erwartungen entsprochen	Schlecht
... in jeder Hinsicht entsprochen	Befriedigend
... in bester Weise entsprochen	ziemlich gut
... in jeder Hinsicht und in bester Weise entsprochen	Gut
... in jeder Hinsicht und in allerbesten Weise entsprochen	sehr gut
... hat alle Arbeiten ordnungsgemäß erledigt	ist ein Bürokrat, der keine Initiative entwickelt
Mit seinen Vorgesetzten ist er gut zurechtgekommen.	Er ist ein Mitläufer, der sich gut anpasst
Er war sehr tüchtig und wusste sich gut zu verkaufen.	Er ist ein unangenehmer Mitarbeiter.
Wegen seiner Pünktlichkeit war er stets ein gutes Vorbild.	Er war in jeder Hinsicht eine Niete.
Wir haben uns im gegenseitigem Einvernehmen (Einverständnis) getrennt.	Wir haben ihm gekündigt.
Er bemühte sich, den Anforderungen gerecht zu werden.	Er hat versagt.
Er hat sich im Rahmen seiner Fähigkeiten eingesetzt.	Er hat getan was er konnte, aber das war nicht viel.
Alle Arbeiten erledigte er mit großem Fleiß und Interesse.	Er war eifrig, aber nicht besonders tüchtig.
Er war immer mit Interesse bei der Sache.	Er hat sich angestrengt, aber nichts geleistet.
Er zeigte für seine Arbeit Verständnis.	Er war faul und hat nichts geleistet.
Er hat sich bemüht, seinen Aufgaben gerecht zu werden.	Guter Wille, aber mehr auch nicht; ungenügende Leistung.
Er erfüllte seine Aufgaben zu unserer vollen Zufriedenheit.	Mäßige, aber noch brauchbare Leistungen.
Im Kollegenkreis galt er als toleranter Mitarbeiter.	Für Vorgesetzte ist er ein schwerer Brocken.
Wir lernten ihn als umgänglichen Kollegen kennen.	Viele Mitarbeiter sahen ihn lieber von hinten als von vorn.
Er ist ein zuverlässiger (gewissenhafter) Mitarbeiter.	Er ist zur Stelle, wenn man ihn braucht, allerdings ist er nicht immer brauchbar.
Er bemühte sich mit großem Fleiß, die ihm	Er hat versagt.

übertragenen Aufgaben zu unserer Zufriedenheit zu erfüllen.	
Seine Leistungen haben in jeder Hinsicht unsere volle Anerkennung gefunden.	Außergewöhnlich
Wir waren mit seiner Leistung in jeder Hinsicht außerordentlich zufrieden.	Außergewöhnlich
Er erledigte die ihm übertragenen Arbeiten mit Fleiß und war stets bestrebt (willens), sie termingerecht zu beenden.	unzureichende Leistungen
Er hat sich mit großem Eifer an diese Aufgabe herangemacht und war erfolgreich.	mangelhafte Leistung
Durch seine Geselligkeit trug er zur Verbesserung des Betriebsklimas bei.	Er neigt zu übertriebenem Alkoholgenuss.
Für die Belange der Belegschaft bewies er stets Einfühlungsvermögen.	Sucht Sexkontakte bei Betriebsangehörigen.
Für die Belange der Belegschaft bewies er/sie ein umfassendes Einfühlungsvermögen.	homo / lesbisch
Gesinnung / Organisationszugehörigkeit .	
senkrechter Strich mit Kugelschreiber/Füllhalter, links stehend von der Unterschrift, der aussieht wie ein "Ausrutscher" bedeutet:	Mitglied einer Gewerkschaft
ein so genannter "Ausrutscher" (nur Häkchen) nach rechts bedeutet:	Mitglied einer rechtsstehenden Partei
ein so genannter "Ausrutscher" (nur Häkchen) nach links bedeutet:	Mitglied einer linksstehenden Partei
ein so genannter "Doppelausrutscher" (Doppelhäkchen) nach links bedeutet:	Mitglied einer linksgerichteten, verfassungsfeindlichen Organisation

#### f) Einige Zahlen:

1993: bundesweit 11.911 Zeugniserteilungsfälle,  
1994: 12.457 derartige Fälle  
1995: 14.089  
Bundesweiter Durchschnitt: ca. 12.000 Fälle<sup>110</sup>

#### 4. Ausgleichsquittung

##### a) Grundsätzliches

- **Begriff:** eine Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses, in der bestätigt wird, dass keine wechselseitigen Ansprüche mehr bestehen.

<sup>110</sup> Personal- und Steuernachrichten, Das Praxishandbuch Personal, Sonderausgabe Frühjahr 2001, S. 1

- Ziel: Schaffung klarer Verhältnisse, Vermeidung künftigen Streits zwischen den Arbeitsvertragsparteien.
- Mögliche Formulierung: Die Parteien sind sich darüber einig, dass nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine wechselseitigen Ansprüche mehr bestehen. Oder  
Mit der Aushändigung der Arbeitspapiere sind alle Ansprüche des AN aus dem Arbeitsverhältnis abgegolten.
- Rechtsgrundsätze:  
AG hat keinen Anspruch auf Unterzeichnung der Ausgleichsquittung durch den AN.  
Sehr strenge Anforderungen durch die Rechtsprechung (vgl. z. B. BAG vom 20.10.1981, DB 1982, 907 ff = AP Nr. 39 zu § 74 HGB)
- Nicht verzichtbare Ansprüche:
  - Ansprüche aus einem Tarifvertrag (Tarifbindung bzw. AVE vorausgesetzt);
  - Ansprüche aus einer Betriebsvereinbarung (Zustimmung des BR notwendig, § 77 IV BetrVG);
  - gesetzliche Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsansprüche;
  - Anspruch auf ein (einfaches oder qualifiziertes) Zeugnis;
  - noch nicht entstandene Ansprüche auf Entgeltfortzahlung für die Dauer der Arbeitsunfähigkeit.

#### *b) Rechtsprechung*

##### BAG v. 27.2.1990, AP Nr. 23 zu § 1 BetrAVG

Eine Ausgleichsquittung erfasst Versorgungsansprüche und -anwartschaften nur dann, wenn diese Rechte ausdrücklich und unmissverständlich bezeichnet werden.

##### BAG v. 9.11.1973 AP Nr. 163 zu § 242 BGB Ruhegehalt

Eine Ausgleichsquittung, worin der Arbeitnehmer erklärt, alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis seien abgegolten, umfasst in der Regel nicht Ansprüche auf ein betriebliches Ruhegeld. Soll der Verzicht sich auch auf ein betriebliches Ruhegeld beziehen, so muss sich dies in der Regel aus der Ausgleichsquittung mit genügender Sicherheit ergeben.

##### BAG v. 20.10.1981, AP Nr. 39 zu § 74 HGB

Eine Ausgleichsquittung, die mit der Feststellung endet, dass dem Arbeitnehmer keine weiteren Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis sowie dessen Beendigung zustehen, enthält im Zweifel keinen Verzicht auf Rechte aus einem vertraglichen Wettbewerbsverbot.

##### BAG v. 25.9.1969, AP Nr. 36 zu § 3 KSchG

Unterschreibt ein Arbeitnehmer eine Ausgleichsquittung, in der er ausdrücklich erklärt, dass seine Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis abgegolten sind und ihm ans Anlass der Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine Ansprüche mehr zustehen, liegt darin auch der Verzicht auf die Geltendmachung der Sozialwidrigkeit der Kündigung.

##### BAG v. 6.4.1977, AP Nr. 4 zu § 4 KSchG 1969

In einer Ausgleichsquittung kann der Arbeitnehmer auch auf seine Ansprüche aus dem KSchG wirksam verzichten (im Anschluss an BAG AP Nr. 36 zu § 3 KSchG).

Ein derartiger Verzicht kann auch noch nach Rechtshängigkeit der Kündigungsschutzklage und Beginn des Kündigungsschutzprozesses erklärt werden. Jedoch sind dann an die Eindeutigkeit der entsprechenden Verzichtserklärung besonders strenge Anforderungen zu Stellen.

Eine derartige Verzichtserklärung kann im Wege der Anfechtung (§§ 119 und 123 BGB) sowie der Kondiktion (§ 812 Abs. 2 BGB) in ihren Rechtswirkungen wieder beseitigt werden.

BAG v. 29.6.1978, AP Nr. 5 zu § 4 KSchG 1969

Der Arbeitnehmer kann in einer sog. Ausgleichsquittung auch auf die Erhebung oder Durchführung der Kündigungsschutzklage verzichten (Im Anschluss an BAG AP Nr. 36 zu § 3 KSchG und AP Nr. 4 zu § 4 KSchG 1969). Ein solcher Verzicht muss jedoch aus Gründen der Rechtsklarheit in der Urkunde selbst unmissverständlich zum Ausdruck kommen, etwa in der Weise, dass der Arbeitnehmer erklärt, er wolle auf das Recht verzichten, das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses geltend zu machen, oder er wolle eine mit diesem Ziel bereits erhobene Klage nicht mehr durchführen.

BAG v. 3.5.1979, AP Nr. 6 zu § 4 KSchG 1969

Der Senat hält daran fest, dass der Arbeitnehmer auch in einer sog. Ausgleichsquittung auf die Erhebung oder Durchführung der Kündigungsschutzklage verzichten kann. Ein solcher Verzicht, der je nach Lage des Falles einen Aufhebungsvertrag, einen Vergleich, einen Klageverzichtsvertrag ("pactum de non petendo") oder ein Klagerücknahmeversprechen bedeuten kann, muss jedoch aus Gründen der Rechtsklarheit in der Urkunde selbst zweifelsfrei zum Ausdruck kommen (Bestätigung des Urteils vom 29. Juni 1978 - 2 AZR 681/76 - AP Nr. 5 zu § 4 KSchG 1969).

Die in einer Ausgleichsquittung enthaltene Wendung "Ich erkläre hiermit, dass mir aus Anlass der Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine Ansprüche mehr zustehen", ist nicht geeignet, die vertragliche Verpflichtung des Arbeitnehmers zu begründen, auf Erhebung oder Durchführung der Kündigungsschutzklage zu verzichten [insoweit Aufgabe von BAG vom 25.9.1969, AP Nr. 36 zu § 3 KSchG = ArbuR 1970, 158 f].

BAG v. 20.8.1980, AP Nr. 3 zu § 9 LohnFG

Hat der Arbeiter bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses in einer Ausgleichsquittung bestätigt, dass er seine Arbeitspapiere und den Restlohn erhalten hat, und hat er zugleich die auf dem Formular vordruckte Erklärung unterschrieben, dass damit alle seine Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis abgegolten seien und er keine Forderungen gegen die Firma - ganz gleich, aus welchem Rechtsgrund - mehr habe, so hat er damit den Empfang der Papiere quittiert und möglicherweise die Richtigkeit der Lohnabrechnung quittiert.

Ein weitergehender Verzicht, insbesondere ein Verzicht auf einen etwaigen Lohnfortzahlungsanspruch, kann in einer solchen "Erklärung" nur dann gesehen werden, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass der Arbeiter diese Bedeutung seiner Unterschrift erkannt hat.

5. Ausschlussfristen, Verjährung, Verwirkung

- Ausschlussfristen:

Erlöschen des Anspruchs, wenn dieser nicht innerhalb der Frist geltend gemacht wird (z. B. § 626 Abs. 2 BGB; § 611a Abs. 4 S. 3 BGB: für Schadensersatz wegen Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot)

- Verjährung

Seit dem 1.1.2002 gelten neue Bestimmungen im Hinblick auf die Verjährung von Ansprüchen, die Unterbrechung und die Hemmung der Verjährung. Zu den Überleitungsregelungen s. Art. 229 § 6 EGBGB.

Im einzelnen:

§ Verjährung für Arbeitsentgelt: 3 Jahre nach Schluss des Kalenderjahres, in dem die Ansprüche entstanden sind, §§ 195, 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB

§ Verjährung für ein Zeugnis: ebenfalls 3 Jahre

§ Wirkung der Verjährung § 214 BGB (im wesentlichen die Regelung des alten § 222 BGB).

WICHTIG: Nach neuem Recht unterbricht die klageweise Geltendmachung nicht mehr die Verjährung, sondern hemmt sie (§ 204 Abs. 1 BGB). Wirkung der Hemmung: § 209 BGB. Ende der Hemmung: 6 Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder der anderweitigen Beendigung des eingeleiteten Verfahrens (§ 204 Abs. 2 BGB).

#### - Verwirkung

Vor Eintritt der Verjährung können Ansprüche bereits verwirkt sein (vor allem bei der 30-jährigen Verjährungsfrist), und zwar dann, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung des Anspruchs längere Zeit verstrichen ist und aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles die verspätete Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Relevant insb. bei Zeugnisfällen. Für tarifvertragliche Ansprüche: vgl. § 4 TVG!

#### **BAG vom 18.2.1992, EzA § 1 BUrtG Verwirkung Nr. 1:**

Die Verwirkung infolge Zeitablaufs wird in der Rechtsprechung als Unterfall der 'unzulässigen Rechtsausübung' behandelt (BAGE 6,167, 10, 189; RGZ 155, 148; BGH, Urteil vom 22. November 1979, NJW 1980, 880). Mit der Verwirkung soll die illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten gegenüber dem Verpflichteten ausgeschlossen werden (BGHZ 25, 47, 52). Die Verwirkung beruht im Kern auf dem Gedanken des Vertrauensschutzes. Das Institut der 'Verwirkung' soll die Diskrepanz zwischen rechtlicher und sozialer Wirklichkeit durch Angleichung der Rechtslage an die soziale Wirklichkeit auflösen helfen. Ein Recht ist demnach verwirkt, wenn es der Berechtigte über einen längeren Zeitraum hinweg nicht geltend macht, obwohl er dazu in der Lage wäre ('Zeitmoment'), und der Verpflichtete sich mit Rücksicht auf das gesamte Verhalten des Berechtigten darauf einrichten durfte und eingerichtet hat, dass dieser sein Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde ('Umsandsmoment'). Zum Zeitablauf müssen daher besondere Umstände, sowohl im Verhalten des Berechtigten als auch des Verpflichteten, hinzukommen, die es rechtfertigen, die späte Geltendmachung des Rechts als mit Treu und Glauben unvereinbar und für den Verpflichteten als unzumutbar anzusehen. Diese in ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgericht geforderten Verwirkungsvoraussetzungen (zuletzt BAG vom 17.2.1988, NZA 1988, 427 ff) hat das Landesarbeitsgericht richtig erkannt und geprüft.

#### 6. Herausgabeansprüche des Arbeitgebers

ArbG Frankfurt/M. – Az.: 7 Ga 97/03, Quelle: dpa vom 10.4.2003

Firmen können von ausscheidenden Mitarbeitern auch in einem gerichtlichen Eilverfahren die sofortige Rückgabe eines Firmencomputers vor Ende der Kündigungsfrist verlangen.

Die Richter gaben damit im Eilverfahren dem Antrag eines Kapitalanlage- Unternehmens gegen einen Anlageberater statt. Der von der Arbeitsleistung freigestellte Arbeitnehmer hatte sich geweigert, den Firmencomputer vor dem offiziellen Ende des Arbeitsverhältnisses herauszugeben. Unter Hinweis auf vertrauliche Kundeninformationen auf der Festplatte verlangte das Unternehmen die sofortige Rückgabe. Dem Gerichtsbeschluss zufolge ist damit die «Dringlichkeit» des Herausgabeanspruchs nachgewiesen. Das Arbeitsverhältnis sei faktisch beendet worden, so dass kein weiteres berechtigtes Interesse des Arbeitnehmers an dem Computer erkennbar sei.

## Lektion Nr. 23: Unkündbarkeit und Wiedereinstellungsanspruch

### Ø INHALT

1. Sektion: Unkündbarkeit
2. Sektion: Wiedereinstellungsanspruch
  1. Fall: Betriebsbedingte Kündigung
  2. Fall: Außerordentliche Verdachtskündigung
  3. Fall: Personenbedingte Kündigung (wegen Krankheit)

\*\*\*

### 1. Sektion: Unkündbarkeit

1. Häufig in Tarifverträgen vorgesehen, wobei die Unkündbarkeit sich nur auf die ordentliche Kündigung bezieht; die Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung bleibt stets bestehen. Beispiel: §§ 53 Abs. 3, 55 Abs. 1 BAT (Voraussetzungen: Vollendung des 40. Lebensjahres; 15 Jahre Beschäftigung im Öffentlichen Dienst).

2. Neuere Tendenzen in der Rechtsprechung: bei tarifvertraglicher Unkündbarkeit kann unter Umständen eine Kündigung aus „wichtigem Grund“ in Betracht kommen, allerdings unter Beachtung der „normalerweise“ anwendbaren Kündigungsfrist.

§ BAG, vom 28. 3.1985, NZA 1985, 559 ff: Ist die ordentliche Kündigung durch Tarifvertrag ausgeschlossen, so ist eine Betriebsstillegung geeignet, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Es ist die gesetzliche oder tarifvertragliche Kündigungsfrist einzuhalten, die gelten würde, wenn die ordentliche Kündigungsfrist nicht ausgeschlossen wäre.

§ BAG vom 5. 2.1998 - 2 AZR 227/97, NZA 1998, 771 ff Außerordentliche Kündigung gegenüber einem tariflich unkündbaren AN kann aus betriebsbedingten Gründen ausnahmsweise unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist zulässig sein, wenn der Arbeitsplatz des AN weggefallen ist und der AG den AN auch unter Einsatz aller zumutbarer Mittel nicht weiterbeschäftigen kann. Für die Anwendung der Ausschlussfrist nach § 626 Abs. 2 BGB ist in diesem Fall kein Raum, da der Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit einen Dauerzustand darstellt.

§ BAG 12.7.1995, NZA 1995, 1100 ff: Bei tariflicher Unkündbarkeit kann die Krankheit ggf. einen „wichtigen Grund“ i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB darstellen und eine Kündigung - unter Beachtung der anzuwendenden Kündigungsfrist - rechtfertigen.

Eine außerordentliche Kündigung kommt bei tariflich unkündbaren Mitarbeitern z.B. dann in Betracht, wenn die weitere betriebliche Beeinträchtigung für die Dauer der tatsächlichen künftigen Vertragsbindung für den Arbeitgeber unzumutbar ist. An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten. Dies bedeutet aber noch nicht, dass die krankheitsbedingte Minderung der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers auch an sich geeignet ist, einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung darzustellen. Gerade im Falle einer tariflichen Unkündbarkeit, die der Alterssicherung des betroffenen Arbeitnehmers dient, ist es dem Arbeitgeber regelmäßig zumutbar, einen krankheitsbedingten Leistungsabfall des Arbeitneh-

mers durch andere Maßnahmen (Umsetzung, menschengerechtere Gestaltung des Arbeitsplatzes, andere Aufgabenverteilung etc.) auszugleichen. Schon nach dem ultima-ratio-Prinzip wird deshalb in derartigen Fällen eine außerordentliche krankheitsbedingte Kündigung in der Regel unzulässig sein. (BAG 12.7.1995 AP Nr. 7 zu § 626 BGB Krankheit).

Hingegen kann die außerordentliche Kündigung gerechtfertigt sein, wenn die ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist, der Arbeitnehmer jedoch dauerhaft wegen Krankheit arbeitsunfähig ist oder die Erkrankung von einem solchen Gewicht ist, dass sie einer dauernden Arbeitsunfähigkeit gleichsteht (BAG 9.9.1992 AP Nr. 3 zu § 626 BGB Krankheit; BAG 4.2.1993 EzA § 626 BGB Nr. 144). Um die durch Ausschluss der ordentlichen Kündigung besonders geschützten Arbeitnehmer nicht zu benachteiligen, verlangt das BAG, dass der Arbeitgeber bei der außerordentlichen Kündigung ordentlich unkündbarer Arbeitnehmer eine soziale Auslaufzeit einhalten muss, die der Frist entspricht, die gelten würde, wenn die ordentliche Kündigung nicht ausgeschlossen wäre (BAG 28.3.1985 AP Nr. 86 zu § 626 BGB; BAG 4.2.1993 EzA § 626 BGB Nr. 144).<sup>111</sup>

- BAG v. 18.10.2000 - 2 AZR 627/99, AP Nr. 9 zu § 626 BGB Krankheit

Eine außerordentliche Kündigung wegen krankheitsbedingter Fehlzeiten kommt in der Regel nur dann in Betracht, wenn eine ordentliche Kündigung tariflich oder vertraglich ausgeschlossen ist, wobei grundsätzlich eine der ordentlichen Kündigungsfrist entsprechende Auslaufzeit einzuhalten ist (im Anschluss an BAG 9. September 1992 - 2 AZR 190/92 - AP BGB § 626 Krankheit Nr. 3 = EzA BGB § 626 nF Nr. 142).

- BAG v. 27. Juni 2002 - 2 AZR 367/01 – AP Nr. 4 zu § 55 BAT

(AN hatte die zwei ersten Instanzen gewonnen)

Die Revision der Beklagten blieb erfolglos. § 55 BAT schließt zwar seinem Wortlaut nach auch die außerordentliche betriebsbedingte Kündigung aus wichtigem Grund (§ 626 BGB) aus und verweist den Arbeitgeber insoweit auf eine Änderungskündigung. Die Möglichkeit zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund kann aber in einem Dauerschuldverhältnis nicht völlig beseitigt werden. Es sind Extremfälle denkbar, in denen auch im Rahmen des § 55 BAT eine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung mit notwendiger Auslaufzeit in Betracht kommen kann. Dies bedeutet jedoch nicht, dass jede Umorganisation oder Schließung einer Teileinrichtung mit dem Wegfall von Arbeitsplätzen im öffentlichen Dienst zu einer außerordentlichen Kündigung führen kann. Hat der Arbeitgeber - wie vorliegend die Beklagte - vor Ausspruch der Kündigung nicht alle Möglichkeiten ausgeschöpft, eine Weiterbeschäftigung des betroffenen Arbeitnehmers in der eigenen oder (Grundsatz der Einheit des öffentlichen Dienstes) auch in einer fremden Verwaltung zu versuchen, so ist eine Kündigung ausgeschlossen. Dies gilt erst recht, wenn der Arbeitgeber nicht einmal die Maßnahmen zur Vermeidung einer Beendigungskündigung ergriffen hat, zu denen er in dem vergleichbaren Fall von Rationalisierungsmaßnahmen tarifvertraglich verpflichtet ist.

Vgl. zu der Problematik insgesamt Preis, Arbeitsrecht, § 66 VII. Kündigung ordentlich unkündbarer Arbeitnehmer (S. 718 ff). Anzumerken bleibt, dass die tarifliche Unkündbarkeit seit einiger Zeit als problematisch angesehen wird.

Vgl. u. a:

- Adam, Roman: Abschied vom „Unkündbaren“?, in: NZA 1999, 846 ff
- Groeger, Axel: Probleme der außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung ordentlich unkündbarer Arbeitnehmer, in: NZA 1999, 850 ff
- Anmerkung Walker, Wolf-Dietrich: BAG vom 22.6.2002, AP Nr. 4 zu § 55 BAT

---

<sup>111</sup> BAG vom 12.7.1995, NZA 1995, 1100 ff



## 2. Sektion: Wiedereinstellungsanspruch

**Vorbemerkung:** Hierbei handelt es sich um das Problem, ob ein Arbeitnehmer unter gewissen Voraussetzungen – Änderung der Umstände, Entkräften des Verdachtes bei sog. Verdachtskündigungen - einen Anspruch auf Wiedereinstellung haben kann, nachdem und obwohl die Kündigung rechtswirksam geworden, ein etwaiges Gerichtsverfahren rechtskräftig abgeschlossen worden ist.

### *1. Fall der betriebsbedingten Kündigung (nachträgliche Änderung der Voraussetzungen)*

[BAG vom 6.8.1997](#) (7. Senat) NZA 1998, 254 f.: nach Auffassung des 7. Senats besteht kein Wiedereinstellungsanspruch, wenn eine betriebsbedingte Kündigung sozial gerechtfertigt ist und eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit erst nach Ablauf der Kündigungsfrist entsteht.

Zum Wiedereinstellungsanspruch nach rechtmäßiger Kündigung vgl. auch BAG vom 27.2.1997, AiB 1997, 612 ff (m. Anm. Hinrichs = NZA 1997, 757 ff).

Siehe ferner [BAG \(2. Senat\) v. 4.12.1997](#), NZA 1998, 701 ff: Stilllegung einer Betriebsabteilung – Kündigung der dort beschäftigten AN – dann Entschluss zur Fortführung der Abteilung mit geringerer Anzahl von AN, während der Kündigungsfristen –Folge: Verpflichtung des AG zur Wiedereinstellung unter Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte. – 2. Senat lässt ausdrücklich offen - im Gegensatz zum 7. Senat (s. oben), ob ein Wiedereinstellungsanspruch auch dann entstehen kann, wenn der AG erst nach Ablauf der Kündigungsfrist die Unternehmerentscheidung, die zur Entlassung geführt hat, aufhebt oder ändert. (Anm. zu dem Urteil: Dornieden, AiB 1998, 410).

Der 7. Senat hat erneut Gelegenheit gehabt, sich mit dem Problem auseinander zusetzen in BAG vom 28.6.2000, NZA 2000, 1097 ff: Dem betriebsbedingt gekündigten AN kann ein Wiedereinstellungsanspruch zustehen, wenn sich zwischen dem Ausspruch der Kündigung und dem Ablauf der Kündigungsfrist unvorhergesehen eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ergibt. Entsteht diese erst nach Ablauf der Kündigungsfrist, besteht grundsätzlich kein Wiedereinstellungsanspruch. - Die oben erwähnte Rechtsprechung (6.8.1997) ist also bestätigt worden.

Dazu:

- Ricken, Grundlagen und Grenze des Wiedereinstellungsanspruchs, NZA 1998, 460 ff;
- Boewer, NZA 1999, 1121 ff und 1177 ff

### *2. Fall der außerordentlichen Verdachtskündigung*

Grundlegend [BAG vom 4.6.1964](#), AP Nr. 13 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung = BAGE 16, 72 ff: 4. Stellt sich im Verlauf des Rechtsstreits über die Wirksamkeit der Kündigung die Unschuld des verdächtigten Arbeitnehmers heraus, dann ist dies zu seinen Gunsten noch zu berücksichtigen. Ebenso muss das Gericht dem Vorbringen des Arbeitnehmers nachgehen, mit dem er sich von dem Verdacht reinigen will. Wird die Unschuld des Arbeitnehmers erst nach Abschluss des zu seinen Ungunsten ausgelaufenen Kündigungsprozesses festgestellt, dann kann ihm ein Wiedereinstellungsanspruch zustehen.

[BAG vom 20.8.1997, NZA 1997, 1340 ff](#) (Pampers-Fall): Kündigt ein Arbeitgeber einer Arbeitnehmerin wegen strafbarer Handlung bzw. wegen Verdachts einer strafbaren Handlung, so führt die Einstellung des gegen die Arbeitnehmerin insoweit eingeleiteten staatsanwalt-

schaftlichen Ermittlungsverfahrens (§ 170 Abs. 2 Satz 1 StPO) weder zur Unwirksamkeit der Kündigung, noch zu einem Wiedereinstellungsanspruch der Arbeitnehmerin.

