



LERNEN

Bachert | Strauß | Steckler

Arbeitsrecht

mit Bezügen zur Sozialversicherung

9. Auflage

kiehl
E-BOOK

Arbeitsrecht

Prof. Dr. Patric Bachert,
Prof. Dr. Rainer Strauß und
Prof. Dr. Brunhilde Steckler

9. Auflage

ISBN 978-3-470-**43039**-3 · 9., überarbeitete Auflage 2020
eISBN 978-3-470-**00232**-3

© NWB Verlag GmbH & Co. KG, Herne 1989
www.kiehl.de

Kiehl ist eine Marke des NWB Verlags

Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk und seine Teile sind urheberrechtlich geschützt. Jede Nutzung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages. Hinweis zu § 52a UrhG: Weder das Werk noch seine Teile dürfen ohne eine solche Einwilligung eingescannt und in ein Netzwerk eingestellt werden. Dies gilt auch für Intranets von Schulen und sonstigen Bildungseinrichtungen.

Druck: Stückerle Druck und Verlag, Ettenheim – mdpsl

Vorwort zur 9. Auflage

Das vorliegende Fachbuch ist auf der Grundlage der 8. Auflage des von Frau Prof. Dr. Brunhilde Steckler begründeten Werkes „Kompendium Arbeitsrecht und Sozialversicherung“ entstanden. Es behandelt sowohl das Individual- als auch Kollektivarbeitsrecht mit besonderen Bezügen zum Sozialversicherungs- und Datenschutzrecht. Das Fachbuch wendet sich an Studierende der Rechtswissenschaften, des Wirtschaftsrechts und der Wirtschaftswissenschaften in Bachelor- und insbesondere in Masterstudiengängen sowie an berufstätige Wirtschaftsjuristen und Betriebswirte auf dem Gebiet des Arbeitsrechts in Unternehmen. Es vermittelt einen strukturierten, praxisrelevanten und gleichzeitig wissenschaftlich fundierten Überblick über das Arbeitsrecht. Gerade die Bezugnahme zu angrenzenden Rechtsgebieten, insbesondere zum Sozialversicherungsrecht, macht das Werk für den o. g. Adressatenkreis attraktiv.

Im Anhang befinden sich bei Bedarf Übungsfälle und Lösungen mit unterschiedlichem Schwierigkeitsgrad. Den größten Nutzen haben die Übungsfälle, die zunächst selbst gelöst werden, bevor der Lösungsvorschlag nachgelesen wird.

Die Verfasser des Werkes sind Professoren für Wirtschaftsprivat- und Arbeitsrecht an der Hochschule Osnabrück und verfügen über richterliche und/oder anwaltliche Berufserfahrungen, die in das Werk eingeflossen sind.

Für die Anregungen aus der Praxis danken wir den Teilnehmern der verschiedenen berufspraktischen Fortbildungsveranstaltungen zum Arbeitsrecht sowie den Studierenden aus den wirtschaftsrechtlichen Bachelor- und Masterstudiengängen der Hochschule Osnabrück. Unser besonderer Dank gilt Frau Prof. Dr. Brunhilde Steckler, die uns ihr Werk „Kompendium Arbeitsrecht und Sozialversicherung“ zur vollständigen Überarbeitung und Neukonzeption anvertraut hat. Für die redaktionellen Hilfen und das Lesen der Korrekturen sowie Überprüfen des Fußnotenapparates danken wir Herrn Dipl.-Wirtschaftsjur. (FH) Mario Horvat und der studentischen Hilfskraft Herrn Dominik Abeln aus der Geschäftsstelle Wirtschaftsrecht der Hochschule Osnabrück.

Für weitergehende Hinweise und Kritik aus der Leserschaft sind wir sehr dankbar. Sie können diese gerne richten an: Hochschule Osnabrück, Fakultät WiSo, Geschäftsstelle Wirtschaftsrecht, Postfach 1940, 49009 Osnabrück, E-Mail: LLM@hs-osnabrueck.de.