*... Zwar kann ein Anspruch der Arbeitnehmerin auf Wiedereinstellung in Betracht kommen, wenn der Arbeitnehmerin wegen Verdachts einer strafbaren Handlung gekündigt worden ist und sich später ihre Unschuld herausstellt oder zumindest nachträglich Umstände bekannt werden, die den bestehenden Verdacht beseitigen .... Die bloße Einstellung des staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens nach § 170 Abs. 2 Satz 1 StPO begründet jedoch noch keinen Wiedereinstellungsanspruch. Die Einstellungsverfügung stellt lediglich eine vorläufige Beurteilung durch die staatlichen Ermittlungsbehörden dar, der keinerlei Bindungswirkung für ein Arbeitsgerichtsverfahren zukommt. Gelingt dem Arbeitgeber in dem bei Einstellung des Ermittlungsverfahrens noch nicht abgeschlossenen arbeitsgerichtlichen Verfahren der Nachweis, dass alle Voraussetzungen einer wirksamen Verdachtskündigung vorliegen, so ist kein schutzwürdiges Interesse der Arbeitnehmerin verletzt, wenn der Arbeitgeber trotz der formellen Einstellung des Ermittlungsverfahrens auf dem Ergebnis der wirksam ausgesprochenen Verdachtskündigung beharrt und die Arbeitnehmerin nicht mit Wirkung zum Zeitpunkt der Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft wieder einstellt.*

3. Fall der personenbedingten Kündigung (wegen Krankheit, nachträgliche Besserung des Gesundheitszustandes). Vgl. insoweit die Ausführungen S. 242

## Lektion Nr. 24: Verschiedenes: Eine paar große Fälle – Statistik – Geschichtliches

### Ø INHALT

1. Sektion: Ein paar „große“ Fälle
2. Sektion: Statistisches Material zur Kündigungsproblematik
3. Geschichtliche Dokumente zum Kündigungsschutz
  - A. Die ersten Kündigungsschutzregelungen in Deutschland: BRG vom 4.2.1920 (Auszug)
  - B. Die Kündigungsschutzbestimmungen zur NS-Zeit: Auszug aus dem AOG von 1934
  - C. Urteil des LAG Essen vom 8.7.1936
  - D. Auszug aus dem Berliner KSchG vom 20.5.1950

\*\*\*

### 1. Sektion: Ein paar „große“ Fälle

#### Fall Nr. 97: Annahmeverzug, Kündigung und Krankheit

Erkan ist seit 1991 bei der Karcher Metallbau AG in Hannover als Dreher beschäftigt. Am 24.01.1998 erlitt er einen Arbeitsunfall (erhebliche Verletzungen der rechten Hand) und war zunächst auf unbestimmte Zeit arbeitsunfähig krank geschrieben. Mit Schreiben vom 06.08.1998 forderte die Metallbau Erkan auf, die weitere Arbeitsunfähigkeit nachzuweisen oder die Arbeit anzutreten. Erkan, der mit Einwilligung seines Arztes bis 06.09.1998 zu Hause in der Türkei war, reagierte auf das Schreiben der Firma nicht. Mit Schreiben vom

12.08.1998 kündigte die Metallbau daraufhin außerordentlich. Das Schreiben wurde am 12.08.1998 durch Boten unter die Wohnungstür der Klägerin geschoben.

Am 09.09.1998 erschien Erkan bei der Metallbau, um eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung abzugeben. Ihm wurde erklärt, die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung werde wegen der außerordentlichen Kündigung nicht mehr benötigt. Darauf erhob Erkan am 11.09.1998 Kündigungsschutzklage mit dem Antrag, die Klage gemäß § 5 KSchG nachträglich zuzulassen.

a) Wie wird das Arbeitsgericht entscheiden?

b) Angenommen, das Arbeitsgericht hat der Kündigungsschutzklage am 27.10.1999 rechtskräftig stattgegeben. Erkan klagt nunmehr auf Bezahlung des Lohns vom 04.11.1998 bis 06.03.1999 aus Annahmeverzug. Er sei bis 03.11.1998 durchgehend arbeitsunfähig krank gewesen, habe unter dem 05.03.1999 seine Leistung angeboten und auf Aufforderung der Firma (am 06.03.) die Arbeit zu erbringen, die Arbeit am 10.03.1999 aufgenommen. Die Metallbau lehnte die Zahlung ab, da sie nichts von der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit der Klägerin am 04.11.1998 gewusst habe und darum keinen funktionsfähigen Arbeitsplatz zur Verfügung stellen konnte.

Ist der Anspruch gegeben?

#### **Fall Nr. 98:** Kündigung und Anhörung des Betriebsrats

Linus war seit dem 1.3.1998 bei Hans & Co. Dataware Berlin (350 Beschäftigte) als Systemanalytiker mit einem monatlichen Bruttogehalt von 4.600,- DM [2352 €] beschäftigt. Es war eine Probezeit von 6 Monaten vereinbart; während dieses Zeitraumes sollte eine Kündigungsfrist von 3 Wochen gelten. Der Betriebsrat bei Hans & Co. hat einen dreiköpfigen Personalausschuss (mit drei Ersatzmitgliedern) gebildet und ihm die Wahrnehmung der Beteiligungsrechte in personellen Angelegenheiten übertragen.

Mitte Juli 1998 betraute die Firmenleitung den Linus mit der kommissarischen Leitung einer Arbeitsgruppe „Millennium Bug“. Am 28.7.1998 beurteilte Theodor Klawitter, der Fachvorgesetzte von Linus, dessen Leistungen mit der Note "gut und besser". In der Beurteilung wurde u. a. positiv hervorgehoben, dass sich die Mitarbeit von Linus in der Arbeitsgruppe befruchtend auswirke und dass Linus in der Zusammenarbeit und im Umgang mit anderen Mitarbeitern und Vorgesetzten ein aufgeschlossenes Verhalten zeige.

Am 1.8.1998 fand eine Betriebsversammlung statt, bei der Linus zweimal das Wort ergriff. Er wies in seinem Diskussionsbeitrag u. a. darauf hin, dass eine Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens Arbeitsplätze gefährden könne und die Arbeitnehmer etwaige Fehler der Unternehmensleitung "ausbaden" müssten. Am 15.8.1998 wählten die bei Hans & Co. beschäftigten Mitglieder der Gewerkschaft HBV auf einer in der Gaststätte „Zum Wilden Eber“ abgehaltenen Betriebsgruppensitzung den Linus neben anderen zum gewerkschaftlichen Vertrauensmann; gleichfalls wurde er zum Vorsitzenden des dreiköpfigen Vorstandes des Vertrauensleutekörpers gewählt.

Am 20.8.1998 teilte die Firmenleitung dem Vorsitzenden des Personalausschusses mit, sie beabsichtige, dem Linus noch während der Probezeit fristgerecht zu kündigen. Als Grund dafür gab sie in dem Mitteilungsschreiben von diesem Tag an, "die bisherige Zusammenarbeit mit Linus lasse eine für beide Seiten zufrieden stellende Kooperation für die Zukunft nicht erwarten". Am 21.8.1998 fand eine Besprechung über die Kündigungsabsicht zwischen Herrn Loritta, dem Personalausschussvorsitzenden und der Firmenleitung statt. Noch am gleichen Tage verständigte Loritta Herrn Kribbe, ein weiteres, im Betrieb anwesendes Ausschussmitglied von der beabsichtigten Kündigung und kam mit ihm überein, dass gegen die Kündigung keine Einwendung zu erheben sei. Anschließend telefonierte er mit Frau Wörnicker, dem 3. Ausschussmitglied, die zu diesem Zeitpunkt auf einer Besprechung in Dortmund war, und die

sich ebenfalls mit der beabsichtigten Kündigung einverstanden erklärte. Nachdem der Vorsitzende des Personalausschusses der Firmenleitung mitgeteilt hatte, dass gegen die Kündigung keine Einwendungen erhoben würden, wurde Linus mit Schreiben vom 24.8.1998<sub>2</sub> zugestellt am gleichen Tag durch einen Boten, unter Hinweis auf § 622 BGB, zum 6.9.1998 gekündigt. Linus ist der Auffassung, dass die Kündigung unwirksam sei. Zum einen liege bereits ein Verstoß gegen § 102 Abs. 1 BetrVG vor, weil der Betriebsrat über die Kündigungsgründe nicht hinreichend unterrichtet worden sei. Darüber hinaus ist er der Meinung, ihm sei ausschließlich wegen seines Auftretens in der Betriebsversammlung sowie aufgrund seiner gewerkschaftlichen Betätigung gekündigt worden. Er habe sich deswegen offenbar bei Hans & Co. unbeliebt gemacht. Außerdem sei doch durch das gute Zeugnis des Fachvorgesetzten die Probezeit beendet worden, so dass eine Kündigung nunmehr nur mit einer Frist von 4 Wochen hätte erfolgen könne.

Die Firma macht geltend, für ihren Kündigungsentschluss sei allein die Befürchtung maßgeblich gewesen, dass die Zusammenarbeit mit Linus nicht in wünschenswerter Weise vonstatten gehen werde. Diesen Eindruck habe sie aus der Tatsache gewonnen, dass Linus wiederholt gegenüber Mitarbeitern zum Ausdruck gebracht habe, dass er mit der allgemeinen Geschäfts- und Personalpolitik von Hans & Co. nicht einverstanden sei. Auch habe er sich in abwertender Weise über das Unternehmen geäußert. Alle diese Umstände seien mit dem Betriebsrat ausführlich erörtert worden.

Die Verhandlung vor dem Arbeitsgericht bringt keine weitere Aufklärung des Sachverhalts.

a) Stellen Sie die Rechtslage dar, d. h. untersuchen Sie, ob und inwieweit die Klage (welche?) von Linus Aussicht auf Erfolg haben könnte.

b) Wenn Linus gegen die am 24.8.1998 zugegangene Kündigung Klage erhebt und die Klageschrift am 15.10.1998 bei Gericht eingeht: Fristversäumnis, falls Linus die Klage allein auf Verletzung von § 102 Abs. 1 Betriebsverfassungsgesetz stützt?

### **Fall Nr. 99:** Betriebsübergang<sup>112</sup>

Arbeitgeber A betreibt eine größere Kfz-Reparaturwerkstatt und beschäftigt insgesamt 20 Arbeitnehmer, davon 16 Kfz-Mechaniker. 12 Kfz-Mechaniker sind mit der Reparatur von Fahrzeugen beschäftigt. Die restlichen 4 - die Kfz-Mechaniker W-Z - führen überwiegend technische Veredelungen von Fahrzeugen (sog. Tuning) durch. Zu diesem Zweck hatte Arbeitgeber A vor Jahren eine zweite, kleinere Werkstatthalle bauen lassen, in der die 4 Kfz-Mechaniker arbeiten. In der Halle befinden sich die üblichen Maschinen und Werkzeuge (Hebebühnen, Motortester, Spezialwerkzeuge etc.).

Da der Reparaturbereich floriert, das Tuning-Geschäft infolge der Rezession dagegen schleppend verläuft, entschließt sich A, die Tuning-Abteilung zu veräußern. Nach längerem Suchen findet er den als "windig" bekannten B, der sich schon mehrmals im Tuning-Geschäft versucht hat, doch jedes Mal in Konkurs geraten ist. A und B einigen sich darüber, dass B von A die Halle mietet. Sämtliche in der Halle befindlichen Maschinen und Werkzeuge kauft B von A, ebenso die Kundenlisten der Besitzer der von A bisher getunten Autos. Von dem Geschäft mit B erzählt A den in der Tuning-Abteilung beschäftigten Arbeitnehmern zunächst nichts, sondern sagt diesen nur, B würde jetzt die Abteilung führen.

Da die 4 Arbeitnehmer im Monat November keinen Lohn auf ihrem Konto hatten, erkundigen sie sich deshalb Anfang Dezember bei A. Dieser teilt ihnen mit, er habe damit nichts mehr zu tun, weil er schon vor über einem Monat "den Laden an B verkauft" habe. Auf Nachfrage der Arbeitnehmer sagt B, er sei schon seit letztem Monat der Chef, schließlich führe er ja auch seit dieser Zeit das Kommando. Leider stecke er zur Zeit in einem finanziellen Engpass, so

---

<sup>112</sup> nach Preis, Arbeitsrecht, 2000, S. 833 ff

dass er die Löhne noch nicht habe zahlen können. Das Geld komme aber schon noch. Die 4 Kfz-Mechaniker sind verärgert. Mechaniker W ist gar nicht damit einverstanden, dass nunmehr der windige B sein Chef ist und möchte lieber weiter bei A arbeiten. Darauf angesprochen antwortet A, W sei nun mal Arbeitnehmer des B. Außerdem habe er (A) ohnehin keine Verwendung mehr für den W, da in der Reparaturabteilung bereits die 12 anderen Kfz-Mechaniker ausgelastet seien. Bei ihm würde also W ohnehin entlassen. W fragt, was er tun kann, um wieder bei A zu arbeiten und ob es stimmt, dass er dann sofort entlassen würde. Schließlich sei er doch schon älter und länger in der Werkstatt des A als die meisten anderen Kfz-Mechaniker. Außerdem habe er - im Gegensatz zu manchen seiner jüngeren Kollegen - eine Frau und zwei Kinder zu ernähren. Auch habe er vor seiner Arbeit in der Tuning-Abteilung jahrelang in der Reparatur-Abteilung gearbeitet.

Den Kfz-Mechanikern X-Z ist es eigentlich egal, wer ihr Chef ist. Sie wollen vor allen Dingen ihren rückständigen Lohn und machen sich Gedanken über ihr Weihnachtsgeld. Es ist nun bereits der 5. Dezember und seit dem 1. November erteilt der B die Arbeitsaufträge in der Tuning-Abteilung. Sie wollen von Ihnen wissen, von wem sie ihr Novembergehalt bekommen und ob A das Weihnachtsgeld zahlen muss, wenn B dazu nicht in der Lage ist. Schließlich bestehe doch im Betrieb des A eine Betriebsvereinbarung, wonach alle Arbeitnehmer ein 13. Monatsgehalt bekommen.

Wie ist die Rechtslage?

## 2. Sektion: Statistisches Material zur Kündigungsproblematik

a) Im Jahre 1995 erledigten die Arbeitsgerichte 621.460 Verfahren, von denen 287.008 (=46,18%) Kündigungen betrafen. Dem entspricht die Quote der Revisionen beim Bundesarbeitsgericht. Zuständig: der 2. Senat für Revisionsverfahren in Kündigungsrechtsstreitigkeiten; der 7. Senat für sonstige Bestandsschutzverfahren, insbesondere für die Entscheidung über die Wirksamkeit einer Befristung.<sup>113</sup>

b) Anteil der Vergleiche in Kündigungssachen, die meist eine Abfindung für den AN nach sich ziehen:

- bei den Arbeitsgerichten: ca. 60 %
- bei den Landesarbeitsgerichten: ca. 41 %.<sup>114</sup>

c) Erledigung der Kündigungsschutzprozesse:

Durch Urteil	14 %
Durch Vergleich	60 %
Durch Klagerücknahme	19 %
Sonstige Gründe (z. B. Anerkenntnis)	7 %

d) Nur in ca. 6 % aller gerichtlichen Vergleiche wurde die Fortsetzung bzw. Wiederaufnahme des Arbeitsverhältnisses vereinbart. 94 % der Vergleiche hatten die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Abfindung zum Inhalt..

e) Empirische Untersuchung: Konsequenzen einer Kündigungsschutzklage:

<sup>113</sup> Zahlen nach Preis, Arbeitsrecht, 1999, S. S. 559

<sup>114</sup> Zahlen nach der bekannten Untersuchung des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, zit. Nach BABI 1981, 18 (20). – Die Zahlen stammen aus dem Jahr 1979, haben sich aber seither kaum verändert, vgl. Hümmerich, NZA 1999, 342 ff (342)

Eine repräsentative Untersuchung des Max-Planck-Instituts aus dem Jahre 1981 hat ergeben, dass selbst nach erhobener Kündigungsschutzklage nur 1,7 % der Kläger gegen den Willen des Arbeitgebers in den Betrieb zurückkehren. Bezogen auf alle arbeitgeberseitigen Kündigungen (ca. 1,2 Millionen pro Jahr) wurde ermittelt, dass die Arbeitgeber in insgesamt nur 0,71 % der Fälle einer einmal erklärten Kündigung mit der Rückkehr des Gekündigten an den alten Arbeitsplatz rechnen müssen (Zusammenfassung des Forschungsberichts in RdA 1981, 300).<sup>115</sup>

### 3. Sektion: Geschichtliche Dokumente zum Kündigungsschutz

#### **A. Die ersten Kündigungsschutzregelungen in Deutschland: Auszug aus dem Betriebsrätegesetz vom 4.2.1920 i.d.F. vom 23.12.1926**

##### **§ 84**

(1) Arbeitnehmer können im Falle der Kündigung seitens des Arbeitgebers binnen 5 Tagen nach der Kündigung Einspruch erheben, indem sie den Arbeiter- oder Angestelltenrat anrufen:

1. wenn der begründete Verdacht vorliegt, dass die Kündigung wegen der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Geschlecht, wegen politischer, militärischer, konfessioneller oder gewerkschaftlicher Betätigung oder Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einem politischen, konfessionellen oder beruflichen oder einem militärischen Verband erfolgt ist;
2. wenn die Kündigung ohne Angabe von Gründen erfolgt ist;
3. wenn die Kündigung deshalb erfolgt ist, weil der Arbeitnehmer sich weigerte, dauernd andere Arbeit, als die bei der Arbeit vereinbarte, zu verrichten;
4. wenn die Kündigung sich als eine unbillige, nicht durch das Verhalten des Arbeitnehmers oder durch die Verhältnisse des Betriebes bedingte Härte darstellt.

(2) Erfolgt die Kündigung fristlos aus einem Grunde, der nach dem Gesetze zur Kündigung des Dienstverhältnisses ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt, so kann der Einspruch auch darauf gestützt werden, dass ein solcher Grund nicht vorliegt.

##### **§ 85**

(1) Das Recht des Einspruchs nach § 84 Ziff. 1 gilt nicht für die in § 67 genannten Betriebe, soweit die Eigenart ihrer Bestrebungen es bedingt. [Hinweis: § 67 BRG betraf Tendenzunternehmen].

(2) Das Recht des Einspruchs besteht nicht:

1. bei Entlassenen, die auf einer gesetzlichen oder tarifvertraglichen oder durch Beschluss des Arbeitsgerichtes auferlegten Verpflichtung beruhen;
2. bei Entlassungen, die durch gänzliche oder teilweise Stilllegung des Betriebs erforderlich werden.

##### **§ 86**

(1) Bei der Anrufung müssen die Gründe des Einspruchs dargelegt und die Beweise ihrer Berechtigung vorgebracht werden. Erachtet der Arbeiterrat oder Angestelltenrat die Anrufung für begründet, so hat er zu versuchen, durch Verhandlungen eine Verständigung herbeizuführen.

---

<sup>115</sup> Vgl. Preis, Fn. 33, S. 561

ren. Gelingt diese Verständigung binnen einer Woche nicht, so kann der Arbeiter- oder Angestelltenrat oder der betroffene Arbeitnehmer binnen weiteren 5 Tagen das Arbeitsgericht anrufen.

(2) Der Einspruch gegen die Kündigung und die Anrufung des Arbeitsgerichts haben keine aufschiebende Wirkung.

## **B. Die Kündigungsschutzbestimmungen zur Zeit des Nationalsozialismus: Auszug aus dem AOG (Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20.1.1934)**

### **§ 56**

(1) Wird einem Angestellten oder Arbeiter nach einjähriger Beschäftigung in dem gleichen Betrieb oder dem gleichen Unternehmen gekündigt, so kann er, wenn es sich um einen Betrieb mit in der Regel mindestens 10 Beschäftigten handelt, binnen 2 Wochen nach Zugang der Kündigung beim Arbeitsgericht mit Antrag auf Widerruf der Kündigung klagen, wenn diese unbillig hart und nicht durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt ist.

(2) Der Klage ist, wenn in dem Betrieb ein Vertrauensrat errichtet ist, eine Bescheinigung des Vertrauensrates beizufügen, aus der sich ergibt, dass die Frage der Weiterbeschäftigung im Vertrauensrat erfolglos beraten worden ist. Von der Beibringung der Bescheinigung kann abgesehen werden, wenn der Gekündigte nachweist, dass er binnen 5 Tagen nach Zugang der Kündigung den Vertrauensrat angerufen, dieser aber die Bescheinigung innerhalb von 5 Tagen nach dem Anruf nicht erteilt hat.

### **§ 57**

(1) Erkennt das Gericht auf Widerruf der Kündigung, so ist im Urteil von Amts wegen eine Entschädigung für den Fall festzusetzen, dass der Unternehmer den Widerruf ablehnt.

(2) Der Unternehmer hat, sofern nicht die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils nach § 62 Abs. 1 Satz 2 des Arbeitsgerichtsgesetzes ausgeschlossen ist, binnen 3 Tagen nach Zustellung des Urteils dem Gekündigten zu erklären, ob er den Widerruf der Kündigung oder die Entschädigung wählt. Erklärt er sich nicht innerhalb der Frist, so gilt die Entschädigung als gewählt. Die Frist wird durch einen vor ihrem Ablauf zur Post gegebenen Brief gewahrt. Der Unternehmer wird dadurch, dass er den Widerruf der Kündigung wählt, nicht gehindert, gegen das Urteil Berufung einzulegen. Wird auf die Berufung die Klage abgewiesen, so verliert mit diesem Zeitpunkt der Widerruf der Kündigung seine Wirkung.

(3) ...

### **§ 58**

Bei der Festsetzung der Entschädigung ist sowohl auf die wirtschaftliche Lage des Gekündigten als auch auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Betriebes angemessen Rücksicht zu nehmen. Die Entschädigung bemisst sich nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses; sie darf 4/12 des letzten Jahresarbeitsverdienstes nicht übersteigen.

### **§ 62**

Die §§ 56 bis 61 finden keine Anwendung bei Kündigungen aufgrund einer Verpflichtung, die auf Gesetz oder Tarifordnung beruht.

### **C. Eines statt vieler: Urteil des LAG Essen vom 8.7.1936, ARS 28, 203 ff**

*Die Teilnahme an der Reichstagswahl 1936 war nicht nur ein Recht, sondern die Pflicht jedes wahlberechtigten Deutschen. Wer ihr aus nicht ganz zwingenden Gründen ferngeblieben ist, hat sich damit außerhalb der Volksgemeinschaft gestellt. Er hat durch sein Fernbleiben die völlige Interesselosigkeit für die Lebensnotwendigkeiten der Nation bekundet. Erfolgt deshalb und weil sich die Arbeitskameraden weigern, mit einem solchen Manne zu arbeiten, die Kündigung, so ist sie - weil selbst verschuldet - nicht unbillig.*

Landesarbeitsgericht Essen, Urteil vom 8. Juli 1936 - Sa 56/36.

1. Instanz: Arbeitsgericht Essen.

Der Kl. der schon früher mehrere Jahre bei der Bekl. in Stellung gewesen ist, war seit dem 17. Mai 1934 im Lokomotivenbau der Bekl. tätig. Als diese erfuhr, dass er sich nicht an der Reichstagswahl am 29. März 1936 beteiligt hatte, kündigte sie ihm am 24. April 1936 das Arbeitsverhältnis zum 8. Mai 1936.

Der Kl. behauptet, seine Nichtbeteiligung an der Wahl sei nicht auf bösen Willen, sondern auf einen Unfall zurückzuführen, den er am Tage der Wahl beim Paddeln auf der Ruhr erlitten habe. Infolgedessen könne die Bekl. sein Verhalten nicht zum Anlass der Kündigung nehmen. Diese treffe ihn auch unbillig hart, da er von seiner letzten Beschäftigungszeit längere Jahre erwerbslos gewesen sei und seinen Vater, der Invalide sei und an Hauttuberkulose leide, monatlich mit 20 RM unterstütze.

Die Bekl. hat ausgeführt, die Kündigung sei erfolgt, weil der Kl. wiederholt ein unkameradschaftliches Wesen gezeigt und durch die Nichtbeteiligung an der Wahl, die nach Bekannt werden in der Gefolgschaft große Erregung hervorgerufen habe, den Arbeitsfrieden empfindlich gestört habe. Der Bootsunfall habe den Kl. bei einigermaßen guten Willen an der Ausübung seiner Wahlpflicht nicht hindern können. Gerade der Kl. sei in Hinsicht auf die zwei Tag vor der Wahl im Lokomotivbau in Anwesenheit des Führers stattgefundene Großkundgebung verpflichtet gewesen, sich im Sinne der Regierung an der Wahl zu beteiligen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, mit der Begründung, es sei zwar nicht mit Sicherheit bewiesen, dass der Kl. ein unkameradschaftliches und gemeinschaftsfeindliches Verhalten gezeigt habe, aber er sei offenbar der Wahl aus dem Wege gegangen. Das habe eine solche Erregung bei der Gefolgschaft der Beklagten ausgelöst, dass man es ihr nicht zumuten könne, den Kläger weiterzubeschäftigen. Die Kündigung sei für den Kläger nicht unbillig, sondern er habe sie selbst verschuldet.

Aus den Gründen:

Der Kläger, als 31-jähriger Mann, wusste genau wie jeder andere erwachsene Deutsche, welche Wichtigkeit die Reichstagswahl vom 29. März 1936 für das deutsche Volk hatte. Es sollte beim Ausland gezeigt werden, dass Führer und Volk eine geschlossene Einheit bildeten, und dass das Volk 100prozentig dem Führer und Reichskanzler sein Vertrauen für seine Politik ausspreche und geschlossen hinter ihn trete. Das gesamte Ausland sollte davon Kenntnis nehmen, dass das ganze deutsche Volk sowohl einmütig das große Friedensangebot seines Führer und Reichskanzlers billige, wie andererseits die Wiederbesetzung des Rheinlandes durch deutsche Truppen. Der Führer und Reichskanzler selbst hatte durch unermüdliche Arbeit bei Tage und bei Nacht in den Wochen vor der Wahl in allen Teilen des Reiches auf die Wichtigkeit dieser Wahl auf das eindringlichste hingewiesen und das deutsche Volk gebeten, ihm



durch Abgabe des Stimmzettels zu zeigen, dass es hinter ihm stände, damit die Regierung bei den kommenden Verhandlungen mit dem Ausland auf ein völlig einiges deutsches Volk hinweisen könnte. Unter diesen für das Leben des deutschen Volkes so wichtigen Umständen ist Wahlrecht nicht nur ein Recht, sondern eine Wahlpflicht, der sich kein Wahlberechtigter Deutscher entziehen kann und darf. Sonst stellt er sich außerhalb der Volksgemeinschaft.

Deshalb war es am 29. März 1936 auch das Klägers vornehmste Pflicht, seiner Wahlpflicht zu genügen. Das war für ihn um so leichter, da sich nach seiner eigenen Angabe das für ihn zuständige Wahllokal nur etwa 100 Meter von seiner Wohnung entfernt befindet. Wenn er also gleich nach Beginn der Wahl sein Wahlrecht ausgeübt hätte, konnte er spätestens bereits gegen 10 Uhr am Bootshaus sein und mit paddeln beginnen, der ganze Sonntag stand ihm dann noch für den Wassersport zur Verfügung. Dadurch, das der Kläger sich aber von vornherein vornahm, den Sonntag in erster Linie für das Paddeln auszunutzen und die Ausübung seiner Wahlpflicht erst für den Spätnachmittag in Aussicht nahm, zeigt er, dass ihm vor allem darauf ankam, seinem Vergnügen nachzugehen, während die Erfüllung seiner vaterländischen Pflicht für ihn erst in zweiter Linien in Frage kam. Dabei dachte er nicht daran, auf alle Fälle die Zeit des Wassersports so kurz zu nehmen, dass unter allen Umständen eine Möglichkeit, an der Wahl teilzunehmen, gesichert war, sondern er nahm sich eine Fahrt vor, von der er nach seiner eigenen Angaben frühestens um 15 Uhr zurück sein konnte. Er ließ dabei völlig außer Acht, dass, wie ihm bekannt war, die Fahrt an verschiedenen gefährlichen Stellen vorbeiging, an denen leicht, wie es auch geschehen ist, das Boot kenterte konnte, dass die Rückfahrt flussaufwärts bedeutend längere Zeit als die Fahrt flussabwärts in Anspruch nimmt, dass er mehrer Wehre zu passieren hatte, dass sein Fahrbegleiter zum ersten Mal im faltboot fuhr und des Paddelns völlig unkundig war, und dass an dem Morgen, wie er selbst angibt, ein ziemlicher Wind wehte, was die Möglichkeit eines Kenterns des Bootes vermehrte. Entstand nur durch das Eintreten einer diesen vielen Möglichkeiten, die er bewusst nicht in die Berechnung seiner Fahrtzeit einsetzte, eine nicht ganz unbedeutende Verzögerung der Fahrt, dann konnte die Stunde der Rückkehr zum Bootshaus leicht so spät werden, dass er nicht mehr rechtzeitig an der Wahlurne erscheinen konnte.

Dies ganze Verhalten des Klägers zeigt seine völlige Interesselosigkeit für die Lebensinteressen seiner Nation. Während sein Führer und seine Regierung während vieler Wochen Tag und Nacht unter Anspannung all ihrer Kräfte das deutsche Volk auf die Wichtigkeit gerade dieser Wahl immer wieder hinwiesen, während Kranke und Gebrechliche ihre letzte Kraft aufboten, um ihrer vaterländischen Pflicht an der Wahlurne zu genügen, während die Deutschen im Auslande nicht die Mühe scheitern, auf deutschen Schiffen bei Wind und Wetter auf die hohe See hinauszufahren, um ihr Bekenntnis für Deutschland abzugeben, dachte der Kläger nur in der erster Linie daran, seinem Vergnügen nachzugehen. Gewiss, wenn es sich hiermit noch vereinigen ließe, wenn hierfür noch Zeit übrig bleiben sollte, wollte er seiner Wahlpflicht nachkommen; aber vor ging ihm seine Lust am Paddeln. Und sollte dann wirklich ein Ereignis auftreten, dass ihm die Erfüllung seiner Wahlpflicht unmöglich machte, so nahm er auch das in Kauf. Nur durfte ihm sein Vergnügen, für das Sonntag für Sonntag Zeit hat, auch nicht um eine Stunde gekürzt werden.

Bei dieser Einstellung des Klägers zu seiner Wahlpflicht am 29. März 1936 kann es dahingestellt bleiben, ob der Kläger sich schon sonst unkameradschaftlich oder gar gemeinschaftsfeindlich gezeigt hat. Es kann weiter dahingestellt bleiben, ob er an dem Kentern des Bootes Schuld gehabt hat oder nicht und ob nach dem Unfall, der gegen 12 ½ Uhr geschehen ist, und bei dem er wohl durchnässt, aber nicht verletzt worden ist, bei gutem Willen doch noch rechtzeitig zur Wahl erscheinen hätte können oder nicht. Seine Schuld an seiner Nichtbeteiligung an der Wahl liegt darin, dass ihm sein Vergnügen vor seiner Pflicht für seinen Führer und sein

Vaterland ging. Dabei hatte gerade der Kl. noch ganz besonders allen Grund dazu, seinem Führer durch Abgabe seiner Stimme für ihn seine Dankbarkeit zu beweisen, da er jahrelang arbeitslos gewesen war und es nur der unermüdlichen Bemühung des Führer und der Reichsregierung in ihrem Kampf gegen die Arbeitslosigkeit zu verdanken hatte, dass auch er wieder in Arbeit und Brot gekommen war.

Unter diesen Umständen ist nach der Ansicht des Gerichts die Kündigung des Arbeitsverhältnisses für den Kläger nicht unbillig hart. Er hat sie selbst verschuldet. Es ist völlig verständlich, dass die Bekl. auf die Stimmung der Arbeitskameraden, die äußerst empört über das Verhalten des Klägers waren und sich weigerten weiter mit ihm zusammenzuarbeiten, Rücksicht nahm und die Kündigung aussprach, zumal es sich bei der Bekl. um die Waffenschmiede des deutschen Volkes handelt, die ganz besonders mit dem Wohl und Wehe der deutschen Nation verbunden ist. Gerade hier hatte 2 Tage vor der Wahl der Führer zum deutschen Volk gesprochen und jeden deutschen um Abgabe der Stimme gebeten. Und hier war ihm versichert worden, jeder Deutsche würde seine Ehre darin setzen, das Vertrauen seines Führers und Reichskanzlers nicht zu enttäuschen.

Es war daher, wie geschehen, zu erkennen.

## **D. Auszug aus dem Berliner Kündigungsschutzgesetz vom 20. Mai 1950**

### **Erster Abschnitt**

#### Allgemeiner Kündigungsschutz

##### **§ 1**

#### Sozial ungerechtfertigte Kündigungen

(1) Die Kündigung gegenüber einem Arbeitnehmer, der ohne Unterbrechung länger als 3 Monate im gleichen Betrieb oder Unternehmen beschäftigt ist, ist rechtsunwirksam, sofern sie sozial ungerechtfertigt ist.

(2) Sozial ungerechtfertigt ist die Kündigung, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch zwingende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betriebe entgegenstehen, bedingt ist.

(3) Liegen zwingende betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung vor, so ist sie dennoch sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl vergleichbarer Arbeitnehmer soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat. Bei der Auswahl darf innerhalb eines Zeitraumes von zwei Jahren nach Inkrafttreten dieses Gesetzes die kürzere Dauer der Betriebszugehörigkeit eines Flüchtlings oder Heimkehrers zu dessen Nachteil nur insoweit berücksichtigt werden, als es sich um den Vergleich mit einem anderen, länger beschäftigten Flüchtling oder Heimkehrer handelt.

(4) Sozial ungerechtfertigt ist ferner eine Kündigung, die während der Dauer einer durch Arbeitsunfall oder während der ersten sechs Monate einer durch Krankheit hervorgerufenen Arbeitsunfähigkeit ausgesprochen wird.

##### **§ 2**

#### Kündigungseinspruch

Hält der Arbeitnehmer eine Kündigung für sozial ungerechtfertigt, so kann er binnen fünf Werktagen nach Kündigung Einspruch bei der Betriebsvertretung einlegen. Erachtet die Betriebsvertretung den Einspruch für begründet, so hat sie zu versuchen, eine Verständigung mit dem Arbeitgeber herbeizuführen.

##### **§ 3**

#### Anrufung des Arbeitsgerichts

(1) Der Arbeitnehmer kann zur Feststellung, ob eine Kündigung sozial ungerechtfertigt ist, Klage beim Arbeitsgericht erheben. Er kann dies auch dann, wenn er keinen Einspruch bei der Betriebsvertretung eingelegt oder der Einspruch nicht zu einer Verständigung geführt hat, oder wenn in dem Betrieb eine Betriebsvertretung nicht besteht.

(2) Die Klage muss innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung erhoben werden. Ist die Betriebsvertretung gemäß § 3 angerufen worden, so soll der Klage eine von

der Betriebsvertretung auszustellende Bescheinigung über das Ergebnis ihres Verständigungsversuches beigelegt werden.

## **§ 4**

### Urteil des Arbeitsgerichts

(1) Erweist sich eine Kündigung als sozial ungerechtfertigt, so hat das Arbeitsgericht im Urteil festzuhalten, dass die Kündigung unwirksam ist und das Arbeitsverhältnis fortbesteht.

(2) Bei Geltendmachung dringender betrieblicher Gründe kann das Arbeitsgericht auf Antrag des Arbeitgebers oder im Falle der Nichtzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auf Antrag des Arbeitnehmers das Arbeitsverhältnis auflösen und den Arbeitgeber zur Zahlung einer Entschädigung verurteilen.

(3) Ist die Kündigung offensichtlich willkürlich oder aus nichtigen Gründen unter Missbrauch der Machtstellung im Betrieb erfolgt, so kann das Arbeitsgericht eine Entschädigung nur auf Antrag des Arbeitnehmers festsetzen.

## **Zweiter Abschnitt**

### Kündigungsschutz der Betriebsratsmitglieder

## **§ 9**

### Unzulässigkeit der Kündigung

(1) Die Kündigung eines Betriebsratsmitgliedes ist unzulässig, es sei denn, dass ein Grund vorliegt, der den Arbeitgeber zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt.

(2) Wird der Betrieb stillgelegt, so ist die Kündigung der Betriebsratsmitglieder frühestens zum Zeitpunkt der Stilllegung zulässig, es sei denn, dass ihre Kündigung zu einem früheren Zeitpunkt durch zwingende betriebliche Erfordernisse bedingt ist.

(3) Wird ein Betriebsratsmitglied in einer Betriebsabteilung beschäftigt, die stillgelegt wird, so ist es in eine andere Betriebsabteilung zu übernehmen. Ist dies aus zwingenden betrieblichen Gründen nicht möglich, so findet auf seine Kündigung die Vorschrift des Absatzes 2 über die Kündigung bei Stilllegung des Betriebes sinngemäße Anwendung.

(4) Wird ein Belegschaftsmitglied als Kandidat für die Wahl zum Betriebsrat aufgestellt, so genießt es bis zur Konstituierung des neugewählten Betriebsrats denselben Schutz wie die Betriebsratsmitglieder.

### **Dritter Abschnitt**

Kündigungsschutz für anerkannte politisch, rassistisch und religiös Verfolgte

#### **§ 11**

Die Kündigung von anerkannten politisch, rassistisch und religiös Verfolgten darf nur mit Zustimmung des Magistrats von Groß-Berlin, Abteilung Arbeit, nach Anhörung der Abteilung Sozialwesen erfolgen bis zum Inkrafttreten eines Schutzgesetzes für politisch, rassistisch und religiös Verfolgte.

### **Fünfter Abschnitt**

Schlussbestimmungen

#### **§ 16**

Geltungsbereich

(1) Die Vorschriften des ersten, zweiten und dritten Abschnittes finden auf die Betriebe und Verwaltungen des privaten und des öffentlichen Rechts Anwendung.

(2) Die Vorschriften des vierten Abschnittes finden Anwendung auf Betriebe und Verwaltungen des privaten Rechts sowie auf Betriebe, die von einer öffentlichen Verwaltung nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen geführt werden, soweit sie wirtschaftliche Zwecke verfolgen.

(3) Die Vorschriften des ersten und vierten Abschnittes finden keine Anwendung auf Vorstandsmitglieder und gesetzliche Vertreter von juristischen Personen und Personengesamtheiten des öffentlichen oder privaten Rechts.

(4) Die Vorschriften des ersten Abschnittes gelten nicht für Betriebe, in denen drei oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich der Lehrlinge beschäftigt werden.

## Lektion Nr. 25: Andere Beendigungsarten

### Ø INHALT:

1. Sektion: Fristablauf
  - I. Zahlenmaterial
  - II. Problematik der Befristung
  - III. Darstellung
2. Sektion: Aufhebungsvertrag
  1. Fälle
  2. Grundlegung
  3. Rechtsprechung
  4. Aufhebungsvertrag und Sozialversicherung
  5. Aufhebungsvertrag und Steuerrecht

\*\*\*

### 1. Sektion: Fristablauf (Befristete Arbeitsverträge)

### Ø EINFÜHRENDE LITERATUR: Halbach 2/ 69-80,432-435

#### I. Zahlenmaterial:

1997: ca. 1,9 Mio befristeter Arbeitsverhältnisse; Quote von ca. 8 %  
4,2 Mio registrierter Arbeitsloser, ca. 2 Mrd. Überstunden jährlich

In der EU ca. 150 Mio Beschäftigte, davon ca. 18 Mio in befristeten Arbeitsverhältnissen (NZA Nr. 11/99 S. XI)

#### II. Problematik der Befristung:

Vereinbaren Arbeitgeber und Arbeitnehmer, dass das Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten Zeitpunkt automatisch enden soll, spricht man von einer Befristung. Diese Art der Beendigung des Arbeitsverhältnisses wurde vom Gesetzgeber in § 620 BGB ursprünglich als die "normale" Beendigungsart angesehen. Diese Rechtsauffassung hat sich mittlerweile gewandelt, die Befristung ist heute die Ausnahme.

Bis Ende 2000 basierte der Rechtszustand im wesentlichen auf der Rechtsprechung des BAG. Grundlegend der Beschluss des Großen Senats des BAG vom 12.0.1960 (abgedruckt u.a. in BB 1961, 368 ff). Mehr als 180 Entscheidungen des BAG zu dieser Frage.

#### III. Darstellung

Aufgrund der Befristung endet das Arbeitsverhältnis automatisch, es bedarf keiner Willenserklärung, mithin insbesondere keiner Kündigung. Die Befristung ist damit für den Arbeitgeber

besonders interessant: Er spart sich die Kündigung, die Anhörung des Betriebsrats, den Kündigungsschutz. Und genau hier liegen die Probleme, die sich aus der Befristung ergeben.

Einerseits ist die Befristung ein sinnvolles Mittel, um ein Arbeitsverhältnis zu beenden, zu denken ist etwa an ein Saisonarbeitsverhältnis. Andererseits, so das BAG, ist der Kündigungsschutz zwingend ausgestaltet, es muss verhindert werden, dass Kündigungsschutz vom Arbeitgeber umgangen wird. Die Befristung war daher dann zulässig, wenn der Kündigungsschutz nicht umgangen wurde, wenn also ein sachlicher Grund für die Befristung bestand.

Letzten Endes waren drei Situationen möglich:

- a) Es existierte ein sachlicher Grund für die Befristung
- b) Die Befristung erfolgte zwar ohne sachlichen Grund, ist indessen auf 2 Jahre beschränkt. Der betroffene AN wird neu eingestellt oder aus einem mit sachlichem Grund befristeten Arbeitsverhältnis übernommen (Regelung seit 1996).
- c) Da das KSchG erst nach einer 6monatigen Betriebszugehörigkeit anwendbar ist, war nach Auffassung des BAG ein sachlicher Grund nicht erforderlich
  - für Arbeitsverhältnisse, die für weniger als 6 Monate galten,
  - in Kleinbetrieben mit nicht mehr als 5 AN (da für diese AN das KSchG ohnehin nicht gilt, eine Umgehung also gar nicht möglich ist!)

In diesen Fällen war also eine Befristung von Arbeitsverhältnissen grundsätzlich immer möglich.

Dieser Rechtszustand hat einschneidende Änderungen erfahren.

Mit Wirkung zum 1.1.2001 ist das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) in Kraft getreten. Es legt – u. a. – die Voraussetzungen für die Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge fest und strebt die Verhinderung von Diskriminierungen befristet beschäftigter Arbeitnehmer an.

Die Befristung setzt eine vertragliche Einigung voraus. Der AG kann also nicht einseitig ein unbefristetes in ein befristetes Arbeitsverhältnis umwandeln. Allenfalls Änderungskündigung möglich.

### **Zwei Möglichkeiten der Befristung:**

a – Vorliegen eines sachlichen Grundes, § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG. – In Satz 2 erfolgt eine beispielhafte („insbesondere“) Auflistung von „sachlichen“ Gründen (insoweit ist eine Kodifizierung der Rechtsprechung erfolgt).

b – Ohne sachlichen Grund bei Neueinstellungen, und zwar bis zu einer maximalen Dauer von 2 Jahren, wobei eine Befristung höchstens 3 Mal verlängert werden darf; also maximal 4 Befristungen möglich ! Abweichungen durch TV sind möglich, § 14 Abs. 2 S. 3 TzBfG (sog. tarifdispositive Norm!) – Bei Neugründungen sogar Befristungen bis 4 Jahre möglich (§ 14 Abs. 2a TzBfG).

Hat der AN bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 58. Lebensjahr vollendet, so ist ein sachlicher Grund für die Befristung nicht erforderlich (§ 14 Abs. 3 S. 1 TzBfG).

Ist die Befristung nicht zulässig und damit unwirksam, so gilt der befristete Arbeitsvertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen (§ 16 TzBfG).

Das Gesetz gilt für alle befristeten Verträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern ohne Rücksicht auf die Betriebsgröße. Es gilt auch für den öffentlichen Dienst, nicht aber für das wissenschaftliche Personal an Hochschulen und Forschungseinrichtungen. Für diesen Personenkreis kommt das Gesetz über befristete Arbeitsverträge mit wissenschaftlichem Personal an Hochschulen und Forschungseinrichtungen vom 14. 6.1985 (BGBl. I S. 1065) zur Anwen-

ding. Darin werden im Einzelnen die Voraussetzungen für befristete Arbeitsverträge in diesem Bereich festgelegt.

### **Wichtig:**

1. Die Befristung bedarf der Schriftform, § 14 Abs. 4 TzBfG.
2. Die Geltendmachung der Unwirksamkeit einer Befristung kann nur binnen einer **Frist von drei Wochen**, beginnend mit dem vereinbarten Ende des befristeten Arbeitsvertrages erfolgen, § 17 S. 1 TzBfG. Dies gilt auch dann, wenn der AN geltend machen will, ein befristeter Arbeitsvertrag sei wegen Fälschung seiner Unterschrift gar nicht zustande gekommen, vgl. LAG Hessen vom 18.1.2000, NZA 2000, 1071 f (Urteil ist zum alten BeschFG ergangen, aber insoweit auf den neuen Rechtszustand übertragbar).
3. Zulässigkeit von Kündigungsvereinbarungen: § 15 Abs. 3 TzBfG.

## 2. Sektion: Aufhebungsvertrag

Ø EINFÜHRENDE LITERATUR: Halbach 2/ 426-428

### **1. FÄLLE**

**Fall Nr. 100:** Arbeitgeber Gode erklärt dem Arbeitnehmer Albert, er wolle sich von ihm sofort und auf jeden Fall trennen und übergibt ihm ein Schreiben, das die außerordentliche Kündigung beinhaltet. Albert erklärt, er sei mit der Trennung einverstanden, räumt seinen Schreibtisch aus und geht.

Nachdem Albert sich mit seiner Frau beraten hat, erhebt er Klage beim zuständigen Arbeitsgericht auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst sei.

Er ist der Meinung, dass die Kündigung mangels Kündigungsgründen unwirksam sei. Gode erklärt, auf Gründe käme es nicht mehr an und beruft sich auf einen Aufhebungsvertrag, den er mit Albert geschlossen habe.

### **2. GRUNDLEGUNG**

a) Die praktischen Probleme liegen zunächst darin, dass es keinen für alle Arbeitsverhältnisse geeigneten optimalen Auflösungsvertrag gibt. Es ist grundsätzlich Sache der Arbeitsvertragsparteien, in ihren Verhandlungen über die Auflösung die regelungswürdigen Punkte zu erkennen und in ihrer Vereinbarung zu erfassen. Hierbei werden jedoch häufig wichtige Punkte nicht oder nur mangelhaft geregelt, so dass der Arbeitnehmer nicht selten dann doch gezwungen ist, die Arbeitsgerichte in Anspruch zu nehmen. Leider kommt es auch nicht selten vor, dass Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses „über den Tisch gezogen werden“, indem man sie eine sog. Ausgleichsquittung unterzeichnen lässt. Einem »bösen Erwachen« gilt es vorzubeugen.

b) Der Aufhebungsvertrag bedarf der Schriftform, § 623 BGB. Der besondere Kündigungsschutz z. B. für Schwangere oder Schwerbehinderte findet keine Anwendung. Der Betriebsrat muss nicht - wie im Falle einer Kündigung - angehört werden.

c) Das Arbeitsverhältnis kann mittels eines Aufhebungsvertrages mit sofortiger Wirkung oder erst mit einer sog. Auslaufzeit enden. Kündigungsfristen dagegen brauchen nicht eingehalten zu werden.



d) Die früher (bis 1.5.2000) nicht selten auftretenden Schwierigkeiten im Hinblick auf sog. konkludent abgeschlossene Aufhebungsverträge sind durch die Neuregelung in § 623 BGB hinfällig geworden. Nur noch von historischem Interesse ist daher eine Entscheidung wie das Urteil des ArbG Frankfurt a. M. v. 16.4.1997 (rkr.), AiB 1998, 172: Ein AN, der während eines Streits mit seinem Vorgesetzten nach dessen Aufforderung „Dann gehen Sie doch!“ den Arbeitsplatz verlässt, gab seinerzeit ein stillschweigendes Einverständnis ab zum Angebot des AG, das Arbeitsverhältnis durch Aufhebungsvertrag aufzulösen.

e) Ein Aufhebungsvertrag kann beseitigt werden, indem er von einer der Parteien angefochten wird (§§ 119, 123 BGB). Die Schwierigkeiten, die sich hier ergeben, sind beträchtlich. Nach der Rechtsprechung des BAG (Urt. vom 18. 9. 1984 - 3 AZR 118/82 - NZA 1985, 712) muss der AN sich nämlich **über die rechtlichen Folgen** eines Aufhebungsvertrages selbst **Klarheit verschaffen! Nur ausnahmsweise** wird nur eine **Belehrungspflicht** des Arbeitgebers anerkannt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der AN aufgrund **besonderer Umstände** darauf vertrauen durften, dass der Arbeitgeber ihn redlicherweise vor unbedachten nachteiligen Folgen des vorzeitigen Ausscheidens, insbesondere bei der Versorgung, bewahren würde (BAG vom 3. 7. 1990 - 3 AZR 382/89 - NZA 1990, 971). Zum Streit kommt es insbesondere in den Fällen, in denen der Arbeitnehmer nicht wusste, dass er durch den Aufhebungsvertrag auf einen besonderen Kündigungsschutz verzichtet. Ein Anfechtungsrecht steht dem Arbeitnehmer in der Regel zu, wenn er den Aufhebungsvertrag nur unterschrieben hat, weil der Arbeitgeber damit gedroht hat, anderenfalls eine (nicht gerechtfertigte) fristlose Kündigung auszusprechen.

f) Umstritten ist, ob Aufhebungsverträge nach §§ 312, 355 BGB widerrufen werden können. Vgl. u. a. Schleusener, Zur Widerrufsmöglichkeit von arbeitsrechtlichen Aufhebungsverträgen nach § 312 BGB, NZA 2002, 949 ff. Ablehnend u. a. Müller-Glöge, ErfK § 620 BGB Beendigung des Dienstverhältnisses, Rn. 13.

### 3. RECHTSPRECHUNG

**BAG v. 30.9.1993, DB 1993, 279 ff:** *Ein Aufhebungsvertrag ist nicht allein deswegen unwirksam, weil der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer weder eine Bedenkzeit noch ein Rücktritts- oder Widerrufsrecht eingeräumt und ihm auch das Thema des beabsichtigten Gesprächs vorher nicht mitgeteilt hat.* (Wichtige Entscheidung, unbedingt lesen!!!). [n Widerruf.doc].

**BAG v. 16.11.1979, AP Nr. 21 zu § 123 BGB:** *Eine Drohung mit einer außerordentlichen Kündigung kann rechtswidrig sein und dem AN die Anfechtung gem. § 123 BGB eröffnen. Dies ist jedoch dann nicht der Fall, wenn ein verständiger AG die (außerordentliche) Kündigung ernsthaft in Erwägung gezogen hätte.*

**BAG v. 14.7.1960, AP Nr. 13 zu § 123 BGB:** *Ein unter der Drohung, andernfalls im Wege der außerordentlichen Kündigung fristlos entlassen zu werden, zustande gekommener Aufhebungsvertrag unterliegt nach § 123 BGB dann der Anfechtung, wenn die angedrohte Entlassung von Rechts wegen nicht möglich war.*

**BAG v. 6. 11.1997 - 2 AZR 162/97, NZA 1998, 374 ff:** *Hat der Arbeitnehmer einen Aufhebungsvertrag wegen widerrechtlicher Drohung seitens des Arbeitgebers nach § 123 BGB wirksam angefochten, so kann das Recht des Arbeitnehmers, die Nichtigkeit des Aufhebungsvertrages klageweise geltend zu machen, im Hinblick auf den eigenen Verstoß des Arbeitge-*

*bers gegen Treu und Glauben nur unter ganz außergewöhnlichen Umständen verwirken. Bei der Prüfung des erforderlichen Zeitmoments ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber dem Bedrohten schon für die Anfechtung in § 124 BGB eine Überlegensfrist von einem Jahr einräumt. Der Drohende muss sich deshalb nach Treu und Glauben regelmäßig damit abfinden, dass der Bedrohte die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts auch noch einige Monate nach der Anfechtung und Klageandrohung klageweise geltend macht.*

**BAG v. vom 6.12.2001, NZA 2002, 731 ff:** *Die Drohung mit einer außerordentlichen Kündigung ist widerrechtlich und berechtigt den AN einen Aufhebungsvertrag gemäß § 123 I BGB anzufechten, wenn ein verständiger Arbeitgeber eine solche Kündigung nicht ernsthaft in Erwägung ziehen durfte.*

#### **4. AUFHEBUNGSVERTRAG UND SOZIALVERSICHERUNG**

Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages hat weit reichende sozialversicherungsrechtliche Folgen. Das Arbeitsamt kann eine sog. Sperrfrist verhängen, d. h. der Arbeitnehmer erhält in dieser Zeit (bis zu drei Monaten, §§ 144, 145 SGB III) kein Arbeitslosengeld. Wird im Aufhebungsvertrag eine Abfindung vereinbart, kann diese auf das Arbeitslosengeld angerechnet werden.