Patric Bachert

Rainer Strauß

Osnabrück, im August 2019

Benutzungshinweise

Aufgaben/Fälle

Die Aufgaben/Fälle im Übungsteil dienen der Wissens- und Verständniskontrolle.

Der Übungsteil befindet sich am Ende des Buches. Es wird empfohlen, die Aufgaben/Fälle unmittelbar nach Bearbeitung der entsprechenden Textstellen zu lösen.

Aus Gründen der Praktikabilität und besseren Lesbarkeit wird darauf verzichtet, jeweils männliche und weibliche Personenbezeichnungen zu verwenden. So können z. B. Mitarbeiter, Arbeitnehmer, Vorgesetzte grundsätzlich sowohl männliche als auch weibliche Personen sein.

Vorwort zur 9. Auflage	5
Abkürzungsverzeichnis	14
A. Grundbegriffe des Arbeitsrechts (<i>Strauß</i>)	17
1. Wesen des Arbeitsvertrages	18
1.1 Privatrechtlicher Vertrag	19
1.2 Entgelt	19
1.3 Weisungsabhängigkeit	21
2. Arbeitgeber und Arbeitnehmer	21
2.1 Arbeitgeber	21
2.2 Arbeitnehmer	22
2.3 Arbeitnehmerähnliche Beschäftigungsverhältnisse	23
2.4 Auszubildende	24
2.5 Leitende Angestellte	24
3. Die Rechtsquellen des Arbeitsrechts	25
3.1 Europäisches Gemeinschaftsrecht	25
3.2 Nationales Verfassungsrecht	25
3.3 Gesetze und Verordnungen	26
3.4 Tarifvertrag	27
3.5 Betriebsvereinbarungen und Dienstvereinbarungen	28
3.6 Der Arbeitsvertrag	29
3.7 Allgemeine Arbeitsbedingungen	30
3.8 Allgemeiner arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz	30
3.9 Rechtsinstitut der betrieblichen Übung	32
3.10 Direktionsrecht des Arbeitgebers	33
3.11 Rangfolge der arbeitsrechtlichen Rechtsquellen	35
B. Das Individualarbeitsrecht (<i>Bachert/Strauß</i>)	37
1. Begründung des Arbeitsverhältnisses (<i>Strauß</i>)	37
1.1 Beteiligung des Betriebsrates	37
1.2 Anbahnungsverhältnis	39
1.2.1 Stellenausschreibung	39
1.2.1.1 Diskriminierungsverbote	39
1.2.1.1.1 Rasse/ethnische Herkunft	40
1.2.1.1.2 Geschlecht	40
1.2.1.1.3 Religion oder Weltanschauung	40
1.2.1.1.4 Behinderung	40

1.2.1.1.5	Alter	41
1.2.1.1.6	Sexuelle Identität	41
1.2.1.2	Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung	41
1.2.1.3	Rechtfertigung unterschiedlicher Behandlung und Schadensersatz	42
1.2.2	Vorvertragliches Schuldverhältnis	44
1.2.3	Mitteilungs- und Offenbarungspflichten	44
1.2.4	Eignungstests	45
1.2.5	Verschwiegenheitspflichten	46
1.2.6	Vorstellungskosten	47
1.3	Abschluss des Arbeitsvertrags	48
1.3.1	Abschlussfreiheit	48
1.3.2	Formfreiheit	49
1.3.3	Gestaltungsfreiheit	51
1.4	Arbeitsaufnahme	51
1.5	Mängel des Arbeitsvertrages	53
1.5.1	Fehlende Vertretungsmacht	53
1.5.2	Fehlende Geschäftsfähigkeit	54
1.5.3	Anfechtung des Arbeitsvertrages	55
1.5.3.1	Gehaltshöhe/Vermögensverhältnisse	57
1.5.3.2	Vorstrafen	57
1.5.3.3	Schwangerschaft	57
1.5.3.4	Behinderung/Schwerbehinderung	58
1.5.3.5	Offenbarungspflichten des Arbeitnehmers	58
1.5.4	Verstöße gegen gesetzliche Verbote und die guten Sitten	59
2.	Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis (<i>Strauß</i>)	59
2.1	Arbeitspflicht des Arbeitnehmers	60
2.2	Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers	63
2.3	Treuepflichten des Arbeitnehmers	63
2.4	Die Entgeltzahlungspflicht des Arbeitgebers	67
2.4.1	Fälligkeit der Arbeitsvergütung	69
2.4.2	Geld- und Naturallohn	70
2.4.2.1	Geldlohn	70
2.4.2.2	Naturallohn	72
2.4.3	Sonderformen der Arbeitsvergütung	72
2.5	Fürsorgepflicht des Arbeitgebers	77
3.	Arbeitnehmerschutzrechte (<i>Strauß</i>)	80
3.1	Recht am Arbeitsergebnis	80
3.1.1	Urheberrechte	81
3.1.2	Patent- und gebrauchsmusterfähige Erfindungen	81

3.2	Entgeltsicherung	83
3.3	Betriebsübergang	85
3.4	Insolvenz	90
3.5	Entgeltfortzahlungen ohne Arbeitsleistung	91
3.5.1	Unverschuldete vorübergehende Verhinderung des Arbeitnehmers	92
3.5.2	Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall	93
3.5.3	Urlaub und Freistellung	96
3.5.3.1	Erholungsurlaub	96
3.5.3.2	Sonstige Freistellungen von der Arbeitspflicht	102
3.6	Arbeitszeitschutz	102
3.6.1	Die Arbeitszeit	102
3.6.1.1	Vollarbeitszeit	103
3.6.1.2	Arbeitsbereitschaft	103
3.6.1.3	Bereitschaftsdienst	104
3.6.1.4	Rufbereitschaft	104
3.6.2	Festsetzung und Regelungen zur Arbeitszeit	105
3.6.3	Mutterschutz	107
3.6.3.1	Beschäftigungsverbote für Mütter	108
3.6.3.2	Entgeltschutz für Mütter	109
3.6.4	Elternzeit	110
3.5	Arbeitssicherheit	112
4.	Pflichtverletzungen im Arbeitsverhältnis (<i>Strauß</i>)	121
4.1	Nichterfüllung der Arbeitspflicht	122
4.2	Betriebs-, Wirtschafts- und Arbeitskampfrisiko	122
4.2.1	Betriebsrisiko	122
4.2.2	Arbeitskampfrisiko	123
4.2.3	Wirtschaftsrisiko	124
4.3	Annahmeverzug des Arbeitgebers	124
4.4	Schlechterfüllung	126
4.5	Haftungsbegrenzung für Arbeitnehmer	127
4.5.1	Haftung Arbeitnehmer gegenüber Arbeitgeber	128
4.5.2	Dritter gegen Arbeitnehmer	130
4.5.3	Arbeitnehmer gegenüber Arbeitnehmer	130
4.6	Mankohaftung des Arbeitnehmers	131
4.7	Vertragsstrafen	132
5.	Beendigung des Arbeitsverhältnisses (<i>Bachert</i>)	133
5.1	Grundlagen im BGB	134
5.2	Die fristgemäße („ordentliche“) Kündigung	134
5.2.1	Einhaltung der Schriftform	135