Vgl. zu dem Komplex die gute Zusammenstellung von: Schoof, Betriebsratspraxis (“Abfindung” und “Aufhebungsvertrag”)

#### **5. AUFHEBUNGSVERTRAG UND STEUERRECHT**

Abfindungen wegen einer veranlassten oder gerichtlich ausgesprochenen Auflösung des Arbeitsvertrages sind steuerfrei, soweit sie 12.271 € nicht übersteigen. Hat der AN das 50. Lebensjahr vollendet und hat das Arbeitsverhältnis mindestens 15 Jahre bestanden: Höchstbetrag 15.400 € Bei 55 Lebensjahren und mindestens 20 Jahren Betriebszugehörigkeit: 18.480 € (§ 3 Nr. 9 EStG).

# **Teil IV**

## **Änderung der Arbeitsbedingungen**

## Lektion Nr. 26: Vertragsänderung und Änderungskündigung

### Ø INHALT:

- A. Fälle
- B. Theorie
- C. Literatur
- D. Rechtsprechung

\*\*\*

### A. FÄLLE

#### Fall Nr. 101:

*Der 1950 geborene Adalbert Stoeftner wird am 1.2.1995 bei der Firma K. & Racho in Potsdam eingestellt. Der Arbeitsvertrag enthält folgende Formulierung: "Das Arbeitsverhältnis endet am 31.1.1998, ohne dass es einer Kündigung bedarf." Gründe für die Befristung des Arbeitsverhältnisses sind im Vertragsdokument nicht angegeben.*

*Am 1.2.1998 erscheint Stoeftner, wie gewohnt, an seinem Arbeitsplatz.; er weist den darob erstaunten Personalchef Ganter darauf hin, dass nach seiner Auffassung das Arbeitsverhältnis nicht am 31.1.1998 zu Ende gegangen sei. 10 Minuten später überreicht Ganter (feierlich) dem Stoeftner folgendes Schreiben: „Hiermit kündigen wir Ihnen rein vorsorglich hilfsweise für den Fall, dass Ihr Arbeitsverhältnis nicht bereits zum 31.1.1998 beendet worden ist zum 31.3.1998. Da wir für Sie bereits zum 1.1.1998 Herrn Schompi als Nachfolgekraft eingestellt haben, sehen wir für Sie keine weitere Beschäftigungsmöglichkeit. Ihr Arbeitsplatz ist damit weggefallen.“*

*Folgende Fakten: K. & Racho beschäftigt 15 Arbeitnehmer – alle „full time“. Schompi wurde 1960 geboren. Am 18.2.1998 erhebt Stoeftner Klage beim Arbeitsgericht Potsdam mit folgendem Antrag:*

*„Es wird beantragt festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung vom 1.2.1998 nicht aufgelöst worden ist und über den 31.3.1998 fortbesteht.“*

**Fall Nr. 102:** *In den Arbeitsbedingungen der K-GmbH wird den Arbeitnehmern u a. zugesagt, dass ihnen mit dem Dezembergehalt ein Weihnachtsgeld in Höhe von € 512 ausbezahlt wird. Bei der K-GmbH sind 100 Arbeitnehmer mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden beschäftigt. Um die Kostenstruktur des Unternehmens zu verbessern, will sich die K-GmbH von dem Weihnachtsgeld lösen. Hierzu spricht sie allen Arbeitnehmern eine Kündigung aus und bietet ihnen zugleich die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit einem Arbeitsvertrag ohne Weihnachtsgeldzusage an. Der bei K-GmbH beschäftigte X ist hiermit nicht einverstanden und ist der Auffassung, dass die K-GmbH nicht berechtigt sei, sich einseitig von der Weihnachtsgeldzusage zu lösen. Hat X Recht?*

## B. THEORIE

BAG-Prüfungsschema zur Wirksamkeit einer Änderungskündigung (BAG vom 15.3.1991, NZA 1992, 120 ff; bestätigt durch BAG vom 24.4.1997, NZA 1997, 1047 ff):

1. Stufe: Liegen die Voraussetzungen für eine ordentliche Kündigung nach § 1 KSchG vor ? (also: Liegt für die Vertragsänderung ein Grund in der Person, in dem Verhalten des AN oder ein dringendes betriebliches Erfordernis vor?). [das „Ob“]
2. Stufe: Ist das Änderungsangebot dem AN zumutbar ? [das „Wie“]

Problem bei der betriebsbedingten Kündigung zur Kostensenkung: Das BAG erkennt hier die autonome Unternehmerentscheidung nicht an (std. Rspr., vgl. u.a. BAG vom 20.3.1986, NZA 1986, 824 ff). Eine Entgeltkürzung soll nur dann zulässig sein, wenn durch die Senkung der Personalkosten die Stilllegung des Betriebes oder die Reduzierung der Belegschaft verhindert wird, weil sie das mildere Mittel gegenüber der Beendigungskündigung ist (BAG vom 1.7.1999, NZA 1999, 1336 ff). Statt der nicht nachprüfaren „autonomen Unternehmerentscheidung“ muss der AG ein umfassendes Sanierungskonzept nachvollziehbar darlegen. Dazu bedarf es neben der detaillierten Aufschlüsselung der Kostensituation auch des Nachweises, dass das Unternehmen sanierungsbedürftig und –fähig ist. Insoweit hat das BAG bereits 1989 entschieden, dass die Sanierungsbedürftigkeit einer unselbständigen Betriebsabteilung allein noch kein dringendes Erfordernis darstellt, welches den Ausspruch von Änderungskündigungen rechtfertigt (BAG vom 11.10.1986, NZA 1990, 607 ff). Relevant sei die Betrachtung des gesamten Betriebes. Andererseits ist, nach einer neueren Entscheidung, die Betriebsabteilung dann ausschlaggebend, wenn deren Ergebnis auf das Gesamtbetriebsergebnis durchschlägt, mit der Folge, dass Entlassungen zu befürchten sind. Wenn bei der Existenzgefährdung auf die Situation des Gesamtbetriebes abzustellen ist, so ist es darüber hinaus möglich sog. ‚Patronatsverpflichtungen‘ in die Ermittlung der Verlustsituation miteinzubeziehen, also die Verpflichtung des Unternehmens, Verluste von Tochterunternehmen auszugleichen (BAG vom 12.12.1996, AiB 1998, 427 ff).

Dem AG ist es verwehrt, einzelne ‚Besserverdiener‘ im Wege der Änderungskündigung (unter Berufung auf den Gleichheitssatz) auf das betriebliche Lohnniveau zurückzuführen. M.a.W. das betriebliche Lohnniveau kann im Wege der Änderungskündigung nicht nach unten angeglichen werden (BAG vom 28.4.1982, NJW 1982, 2687 ff).

## C. LITERATUR

FHW-Diplomarbeit WS 2000/01: Uwe Ziegler, Die arbeitsrechtliche Änderungskündigung – ein Instrument zur Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit im Baugewerbe?

## D. RECHTSPRECHUNG

1. BAG Urteil vom 12.11.1998 - 2 AZR 91/98, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 51: Das Bundesarbeitsgericht führt in seiner Begründung aus, bei der entscheidenden Frage, ob ein dringendes betriebliches Erfordernis zu einer Änderung der Arbeitsbedingungen einzelner Arbeitnehmer bestehe (vgl. §§ 2, 1 Abs. 2 KSchG), sei auf die wirtschaftliche Situation des Gesamtbetriebes abzustellen, also nicht nur auf die wirtschaftliche Situation eines unselbständigen Betriebsteils. Nur dann, wenn ein Betriebsteil unrentabel arbeitet und sich dies auf das wirtschaftliche Ergebnis des Gesamtbetriebes derart auswirkt, dass ohne Anpassung der Personalkosten Be-

endigungskündigungen nicht zu vermeiden wären, liegt ein dringendes betriebliches Erfordernis im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes vor.

**Grundsätzlich ist also eine betriebsbedingte Änderungskündigung dann zulässig, wenn nur so Beendigungskündigungen vermieden werden könnten, etwa weil der Gesamtbetrieb oder eine Betriebsabteilung geschlossen werden müssten.**

Diese Voraussetzungen für eine betriebsbedingte Änderungskündigung hatte der Arbeitgeber im vorliegenden Fall aber nicht konkret vorgetragen. Da er keine Angaben gemacht hatte zur wirtschaftlichen Situation des Gesamtbetriebes und auch nicht zur Rentabilität der Anzeigenabteilung und zu den Planungen, diese Abteilung notfalls zu schließen, war der Arbeitnehmer in allen drei Instanzen erfolgreich und darf weiterhin seinen Arbeitsplatz mit der entsprechenden Vergütung behalten

2. [BAG vom 2.4.1996](#), NZA 1997, 219 ff: *1. Fallen mehrere vergleichbare Arbeitsplätze weg und stehen lediglich für einen Teil der betroffenen Arbeitnehmer andere gleichwertige Arbeitsplätze zur Verfügung, so kann der Betriebsrat die Zustimmung zur Versetzung eines Arbeitnehmers auf einen niedriger einzustufenden Arbeitsplatz gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG mit der Begründung verweigern, der Arbeitgeber habe soziale Auswahlkriterien nicht berücksichtigt (Anschluss an Senatsbeschluss vom 30. August 1995 - 1 ABR 11/95 = AP Nr. 5 zu § 99 BetrVG 1972 Versetzung).*

*2. Entspricht die Versetzung dem Wunsch des betreffenden Arbeitnehmers, so kann der Betriebsrat die Zustimmung nicht wegen ungerechtfertigter Benachteiligung des Arbeitnehmers verweigern. Allein der Verzicht auf die Erhebung einer Klage gegen eine entsprechende Änderungskündigung genügt jedoch nicht, um auf einen solchen Wunsch schließen zu lassen.*

# Teil V

## Durchsetzung von arbeitsrechtlichen Ansprüchen

### Lektion Nr. 27: Arbeitsgerichtsbarkeit, Verfahren und Statistik

#### Ø INHALT:

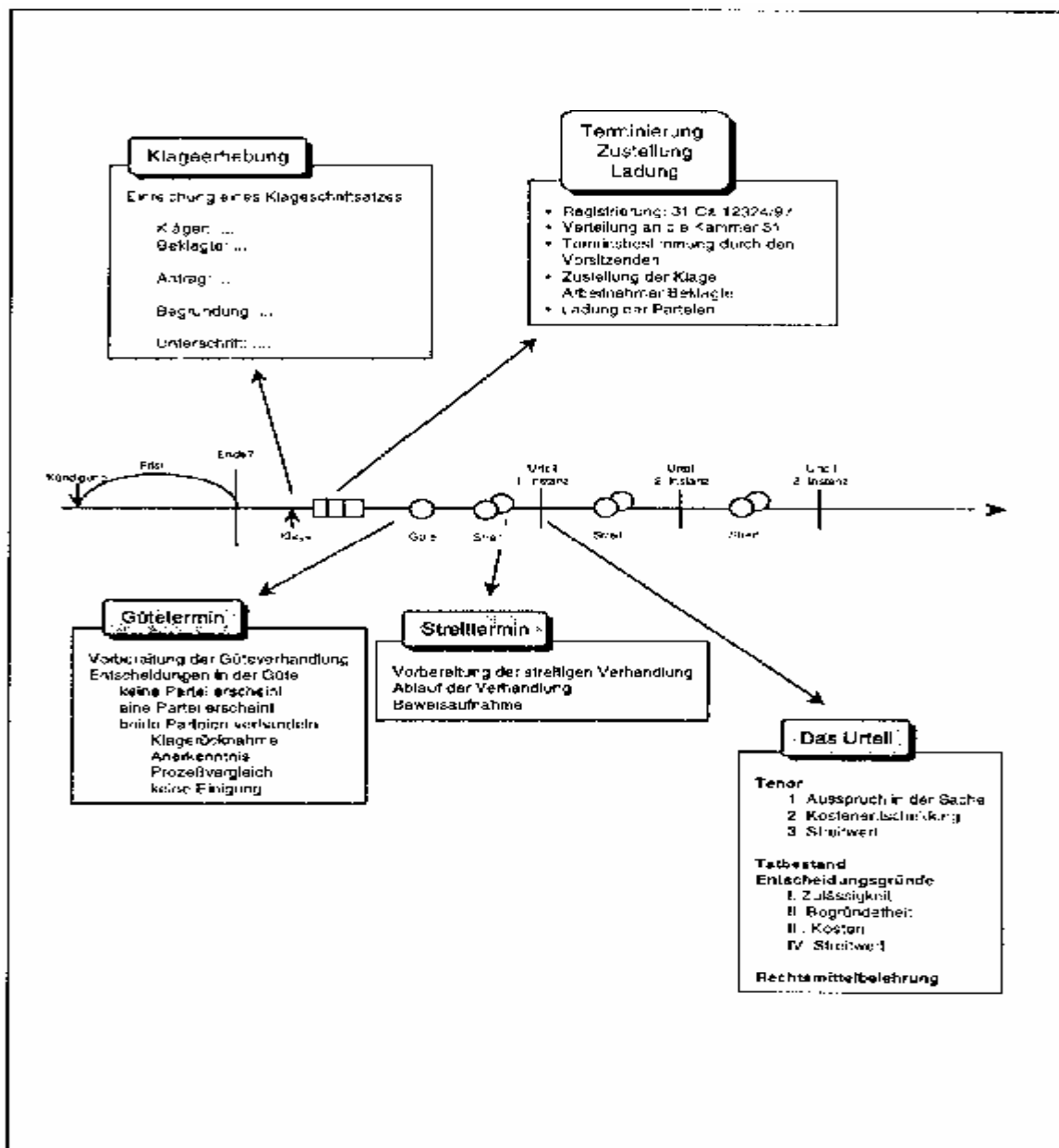
- A. Die verschiedenen Möglichkeiten
- B. Ablauf des Verfahrens vor dem Arbeitsgericht
- C. Das Bundesarbeitsgericht
- D. Zur Geschichte der Arbeitsgerichtsbarkeit
- E. Ein paar Ratschläge für die (private) Praxis: Klageerhebung

\*\*\*

#### A. Die verschiedenen Möglichkeiten:

- 1 – Kläger (AN oder AG) will z. B. Geld. D.h. Richter soll dem Gegner befehlen zu zahlen (oder etwas zu tun, zu unterlassen, zu dulden.) à **Leistungsklage**.
- 2 – Besonderheit im Kündigungsrecht: Feststellungsklage (normalerweise Feststellungsinteresse nötig; ). Hier: aus Feststellung folgt z. B. Zahlungsanspruch gegen AG (falls AG-Verzug) oder Weiterbeschäftigung à **Feststellungsklage** nach § 4 KSchG. Daneben evt. Allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO!
- 3 – AN will, dass Richter etwas mit dem Arbeitsverhältnis tut, es nämlich auflöst (was eigentlich nur die Arbeitsvertragsparteien können) à **Gestaltungsklage** (Auflösung nach § 9 KSchG).

## B. ABLAUF DES VERFAHENS VOR DEM ARBEITSGERICHT



235

### Literaturhinweis zum Ablauf des Verfahrens vor dem Arbeitsgericht:

Konstroffer / Geck, Heute hier, morgen dort: Arbeitsrecht beim Arbeitsplatzwechsel, 2. A., 2000 (mvg-Verlag Landsberg), S. 181 ff

Klassische Formulierung, mit der das BAG seine Zuständigkeit bejaht oder verneint:

*Bei der Frage der Sozialwidrigkeit (§ 1 Abs. 2 und 3 KSchG) handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden kann, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 1 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es bei der gebotenen In-*



*teressenabwägung, bei der dem Tatsachenrichter ein Beurteilungsspielraum zusteht, alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob es in sich widerspruchsfrei ist (ständige Rechtsprechung des BAG, vgl. z.B. BAGE 1, 99 = AP Nr. 5 zu § 1 KSchG; BAGE 45, 146, 151 = AP Nr. 14 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit m.w.N.). Dieser eingeschränkte Prüfungsmaßstab gilt auch bei einer Änderungskündigung.*

## **C. Das Bundesarbeitsgericht<sup>116</sup>**

### I. Allgemeines

Das Bundesarbeitsgericht, mit Sitz in Erfurt, ist der oberste Gerichtshof des Bundes in Arbeitssachen. Die Spruchkörper des BAG sind die Senate, die grundsätzlich in der Besetzung mit einem Vorsitzenden Richter (des Senats), zwei weiteren Berufsrichtern sowie je einem ehrenamtlichen Richter aus den Kreisen der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber, tätig sind.

Beim Bundesarbeitsgericht bestehen derzeit zehn Senate. Die Zuteilung der Berufsrichter und der ehrenamtlichen Richter an die Senate geschieht durch den jährlich neu aufzustellenden Geschäftsverteilungsplan. Diesen beschließt das Präsidium des Gerichts nach § 21e des Gerichtsverfassungsgesetzes jeweils vor Beginn eines Geschäftsjahres für dessen Dauer.

Als besonderer Spruchkörper besteht beim Bundesarbeitsgericht ein Großer Senat.

Der Große Senat ist zuständig, wenn in einer Rechtsfrage ein Senat von der Entscheidung eines anderen Senats bzw. des Großen Senats abweichen will. Ferner entscheidet der Große Senat in einer Frage von grundsätzlicher Bedeutung, wenn die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung dies erforderlich machen.

Die Gerichtsverfassung und das Verfahren vor den Arbeitsgerichten sind im Arbeitsgerichtsgesetz geregelt. Die Gerichte für Arbeitssachen sind dreistufig aufgebaut:

### ***Arbeitsgerichte, Landesarbeitsgerichte und das Bundesarbeitsgericht.***

Die Arbeitsgerichte und Landesarbeitsgerichte sind Gerichte der Länder.

Während die Arbeitsgerichte in erster Instanz durch Urteile und Beschlüsse entscheiden und die Landesarbeitsgerichte in zweiter Instanz über die Berufungen gegen die Urteile der Arbeitsgerichte und über die Beschwerden im Beschlussverfahren zu befinden haben, entscheidet das Bundesarbeitsgericht in dritter und letzter Instanz über die Revisionen gegen die Berufungsurteile der Landesarbeitsgerichte und über die Rechtsbeschwerden gegen Beschlüsse der Landesarbeitsgerichte im Beschlussverfahren.

Das Bundesarbeitsgericht entscheidet nur über Rechtsfragen; es ist an die tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts gebunden. Die Entscheidung darüber, ob das angefochtene Berufungsurteil Rechtsfehler enthält, dient sowohl dem Interesse der Parteien an einem richtigen und sachgerechten Urteil als auch der Wahrung einer einheitlichen Rechtsprechung und damit der Stärkung der Rechtssicherheit wie der Rechtsfortbildung.

Übersicht über die Arbeitsgerichte in Deutschland:

<http://www.arbeitsrecht.de/gericht/gericht1.htm>

---

<sup>116</sup> Daten nach der BAG-Web-Seite, Stand: 20.3.2000; von mir redaktionell überarbeitet.

## II. Geschäftsentwicklung und Statistik

### 1. Geschäftsstand beim Bundesarbeitsgericht am 1. Januar 2004<sup>117</sup>

Pressemitteilung Nr. 6/05

### **Geschäftsstand beim Bundesarbeitsgericht am 1. Januar 2005**

Beim Bundesarbeitsgericht waren am 1. Januar 2004 insgesamt 905 Rechtsstreitigkeiten - 624 Revisionen, 55 Rechtsbeschwerden in Beschlussverfahren, 194 Beschwerden über die Nichtzulassung der Revision, 15 Beschwerden über die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde, 12 Revisionsbeschwerden bzw. Rechtsbeschwerden, 4 Anträge auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe sowie 1 Verfahren über die Amtsenthebung eines ehrenamtlichen Richters anhängig.

Hinzu kamen im Geschäftsjahr 2004 insgesamt 1908 neue Sachen, nämlich 647 Revisionen, 63 Rechtsbeschwerden in Beschlussverfahren, 1058 Beschwerden über die Nichtzulassung der Revision, 44 Beschwerden über die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde, 76 Revisionsbeschwerden bzw. Rechtsbeschwerden, 13 Anträge auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe sowie 7 Anträge auf Bestimmung des zuständigen Gerichts.

Von diesen 2813 Sachen - 1271 Revisionen, 118 Rechtsbeschwerden in Beschlussverfahren, 1252 Beschwerden über die Nichtzulassung der Revision, 59 Beschwerden über die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde, 88 Revisionsbeschwerden bzw. Rechtsbeschwerden, 17 Anträge auf Prozesskostenhilfe, 7 Anträge auf Bestimmung des zuständigen Gerichts sowie 1 Verfahren über die Amtsenthebung eines ehrenamtlichen Richters - wurden im Jahr 2004 insgesamt 1856 Sachen erledigt, und zwar 678 Revisionen, 59 Rechtsbeschwerden in Beschlussverfahren, 984 Beschwerden über die Nichtzulassung der Revision, 56 Beschwerden über die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde, 56 Revisionsbeschwerden bzw. Rechtsbeschwerden, 15 Anträge auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe, 7 Anträge auf Bestimmung des zuständigen Gerichts sowie 1 Verfahren über die Amtsenthebung eines ehrenamtlichen Richters.

Am 1. Januar 2005 waren also noch 957 Sachen - 593 Revisionen, 59 Rechtsbeschwerden in Beschlussverfahren, 268 Beschwerden über die Nichtzulassung der Revision, 3 Beschwerden über die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde, 32 Revisionsbeschwerden bzw. Rechtsbeschwerden sowie 2 Anträge auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe - anhängig. Dem Großen Senat liegt derzeit keine Sache zur Entscheidung vor.

### 2. Aufteilung der Verfahren nach Rechtsgebieten

Bei der Aufteilung der Eingänge nach Rechtsgebieten haben die Verfahren zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses den größten Anteil an den Gesamteingängen und Gesamterledigungen. Der Anteil an den Eingängen beträgt 36,8 %, der Anteil an den Erledigungen 34,6 %. Danach folgt das Rechtsgebiet Tarifauslegung.

---

<sup>117</sup> Pressemitteilung des BAG Nr. 6/05 vom 26.1.2005

### 3. Anzahl de Berufsrichter

Arbeitsgerichte:	872
Landesarbeitsgerichte:	199
Bundesarbeitsgericht:	34
Stand 1995; Zahlen nach Halbach u. a., S. 604	

### III. Statistisches Material

1995: 627.935 Klagen bei den Arbeitsgerichten der BRD  
1996: 675 637 Klagen,  
1997: 659 185 Klagen,  
1998: 584 686 Klagen  
1999: 568 409 Klagen.<sup>118</sup>  
Insgesamt also eine rückläufige Tendenz.

Für 1995 ergibt sich dabei folgende Differenzierung:  
592.613 von Arbeitnehmern, Gewerkschaften und Betriebsräten.  
123.736 endeten durch Urteil, 249.734 durch Vergleich.  
211.412 Verfahren wegen Arbeitsentgelts  
278.000 Verfahren wegen Kündigungen  
14.089 Verfahren wegen Arbeitszeugnissen.<sup>119</sup>

#### dpa vom 02.02.2001: Weniger Klagen vor Bayerns Arbeitsgerichten

Die Zahl der Klagen vor Bayerns Arbeitsgerichten ist im vergangenen Jahr zurückgegangen. Insgesamt gingen 68 578 neue Klagen im Jahr 2000 bei den elf bayerischen Arbeitsgerichten ein, 2 791 weniger als noch im Vorjahr. Auch bei den Landesarbeitsgerichten in München und Nürnberg ging die Zahl der Berufungsfälle zurück. Dies teilte Bayerns Arbeitsministerin Christa Stewens (CSU) am 02.02.2001 in München mit.

Die Zahl der erledigten Klagen liege damit deutlich über den Neueingängen. Unerledigte Fälle aus den Vorjahren könnten so kontinuierlich abgebaut werden, sagte Stewens weiter. Die Geschäftsbelastung bei den Gerichten sei dennoch angespannt. Die Dauer der Verfahren konnte aber verkürzt werden. Sie beträgt nunmehr durchschnittlich sieben Monate. Im Vorjahr waren es noch neun Monate gewesen.

### **D. Zur Geschichte der Arbeitsgerichtsbarkeit**

Michel, Bertram:

- Der Kampf der Gewerkschaften um die einheitliche Arbeitsgerichtsbarkeit (1926). In: Feiser u. a., Arbeitsgerichtsprotokolle, Neuwied, 1978, S. 28-53 (2. A., 1982, S. 29 ff.)
- Die Entwicklung der Arbeitsgerichtsbarkeit in den Faschismus. In: Udo Reifner (Hg.), Das Recht des Unrechtsstaates, Frankfurt a. M., 1981, S. 154-177.

---

<sup>118</sup> Stat. Jahrbücher 1995-1998 (Nr. 15.4.5)

<sup>119</sup> Zahlen nach Schulz, Georg-R., Alles über Arbeitszeugnisse, beck/dtv, 5. A., 1997, S. 7 f.

Schaffung des bundesdeutschen Arbeitsgerichtsgesetzes: 3.9.1953; Neuverkündung am 2. Juli 1979

### **E. Ein paar Ratschläge für die (private) Praxis: Klageerhebung**

- Es ist möglich, selbst zum Arbeitsgericht zu gehen und dort bei der Rechtsantragsstelle mündlich Klage einzureichen. Dort sitzen rechtskundige Beamte (Rechtspfleger), die den Antrag (die Klage) zu Protokoll nehmen und auch anderweitig behilflich sind (sein sollten).
- Es besteht aber auch die Möglichkeit, einen entsprechenden Brief (“Schriftsatz”) selbst zu verfassen, und an das Arbeitsgericht zu schicken, notfalls auch per Fax (vgl. LAG Köln vom 10.4.2001, NZA 2001, 1159).. Vor einem solchen Schritt braucht man auch als Laie keine Angst zu haben. Kleinere Formfehler fallen nicht ins Gewicht. Die Arbeitsgerichte betonen immer wieder, dass an die Form einer Kündigungsschutzklage keine strengen Anforderungen gestellt werden dürfen. Es genügt, dass aus der Klage ersichtlich wird,
  - \* gegen welchen Arbeitgeber sie sich richtet,
  - \* wie lange das Arbeitsverhältnis besteht (bestand),
  - \* dass im Betrieb mehr als 5 Arbeitnehmer beschäftigt sind,
  - \* gegen welche Kündigung die Klage sich richtet.

Am Ende soll immer die handschriftliche Unterschrift stehen, auch beim Fax. - Erforderlich ist die Angabe der Adressen von Kläger und Beklagten. Ist dem Kläger die Adresse unbekannt, muss er dies angeben. Nicht erforderlich, aber im Hinblick auf die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG sinnvoll, ist die Angabe der Familienverhältnisse und des Gehalts.

## **ANHANG I**

### **Hinweise**

#### **1. Kapitel: BEARBEITUNGSHINWEISE FÜR DIE LÖSUNG VON KÜNDIGUNGSFÄLLEN**

In einem ersten Schritt muss der Sachverhalt assimiliert werden. Hier ist der Text der Aufgabe zu lesen, und zwar sorgfältig, je nach Komplexität des Falles zwei bis drei Mal. Falls der Sachverhalt Daten enthält, sollten diese Daten sofort erfasst werden, am besten tabellarisch. In aller Regel haben die Daten einen Einfluss auf den Lösungsvorgang.