5.2.2	Kündigungsbefugnis des Kündigenden	135
5.2.3	Einhaltung der Klagefrist durch den Arbeitnehmer	136
5.2.4	Ausschluss der ordentlichen Kündigung	136
5.2.5	Vorlage einer Vollmachtsurkunde	137
5.2.6	Anhörung des Betriebsrats	137
5.2.6.1	Inhalt der Anhörung/Nachschieben von Gründen im Prozess	138
5.2.6.2	Äußerung des Betriebsrats	139
5.2.7	Anzeigepflicht bei „Massenentlassungen“	141
5.2.8	Einhaltung der Kündigungsfrist	142
5.2.9	Allgemeiner Kündigungsschutz nach dem KSchG	143
5.2.9.1	Anwendungsbereich/Kleinbetriebe	143
5.2.9.2	Beschäftigungsdauer	145
5.2.9.3	Soziale Rechtfertigung: Gründe in der Person des Arbeitnehmers	145
5.2.9.4	Soziale Rechtfertigung: Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers	148
5.2.9.5	Sozialauswahl bei der betriebsbedingten Kündigung	151
5.2.9.6	Negative Prognose	154
5.2.9.7	Ultima-ratio-Prinzip	155
5.2.9.8	Interessenabwägung	160
5.3	Die fristlose („außerordentliche“) Kündigung	161
5.3.1	Wichtiger Grund	162
5.3.2	Zwei-Wochen-Frist	163
5.4	Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch das Arbeitsgericht	163
5.5	Befristung von Arbeitsverträgen	164
5.5.1	Schriftformerfordernis	165
5.5.2	Befristungen mit Sachgrund	166
5.5.3	Befristungen ohne Sachgrund	168
5.5.4	Ende des befristeten Vertrags	170
5.6	Aufhebungsvertrag	171
5.7	Zeugnisanspruch	173
5.8	Ausgleichsquittung	176
5.9	Verjährung, Ausschlussfristen, Verwirkung	176
6.	Arbeitnehmerüberlassung (Bachert)	178
6.1	Grundlagen	178
6.2	Vorübergehende Überlassung	179
6.3	Erlaubnispflicht	179
6.4	Gleichbehandlungsgrundsatz („Equal treatment“)	181
6.5	Verdeckte Leiharbeit und Werkverträge	182

7. Teilzeitarbeit (<i>Bachert</i>)	183
7.1 Diskriminierungs- und Benachteiligungsverbot	184
7.2 Anspruch auf Verkürzung bzw. Verlängerung der Arbeitszeit	185
7.3 Arbeitsplatzteilung (Job-Sharing)	187
7.4 Arbeit auf Abruf	188
8. Berufsausbildungsverhältnis (<i>Bachert</i>)	190
8.1 Grundlagen	190
8.2 Der Berufsausbildungsvertrag	191
8.3 Ausbildereignung	194
8.4 Jugendarbeitsschutz	194
C. Das kollektive Arbeitsrecht (<i>Bachert</i>)	197
1. Koalitionsfreiheit	198
1.1 Koalitionsbegriff	199
1.2 Umfang der Koalitionsfreiheit	202
1.2.1 Individuelle Koalitionsfreiheit	202
1.2.2 Kollektive Koalitionsfreiheit	204
1.3 Ansprüche bei Verletzung der Koalitionsfreiheit	205
2. Tarifvertragsrecht	205
2.1 Tarifautonomie	205
2.2 Tarifvertragsgesetz	206
2.2.1 Tariffähigkeit	207
2.2.2 Inhalt und Form des Tarifvertrags	211
2.2.3 Tarifbindung	212
2.2.4 Wirkung von Rechtsnormen	213
2.2.4.1 Unmittelbare und zwingende Wirkung	213
2.2.4.2 Kollidierende Tarifverträge mehrerer Gewerkschaften	214
2.2.5 Öffnungsklauseln und Günstigkeitsprinzip	216
2.2.6 Verzicht, Verwirkung, Nachwirkung	217
2.3 Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen	218
3. Arbeitskampfrecht	219
3.1 Rechtmäßigkeit von Arbeitskämpfen	220
3.1.1 Tariffähige Partei	220
3.1.2 Tariflich regelbares Ziel	220
3.1.3 Beachtung tarifvertraglicher Friedenspflichten	221
3.1.4 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	221
3.1.5 Gebot der Kampfparität	226
3.1.6 Das Gebot fairer Kampfführung	226