In einem zweiten Schritt muss der Bearbeiter sich darüber Klarheit verschaffen, welche Situation gegeben ist:

- § Liegt bereits eine Kündigung vor? D. h. wehrt sich ein Arbeitnehmer gegen eine ausgesprochene Kündigung ? Dies ist dann die sog. Arbeitnehmer-Perspektive.
- § Soll eine Kündigung erst ausgesprochen werden? Will also der Arbeitgeber darüber Klarheit erhalten, ob in einem bestimmten Fall eine Kündigung möglich ist, und unter welchen Voraussetzungen? In diesem Fall handelt es sich um die sog. Arbeitgeber-Perspektive.

Beide Situationen erfordern eine unterschiedliche Herangehensweise.

**A. Arbeitnehmer-Perspektive (d. h. eine Kündigung liegt bereits vor)**

**FALL EINER ORDENTLICHEN KÜNDIGUNG**

- I. Zunächst ist zu prüfen, ob überhaupt eine **Kündigungserklärung** (im Sinne einer Willenserklärung im juristisch-technischen Sinne, also nach dem BGB) vorliegt.

Diese Vorgehensweise dürfte unmittelbar einleuchten: Liegt nicht einmal eine Kündigungserklärung vor, so erübrigt sich jede weitere Untersuchung der Wirksamkeit der Kündigung. Juristisch gesehen handelt es sich hierbei um die allgemeinen Probleme des Wirksamwerdens von Willenserklärungen: Geschäftsfähigkeit (§ 131 Abs. 1 BGB; § 113 BGB), Eindeutigkeit, Zugang der Willenserklärung, Vollmacht des Kündigungens (§§ 174, 180 BGB), Schriftform (§ 623 BGB). Ganz selten kann es passieren, dass die Kündigungserklärung „ungehörig“, z. B. grob beleidigend - Kündigung auf der Toilette – und damit schon deshalb „inexistent“ ist (vgl. auch die Problematik einer Kündigung am „Heiligen Abend“, BAG v. 14.11.1984, NZA 1986, 97). Siehe auch BAG vom 5.4.2001, 2 AZR 185/00; hier S. 200.

**Beispiele:**

Ist der Kündigende geschäftsunfähig, so ist bereits die Kündigungserklärung nichtig (§ 105 BGB), so dass sich jede weitere Prüfung des Sachverhalts erübrigt.

Nach § 623 BGB muss eine Kündigung schriftlich erfolgen. Geschieht dies nicht, so ist die Kündigungserklärung gem. § 125 S. 1 BGB nichtig.

Im allgemeinen spielen derartige Fragen keine wesentliche Rolle. Wenn sich also aus dem Sachverhalt keine Anhaltspunkte für eine der genannten Sondersituationen ergeben, wenn schlicht und einfach davon die Rede ist, dass einem bestimmten Arbeitnehmer gekündigt worden ist, so sind hier keinerlei Ausführungen im Hinblick auf die Wirksamkeit der Kündigungserklärung notwendig, im Gegenteil: Sie sind überflüssig (und damit falsch)!

**II. Formale Fragen**

1. Ist eine *Kündigungserklärung* als Willenserklärung existent, so muss in einem nächsten Schritt untersucht werden, ob etwa im gegebenen Fall die ordentliche Kündigung von Rechts wegen ausgeschlossen ist oder ob sie nur bei Vorliegen der (vorherigen) Zustimmung bestimmter Instanzen erfolgen darf.

**a) Absoluter Ausschluss der ordentlichen Kündigung:**

- § Auszubildende nach Ablauf der Probezeit (§ 15 Abs. 2 Nr. 1 BBiG),
- § Kündigung von Schwerbehinderten (§§ 12 ff SchwbG),
- § Kündigung von Betriebsräten und anderen betriebsverfassungsrechtlichen Interessenvertretern (§ 15 KSchG),
- § Kündigung von Schwangeren (§ 9 MuSchG),
- § Tarifvertraglicher Ausschluss der ordentlichen Kündigung (u. a. §§ 50 ff BAT).

**b) Genehmigungsbedürftige Kündigungen:**

- § In besonderen Fällen kann das Gewerbeaufsichtsamt (in Berlin: Landesamt für Arbeitsschutz und für Arbeitssicherheit) die Genehmigung für die Kündigung einer Schwangeren erteilen (§ 9 Abs. 3 MuSchG).
- § Die Kündigung von Schwerbehinderten bedarf der vorherigen Zustimmung der Hauptfürsorgestelle (§ 15 SchwbG).

(Diese Genehmigungen sind Verwaltungsakte; Klage dagegen vor dem VG!)

Kündigt also ein Arbeitgeber beispielsweise eine Schwangere, ohne im Besitz einer Kündigungsgenehmigung zu sein, so ist diese Kündigung wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig (§ 9 MuSchG i.V.m. § 134 BGB).

2. Liegen diese Voraussetzungen vor, steht also fest, dass eine Kündigungserklärung gegeben ist und dass die ordentliche Kündigung nicht ausgeschlossen ist, so muss nunmehr geprüft werden, ob das Anhörungsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt worden ist.

Nach §102 BetrVG muss der Betriebsrat vor **jeder** Kündigung angehört werden. Im Falle der hier interessierenden ordentlichen Kündigung beträgt die maximale Anhörungsfrist eine Woche. Ähnliche Vorschriften gelten für den Bereich des Öffentlichen Dienstes (Anhörung des Personalrats; in Berlin muss der Personalrat einer Kündigung zustimmen!)

Selbstverständlich findet eine solche Prüfung nur dann statt, wenn überhaupt ein Betriebsrat in dem fraglichen Betrieb existiert.

3. Nach Klärung dieser Frage ist nun als letzte Formalie zu prüfen, ob ordnungsgemäß Kündigungsklage gegen die Kündigung erhoben worden ist.

Ordnungsgemäß bedeutet:

- § Liegt überhaupt eine reguläre Kündigungsschutzklage vor?
- § Wenn ja, ist sie rechtzeitig erhoben worden?

- a) Falls das Kündigungsschutzgesetz anwendbar ist: Einhaltung der Klagefrist nach § 4 Satz 1 KSchG (3 Wochen)
- b) Falls das Kündigungsschutzgesetz nicht anwendbar ist: Klagefrist max. 2 Monate (Gedanke des Rechtsmissbrauchs)

### III. Materiell- rechtliche, d. h. inhaltliche Prüfung: Ist die Kündigung gerechtfertigt?

1. Falls das Kündigungsschutzgesetz Anwendung findet: Ist die Kündigung sozial gerechtfertigt im Sinne von § 1 Abs. 2 KSchG (kündigungsrechtlich relevante Fälle)?  
Also: Betriebsbedingte, verhaltensbedingte oder personenbedingte Kündigungsgründe.

Im Falle einer betriebsbedingten Kündigung zusätzlich: Ist die soziale Auswahl korrekt getroffen worden (§ 1 Abs. 3 KSchG)?

2. Falls das Kündigungsschutzgesetz nicht anwendbar ist: Grundsätzlich ist dann der Arbeitgeber in seiner Kündigungsentscheidung frei, d. h. er bedarf keines Kündigungs-

grundes, um die Kündigung durchzuführen. Gleichgültig ist hierbei, ob er einen Kündigungsgrund anführt oder nicht. Es wäre also ein schwerer Fehler, in einem derartigen Fall die Berechtigung des Kündigungsgrundes zu prüfen.

Gleichwohl gibt es einige Situationen, wo auch außerhalb des Geltungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes eine Kündigung unwirksam ist. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn eine Kündigung gegen verfassungsrechtliche Grundsätze verstößt (Art. 9 Abs. 3, Art. 3, Art. 5 GG). Dies kann auch der Fall sein, wenn eine Kündigung gegen ein Gesetz oder gegen die guten Sitten verstößt (§§ 134, 138 BGB).

3. Steht nunmehr fest, dass die ordentliche Kündigung gerechtfertigt ist, so bleibt noch die Einhaltung der Kündigungsfrist zu prüfen (§ 622 BGB sowie einschlägige tarifvertragliche bzw. einzelvertragliche Bestimmungen). Zu beachten ist, dass die Missachtung der Kündigungsfrist keineswegs zur Unwirksamkeit der Kündigung führt, sondern lediglich eine Verlängerung der Kündigungsfrist zum entsprechenden Zeitpunkt nach sich zieht.

## **FALL EINER AUSSERORDENTLICHEN KÜNDIGUNG**

### **I. Liegt überhaupt eine Kündigungserklärung vor?**

Die Prüfung dieser Frage erfolgt nach den gleichen Grundsätzen wie bei der ordentlichen Kündigung.

### **II. Formale Fragen**

#### 1. Ist die außerordentliche Kündigung zustimmungsbedürftig?

Fall der Kündigung von Betriebsratsmitgliedern (und anderen betrieblichen Interessenvertretern: § 15 KSchG i.V.m. § 103 BetrVG)

Auch hier gilt: Kündigt ein Arbeitgeber, ohne die erforderliche Genehmigung zur Kündigung zu besitzen, so ist diese Kündigung ipso iure unwirksam. Einer weiteren Erörterung im Hinblick auf den Kündigungsgrund bedarf es dann nicht, im Gegenteil: derartige Erörterungen sind nicht nur überflüssig, sondern auch falsch!

#### 2. Ist der Betriebsrat ordnungsgemäß angehört worden?

Nach § 102 Abs. 1 BetrVG muss der Betriebsrat auch vor einer außerordentlichen Kündigung angehört werden. Die Anhörungsfrist beträgt hier max. 3 Tage (§ 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG).

Ist die Anhörung nicht ordnungsgemäß erfolgt, so ist die Kündigung ohne weiteres unwirksam (§ 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG), so dass jede weitere Prüfung überflüssig (und damit falsch) ist.

#### 3. Ist die Klagefrist eingehalten worden?

Hier gelten entsprechende Regeln, wie sie für den Fall der ordentlichen Kündigung geschrieben worden sind:

\* Außerordentliche Kündigung in einem Fall, wo ansonsten das Kündigungsschutzgesetz Anwendung finden würde: 3 Wochen (gem. § 13 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 4 Satz 1 KSchG).

\* Außerordentliche Kündigung in einem Fall, wo ansonsten das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung finden würde: Klagefrist max. 2 Monate (h. M.).

### III. Materiell-rechtliche, d. h. inhaltliche Prüfung: Problem des "wichtigen Grundes" (§ 626 BGB)

1. Ist die Kündigungserklärungsfrist gem. § 626 Abs. 2 BGB eingehalten worden: 2 Wochen?
2. Liegt ein "wichtiger Grund" im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB vor?

Erst wenn alle diese Punkte bejaht worden sind, kann davon ausgegangen werden, dass die außerordentliche Kündigung wirksam ist.

<p><b>B. Arbeitgeber-Perspektive (Es wird die Frage geprüft, ob eine Kündigung ausgesprochen werden kann)</b></p>
---

Bei dieser Problemlage verläuft die Prüfung in umgekehrter Reihenfolge, d. h. dass zuerst die materiell-rechtlichen Fragen zu untersuchen sind, und erst dann die Formalia. Also: Braucht der AG überhaupt einen Kündigungsgrund? Nur bei Anwendbarkeit des KSchG ist dies grundsätzlich erforderlich. Andererseits: zu beachten, dass bestimmte Gründe in jedem Falle ausgeschlossen sind (gesetzes-, sitten- oder treuwidrige Kündigung). Falls ein Kündigungsgrund gegeben ist bzw. die Kündigungsmöglichkeit nicht wegen Gesetzes-, Sitten oder Treuwidrigkeit ausgeschlossen ist: welche formalen Schritte muss der AG einhalten, damit die Kündigung Erfolg hat (z. B. Zustimmung der Gewerbeaufsicht einholen, BR anhören etc.)

Mit anderen Worten: Im Fall einer ordentlichen Kündigung muss zunächst geprüft werden, ob Kündigungsschutz besteht oder nicht. Je nachdem, wie die Antwort ausfällt, muss die Problematik der Kündigungsgründe diskutiert werden. Also:

Das Kündigungsschutzgesetz findet Anwendung: Untersuchung, ob eine betriebsbedingte, verhaltensbedingte oder personenbedingte Kündigung möglich ist. (Liegen entsprechende Gründe vor?)

Das Kündigungsschutzgesetz findet keine Anwendung: Liegt evtl. ein Kündigungshindernis vor in Gestalt eines verfassungsrechtlichen, eines gesetzlichen Verbots oder eines Verstoßes gegen die guten Sitten?

Erst wenn die Antwort insoweit positiv ist (d. h.: ein Kündigungsgrund ist gegeben.), kann an die Frage der Formalia gedacht werden. Nunmehr ist zu untersuchen, ob ggf. die Genehmigung einer Behörde eingeholt werden muss (§ 9 Abs. 3 MuSchG, § 103 BetrVG u.a.m.) oder ob ein vorhandener Betriebsrat oder Personalrat angehört werden muss.

Je nachdem sind die praktischen Schritte unter Beachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Fristen zu unternehmen (insbes. § 626 Abs. 2 BGB).



## Hinweis:

Eine sehr gute Orientierungshilfe für diese Aufbaufragen bietet Richardi, Arbeitsrecht, Fälle und Lösungen nach höchstrichterlicher Rechtsprechung, 6. A., 1991, S. 176 ff.

**Motto** : Wer Pech hat, hat schon vor der Prüfung Durchfall.  
(Graffiti)

## 2. Kapitel: ZUM ÜBEN (AUS FRÜHEREN KLAUSUREN)

### 1. Klausur WS 1995/96

1. Elke Stirner, geb. 5.4.1978, wohnhaft in Jüterbog, hat das Leben in der Kleinstadt satt. Anfang 1996 findet sie in Berlin-Charlottenburg einen Arbeitsplatz als Reinigungskraft bei C. & A. Die Eltern sind erst gar nicht begeistert, verabschieden sie aber schließlich, am 5.2.1996, mit den Worten: "Wenn Du nur was Richtiges lernst, so soll uns das recht sein!"

Am 6.2.96 erscheint Elke Stirner im Personalbüro der Firma. Ihr wird ein Fragebogen vorgelegt, in dem u. a. nach Vorstrafen gefragt wird. Weiterhin wird sie nach ihrer Religionszugehörigkeit gefragt. Vor einem halben Jahr war sie wegen Ladendiebstahls zu einem Tag Jugendarrest verurteilt worden. Sie gibt diese Tatsache nicht an, da sie sich schämt. Zur Frage der Religionszugehörigkeit schreibt sie "katholisch", da sie zu wissen meint, dass C. & A. auf dieses Bekenntnis Wert legt. In Wahrheit ist sie nicht getauft,

Die Personalabteilung leitet die Unterlagen, zusammen mit den Unterlagen von 9 weiteren Bewerberinnen, am gleichen Tag an den Betriebsrat weiter mit der Bitte, der beabsichtigten Einstellung zuzustimmen. Am 9.2.1996 findet eine Sitzung des Betriebsrats statt. Von den 7 Mitgliedern sind aber nur 4 anwesend, die dann wegen der Wichtigkeit der Angelegenheit - der Betriebsrat hatte eine hausinterne Ausschreibung bei der Firmenleitung beantragt, die aber unterblieben war - eine Vertagung auf den 16.2.1996 beschließen.

Am 14.2.1996 stellt die Firma Frau Stirner ein; als Kündigungsfrist werden 2 Wochen vereinbart. Auf ihre Bitte nach einem schriftlichen Vertrag wird ihr geantwortet, so etwas sei hier nicht üblich.

Als der Betriebsratsvorsitzende am 15.2.1996 von der Einstellung erfährt, ist er äußerst ungehalten. Er schickt umgehend eine Notiz an die Firmenleitung, worin er wegen der ausgebliebenen internen Ausschreibung "Protest" gegen die Einstellung einlegt und die Rückgängigmachung dieses Vorgangs verlangt.

- a) Ist das Begehren des BR-Vorsitzenden gerechtfertigt?
- b) Ist ein Arbeitsvertrag zwischen der Stirner und C. & A. zustande gekommen?
- c) Wie wäre es, wenn der einschlägige Rahmentarifvertrag folgende Klausel enthielte: "Arbeitsverträge werden schriftlich abgeschlossen".? Unterstellen Sie bei Ihrer Antwort, dass Frau Stirner Mitglied der betreffenden Gewerkschaft ist.
- d) Der Leiter der Personalabteilung erfährt Ende September 1996 anlässlich eines Bewerbergesprächs mit einer Schulfreundin von Elke von der Verurteilung. Kann die Firma den Arbeitsvertrag anfechten? Oder kündigen? Obwohl Elke bisher tadellos und - wie es ja in Zeugnissen so schön heißt - "zur vollsten Zufriedenheit" der Firma gearbeitet hat?

e) Kann die Firma Konsequenzen ziehen, wenn sie am 15.10.1996 von Elkes "Heidentum" erfährt?

## 2. Klausur SS 1996

Kollbert arbeitet seit 1991 im Druckereibetrieb Meier & Co. in Berlin-Tempelhof (245 Beschäftigte). Im Juni 1996 wird der Papst in Berlin erwartet. Kollbert, der die päpstlichen Vorstellungen in Sachen Schwangerschaftsabbruch nicht teilt, hat eine "lustige" Idee; er erscheint am 20.6.1996 im Betrieb mit einer sechseckigen orangefarbenen Plakette (am Revers seines Jacketts), worauf zu lesen ist "*Woityla go home!*". Auf Meiers Aufforderung hin, "das Ding abzumachen, aber ganz schnell!" beruft er sich auf seine grundgesetzlich verbürgte Meinungsfreiheit. Meier kündigt daraufhin dem Kollbert auf der Stelle, und zwar fristlos. Auf den Einwand, hier müsse doch erst einmal der Betriebsrat beteiligt werden, erklärt Meier, er verbitte sich rechtliche Belehrungen und erteilt Kollbert Hausverbot.

§ Beraten Sie Kollbert im Hinblick auf rechtliche Schritte. Berücksichtigen Sie hierbei auch alle möglichen Fristen.

§ Im Gerichtstermin "fliegen die Fetzen". Kollbert möchte daher "auf gar keinen Fall mehr in diesem Sch...laden arbeiten". Helfen Sie ihm bei seinem Anliegen, d. h. beraten Sie ihn und stellen Sie die richtigen Anträge (Hinweis: § 13 I KSchG **richtig** lesen!!!)

## 3. Klausur SS 1997 (60 Punkte von 100)

Fuhrunternehmen Kolle & Co. in Bayreuth, 115 Beschäftigte, ein Betriebsrat existiert nicht. Alpha und Beta, zwei Kraftfahrer, sind am 1.12.1995 eingestellt worden, Monatsgehalt: 2.800 DM [jetzt 1432 €] zuzüglich Spesen. Am 15.4.1996 waren sie auf einer Tour nach Alicante (Spanien). Auf der Autobahn bei Karlsruhe stellten sie fest, dass der Anhänger des Transporters keine Bremswirkung mehr zeigte. Von der nächsten Raststätte aus riefen sie ihren Chef an und wiesen auf die Notwendigkeit einer Reparatur hin. Dieser forderte sie zur Weiterfahrt auf; wegen des drohenden finanziellen Verlustes sei ihm nur wichtig, dass der Lastzug rolle. Die beiden Männer ließen dennoch die Bremsen in einer Werkstatt (in unmittelbarer Nähe der Raststätte) prüfen. Dabei erwies sich, dass die Bremsen des Anhängers völlig ohne Wirkung waren, die der Zugmaschine unzureichend. Ferner stellten die Fachleute mehrere Risse im Rahmen und an der Federung fest. Die Fahrer riefen daraufhin erneut in Bayreuth an und weigerten sich, mit dem defekten Fahrzeug weiterzufahren. Der Chef brüllte sie mit den Worten an: "Ihr Flaschen, Ihr faulen Säcke! Kommt mir nicht mehr unter die Augen. Leute wie Ihr machen meinen Betrieb kaputt. Ihr seid gefeuert!"

### Szenario 1 (15)

Sie haben den Streit mitgekriegt (als Zuhörer beim Essen in der Raststätte). Sie sollen den beiden raten, was zu tun ist: systematisch, fundiert, gründlich.

### Szenario 2: (10)

Die Sache mit der Tour, den defekten Bremsen usw. passiert am 14.6.1996.

Was nun?

### Szenario 3:

Ein Betriebsrat existiert; der Tourenvorfall passiert am 2.7.1996. – Am gleichen Tage informiert Kolle – wutentbrannt – den Stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden Kluge von seinem "festen Willen", Alpha und Beta fristlos zu kündigen. Kluge informiert davon den Vorsitzenden Mali, der am 5.7.1996 die Angelegenheit auf der routinemäßig stattfindenden Betriebsratssitzung behandeln lässt. Der Betriebsrat fasst keinen Beschluss in der Sache; man

kennt die Wutausbrüche des Chefs. Am 6.7.1996 schickt Kalle an beide Fahrer (durch Boten) gleichlautende Kündigungsschreiben, worin "Ihnen wegen beharrlicher Arbeitsverweigerung fristlos gekündigt wird; außerdem – hilfsweise – auch fristgerecht zum 31.7.1996".

a) Alpha klagt am 25.7.1996 gegen seine Entlassung. Wird er Erfolg haben? Würden Sie ihm raten, einen Antrag auf Auflösung des Arbeitsvertrages zu stellen (Begründung!!)? (15)

b) Beta klagt, da er am 10.7.1996 erst mal für drei Wochen in Urlaub gefahren ist, nach seiner Rückkehr am 1.8.1996. Erfolgchancen? (20)

#### 4. Klausur WS 1996/97:

#### Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

##### *Vorbemerkung:*

*Die Behandlung von „theoretischen“ Themen stellt die Kandidaten immer wieder vor enorme Schwierigkeiten. In den meisten Fällen wird „Kraut und Rüben“ feilgeboten, so nach dem Motto „Hier ist ein Korb. Suchen Sie sich raus, was Ihnen gefällt!“ Ein derartiges Vorgehen ist schlicht unzumutbar und hat katastrophale Folgen: in der Klausur ebenso wie später in der beruflichen Praxis.*

*Bei der Bearbeitung eines „Themas“ müssen zu allererst die Punkte / Stichwörter gesammelt werden, die in der Abhandlung erscheinen sollen (müssen). In einem 2. Schritt muss der Kandidat sodann eine sinnvolle Gliederung suchen, in der die notierten Stichwörter Eingang finden. Möglich ist das von der Schule her bekannte Schema „These – Antithese – Synthese“. Daneben wird auch das sog. Descartes-Schema verwendet, wonach ein Problem in aller Regel zwei Aspekte hat („Einerseits – andererseits“; „Regel – Ausnahme“, um nur die allersimpelsten Fälle zu erwähnen!).*

*Nachstehend ein – nicht einmal sonderlich origineller - Vorschlag zur Gliederung des o. gen. Themas.*

#### **Einleitung**

EntFG erst seit 1994. Vorher große Rechtszersplitterung in Deutschland (kurz skizzieren).

Im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen gilt in Deutschland die sog. arbeitsrechtliche Lösung, allerdings nur zum Teil („duales“ System). Im deutschen Recht haben kranke AN Anspruch auf Entgeltfortzahlung während eines Zeitraumes von grundsätzlich 6 Wochen pro Kalenderjahr (I); dieser Anspruch wird vom Gesetz besonders gesichert (II).

(Hinweis: §§ ohne Gesetzesangabe beziehen sich immer auf das EFZG)

#### **I. Der Anspruch**

1. Anspruchsberechtigte, § 3 I 1 i.V.m. § 1 II
2. Voraussetzungen
  - 2.1 materiell-rechtlich, § 3 I 1
  - 2.2 formell-rechtlich, §§ 5, 7 I Nr. 1
3. Höhe, § 4
4. Dauer
  - 4.1 Positiv:
    - 4.1.1 Der Grundsatz: 6 Wochen
    - 4.1.2 Die Erweiterungen: §§ 3 I Nr. 1 und 2
    - 4.1.3 Danach: Eintritt der Krankenkasse, § 44 SGB V
  - 4.2 Negativ:

Befristete Arbeitsverhältnisse, § 8 II

#### **II. Der besondere Schutz**

1. Kündigung wegen Krankheit unschädlich, § 8 I
2. Übergang auf Krankenkasse, falls AG nicht zahlt, § 115 SGB X
3. Unabdingbarkeit, § 12

#### **Schlussenteil**

Würdigung des Systems. Eigene Meinung.

#### 5. Klausur WS 1997/98

Der 37jährige Jan Pirat ist seit 1980 bei der Cuxhavener Fischkonservenfabrik Scholle AG als Sachbearbeiter in der Controlling-Abteilung beschäftigt. In seinem Arbeitsvertrag ist vereinbart, dass eine Kündigung schriftlich zu erfolgen hat. Er gilt allgemein als ein besonnener, ruhiger, gewissenhafter, fleißiger Kollege. Ende 1996 ging seine langjährige Ehe in die Brüche; Pirat begann zu trinken. Am 12.2.1997 kam es zu heftigen Auseinandersetzungen mit seinem Vorgesetzten wegen einiger – nicht unerheblicher – Fehler des P. bei der Anfertigung eines Berichts. Nachdem der dazu gerufene Personalchef Nora die Vorwürfe bestätigt hatte, geriet Pirat außer Fassung, beschimpfte die anwesenden Kollegen als unkollegial und rief schließlich: „Ich habe den ganzen Laden satt; ich will nicht mehr hier arbeiten; ich gehe nach Hause!“ Die Hinweise, er solle an seine Zukunft denken, beeindruckten ihn nicht; er räumte seinen Schreibtisch auf und verließ den Betrieb.

1. a) Am 13.2.1997 kam Pirat zur gewohnten Zeit in den Betrieb; auf die erstaunte Frage seines Vorgesetzten, was er hier wolle, er habe doch gestern gekündigt, meinte er, diese Kündigung sei unwirksam, da laut Arbeitsvertrag Kündigungen schriftlich sein müssten.

Hat P. recht?

b) Falls ein Betriebsrat besteht: muss dieses Gremium angehört werden?

c) Falls P. fristgemäß kündigen wollte, welche Frist hätte er einhalten müssen?

2. Am 14.2. findet eine Unterredung zwischen P. und Nora statt, in deren Verlauf Nora schließlich äußert: „Also gut; ich will mal nett sein. Sie können wieder bei uns arbeiten.“ – Am 11.6.1997 erfährt Nora, dass P. seit einiger Zeit Mitglied der Scientology Church ist. Er kündigt daher – nach Anhörung des Betriebsrats - den P. fristlos, da – nach seinen Worten – solche Leute auf gar keinen Fall in der Firma beschäftigt werden sollen.

a) Wirksam?

b) Wäre in diesem Fall eine ordentliche Kündigung möglich, also wirksam (unterstellt, dass die Anhörung des Betriebsrats ordnungsgemäß verlaufen ist)?