3.1.7	Konkurrierende Grundrechte insbesondere in der Daseinsvorsorge	226
3.2	Rechtsfolgen des Arbeitskampfes	227
3.2.1	Rechtmäßige Arbeitskämpfe	227
3.2.2	Rechtswidrige Arbeitskämpfe	230
4.	Betriebsverfassungsrecht	231
4.1	Organisation der Betriebsverfassung	233
4.1.1	Unterscheidung nach Belegschaftsgruppen	233
4.1.1.1	Arbeitnehmer	233
4.1.1.2	Leitende Angestellte	234
4.1.1.3	Auszubildende	236
4.1.1.4	Leiharbeitnehmer	237
4.1.2	Unterscheidung nach Organisationsebenen	237
4.1.2.1	Betrieb/Betriebsteil/Kleinbetrieb	238
4.1.2.2	Unternehmen	241
4.1.2.3	Konzern	242
4.1.2.4	Abweichende Betriebsratsstrukturen nach § 3 BetrVG	243
4.2	Bildung von Betriebsräten	243
4.2.1	Betriebsratsfähige Betriebe	244
4.2.2	Wahlberechtigung und Wählbarkeit	244
4.2.3	Wahlverfahren der Betriebsratswahl	244
4.2.4	Bildung von Gesamt- und Konzernbetriebsrat	248
4.2.5	Europäischer Betriebsrat nach dem EBRG	248
4.3	Betriebsversammlung	249
4.4	Geschäftsführung des Betriebsrats	250
4.5	Stellung der Betriebsratsmitglieder	252
4.5.1	Freistellung für Betriebsratsstätigkeit	252
4.5.2	Verbot der Benachteiligung und Bevorzugung	253
4.5.3	Besonderer Kündigungsschutz für Betriebsratsmitglieder	254
4.6	Aufgaben und Beteiligungsrechte des Betriebsrats	255
4.6.1	Allgemeine Aufgaben des Betriebsrats nach § 80 BetrVG	255
4.6.2	Instrumente der Mitwirkung und Mitbestimmung	255
4.6.2.1	Insbesondere: Betriebsvereinbarungen nach § 77 BetrVG	256
4.6.2.2	Insbesondere: Regelungsabreden	259
4.6.3	Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten	259
4.6.4	Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten	265
4.6.4.1	Allgemeine personelle Angelegenheiten	265
4.6.4.2	Personelle Einzelmaßnahmen	267
4.6.5	Mitwirkung in wirtschaftlichen Angelegenheiten	271

4.6.5.1	Unterrichtung in wirtschaftlichen Angelegenheiten	271
4.6.5.2	Mitwirkung bei Betriebsänderungen	272
4.7	Beilegung von Streitigkeiten/Rechtsdurchsetzung	275
5.	Sprecherausschussrecht	278
6.	Unternehmensmitbestimmung	280
D.	Grundlagen des Arbeitnehmerdatenschutzes (<i>Bachert</i>)	283
1.	Bedeutung	283
2.	Rechtsgrundlagen	283
3.	Grundbegriffe des Datenschutzrechts	284
4.	Zulässigkeit der Datenverarbeitung	285
4.1	Erforderlichkeit/Verhältnismäßigkeit	285
4.2	Beachtung der Verarbeitungsgrundsätze nach Art. 5 DS-GVO	286
5.	Einzelfragen	287
5.1	Bewerbungsverfahren	287
5.2	Laufendes Beschäftigungsverhältnis	288
E.	Überblick über das Verfahrensrecht (<i>Strauß</i>)	291
1.	Schiedsgerichtsverfahren	291
2.	Arbeitsgerichtsbarkeit	292
2.1	Urteilsverfahren	294
2.2	Beschlussverfahren	295
3.	Sozialgerichtsbarkeit	296
3.1	Widerspruchsverfahren	297
3.2	Sozialgerichtsverfahren	298
F.	Arbeitsrechtliche Bezüge im Europarecht (<i>Bachert</i>)	301
Übungsteil (Fälle mit Lösungen, <i>Bachert/Strauß</i>)		307
Lösungen		315
Literaturverzeichnis		337
Stichwortverzeichnis		341