3. Variante: Die Scientology – Sache hat nicht stattgefunden. Stattdessen: die Ehekrise hat P. in tiefe Depressionen gestürzt, die 1997 zu Fehlzeiten des P. von insgesamt 25 Arbeitstagen geführt haben. Am 29.1.1998 kündigt daher die AG (nach ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrates) fristlos mit der Begründung, so etwas könne sich die Firma nicht leisten.

a) Ist die Kündigung wirksam?

b) Könnte P., falls er nunmehr keinerlei Lust mehr hat, in diesem „menschenfeindlichen Laden“ weiterzuarbeiten, die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nebst einer (hohen?) Abfindung erreichen?

#### 6. Klausur SS 1998

Gebäudereinigung Unico & Partner in Potsdam; 25 Beschäftigte; ein Betriebsrat existiert nicht.

Am 13. Oktober 1997 schloss der FHW-Absolvent Udo Kattowit mit der Unico einen „Praktikumvertrag“ ab für die Zeit vom 15.10.1997 bis 15.1.1998. Vereinbarung wurde u. a., dass die ersten zwei Wochen als Probezeit gelten. Außerdem wurde ein monatliches Entgelt in Höhe von brutto 1200 DM [jetzt 614 €] vereinbart. Ein Recht zur fristgerechten Kündigung des Praktikumverhältnisses sieht der Vertrag nicht vor.

Als eine der ersten Aufgaben wurde Kattowitz die Überarbeitung eines Formulararbeitsvertrages mit geringfügig Beschäftigten zugewiesen. Nach den Vorstellungen der Firma sollte der Arbeitsvertrag folgende Regelungen enthalten:

1. *Das Arbeitsverhältnis soll auf 12 Monate befristet werden;*
2. *die Mitarbeiter erhalten ein übertarifliches Arbeitsentgelt;*
3. *ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung soll nicht bestehen;*
4. *ein Anspruch auf Urlaubsentgelt soll nicht bestehen;*
5. *tarifliche Bindungen sollen ausgeschlossen werden.*

In seiner Stellungnahme vom 14.11.1997 wies Kattowitz darauf hin, dass die Regelungen zu Punkt 3, 4 und 5 nach der derzeitigen Rechtslage nicht zulässig seien. Da diese Auffassung mit der bisherigen Praxis des Unternehmens nicht im Einklang stand, war der Geschäftsführer Ganymed mit der Ausarbeitung von Kattowitz nicht zufrieden. In einem Gespräch am 15.11.1997 wies Kattowitz nochmals auf die Rechtslage hin und weigerte sich trotz mehrfacher Aufforderung, unter Hinweis auf sein Gewissen, die verlangten Passagen in den Text des Formulararbeitsvertrages einzuarbeiten. Darüber war Ganymed sehr erbost und erklärte gegenüber dem Kattowitz das „Praktikantenverhältnis ab sofort beendet“ und verwies den Kattowitz des Büros.

Kattowitz bot dem Ganymed bei Verlassen des Büros seine Dienste als Praktikant bis zum fristgerechten Ablauf des Vertrages, also dem 15.1.1998, an. Mit Schreiben vom 21.11.1997 übersandte die Unico dem Kattowitz einen Aufhebungsvertrag zur Unterschrift, den dieser jedoch nicht unterschrieb.

Kattowitz hat für Oktober 1997 DM 600 [jetzt 307 €] brutto erhalten, für November 1997 den gleichen Betrag. Für Dezember 1997 und Januar 1998 hat Kattowitz keine Vergütung mehr erhalten.

Kattowitz verlangt Vergütung bis zum 15.1.1998. Er ist der Auffassung, dass keine wirksame Kündigung des Praktikantenverhältnisses vorliege; die Unico hingegen steht auf dem Standpunkt, dass der Vertrag wegen beharrlicher Arbeitsverweigerung vorzeitig beendet werden konnte.

Wie ist die Rechtslage? Hierbei:

- a) Legen Sie Ihrer Beurteilung zunächst die Annahme zugrunde, dass es sich bei dem fraglichen „Praktikumvertrag“ um ein Praktikantenverhältnis im Sinne von § 19 BBiG handelt.
- b) Gehen Sie sodann (als Alternative) vom Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses aus.
- c) Was muss Kattowitz tun, um seinen Anspruch durchzusetzen? Sind hierfür Fristen zu beachten?
- d) Unterstellt, im Betrieb existiert ein Betriebsrat, der der außerordentlichen Kündigung des Kattowitz ausdrücklich zugestimmt hat. Muss die Unico den Betriebsrat dann noch ausdrücklich zum Vorhaben einer ordentlichen Kündigung anhören, falls sie – bei Ausspruch der fristlosen Kündigung – zur Auffassung gelangt, eigentlich wäre es sinnvoll, gleichzeitig mit der außerordentlichen Kündigung hilfsweise eine ordentliche auszusprechen? Außerdem: ist hier überhaupt eine ordentliche Kündigung möglich?

## 7. Klausur WS 1998/99

Die Großfleischerei Sütterlin in Augsburg hat im Januar 1997 eine vollautomatische Leberknödelmaschine angeschafft. Dadurch wird der Arbeitsplatz des Arbeiters Gollum (43 Jahre alt, seit 1989 im Betrieb) eingespart. Nach Anhörung des Betriebsrates kündigt Sütterlin aus dringenden betrieblichen Gründen am 28.1.98 zum 31.3.98.

Am 3.2.98 findet eine Unterredung zwischen Gollum und Alois Sütterlin, dem Inhaber der Firma statt. Gollum droht mit der Erhebung einer Kündigungsschutzklage. Nach seiner Auf-

fassung bringt die Rationalisierungsmaßnahme nicht die erhofften Kosteneinsparungen für Sütterlin, Sütterlin hätte die „Rationalisierung“ deshalb unterlassen müssen. Zudem könnte er (Gollum) jederzeit - nach Umschulung - in der Schnitzelabteilung weiterbeschäftigt werden. Dort sei es problemlos möglich, einen Arbeitsplatz freizumachen. Darüber hinaus würde er als Familienvater (verheiratet, eine 10jährige Tochter) besonders hart getroffen. Sein Kollege an der Knödelmaschine Xavertingen sei zwar etwas länger im Betrieb (seit 1988) und auch fast gleich alt (44 Jahre). Er sei aber ledig und habe keine Unterhaltspflichten.

Sütterlin kann Gollum davon überzeugen, dass an der neuen Maschine tatsächlich ein Arbeitnehmer weniger benötigt wird. Er verweist darauf, dass kein Arbeitsplatz im Betrieb frei ist. Zur sozialen Auswahl führt er aus: man habe sich gegen ihn (Gollum) entschieden, weil beide – Gollum und Xavertingen - vom Alter und der Betriebszugehörigkeit her vergleichbar seien. Für einen Mitarbeiter habe man sich ja entscheiden müssen.

Prüfen Sie die Rechtslage im Hinblick auf die ausgesprochene Kündigung und beraten Sie Gollum – kompetent!!.

#### 8. Ersatzklausur WS 1998/99

Johnny, 52 Jahre alt, schwerbehindert (50%) arbeitet seit 1985 bei der Fa.. Kraut & Rüben GmbH in Weilburg/Lahn. In der Firma besteht eine Arbeitsordnung, nach der es untersagt ist, während der Arbeit Alkohol zu sich zu nehmen oder alkoholisiert zu sein.

Am 2. November 1991 erhielt Johnny eine Abmahnung, weil er in stark alkoholisiertem Zustand zur Arbeit erschienen war (Alkomattest: 1,42 bzw. 1,44 Promille). Am 10. August 1992 wurde Johnny nach Zustimmung der Hauptfürsorgestelle zum 30.9.1992 gekündigt, weil er am 15. Juni 1992 bei Arbeitsaufnahme um 7:00 Uhr nicht sicher stehen konnte, stark gerötetes Gesicht und beim Reden Schwierigkeiten hatte (Alkomattest: 1,6 Promille). Der Betriebsrat war angehört worden; er hatte sich in seiner schriftlichen Stellungnahme scharf gegen die geplante Entlassung des „bewährten Mitarbeiters“ gewandt.

Der zu Rate gezogene Werksarzt hatte am 18.6.1992 festgestellt, dass eine Alkoholkrankheit bei Johnny nicht vorliegt.

Johnny wendet sich in seiner Not an Sie, am 31.8.1992. Prüfen Sie die Rechtslage im Hinblick auf die ausgesprochene Kündigung und beraten Sie Johnny – kompetent!!.

#### 9. Klausur SS 1999

Maschinenbaufirma Schwarzer & Co. in Hannover; 250 Beschäftigte; ein Betriebsrat ist vorhanden.

Seit Januar 1998 häufen sich Diebstahlsfälle, z. T . auch an firmeneigenen Gegenständen (Werkzeug u. a. m.). Mehrfach hatten Arbeiter der Firma festgestellt, dass der Schlosser Tordnen sich allein in den Umkleideräumen aufhielt und diese sofort verließ, wenn ein anderer diese Räume betrat. Meistens wurden im Anschluss an diese „Begegnungen“ Diebstähle entdeckt. Am 13.9.1998 bemerkte der Arbeiter Hurtig, wie der sich allein im Umkleideraum aufhaltende Tordnen in die Taschen eines Sakkos fasste, der ihm nicht gehörte. Als Hurtig ihn daraufhin ansprach, nahm Tordnen wortlos seine Tasche und lief davon.

Der Vorfall wurde am 15.9.1998 der Geschäftsleitung gemeldet. Bei seiner Anhörung am 17.9. erklärte Tordnen, er habe den fremden Sakko mit seinem eigenen verwechselt. Eine plausible Erklärung, wieso es zu der Verwechslung trotz unterschiedlicher Sakkofarben (beige bzw. marineblau) kommen konnte, war ihm nicht möglich. Ebenso wenig hatte er eine Begründung für sein Davonlaufen.

Bei einer internen Überprüfung wurde festgestellt, dass die Diebstähle nur dann vorkamen, wenn Tordnen Dienst hatte und dass während seiner (urlaubs- bzw. krankheitsbedingten) Abwesenheit keine Diebstähle festzustellen waren. Die Firmenleitung beschloss daher, dem Tordnen fristlos zu kündigen und informierte hierüber den Stellvertretenden Vorsitzenden des Betriebsrats, einen gewissen Möller, am 21.9.1998. An der Betriebsratssitzung vom 23.9. nahmen, trotz ordnungsgemäßer Ladung, nur drei Mitglieder (darunter Herr Möller) teil; sie stimmten der außerordentlichen Kündigung von Tordnen ausdrücklich zu. Der hiervon informierte Personalleiter kündigte dem Tordnen am 24.9.1998 fristlos, hilfsweise fristgemäß zum 31.10.1998.

Tordnen erhebt am 5.10.1998 Klage vor dem Arbeitsgericht Hannover. Er behauptet, er sei unschuldig. In der von ihm selbst verfassten Klageschrift bietet er Beweis dafür an, dass auch nach seinem Ausscheiden gestohlen wurde und dass die Firmenleitung seit einigen Tagen konkrete Hinweise auf den wahren Täter habe.

a) Formulieren Sie den Klageantrag.

b) Ist die Kündigung wirksam?

c) Unterstellt, die von Tordnen vorgebrachte Behauptung („Der unsichtbare Dritte“) stellt sich tatsächlich – am 30.10.1998 – als richtig heraus: Vergütungsanspruch des Tordnen für die Zeit vom 24.9. bis 30.10.1998?

d) Variante: Tordnen erhebt Klage erst am 20.10.1998.

!! Vgl. u. a. BAG vom 4.6.1964, AP Nr. 13 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung, hier Seite 283.

## 10. Klausur WS 1999/2000

Das Autohaus Badenat GmbH in Leipzig ist ein florierendes Unternehmen mit insgesamt 78 Beschäftigten, darunter den Personalleiter Tapper. Über das Stadtgebiet verstreut gibt es 6 Werkstätten; seit 1996 existiert – nach langen Auseinandersetzungen – ein fünfköpfiger Betriebsrat, der in der Zentrale am X-Platz amtiert. Dort verfügt er – ebenfalls nach langwierigen Auseinandersetzungen mit der Geschäftsleitung – über ein eigenes Betriebsratsbüro, ausgestattet u. a. mit einem PC Pentium II, ADI Monitor 17-Zoll und einem Laserdrucker Brother HP 760.

Tapper hat am 14.1.2000 zwei Angelegenheiten zu entscheiden, wobei er Sie, als seit drei Monaten in der Firma tätigen Volontär / tätige Volontärin wegen Ihrer Rechtskenntnisse um fundierten Rat bittet.

1. Am 12.1.2000 stellte der Vorsitzende des Betriebsrats, Herr Schneider, fest, dass die Toner-Kartusche des Druckers leer war; außerdem fehlte es im Betriebsratsbüro an Papier (für den Drucker) und an Disketten. Er begab sich daraufhin um 12 Uhr zur Materialausgabe und verlangte die benötigten Gegenstände. Die dort tätige Frau Weerth wies ihn recht barsch ab, u. a. mit den Worten „Und überhaupt! Der Betriebsrat soll nicht so viel am PC spielen, sondern endlich mal vernünftig arbeiten. Wir kommen mit den Aufträgen nicht mehr hinter her!“ Dann verließ sie den Raum und ging essen. Der von diesem Temperamentsausbruch einigermaßen überraschte Schneider stellte fest, dass ein Schrank mit Computerzubehör offen stand. Bei näherer Inspektion entdeckte er dort die benötigte Toner-Kartusche und mehrere Kartons Umweltpapier (DIN 4). Er nahm die Kartusche sowie einen Karton Papier und verbrachte beides in das Betriebsratsbüro. Dort erzählte er den Vorfall seinem BR-Kollegen Knöterjan. Der zufällig anwesende Sachbearbeiter Petzel berichtete alles am gleichen Tage seinem Vorgesetzten, der seine Kenntnis am folgenden Tag dem Personalleiter übermittelte.



a) Herr Tapper möchte wissen, wie man diesen „verbrecherischen“ BR-Vorsitzenden „loswerden kann, am besten sofort!“

Ergänzender Hinweis: Schneider ist 46 Jahre alt, 1989/90 war er aktiv im Neuen Forum tätig und war maßgeblich an der Organisation der Montagsdemonstrationen beteiligt gewesen.

b) Fallabwandlung: Schneider hatte die erwähnten Gegenstände nicht „mitgenommen“, sondern in der Mittagspause (die er deshalb etwas „überzogen“ hatte), in einem Fachgeschäft gekauft; die Quittung hatte er leider verloren. Frau Weerth hatte, nachdem sie den Verlust der Gegenstände bemerkt hatte, gleich Herrn Tapper berichtet und Herrn Schneider als wahrscheinlichen Schuldigen benannt. Tapper glaubt ihr und will Schneider kündigen. Geht das? Wenn ja, welche rechtlichen Schritte und Etappen muss Tapper einhalten?

2. Das „einfache“ BR-Mitglied Pneumo ist häufig krank. Aus den dem Tapper vorliegenden Unterlagen ergibt sich folgendes Bild:

Pneumo ist als Lagerarbeiter / Kommissionierer beschäftigt. Sein Stundenlohn betrug zuletzt 11,15 €brutto bei einer 40-Stunden-Woche.

1995: drei Fehlzeiten zwischen sechs und 16 Tagen, insgesamt 37 Tage, alle wegen Atemwegserkrankungen; Lohnfortzahlungskosten: €2.186,-.

1996: vier Fehlzeiten zwischen einem und 16 Tagen, insgesamt 41 Tage, Ursachen von N nicht angegeben; Lohnfortzahlungskosten: €3.566,-.

1997: vier Fehlzeiten zwischen zehn und 23 Tagen, insgesamt 56 Tage, davon 50 Tage wegen Atemwegserkrankungen; Lohnfortzahlungskosten: €2.663,-.

1998: vier Fehlzeiten zwischen 15 und 24 Tagen, insgesamt 76 Tage, davon 55 wegen Atemwegserkrankungen; Lohnfortzahlungskosten: €6.082,-.

1999: acht Fehlzeiten zwischen einem und 20 Tagen, insgesamt 76 Tage, davon 50 wegen Atemwegserkrankungen; Lohnfortzahlungskosten: €6.227,-.

Kann dem Pneumo gekündigt werden?

Ist wenigstens eine Abmahnung möglich?

## 11. Klausur SS 2000

Der 50jährige Familienvater Müdel ist seit 1979 bei der Nürnberger Maschinenbau-GmbH (251 Beschäftigte) als Dreher tätig. Seit ein paar Jahren fällt ihm das allmorgendliche Aufstehen schwer. Er kommt daher gelegentlich zu spät zur Arbeit, obwohl sein Vorgesetzter besonderen Wert auf pünktliches Erscheinen legt. Als die dunkle Jahreszeit beginnt, im Oktober und November 1995, häufen sich diese Vorkommnisse. In dieser Zeit erscheint Müdel drei- bis viermal pro Woche 5 bis 10 Minuten nach Arbeitsbeginn auf dem Betriebsgelände. Mit Schreiben vom 8.12.1995 an Müdel führt die Personalstelle diese „schwerwiegenden Verstöße gegen die Arbeitspflicht“ im einzelnen auf. Sie fordert von Müdel die strikte Einhaltung der Arbeitszeiten und droht für den Fall weiterer Unpünktlichkeit mit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Eine Ablichtung des Schreibens wird zu der Personalakte genommen. Müdel, der nun um seinen Arbeitsplatz bangt, trifft diverse Vorkehrungen, um morgens rechtzeitig aufzustehen. Damit gelingt es ihm, in der Folgezeit jeweils die Arbeit pünktlich aufzunehmen. Im Frühjahr 1999 kommt Müdel erneut zwischen 7 und 9 Minuten zu spät zur Arbeit. Mitte April fasst Batuta, der Geschäftsführer der GmbH angesichts der Vorkommnisse den Entschluss, Müdel zu kündigen. Er unterrichtet den Betriebsrat, der nach Beratung und Anhörung von Müdel am 26.4.1999 der geplanten Kündigung zustimmt.

Den Brief mit der Kündigung von Müdel zum 31.7.1999 warf der Postbote am 28.4.1999, um 10 Uhr in den Briefkasten von Müdel. Dieser befand sich jedoch gerade auf einer vierwöchigen Urlaubsreise in Italien. Vom Inhalt des Kündigungsschreibens nimmt er erst nach seiner Rückkehr, am 21.5.1999, Kenntnis. Der Sekretärin von Batuta war bekannt, dass Müdel Urlaub hatte und, wie jedes Jahr, nach Italien fahren wollte. Des Weiteren kannte sie eine Adresse, bei der sich Müdel im Laufe seiner Rundreise aufhalten sollte, wenn auch das Datum ungewiss war.

1. Müdel möchte wissen, ob und wie er gegen die Kündigung noch gerichtlich vorgehen kann: Er hat nämlich gehört, dass da gewisse Fristen zu beachten sind; er möchte nicht unnötig prozessieren.
2. Unterstellt, eine Kündigungsschutzklage ist noch möglich: Prüfen Sie die Erfolgsaussichten einer derartigen Klage.
3. Wenn Batuta in dieser Situation zusätzlich eine außerordentliche Kündigung aussprechen möchte: Was müsste er dabei unbedingt beachten?
4. Falls die ordentliche Kündigung wirksam ist: stimmt die Kündigungsfrist? Und was wäre / ist die Konsequenz, wenn insoweit ein Fehler unterlaufen ist?
5. Abwandlung: Wie sich im April 1999 herausstellt, hatte Müdel seinen Arbeitskollegen Schuller beauftragt, seine (des Müdel) Stechkarte während des Urlaubs seines Vorgesetzten in der letzten Märzwoche morgens mitzubestätigen, so dass sein verspäteter Arbeitsantritt nicht bemerkt wurde. Batuta, der dies alles am 15.4.1999 erfahren hat, kündigt fristlos – nach Anhörung des Betriebsrates – am 28.4.1999 durch Aushändigung des Kündigungsschreibens an Müdel.  
Erfolgsaussichten einer Klage gegen die Kündigung?

## 12. Klausur Nr. 1, WS 2000/01

Lea hat lediglich das erste Staatsexamen für das Lehramt abgelegt, trotzdem wird sie an einer vom XYZ - e.V. getragenen Privatschule als Musiklehrerin mit 14 Wochenstunden beschäftigt. In dem zwischen ihr und dem XYZ - e.V. am 01.09.1990 auf unbefristete Dauer geschlossenen Vertrag, der mit "freier Dienstvertrag" überschrieben ist, wird Lea als "freie Mitarbeiterin" bezeichnet. Die Lage ihrer Unterrichtsstunden kann Lea nicht selber festlegen, da diese fester Bestandteil des Stundenplans sind. Zur Teilnahme an den Lehrerkonferenzen ist Lea verpflichtet. Auch sonst ist sie in gleicher Weise in den Schulbetrieb integriert, wie die 12 anderen, mit beiden Staatsexamina voll ausgebildeten, festangestellten Lehrer, die vollzeitbeschäftigt sind. Sie erhält eine monatliche Vergütung in Höhe von 1.800 DM [jetzt 920 €]. Sozialversicherungsbeiträge werden nicht abgeführt.

Mit Schreiben vom 30.06.1997 kündigt der Vorstand des XYZ - e.V. das Vertragsverhältnis mit Lea ordentlich zum 31. 08. 1997. Der Vorstand begründet die Kündigung mit Leas nicht abgeschlossener Ausbildung. Gerade in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit einer schlechten Wirtschaftslage sei es für die Akzeptanz einer Privatschule in der Gesellschaft wichtig, dass sie lediglich voll ausgebildete Lehrkräfte beschäftige. Grund dafür sei, dass die Eltern bezüglich der Zukunft ihrer Kinder verunsichert wären und deshalb in Sachen Ausbildung kein Risiko eingingen. Eine Schule, die nicht voll ausgebildete Lehrkräfte beschäftige, liefe deshalb Gefahr, die Klassen nicht voll besetzen zu können. Die Tatsache, dass Lea trotz nicht abgeschlossener Ausbildung tadellos unterrichtete, ändere nichts an der Gefahr des Schülerrückgangs.

Am Nachmittag desselben Tages übergibt der Vorstandsvorsitzende Vau dem Bodo, einem Kollegen von Lea, das Kündigungsschreiben mit der Bitte, es der Lea in ihren Briefkasten zu werfen. Bodo nimmt den Brief ohne Murren entgegen, da sein Nachhauseweg ohnehin an Leas Haus vorbeiführt. Er wirft das Kündigungsschreiben um 20.00 Uhr in den Briefkasten von

Lea ein. Diese nimmt das Schreiben allerdings erst am 01.07.1997, bei der allmorgendlichen Briefkastenleerung, zur Kenntnis.

Lea ist der Ansicht, die Vau ausgesprochene Kündigung sei unwirksam. Abgesehen davon habe der Vorstand die Kündigung nicht fristgemäß ausgesprochen. Der Vorstand des XYZ - e.V. meint demgegenüber, dass freien Mitarbeitern ohne weiteres gekündigt werden könnte. Überdies habe er aus sozialen Gründen eine längere Kündigungsfrist eingeräumt, als das Gesetz nach § 621 BGB verlange.

Lea verlangt die Fortsetzung des Vertrags über den 31.08.1997 hinaus. Zu Recht ?

### 13. Klausur Nr. 2, WS 2000/01

Hermann Loibel ist seit 1981 Angestellter bei der Fa. Bayern-Würste GmbH in Füssen (245 Mitarbeiter). Am 2.4.1998 geht bei der Firma eine Krankschreibung ein, wonach Herr Loibel für die Zeit vom 1.4. bis zum 30.4.1998 wegen eines Rückenleidens arbeitsunfähig ist. Derartige Krankmeldungen sind in Sachen Loibel in den letzten drei Jahren häufig passiert.

Am Wochenende zum 11./12.4.1998 arbeitet Hermann Loibel anlässlich eines Skatturniers als Kellner in der Gasstätte seiner Frau. Er wird gesehen, wie er größere Mengen Maßkrüge stemmt.

Dr. Fux, Leiter der Personalabteilung der Bayern-Würste, erfährt diesen Vorgang am 15.4.1998. Er entscheidet, dass hier ein Kündigungsfall vorliegt, lässt die erforderlichen Unterlagen zusammenstellen und übergibt diese dem Stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden Anton Hinterhuber, der zufällig in der Personalabteilung war, mit dem Bemerkung, man wolle eine außerordentliche Kündigung aussprechen. Am 17.4. fand eine Sitzung des Betriebsrats statt, auf der „angesichts der ungeheuerlichen Umstände“ die Zustimmung zu der außerordentlichen Kündigung des Loibel erteilt wurde. Die Firma kündigte sodann dem Loibel am 20.4.1998 „fristlos, hilfsweise fristgemäß zum 30.9.1998“ und zwar wegen „Vortäuschens einer Krankheit“ und „Erschleichung der Lohnfortzahlung“.

1. Sie treffen Herrn Loibel am 22.4.1998; er fragt Sie „als Freund“ um Rat, ob er etwas gegen die Kündigung unternehmen kann. Dabei zeigt er Ihnen die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung.

Beraten Sie ihn – gründlich und kompetent !

2. Variante: Loibel war 1996 insgesamt 5 Mal arbeitsunfähig krank, Gesamtfehlzeit: 57 Tage; 1997 insgesamt 6 Mal, Gesamtfehlzeit: 63 Tage; 1998, in den ersten drei Monaten, 2 Mal, Gesamtfehlzeit: 12 Tage.

Die Firma überlegt daher, ob man sich wegen dieser ständigen Ausfälle von Loibel trennen könnte. Vielleicht sogar im Wege einer außerordentlichen Kündigung? Sie sollen hierzu gutachten.

a) Brauchen Sie hierzu noch Informationen?

b) Angenommen, für die Firma gilt ein Tarifvertrag, in dem nach einer 12jährigen Tätigkeit im Betrieb die Unkündbarkeit der Beschäftigten festgeschrieben ist, angenommen weiterhin, dass Loibel seit 1992 Mitglied der entsprechenden Gewerkschaft ist: schützt ihn der genannte Tarifvertrag nunmehr vor einer Entlassung wegen seiner häufigen Krankheiten?

### 14. Klausur Nr. 1, SS 2001

In dem Warenhaus Euler in Nürnberg sind 258 Mitarbeiter beschäftigt. Ein Betriebsrat existiert (7 Mitglieder). Er hat 1979 mit der Firmenleitung eine Betriebsvereinbarung geschlossen, worin es unter Ziff. 6 heißt: „Jeder Betriebsangehörige ist zur Kameradschaft verpflichtet. Nur bei einem vertrauensvollen Zusammenwirken aller Betriebsteile kann ersprießliche Zusammenarbeit für den Betrieb geleistet werden ... Betriebsausflüge und gemeinsame Fahrten

werden rechtzeitig vorher bekannt gegeben. Die Teilnahme an diesen Veranstaltungen ist Pflicht. Die Betriebsangehörigen erhalten aus diesen Anlässen besondere Zuwendungen, deren Art und Umfang von der Firmenleitung im Einvernehmen mit dem Betriebsrat festgelegt werden. ...“

Am 1.9.2000 tritt die 28-jährige Gunilla als Sachbearbeiterin in der Lagerverwaltung in die Dienste der Firma. Am 3.4.2001 setzt die Firmenleitung im Einvernehmen mit dem Betriebsrat den diesjährigen Betriebsausflug – eine Omnibusfahrt nach Bamberg mit Besichtigung u. a. des Bamberger Reiters - auf den 17. und 18. Mai fest und teilt dies den „lieben Mitarbeitern und –innen“ durch Aushang am Schwarzen Brett mit. Gunilla mag keine Betriebsausflüge. Mit Schreiben vom 10.5.2001 teilt sie der Firmenleitung und dem Betriebsrat mit, sie werde an dem geplanten Betriebsausflug nicht teilnehmen. Der Betriebsratsvorsitzende Hanno fragt sie am 11.5. nach dem Grund, worauf sie ihm schnippisch antwortet, sie möge keine Pferde. Hanno informiert den Leiter der Personalabteilung umgehend über dieses Gespräch, worauf dieser unter dem 14.5. ein Schreiben an Gunilla richtet, worin er diese Antwort als respektlos rügt. Er teilt Gunilla ferner mit, dass ihre Weigerung von der Belegschaft und der Firmenleitung als grob unkameradschaftlich gewertet würde und fordert sie auf, an dem Betriebsausflug teilzunehmen. Andernfalls würde die Firma hierin einen groben Verstoß gegen ihre arbeitsvertraglichen Pflichten sehen.

Der Betriebsausflug findet statt – ohne Gunilla. Während des Ausfluges besprechen Firmenleitung und Hanno die Lage und kommen überein, dass „Gunilla gehen muss, aber schnell!“

Am 21.5. ruft Hanno den Betriebsrat zu einer Sitzung am 22.5., 15 Uhr, zusammen. Es erscheinen aber nur der Vorsitzende und zwei weitere Mitglieder. Diese – empört über Gunillas „Unkameradschaftlichkeit“ - stimmen ausdrücklich der geplanten Kündigung zu, die dann per Schreiben vom 25.5. als „außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung“ erfolgt.

Sie unterhalten sich am 30.5. mit Gunilla.

- a) Gunilla ist der Auffassung, dass die Kündigung unwirksam ist, hat aber keine Lust mehr, in „diesem Laden“ weiter zu arbeiten. Sie möchte eher eine Abfindung erreichen. Ist das möglich? Wie muss Gunilla vorgehen, um dieses Ziel zu erreichen?
- b) Gunilla möchte Bezahlung der 2 Betriebsausflugstage. Bei der Endabrechnung sind ihr nämlich entsprechende Abzüge gemacht worden. Kann sie auch Bezahlung der „besonderen Zuwendungen“ im Sinne von Ziff. 6 der Betriebsvereinbarung verlangen?
- c) Im der Gunilla zugesandten Arbeitszeugnis steht zu lesen: „Wir mussten uns von Frau G. trennen, da sie ein äußerst unkameradschaftliches Verhalten an den Tag gelegt hatte.“  
Muss Gunilla das hinnehmen?

## 15. Klausur Nr. 2, SS 2001

Bodo, 59 Jahre alt, ist seit 29 Jahren Produktionsarbeiter in der Wurstfabrik SALAMI GmbH in Hannover. In der Firma besteht ein 11-köpfiger Betriebsrat. Er hat u.a. einen dreiköpfigen Personalausschuss gebildet.

Am 2.3.2001 wurde Bodo gesehen, wie er ca. 200 g Rinderbeinscheiben im Werte von ca. 2,50 DM [jetzt 1,28 €] an sich nahm, in ein Papiertaschentuch wickelte und in seine Hosentasche steckte. Der hiervon informierte Personalleiter Gantenbein entschied, dass ein Exemplar zu statuieren sei. Er unterrichtete am 5.3. den Vorsitzenden Donner von dem Vorfall mit dem Hinweis, man plane eine außerordentliche Kündigung. Da der Ausschuss keine Stellungnahme abgab, richtete Gantenbein am 9.3. ein Schreiben an Bodo, worin er die außerordentliche, hilfsweise die ordentliche Kündigung wegen „des Diebstahls vom 2.3.2001“ aussprach.

- a) Bodo wirft am 30.3. gegen 22 Uhr ein Schreiben in den Briefkasten des zuständigen Arbeitsgerichts, worin er gegen die Kündigung Klage erhebt. Chancen dieser Klage ?
- b) Musste die Firma dem Bodo zuvor Gelegenheit geben, sich zu den Vorwürfen zu äußern?

- c) Alternative: Am 2.3. kommt Hano, von dem allgemein bekannt ist, dass er mit Bodo „nicht kann“, gegen 12:30 Uhr ganz aufgeregt in das Büro des Personalleiters und berichtet, er glaube gesehen zu haben, dass Bodo 3, es können auch 4 Scheiben Salami genommen und gegessen habe. Ansonsten bleibt der Geschehensablauf derselbe, also: Unterrichtung von Donner am 5.3., Kündigung am 9.3.
- Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung ?
  - Falls Sie zum Ergebnis kommen, dass die Kündigung unwirksam ist: Kann Bodo den nicht bezahlten Lohn für die Zeit vom 9. bis 30.3.2001 verlangen ?

#### 16. Klausur Nr. 1, WS 2001/02

Die Anhaltinische Transport AG (Antrans) mit Sitz in Magdeburg stellt Otto Nücht im Juni 1993 als Kraftfahrer ein. Am Donnerstag, dem 1.2.2001, abends, verursachte Otto – bei einem Alkoholpegel von 1,7 Promille – bei einer Privatfahrt zu seiner Lebensgefährtin einen Verkehrsunfall. Daraufhin wurde ihm die Fahrerlaubnis vorläufig entzogen. Am 12.2.2001 teilte die Antrans dem Betriebsrat ihre Absicht mit, Otto fristlos zu entlassen (unter Vorlage aller relevanten Dokumente). Der Betriebsrat antwortete noch am selben Tage, gegen die außerordentliche Kündigung bestünden keine Bedenken. Am 14.2.2001, nachmittags wurde Nücht im Personalbüro ein Schreiben ausgehändigt, in dem die Firma die fristlose Kündigung aussprach. Im Mai 2001 wurde ihm im Strafverfahren die Fahrerlaubnis für die Dauer von 9 Monaten – bis zum 1.11.2001 – entzogen. Am 7.3.2001 erhob Nücht Klage gegen die Firma auf Weiterbeschäftigung. In der Klageschrift führte er aus, er könne bis zur Wiedererlangung des Führerscheins bei der Antrans als Lagerarbeiter weiterbeschäftigt werden. Die Antrans wendet hiergegen ein, sie sei nicht verpflichtet, Nücht für die Dauer des Verlusts seines Führerscheins als Lagerarbeiter weiterzubeschäftigen, obwohl dies möglich sei. Schließlich habe sie Nücht als Fahrer eingestellt; außerdem habe Nücht eine Beschäftigung als Lagerarbeiter erstmals in der Klageschrift angesprochen.

- a) Wie muss der Klageantrag richtig lauten?
- b) Ist die Klage begründet?
- c) Für den Fall, dass sich die Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung herausstellt (also unbeschadet Ihres zu b gefundenen Ergebnisses): wäre es möglich, die – unwirksame – außerordentliche Kündigung in eine ordentliche Kündigung umzudeuten (§ 140 BGB)?

#### 17. Klausur Nr. 2, WS 2001/02

Herr Schön war seit dem 1.3.2000 bei der Securitas Versicherungs-AG (S. AG) als Außendienstmitarbeiter beschäftigt. Der Arbeitsvertrag sah eine Probezeit von 6 Monaten vor; während dieser Probezeit konnte das Arbeitsverhältnis beiderseits mit einer Ein-Wochen-Frist gekündigt werden. Mit Schreiben vom 14.5.2000 kündigte die S.-AG das Arbeitsverhältnis zum 22.5.2000. Am 16.5.2000 erhob Schön beim zuständigen Arbeitsgericht Klage „gegen die Kündigung“. Hierzu macht er folgende Ausführungen:

Die Kündigung sei allein wegen seiner homosexuellen Neigung erklärt worden. Sein Vorgesetzter habe ihn am 11.5.2000 gefragt, ob er homosexuell sei. Dies habe er wahrheitsgemäß bejaht. Einen Tag nach der Kündigung, also am 15.5.2000 habe dieser Vorgesetzte geäußert, dass Schön die in ihn gesetzten beruflichen Erwartungen voll erfüllt habe. Die Firmenleitung sei aber sehr konservativ und könne die homosexuelle Orientierung von Schön nicht akzeptieren.

1. Formulieren Sie zunächst den Klageantrag – richtig !
2. Wie sind die Aussichten der Klage, wenn die Darstellung von Schön den Tatsachen entspricht?

### 3. Wer hat die sog. Beweislast? Was bedeutet Beweislast genau?

#### 18. Klausur Nr. 1, SS 2002

Gottlieb Gumpel trat am 1.7.1995 in die Dienste der MITROPA. Diese unterhält in den Zügen der Deutschen Bahnen die Restaurants „Bordtreff“ und „Minibar“. Seit Anfang 2000 ist Gumpel als sog. ICE-Steward in der Niederlassung Hamburg gegen ein monatliches Entgelt von 3.100 € brutto tätig. Bei den Betriebsratswahlen im Jahre 1998 war er auf der Gewerkschaftsliste gewählt worden; bei den Wahlen 2002 (anfangs April) hatte er nicht mehr kandidiert.

Am 2.6.2002 kam es aufgrund einer bei MITROPA bestehenden Gesamtbetriebsvereinbarung zu einer stichprobenartigen Kontrolle des Fahrdienstpersonals, bei der auch die Taschen von Gumpel untersucht wurden, als er seinen Dienst um 17:30 Uhr beendet hatte. Bei ihm wurden drei Kaffeebecher aus Porzellan des Modells Carat (jeder im Wert von 1,62 €) sowie zwei Packungen Stockmeyer Westfälischer Knochenschinken von je 100 g (im Wert von jeweils 1,36 €) gefunden, die alle aus den Beständen von MITROPA stammten. Bei dem anschließenden Gespräch erklärte Gumpel, der Schinken sei sein Abendessen. Nach der bei MITROPA bestehenden „Dienstanweisung zur Personalverpflegung ohne Entgelt“ vom 28. September 1996 stehen den Mitarbeitern des Restaurantwagens eine "Vesper" für die Dienstzeit von 15.00 Uhr bis 17.59 Uhr und ein Abendessen für die Dienstzeit nach 18.00 Uhr zu. Kann das Abendessen im Zugrestaurant nicht eingenommen werden, darf der Arbeitnehmer höchstens zwei belegte Brote (belegt mit je 50 g Schinken, Wurst oder Käse) aus dem Wagen mitnehmen. Nicht in Anspruch genommene freie Anwesenheitskost darf weder verkauft noch - mit Ausnahme der belegten Brote - mitgenommen werden.

Der Betriebsrat der Hamburger Niederlassung ist erst nach der Stichprobenkontrolle über sie unterrichtet worden. Gumpel erhielt in zwei Gesprächen vom 15. und 18. Juni 2002 Gelegenheit, den Sachverhalt aufzuklären. Weitere Erkenntnisse konnten hier nicht gewonnen werden.

Sie arbeiten bei MITROPA in der Personalabteilung. Ihr Vorgesetzter möchte von Ihnen wissen:

1. ob gegenüber Gumpel eine „fristlose“ Kündigung ausgesprochen werden kann;
2. ob gegebenenfalls zusätzlich eine fristgemäße Kündigung möglich wäre;
3. ob Gumpel eventuell eine Abfindung erreichen könnte (was MITROPA wegen der angespannten finanziellen Situation) auf jeden Fall vermeiden möchte.

#### 19. Klausur Nr. 2, SS 2002

Ganymed, 54 Jahre alt, schwerbehindert (50%) arbeitet seit 1995 bei der Fa. Erbsen & Bohnen GmbH in Brandenburg. In der Firma besteht eine Arbeitsordnung, nach der es untersagt ist, während der Arbeit Alkohol zu sich zu nehmen oder alkoholisiert zu sein.

Am 2. Mai 2001 erhielt Ganymed eine Abmahnung, weil er in stark alkoholisiertem Zustand zur Arbeit erschienen war (Alkomattest: 1,42 bzw. 1,44 Promille). Am 9. April 2002 wurde Ganymed nach Zustimmung des Integrationsamtes (§ 85 SGB IX) zum 30.6.2002 gekündigt, weil er am 11.3.2002 bei Arbeitsaufnahme um 7:00 Uhr nicht sicher stehen konnte, ein stark gerötetes Gesicht und beim Reden Schwierigkeiten hatte (Alkomattest: 1,6 Promille). Der Betriebsratsvorsitzende Turbo war am 2. April 2002 über die Kündigungsabsicht unterrichtet worden; er erreichte in den folgenden Tagen zwei der fünf Betriebsratsmitglieder telefonisch, die beide über die geplante Entlassung von Ganymed empört waren. Daraufhin teilte er der Betriebsleitung am 8.4.2002 mit, der Betriebsrat sei gegen die geplante Entlassung des „be-währten Mitarbeiters“..

Der zu Rate gezogene Werksarzt hatte am 27.3.2002 festgestellt, dass eine Alkoholkrankheit bei Ganymed nicht vorliegt.

Ganymed wendet sich in seiner Not an Sie, am 30.4.2002.

a) Prüfen Sie die Rechtslage im Hinblick auf die ausgesprochene Kündigung und beraten Sie Ganymed – kompetent!! – im Hinblick auf die Chancen eines gerichtlichen Vorgehens und einer eventuell zu erzielenden Abfindung.

b) Wie ist die Rechtslage, wenn Ganymed sich erst am 2.5.2002 an Sie wendet.

#### 20. Klausur Nr. 1, WS 2002/03

Alpha ist bei der X-GmbH, einem SB-Markt in Leipzig als Einkäufer beschäftigt. Die Firma mit Sitz in Dresden unterhält insgesamt 110 Märkte in Sachsen. Zum 30.4.2000 verkaufte die X-GmbH ihre sämtlichen Märkte an die HALLOWEEN-GmbH & Co. KG. Die Unterrichtung der Mitarbeiter nach § 613a Abs. 5 BGB erfolgte am 4.4.2000. Mit Schreiben vom 28.4.2000 widersprach Alpha gem. § 613a Abs. 6 BGB dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die HALLOWEEN mit einem Schreiben, das er per Fax am 28.4.2000 um 8.55 Uhr an die Personalabteilung der X-GmbH in Dresden übersandte. Mit Schreiben vom selben Tage leitete die X-GmbH die Anhörung des zuständigen Betriebsrats in Leipzig zur beabsichtigten Kündigung von Alpha ein. Der Betriebsratsvorsitzende Emil Schleier unterzeichnete das Anhörungsformular ohne weitere Stellungnahme und sandte es per Fax am gleichen Tage um 9.12 an die Personalabteilung in Dresden zurück. Mit Schreiben vom 28.4.2000 kündigte sodann die Personalabteilung das Arbeitsverhältnis „wegen Wegfall des Arbeitsplatzes“ zum 31.5.2000.

1. Wie lange ist die Kündigungsfrist, wenn Alpha bei der Firma seit dem 1.3.1995 beschäftigt ist ?
2. Alpha will sich gegen die Kündigung wehren. Muss er Fristen einhalten ? Warum ?
3. Wie würden Sie den Klageantrag formulieren ?
4. Unterstellt, dass Alpha erst am 22.5.2000 gegen die Kündigung gerichtlich vorgeht: wie stehen seine Erfolgsaussichten ?
5. Hat Alpha die Möglichkeit, eine Abfindung durchzusetzen ?

#### 21. Klausur Nr. 2, WS 2002/03

Alpha ist seit Januar 2000 bei dem Jugendgemeinschaftswerk Duna in Schwerin als Erzieher beschäftigt. Ein Betriebsrat besteht. Am 15.1.2002 zeigte Alpha auf den Rat seines Rechtsanwalts hin die Leiterin von Duna, Frau Lara, bei der Staatsanwaltschaft Schwerin an. Als Grund benannte Alpha, dass Frau Lara ihn zur Manipulation von Arbeitszeitabrechnungen aufgefordert habe. Die Staatsanwaltschaft leitete daraufhin ein Ermittlungsverfahren ein, das aber mangels hinreichenden Tatverdachtes am 13.6.2002 eingestellt wurde.

Das Jugendgemeinschaftswerk will den Vorfall zum Anlass nehmen, um Alpha zu kündigen, und zwar fristlos, auf jeden Fall fristgemäß.

- a) Welche Formalien muss Duna im Hinblick auf die Anhörung des Betriebsrats einhalten ?
- b) Wann beginnt die Kündigungserklärungsfrist zu laufen ?
- c) Prüfen Sie – sorgfältig!! – die inhaltliche Seite der Angelegenheit. M. a. W.: liegt ein die Kündigung rechtfertigender Grund vor?
- d) Formulieren Sie – kurz gefasst – das Kündigungsschreiben (ohne Anrede, ohne Schlussformel).

- e) Unterstellt, das Gericht kommt zum Ergebnis, dass die ausgesprochene Kündigung unwirksam ist: Wie schätzen Sie die Erfolgsaussichten eines arbeitgeberseitigen Antrags auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung ein ? Ändert sich insoweit etwas, wenn der Arbeitgeber allein außerordentlich gekündigt hat?

## 22. Klausur Nr. 1, SS 2003

Frau Konrad, 45 Jahre, war seit Januar 1995 bei der Bike-AG im Betrieb Braunschweig beschäftigt. Im Jahre 2001 zählte die Belegschaft 260 Arbeitnehmer. Frau Konrad ist verheiratet und hat vier Kinder. Laut Arbeitsvertrag ist sie als ungelernte Hilfsarbeiterin eingestellt. Die ersten vier Jahre war sie als Arbeiterin in der Pedalmontage tätig, wechselte dann auf eigenen Wunsch in den Reinigungsdienst. Im Jahre 2001 kam die Bike-AG zu dem Entschluss, den Reinigungsdienst im Werk Braunschweig auf die Firma Blitzblank GmbH zu übertragen. Am 19.4.2001 informierte Maier, der Leiter der Personalabteilung, den Stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden Wunderbur, den er zufällig auf dem Weg zum Betriebsratbüro traf, von der Absicht, Frau Konrad zu kündigen. Auf der Sitzung des Betriebsrates am 23.4.2001 berichtete Wunderbur über diesen „Fakt“, allerdings war der Betriebsrat nicht beschlussfähig, so dass es zu keiner Stellungnahme kam. Mit Schreiben vom 27.4.2001 kündigte dann die Bike-AG Frau Konrad zum 30.6.2001. Frau Konrad erhob rechtzeitig Kündigungsschutzklage mit folgenden Argumenten:

- Eine bloße Kostenersparnis könne die Auflösung des betriebsinternen Reinigungsdienstes nicht rechtfertigen.
- Sie könne wieder in der Pedalmontage beschäftigt werden. Dort sei zwar kein freier Arbeitsplatz vorhanden; der dort beschäftigte Arbeitnehmer Poldi sei aber ledig, erst 24 Jahre alt und daher sozial stärker als sie. Die Bike-AG habe daher bei der Auswahl soziale Gesichtspunkte außer acht gelassen.

Prüfen Sie die Erfolgchancen der Klage unter Berücksichtigung der vorgebrachten Argumente. **Die Frage, ob hier ein Betriebsübergang vorliegt, ist dabei nicht zu erörtern !!**

## 23. Klausur Nr. 2, WS 2003/04

Der am 8. 2. 1970 geborene Norbert Nixel (verheiratet, 3 Kinder) war in der Abteilung Versand und Lager der Schuhfabrik des Dieter Doomrich (rund 450 Mitarbeiter) seit dem 29.5.1997 als Lagerarbeiter / Kommissionierer beschäftigt. Sein Stundenlohn betrug zuletzt 12,05 €brutto bei einer 40-Stunden-Woche. Von seiner Einstellung an hatte Norbert erhebliche krankheitsbedingte Fehlzeiten:

- 1997: eine Fehlzeit von elf Tagen, Ursache von Nixel nicht angegeben; Lohnfortzahlungskosten: DM 880,-.
- 1998: vier Fehlzeiten zwischen drei und sieben Tagen, insgesamt 19 Tage, Ursachen von Nixel nicht angegeben; Lohnfortzahlungskosten: DM 2.320,-.
- 1999: sechs Fehlzeiten zwischen zwei und elf Tagen, insgesamt 38 Tage, davon 36 Tage wegen diverser Erkrankungen der Atemwege (Bronchitis, Asthma u.a.); Lohnfortzahlungskosten: DM 4.440,-.
- 2000: drei Fehlzeiten zwischen sechs und 16 Tagen, insgesamt 37 Tage, alle wegen Atemwegserkrankungen; Lohnfortzahlungskosten: DM 4.276,-.
- 2001: vier Fehlzeiten zwischen einem und 16 Tagen, insgesamt 41 Tage, Ursachen von Nixel nicht angegeben; Lohnfortzahlungskosten: DM 6.975,-.



- 2002: vier Fehlzeiten zwischen zehn und 23 Tagen, insgesamt 56 Tage, davon 50 Tage
- wegen Atemwegserkrankungen; Lohnfortzahlungskosten: €2.705,-.
- 2003: acht Fehlzeiten zwischen einem und 20 Tagen, insgesamt 76 Tage, davon 50 wegen Atemwegserkrankungen; Lohnfortzahlungskosten: €6.112,-.

Im Dezember 2002 und November 2003 fanden zwischen Doomrich und Nixel Gespräche über den Gesundheitszustand von Nixel statt. Im ersten Gespräch erklärte Nixel, er leide seit Jahren an asthmatischer Bronchitis und könne wahrscheinlich die trockene, staubige Luft im Betrieb nicht vertragen. Im zweiten Gespräch erklärte er, er leide immer noch an asthmatischer Bronchitis und könne nicht sagen, wie es gesundheitlich weitergehe. Obwohl Doomrich den Nixel bat, seinen Arzt wegen der zu erwartenden Entwicklung seines Gesundheitszustandes zu konsultieren, ließ Nixel nichts mehr von sich hören. Als Nixel am 6.1.2004 erneut wegen einer Bronchitis erkrankte, leitete Doomrich am 9.1.2004 beim Betriebsrat das Anhörungsverfahren zu einer beabsichtigten ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.3.2004 ein, indem er dem Betriebsratsvorsitzenden Blüthner ein Schreiben mit den im einzelnen aufgeschlüsselten Fehlzeiten des Nixel, ihren Ursachen und den daraus resultierenden Lohnfortzahlungskosten übergab. Dem Blüthner wurden ferner die Beschäftigungsdauer mitgeteilt, nicht aber sein Familienstand und die Unterhaltspflichten. Dem Blüthner war die familiäre Situation des Nixel jedoch bekannt. Am 13.1.2004 fand eine Sitzung des Betriebsrats statt, auf deren Tagesordnung unter anderem "Anhörung nach § 102 BetrVG" stand. Während der Sitzung trug Blüthner zwar die Fälle der Mitarbeiter X, Y und Z vor, die aus betriebsbedingten Gründen zur Kündigung anstanden, den Fall Nixel vergaß er jedoch. Sein Versäumnis bemerkte er erst am nächsten Tag, wollte den Fehler jedoch Doomrich gegenüber nicht eingestehen und teilte ihm am gleichen Tage schriftlich mit, dass "der Betriebsrat in seiner Sitzung vom 13.1.2004 beschlossen hat, gegen die Kündigung der Mitarbeiter Nixel, X, Y und Z Widerspruch nicht zu erheben". Daraufhin erklärt Doomrich am 14.1.2004, gegen 15 Uhr die Kündigung, die dem - immer noch arbeitsunfähig erkrankten - Nixel am darauffolgenden Tag zuzuging..

Nixel erhebt am 26.1.2004 beim zuständigen Arbeitsgericht Klage; er macht die Unwirksamkeit der Kündigung geltend. Er trägt unter Bezugnahme auf ein fachärztliches Gutachten vor, die bei ihm vorliegende erhöhte Reizbarkeit des Bronchialsystems werde auch durch die Staubluft am Arbeitsplatz ungünstig beeinflusst. Außerdem macht er geltend, er habe am 19.1.2004 mit einer Ribomunyl-Therapie begonnen, die nach fachärztlicher Einschätzung zu einer erheblichen Verminderung der zukünftig zu erwartenden Fehlzeiten führe. Doomrich erwidert am 2.2.2004, dass er N nur als Lagerarbeiter eingestellt habe und einsetzen könne; ein anderer geeigneter Arbeitsplatz stehe nicht zur Verfügung..

Ist die Kündigung gerechtfertigt ?

**Bearbeiterhinweis:**

1. Die Behauptungen der Parteien sind als richtig zu unterstellen.
2. Es ist davon auszugehen, dass die Entgeltfortzahlung zu Recht geleistet worden ist.

24. Klausur Nr. 1, SS 2004

Gustav Kinkel, geb. 10.3.1971, ist seit 1.4.1991 als Montageschlosser bei der Fa. Systembau AG beschäftigt. Im Januar, April und Oktober 2003 fehlte er jeweils an zwei Tagen unentschuldigt, weshalb er jeweils schriftlich abgemahnt wurde. In der letzten Abmahnung – vom

4.11.2003 - hieß es, bei einer weiteren Vertragsverletzung werde das Arbeitsverhältnis gelöst. Am 22.1.2004 fehlte Kinkel wiederum unentschuldigt.

Am 26.1.2004 traf der Leiter der Personalabteilung, Herr Walkenheuer, zufällig im Personalbüro das Betriebsratsmitglied Heinz Gaessner. Er erzählte ihm ziemlich aufgebracht von dem Vorgang und übergab ihm einen Hefter; darin waren die Abmahnungen vom 26.4. und 4.11.2003 enthalten sowie ein Anschreiben an den Betriebsratsvorsitzenden mit der Ankündigung, man wolle fristlos kündigen, jedenfalls aber ordentlich.. Er ließ sich die Aushändigung quittieren und bat Gaessner, die Akte Herrn Quaks, den Betriebsratsvorsitzenden zu übergeben, um die Anhörung durchzuführen. Gaessner tat dies noch am gleichen Tage. Quaks vergaß indessen, eine Sitzung einzuberufen.

Am 3. 2 2004 erhielt Kinkel ein Schreiben der Firma, worin ihm – wegen wiederholten unentschuldigtem Fehlens – fristlos, hilfsweise zum 31.3.2004 gekündigt wurde.

Kinkel hält die Kündigung für ungerechtfertigt. Er habe immer nur dann gefehlt, wenn ohnehin „Flaute“ im Betrieb herrschte und die Aufträge problemlos von den Kollegen abgearbeitet werden könnten.

Sie unterhalten sich mit Kinkel am 23.2.2004, abends in einer Kneipe. Er fragt Sie um Rat, was er tun soll.