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs.	Absatz	BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der europäischen Union	BetrSichVO	Verordnung über Sicherheit und Gesundheitschutz bei der Bereitstellung von Arbeitsmitteln und deren Benutzung bei der Arbeit, über Sicherheit beim Betrieb überwachungsbedürftiger Anlagen und über die Organisation des betrieblichen Arbeitsschutzes (Betriebs-sicherheitsverordnung)
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz	BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
AGW	Arbeitsplatzgrenzwert	BGW	biologischer Grenzwert
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb	BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
AktG	Aktiengesetz	BR	Betriebsrat
ArbeitsstättenVO	Arbeitsstättenverordnung	BSG	Bundessozialgericht
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts – Arbeitsrechtliche Praxis	BTX	Bildschirmtext
ArbG	Arbeitsgericht	Buchst.	Buchstabe
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz	BUrlG	Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz)
ArbnErfG	Gesetz über Arbeitnehmererfindungen	BVerfG bzw.	Bundesverfassungsgericht beziehungsweise
ArbZG	Arbeitszeitgesetz	ca.	circa
Art.	Artikel	ct	Cent
ASiG	Gesetz über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit (Arbeitssicherheitsgesetz)	ChemG	Gesetz zum Schutz vor gefährlichen Stoffen (Chemikaliengesetz)
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz	DB	Der Betrieb
BA	Bundesagentur für Arbeit	DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
BÄO	Bundesärzteordnung	d. h.	das heißt
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht	DK	das Krankenhaus
BAG	Bundesarbeitsgericht	DS-GVO	Datenschutz-Grundverordnung (der Europäischen Union)
BArbBl.	Bundesarbeitsblatt		
BAT	Bundesangestellten-Tarifvertrag		
BB	Betriebs-Berater		
BBiG	Berufsbildungsgesetz		
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz		
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar		
BEEG	Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz)		
BEM	Betriebliches Eingliederungsmanagement		

EFZG	Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall (Entgeltfortzahlungsgesetz)	KH	das Krankenhaus
EG/EU	Europäische Gemeinschaft/Europäische Union	KSchG	Kündigungsschutzgesetz
EGC	Europäische Grundrechte-Charta	LAG	Landesarbeitsgericht
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht	Lkw	Lastkraftwagen
EuGH	Europäischer Gerichtshof	MBR	Mitbestimmungsrecht (Betriebsverfassung)
EUV	Vertrag über die Europäische Union	MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
ff.	folgende	MiLoG	Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (Mindestlohngesetz)
GBR	Gesamtbetriebsrat gemäß Gewerbeordnung	Mio.	Million(en)
gem.	Gewerbeordnung	Montan	Montanmitbestimmungsgesetz
GewO	Gewerbeordnung	MitbestG	Montanmitbestimmungsgesetz
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland	Mrd.	Milliarde(n)
ggf.	gegebenenfalls	MuSchG	Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mutter (Mutterschutzgesetz)
GmS-OGB	gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes	m. w. N.	mit weiteren Nennungen
GS	geprüfte Sicherheit	NachwG	Gesetz über den Nachweis der für ein Arbeitsverhältnis geltenden wesentlichen Bedingungen (Nachweisgesetz)
GSG	Gerätesicherheitsgesetz	NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
HAG	Heimarbeitsgesetz	NJW	Neue Juristische Wochenschrift
HandwO	Handwerksordnung	Nr.	Nummer
HGB	Handelsgesetzbuch	NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
IG Metall	Industriegewerkschaft Metall	NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
InsO	Insolvenzordnung im Sinne	NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungsreport
i. S.	im Sinne	NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
i. V. m.	in Verbindung mit	o. g.	oben genannt
JArbSchG	Gesetz zum Schutze der arbeitenden Jugend (Jugendarbeitsschutzgesetz)	OHG	Offene Handelsgesellschaft
JVA	Justizvollzugsanstalt		
KAPOVAZ	kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit		
KBR	Konzernbetriebsrat		