1. Prüfen Sie, ob die ausgesprochene Kündigung wirksam ist und beraten Sie Kinkel entsprechend.
2. Unabhängig von dem gefundenen Ergebnis: zu welchem Zeitpunkt würde das Arbeitsverhältnis enden, wenn die ordentliche Kündigung wirksam wäre ?
3. Ändert sich die Beurteilung, wenn Gaessner die ihm übergebenen Unterlagen erst am 28.1.2004 an Quaks weitergeleitet hatte, die Kündigung gleichwohl am 3.2.2004 erfolgt war ?

#### 25. Klausur Nr. 2, SS 2004

Connie Tikal, geb. 1945, arbeitet seit November 1995 bei der Firma Burger & Queen Co. als angestellte Buchhalterin. Anfang Dezember 2003 füllte die Sekretärin Andres einen Scheck über 10.000 € aus und ließ ihn sich von Dr. Burger unterzeichnen. Sie spiegelte ihm dabei vor, der Betrag müsse auf ein anderes Konto der Firma umgebucht werden. Da Dr. Burger in ziemlicher Eile war, fragte er nicht weiter nach, sondern unterschrieb. Den Scheck löste Frau Andres sodann auf ihr Privatkonto ein. Bei den Buchungsarbeiten am 12.12.2003 erhielt Frau Tikal einen Kontoauszug, der die Gutschrift von 10.000 € auf dem Konto von Frau Andres auswies. Tikal stellte Andres zur Rede und übergab ihr den Kontoauszug mit der Bemerkung, sie müsse zum Chef gehen und die Angelegenheit in Ordnung bringen. Nachdem Andres bis Mitte März nichts unternommen hatte, deutete Tikal in einem Gespräch mit Dr. Burger „Unregelmäßigkeiten bei einer Scheckeinreichung“ an und empfahl ein Gespräch mit der Bank. Dort erfuhr Dr. Burger am 30.3.2004, dass ein Scheck über 10.000 € zugunsten des Privatkontos von Andres eingelöst worden sei. Am selben Tag bestellte Dr. Burger Frau Tikal zu sich und hielt ihr vor, sie habe sich unkorrekt verhalten. Frau Tikal verteidigte sich nur schwach.

Dr. Burger möchte kündigen. Sie sollen ihn beraten.

1. Ordentliche oder außerordentliche Kündigung ? Oder möglicherweise beide Kündigungsarten ? M. a. W.: würde eine ausgesprochene Kündigung wirksam sein ? Ist eine vorherige Abmahnung hier erforderlich ?
2. Kündigungsfrist im Falle einer ordentlichen Kündigung ?
3. Muss der Betriebsrat eingeschaltet werden ? und wenn ja: wie ?
4. Muss die Firma für die Kündigung Fristen einhalten ?

Anmerkung: es dürfte klar sein, dass die Fragestellung zu 1. die bei weitem wichtigste ist.

## 26. Klausur Nr. 1, WS 2004/05

Die Softwareschmiede RMI in Freiburg i. Br. zählt 485 Mitarbeiter. Ein Betriebsrat existiert; er hat einen dreiköpfigen Personalausschuss gebildet, der für alle Fragen zuständig ist, die mit Entlassung zu tun haben.

Tony Bluhr, 35 Jahre alt, seit Mai 1999 bei der Firma, ist in der Abteilung „Buchführung und Controlling“ als Programmierer tätig. Monatsgehalt: 4.800 Euro. Die dort installierten Computer sind alle passwortgeschützt. Das Passwort kennen nur die jeweiligen Mitarbeiter (die also an einem bestimmten PC arbeiten) sowie der Firmenchef Wieskau.

Bluhr wurde von Wieskau im Laufe des Jahres 2004 ein paar Mal wegen angeblich zu langsamen Arbeitens angesprochen. Das verdross ihn sehr. Als Wieskau am 25.1.2005 wieder einmal „meckerte“, beschloss Bluhr ihn zu ärgern. Er änderte daher am 26.1. das Passwort. Wieskau, der am 28.1., nach Dienstschluss Daten von Bluhrs Computer abrufen wollte, scheiterte deshalb mit diesem Vorhaben. Wutentbrannt informierte er den Betriebsratsvorsitzenden Tacher über den Vorgang und bat ihn, seinerseits den Personalausschuss zu informieren, da er dem Bluhr fristlos kündigen wolle. Tacher gab diese Informationen sodann am 31.1. morgens gegen 10 Uhr an Frau Schnötke, die Ausschussvorsitzende weiter. Diese traf die zwei anderen Ausschussmitglieder am 1.2. mittags in der Betriebskantine, wo sie den Fall erörterten und in einem dem Wieskau am 2.2. übersandten Schreiben die Meinung äußerten, der Vorfall sei nicht so dramatisch, dass sofort mit einer fristlosen Kündigung reagiert werden müsse.

Am 3.2.2005 übergab Wieskau dann dem Bluhr an seinem Arbeitsplatz ein Schreiben, worin die fristlose Kündigung ausgesprochen wurde. Begründet wurde dieser Schritt mit der Passwortänderung. In dem Brief wurde außerdem eine ordentliche Kündigung zum nächstmöglichen Termin erklärt – für den Fall, dass die fristlose Kündigung aus irgendwelchen juristischen Gründen unwirksam sein sollte. Außerdem wurde Bluhr Hausverbot erteilt.

Bluhr unterhält sich mit Ihnen (einem Freund oder einer Freundin) am 4.2. abends in einer Kneipe. Er möchte von Ihnen wissen:

- a) ob die Kündigung wirksam ist. Er meint sich zu erinnern, dass man als Arbeitnehmer Anspruch darauf hat, vom Arbeitgeber angehört zu werden. Außerdem müsse doch zunächst eine Abmahnung erfolgen;
- b) ob hier nicht zu berücksichtigen sei, dass er eine alte Mutter mit zu ernähren habe; er außerdem die ganzen Jahre über beanstandungsfrei gearbeitet habe;
- c) ob für ihn eventuell eine Abfindung drin sei; er habe von einer entsprechenden Reform im Jahre 2004 gehört;
- d) wie das mit dem Hausverbot sei; dürfe der Chef so etwas überhaupt machen und wenn ja: wieso?

## 27. Klausur Nr. 2, WS 2004/05

Erdogan ist seit 1999 bei der Wittgenstein Metallbau AG in Nürnberg als Elektromonteur beschäftigt. Am 24.01.2004 erlitt er einen Arbeitsunfall (erhebliche Verletzungen der rechten Hand) und war zunächst auf unbestimmte Zeit arbeitsunfähig krank geschrieben. Mit Schreiben vom 05.08.2004 forderte die Metallbau Erdogan auf, die weitere Arbeitsunfähigkeit nachzuweisen oder die Arbeit anzutreten. Erdogan, der mit Einwilligung seines Arztes bis 04.09.2004 zu Hause in der Türkei war, reagierte auf das Schreiben der Firma nicht.

Am 10.08.2004 informierte Lehmann, der Leiter der Personalabteilung, den Stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden Christoph, den er zufällig auf dem Weg zum Betriebsratbüro traf, über den Vorgang und von der Absicht, Erdogan zu kündigen. Auf der Sitzung des

Betriebsrates am 13.08.2004 berichtete Christoph – in Anwesenheit des Vorsitzenden Schuller - über diesen „Fakt“, allerdings war der Betriebsrat nicht beschlussfähig, so dass es zu keiner Stellungnahme kam.

Mit Schreiben vom 16.08.2004 kündigte die Metallbau daraufhin außerordentlich. Das Schreiben wurde am 16.08.2004 durch Boten unter Erdogans Wohnungstür geschoben.

Am 06.09.2004 erschien Erdogan bei der Metallbau, um eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung abzugeben. Ihm wurde erklärt, die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung werde wegen der außerordentlichen Kündigung nicht mehr benötigt. Darauf erhob Erdogan am 13.09.2004 Kündigungsschutzklage mit dem Antrag, die Klage gemäß § 5 KSchG nachträglich zuzulassen.

Erfolgsaussichten für Erdogan? Sollten Sie der Auffassung sein, die Anhörung des Betriebsrats sei fehlerhaft gewesen, so prüfen Sie gleichwohl die inhaltliche Seite der Kündigung.

# Index

## A

- Abfindung .... 78, 192, 262, 263, 264, 265, 269, 284, 308, 321, 340
- Abmahnschreiben ..... 261
- Abmahnung 14, 15, 16, 44, 139, 180, 193, 203, 222, 238, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 261, 275, 342, 344, 349
- AIDS ..... 166, 247, 270, 284
- AN-Begriff ..... 21, 22, 23, 26, 36, 39, 105, 125, 177
- Eisman-City ..... 23
- Franchise ..... 23
- Regisseur ..... 39
- Rotes-Kreuz-Schwester ..... 23
- Scientology ..... 23, 340
- Selbständigkeit ..... 23, 24, 25, 26, 177
- Weisungsgebundenheit 21, 22, 23, 24, 25, 26, 30, 36, 128, 135, 136, 137, 138, 139, 152, 247, 254
- Änderungskündigung. 138, 185, 186, 187, 228, 318, 322, 325
- Angebot ..... 160, 161, 188, 269, 294, 320
- Angestellte ..... 19, 26, 27, 28, 29, 31, 59, 105, 128, 140, 168, 196, 202, 263
- Leitende ..... 31, 140, 202
- Anhörung des Betriebsrates .... 4, 42, 189, 190, 193, 194, 197, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 214, 215, 269, 276, 277, 283, 287, 289, 306, 318, 333, 334, 340, 341, 342, 344, 345
- Fristablauf ..... 168, 169, 212, 217
- Annahmeverzug... 30, 133, 139, 157, 158, 159, 160, 161, 167, 217, 294, 305, 306
- Arbeitnehmerhaftung ..... 4, 150, 151, 153, 155
- Gefahrengeignetheit ..... 151, 152, 153
- Arbeitserlaubnis ..... 248
- Arbeitsgesetzbuch ..... 33, 126
- Kodifikation ..... 33
- Arbeitsgesetzbuch-Kommission ..... 126
- Arbeitskampf.. 59, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 97, 98, 99, 101, 144, 145, 167, 344
- Ablauf ..... 89
- Arten ..... 88, 89, 91, 92, 93, 94, 95, 97, 98
- Außenseiterbetriebe ..... 95
- Auswirkungen auf nichtstreikende AN ..... 94
- Betriebsrisiko ..... 94, 96, 155
- Gemeinwohl ..... 93
- Kurzarbeitergeld ..... 96
- Neutralitätspflicht des Staates ..... 93, 95, 96
- Rechtsfolgen ..... 93, 97, 110, 113, 131, 159, 174, 182, 190, 193, 205, 284
- Rechtsgrundsätze ..... 38, 90, 99
- Statistik ..... 89
- Tarifgebiet ..... 94, 95, 96
- Verhältnismäßigkeitsgebot ..... 92
- Arbeitsleistung .. 21, 26, 32, 87, 101, 108, 123, 125, 128, 129, 132, 133, 137, 138, 139, 148, 154, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 166, 167, 238, 244, 247
- Unmöglichkeit ..... 127, 132, 154, 155, 156, 157
- Arbeitsunfähigkeit ..... 113, 161, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 172, 174, 217, 236, 238, 245, 246, 278, 299, 303, 305, 354
- Arbeitsunfallschutz ..... 4, 178, 180, 238, 305, 354
- Arbeitsverhältnis... 4, 15, 18, 21, 22, 26, 30, 33, 37, 39, 40, 52, 54, 55, 56, 64, 70, 71, 78, 82, 91, 97, 104, 105, 107, 108, 112, 114, 119, 123, 126, 132, 133, 146, 147, 148, 158, 159, 160, 161, 164, 165, 166, 168, 169, 171, 177, 181, 182, 185, 187, 191, 193, 195, 196, 197, 213, 216, 217, 225, 232, 238, 244, 246, 248, 253, 254, 255, 262, 263, 264, 270, 272, 273, 284, 292, 294, 299, 300, 311, 317, 318, 319, 320, 321, 323, 326, 331, 339, 341
- Begründung ..... 4, 104
- Dauerschuldverhältnis ..... 26
- Folgesprüche ..... 5, 292
- Arbeitsvertrag .. 5, 21, 26, 27, 30, 36, 44, 53, 54, 55, 62, 64, 70, 77, 78, 91, 94, 100, 104, 105, 106, 107, 108, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 123, 125, 126, 127, 128, 132, 133, 135, 138, 139, 140, 142, 148, 157, 161, 165, 166, 171, 172, 181, 185, 191, 199, 232, 253, 261, 271, 272, 317, 318, 321, 323, 337, 338, 340, 341
- AGBG ..... 133
- Anfechtung ... 105, 107, 108, 112, 113, 185, 299, 320, 321
- Auswahl ..... 107, 111, 112, 113, 148
- Befristung ..... 5, 317
- Beschäftigungsanspruch ..... 135
- Beteiligung des Betriebsrates ..... 106, 115, 117
- Form ..... 3, 110, 114
- Hauptpflicht des Arbeitgebers ..... 128, 130, 137, 139, 157, 158, 344
- Hauptpflichten ..... 125, 127, 128
- Lohnwucher ..... 105
- Minderjährigkeit ..... 104
- Nebenpflichten .. 29, 65, 111, 125, 126, 127, 128, 132, 134, 139, 147, 173, 179, 252, 256, 279, 284
- Nebenpflichten des Arbeitgebers ... 65, 111, 126, 127, 134, 173
- Nebenpflichten des Arbeitnehmers ..... 126, 128, 131, 146
- Schlechtleistung .4, 150, 252, 254, 255, 258, 273
- Vertragsfreiheit ..... 3, 48, 99, 111, 114, 220
- Vorstellungskosten ..... 119, 120
- Arbeitsvertrag: ..... 126
- Arbeitsverweigerung ..... 27, 30, 124, 139, 252, 253, 257, 273, 338, 341
- Arbeitszeit 21, 22, 24, 52, 61, 62, 64, 67, 69, 73, 79, 82, 83, 85, 111, 127, 128, 130, 132, 135, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 159, 174, 175, 179, 196, 215, 216, 289, 293, 323
- Arbeitsbereitschaft ..... 21, 141, 142, 143

Betriebsrat ..... 143  
 Gleitzeit ..... 144  
 Ladenschluß..... 141  
 Nacharbeit ..... 140  
 Vollarbeit..... 141  
 Arbeitszeugnis..... 292, 294, 295, 296, 299, 301  
 Arbeitszeit ..... 139, 140, 141, 142, 143  
 Aufhebungsvertrag .. 5, 59, 158, 185, 188, 198, 202,  
 300, 319, 320, 321, 341  
 Auflösungsurteil ..... 192, 294  
 Ausgleichsquittung ..... 54, 298, 299, 300, 319  
 Ausschlussfristen ..... 54, 70, 78, 300  
 Ausschlussfristen ..... 54, 70, 300  
 Aussperrung ..... 90, 91, 92, 97, 159, 185  
 Auswahlverfahren..... 111

## B

Beendigungskündigung..... 186, 187, 231  
 Befristete Arbeitsverträge .. 158, 308, 317, 318, 323  
 Betrieb 16, 22, 24, 26, 31, 32, 39, 51, 52, 62, 65, 73,  
 76, 85, 93, 94, 96, 98, 106, 107, 115, 123, 124,  
 125, 126, 134, 138, 143, 144, 145, 147, 148,  
 158, 164, 177, 200, 202, 204, 217, 219, 224,  
 225, 229, 230, 232, 233, 234, 235, 236, 244,  
 247, 251, 252, 255, 256, 267, 269, 270, 284,  
 287, 292, 294, 306, 308, 309, 310, 331, 333,  
 338, 340, 341, 342  
 Betriebliche Übung..... 36, 37  
 Betriebsrat  
 Widerspruch gegen Kündigung .... 161, 167, 200,  
 203, 204, 205, 209, 214, 215, 234, 235, 265,  
 267  
 Betriebsrätegesetz 1920 ..... 309  
 Betriebsübergang..... 4, 32, 181, 182, 183, 214, 232,  
 307  
 Betriebsvereinbarung... 4, 15, 35, 55, 61, 62, 74, 75,  
 76, 77, 78, 79, 81, 82, 83, 84, 85, 99, 123, 127,  
 128, 129, 130, 131, 137, 139, 140, 141, 142,  
 173, 174, 177, 183, 190, 194, 205, 256, 299, 308  
 Günstigkeitsprinzip ..... 78  
 Rechtskontrolle ..... 85, 256  
 Regelungssperre..... 77  
 Tarifvorbehalt ..... 81, 82  
 Vorrangtheorie..... 82  
 Wirkungen ..... 78  
 Zwei-Schranken-Theorie..... 82  
 Bundesarbeitsgericht..... 21, 22, 65, 69, 90, 110, 190,  
 213, 247, 267, 308, 324, 328, 330

## C

CD-ROM ..... 14, 16, 241

## D

Diebstahl ..... 254, 273, 274, 275, 279, 284  
 Direktionsrecht ..... 30, 36, 135, 137, 138, 139, 247  
 Disketten ..... 16, 343  
 Diskriminierung..... 107, 111  
 Dispositives Recht ..... 35  
 Druck-Kündigung..... 284

## E

Einigungsstelle ..... 76, 77, 79, 99, 100, 144, 205  
 Einwirkungsklage ..... 61  
 Eisman-City-Fall..... 23  
 Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.. 31, 168, 171,  
 339  
 Ausgleich für Kleinunternehmen ..... 168  
 Höhe des Anspruchs..... 168  
 Krankengeld..... 168, 242, 245  
 Entgeltsschutz ..... 130  
 Entgeltüberzahlung ..... 127, 131  
 Europäisches Recht..... 34, 40, 72, 180, 219  
 Arbeitsrecht..... 16, 34, 40  
 EuGH..... 32, 38, 41, 42, 112, 140  
 Richtlinien ..... 34, 40, 41, 139, 180  
 Verordnung ..... 40, 46, 140

## F

Fahrerlaubnis ..... 256, 273  
 Feststellungsklage..... 276, 326  
 Form..... 3, 110, 114  
 Freie Mitarbeit ..... 21, 22, 105

## G

Gegenleistung ..... 159  
 Geldakkord ..... 129  
 Gestaltungsklage..... 326  
 Gewerkschaft. 27, 28, 49, 50, 51, 61, 63, 64, 65, 67,  
 71, 73, 83, 88, 89, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97,  
 100, 101, 145, 238, 268, 293, 306, 330, 337  
 Gleichbehandlung 29, 36, 40, 41, 77, 107, 111, 116,  
 127  
 Gratifikation ..... 27, 129  
 Grundrechte..... 27, 28, 30, 31, 338  
 Abwehrrechte des Bürgers..... 28  
 Gleichbehandlung.. 28, 29, 30, 36, 40, 41, 64, 77,  
 116, 127, 249

## H

Haftung des Arbeitnehmers..... 4, 38, 150, 151, 152,  
 153, 154, 155  
 Gefahrgeneigtheit ..... 151, 152, 153  
 Haschischkonsum ..... 275

## I

Interessenabwägung... 137, 138, 231, 238, 239, 240,  
 242, 244, 245, 246, 275, 279  
 Internationales Privatrecht  
 Kollisionsrecht ..... 34  
 Internationales Recht..... 34

## K

Koalition..... 29, 46, 47, 50, 62, 73, 90, 233  
 Krankheit 15, 89, 127, 157, 163, 165, 166, 167, 171,  
 172, 189, 201, 217, 232, 238, 239, 240, 241,  
 242, 243, 245, 246, 248, 254, 256, 269, 271,  
 274, 284, 285, 302, 303, 305, 339  
 Kündigung  
 außerbetriebliche Umstände..... 147, 228, 230  
 außerordentliche..... 5, 59, 60, 107, 186, 187, 193,  
 194, 203, 252, 256, 257, 268, 270, 273, 275,

277, 278, 282, 284, 285, 286, 290, 294, 302, 303, 319, 334, 335, 345	
außerordentliche, Fälle.....	273
betriebsbedingte Gründe.....	5, 223
betriebsbedingte Gründe, Inkongruenz der Regelungen .....	234
Betriebsratsmitglieder .....	287
Beweislast.....	132, 155, 166, 167, 192, 219, 232, 240, 246
Form.....	51, 70, 77, 79, 114, 187, 188, 191, 193, 196, 197, 199, 202, 212, 231, 332, 333, 334
innerbetriebliche Umstände.....	230
Klagefristen	5, 189, 194, 211, 245, 333, 334, 335
ordentliche.....	191
stichhaltiger Grund.....	193
personenbedingte Gründe.....	5, 236, 237
personenbedingte Gründe, Krankheit...	239, 240, 241, 243, 246
Punktetabellen .....	233
soziale Auswahl ....	181, 229, 232, 233, 234, 290, 333, 342
treuwidrige.....	220
ultima-ratio-Prinzip.....	93, 273, 303
Verhaltensbedingte Gründe .....	5, 250
Verhaltensbedingte Gründe, Einzelfälle	249, 252, 255, 257, 273
Verhaltensbedingte Gründe, Störungen im Leistungsbereich.....	252
Verhaltensbedingte Gründe, Störungen im Vertrauensbereich.....	252, 253, 257
Weiterbeschäftigung ....	208, 230, 234, 235, 265, 266, 283, 294
Kündigung, Verhaltensbedingte Gründe...	246, 248, 251
Kündigungserklärung.	187, 188, 191, 193, 196, 199, 332, 333, 334
Zugang .....	188, 189, 199, 231
Kündigungserklärungsfrist.	193, 194, 276, 280, 335
Kündigungsfrist.	31, 33, 35, 60, 111, 123, 159, 160, 161, 167, 169, 189, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 199, 200, 225, 232, 240, 250, 263, 264, 265, 266, 270, 272, 278, 279, 285, 294, 302, 304, 306, 309, 319, 334, 337, 345
Kündigungsgrund	
Verhalten .....	44
Kündigungsschreiben.	51, 70, 77, 79, 114, 188, 189, 193, 195, 196, 197, 199, 202, 211, 212, 216, 231, 332, 338
Kündigungsschutz	4, 5, 69, 186, 187, 192, 205, 213, 216, 217, 220, 221, 232, 235, 247, 248, 290, 309, 318, 319, 320, 335
Betriebszugehörigkeit....	173, 212, 217, 232, 275
Mindestbetriebsgröße .....	192, 219
Kurzarbeit .....	95, 96, 128, 144, 145, 159, 167
L	
Leistungsklage.....	326
Leistungsmängel.....	246, 248, 251
Lüth-Entscheidung.....	28
M	
Mankohaftung .....	155

Maßregelungsverbot ....	48, 59, 85, 94, 97, 220, 245
N	
Nachschieben von Kündigungsgründen .....	208, 286
Nationalsozialismus .....	126, 310
O	
Online.....	16
Ordnungsnormen .....	52
R	
Rauchverbot .....	52, 84, 85, 135, 137, 256
Rechtsquelle	
Rechtsprechung.....	38
Verfassungsrecht .....	34
Rechtsquellen .....	4, 6, 18, 33
Normenpyramide.....	39
Rechtsprechung.....	38, 90, 92, 266
Regelungsabrede.....	62, 78, 79, 81
Regelungsstreitigkeit.....	88
Richterrecht .....	38, 90, 92, 266
Rolliersystem.....	144
Rote-Kreuz-Schwester .....	23
Rundfunk.....	22
S	
Scheinselbständigkeit.....	23, 25
Schlichtung.....	46, 90, 98, 99
Schwerbehinderte .....	70, 174, 186, 242, 290, 319
Solidarnormen .....	52
Sonderkündigungsschutz .....	186
Sonderkündigungsschutz.....	5, 186, 287, 289, 290
Sozialversicherung.....	23, 25, 168, 321
Stewardess-Fall (rauchfreier Arbeitsplatz) .....	134
Strafhaft.....	249, 273
Streik..	50, 87, 88, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 100, 133, 144, 145, 185, 217, 273, 284
Streikbruchprämien.....	97
Streitwert.....	192
T	
Tarifautonomie .....	46, 47, 53, 61, 77, 82, 83, 91, 97
Tarifdispositives Recht.....	35
Tarifvertrag....	31, 35, 46, 47, 48, 50, 54, 55, 56, 57, 61, 62, 64, 66, 69, 70, 71, 72, 98, 101, 114, 127, 140, 191, 194
Allgemeinverbindlichkeit .....	47, 54, 71
Arten.....	46, 52, 92, 290
Auslegung.....	60
Bedeutung.....	46
Effektivklausel .....	63, 64
Einwirkungspflicht.....	59, 61
Form ..	41, 47, 51, 70, 72, 78, 114, 115, 135, 138, 140, 160, 177, 193, 202, 331
Frankreich .....	69
Friedenspflicht .....	48, 59, 70, 92, 98
Funktionen .....	47
Inhalt .....	69
Kirche .....	69
Kündigung .....	60
Nachwirkung.....	69

normativer Teil .....	47, 52, 54, 60, 61	Verdachtskündigung ..	276, 278, 280, 282, 283, 294, 304, 305
obligatorischer Teil .....	47, 48, 59, 78	Verhinderung.....	24, 57, 157, 162, 166, 211
Öffnungsklausel .....	55, 66, 67, 70	Verjährung.....	97, 120, 293, 300, 301
Verbandsaustritt.....	56, 57	Verschulden.....	152, 164, 166, 172, 238, 248
Verbandsklage .....	61	Versetzung. 137, 138, 177, 178, 225, 228, 231, 235, 239, 248, 251, 273	
Wirkungen.29, 37, 42, 53, 54, 55, 56, 62, 67, 69, 70, 77, 78, 79, 113		Vertrauensleute.....	69, 74, 290
Zustandekommen.....	49	Verwirkung.....	78, 277, 300, 301
Zuständigkeit .....	51	Volksverhetzung.....	285
Teilzeitbeschäftigte.....	29, 145	Vorstellungskosten.....	119, 120
Truckverbot.....	131		
Trunksucht .....	239, 248		
		W	
U		Weisungsrecht .....	30, 36, 135, 137, 138
Überstunden ....	32, 55, 64, 127, 128, 130, 143, 144, 317	Wiedereinstellungsanspruch	91, 231, 266, 283, 304, 305
Unkündbarkeit.....	5, 29, 240, 302, 303	Wirtschaftsrisiko.....	94, 96
Unpünktlichkeit.....	219, 258, 344		
Unzumutbarkeit	36, 38, 60, 156, 157, 240, 262, 272	Z	
Urlaub.....	35, 40, 44, 120, 127, 172, 173, 174, 175, 189, 195, 196, 338, 345	Zeitakkord .....	129
Urlaubsantritt.....	257	Zentralarbeitsgemeinschaft.....	73
		Zeugnis.....	292, 294, 295, 296, 299, 301, 307
V		Zurückbehaltungsrecht des AN ...	30, 132, 133, 139, 157, 178, 180
Verbandsaustritt.....	56, 57	Zustimmungsverweigerung .....	115, 116, 290
		Zwingendes Recht.....	35