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

PatG	Patentgesetz	TV-Ärzte/VKA	Tarifvertrag für Ärztinnen und Ärzte an kommunalen Krankenhäusern
RG	Reichsgericht		
RGBl.	Reichsgesetzblatt		
RGKU	Rolfs/Giesen/Kreikebohm/ Udsching	TzBfG	Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Teilzeit- und Befristungsgesetz)
Rn	Randnummer		
Rz	Randziffer		
S.	Satz	u. a.	unter anderem
S.	Seite	UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)
SGB	Sozialgesetzbuch		
SGG	Sozialgerichtsgesetz		
sog.	sogenannt		
SprAuG	Gesetz über Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten (Sprecherausschussgesetz)	Urt.	Urteil
StGB	Strafgesetzbuch	vgl.	vergleiche
Str.	Strittig	VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
SWK ArbR	Stichwortkommentar Arbeitsrecht	VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
TRGS	Technisches Regelwerk zur Gefahrstoffverordnung	WRV	Weimarer Reichsverfassung
TVG	Tarifvertragsgesetz	z. B.	zum Beispiel
TVL	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder	ZPO	Zivilprozessordnung
TVöD	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst		

A. Grundbegriffe des Arbeitsrechts

Übersicht 1: Interessengegensätze der Arbeitsvertragsparteien		
Arbeitgeber	Arbeitnehmer	Arbeitsrechtliche und sonstige Regelungen
Interesse an wirtschaftlicher Flexibilität und an unternehmerischer Entscheidungsfreiheit	Interesse an sozialer Sicherheit durch einen dauerhaften Arbeitsplatz	Einschränkung der Vertragsfreiheit durch Gesetze und durch Kollektivvereinbarungen
Interesse an geringen Produktionskosten ▶ niedrige Arbeitsentgelte ▶ keine Entgeltzahlung ohne Arbeitsleistung ▶ niedrige Lohnnebenkosten	Interesse an der Sicherung des Lebensunterhalts ▶ hohe Arbeitsentgelte ▶ Entgeltfortzahlung bei Krankheit, Urlaub etc. ▶ soziale Sicherung	Regelungsmechanismen (beispielhaft): ▶ Entgeltregelungen durch Tarifverträge ▶ Entgeltfortzahlungsgesetze und -regelungen ▶ Sozialversicherungsrecht
Interesse an freier Disposition über das Personal	Interesse an einem dauerhaften Arbeitsplatz	Kündigungsschutzgesetz, Beteiligung des Betriebsrats, Kündigungsfristen etc.
Interesse an innerbetrieblicher Weisungsbefugnis über das Personal und an Dispositionen in wirtschaftlichen Fragen	Interesse an einer betrieblichen Mitbestimmung in sozialen, personellen, wirtschaftlichen und anderen Angelegenheiten	Betriebsverfassungsgesetz, Sprecherausschussgesetz, Personalvertretungsrecht, Mitbestimmungsgesetze (Unternehmensverfassung)
Interesse der Allgemeinheit an der Verhütung von Arbeitsunfällen, am Schutz besonderer Arbeitnehmergruppen etc.		Arbeitssicherheitsgesetze, Mutterschutz und Jugendarbeitsschutz etc.

Arbeitsrechtliche Regelungen finden sich in zahlreichen unterschiedlichen Rechtsquellen. Trotz des Einsatzes vieler Expertenkommissionen existiert in Deutschland immer noch kein einheitlich kodifiziertes Arbeitsrecht.¹ Das Arbeitsrecht wird systematisch in einen individualrechtlichen und einen kollektivrechtlichen Bereich untergliedert, um dieses weitreichende Rechtsgebiet zu strukturieren.

Das Individualarbeitsrecht umfasst alle Regelungen, die das unmittelbare Verhältnis zwischen Arbeitgeber² und Arbeitnehmer und die daraus erwachsenden Rechte und Pflichten betreffen. Ferner gehören zum Individualarbeitsrecht die

¹ Vgl. Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, Rn 1 ff. zur Entstehung und Aufgabe des Arbeitsrechts.

² Um eine leichtere Lesbarkeit zu ermöglichen, wird auf die doppelte Nennung weiblicher und männlicher Bezeichnungen verzichtet.

Vorschriften über den Schutz der Arbeitnehmer einschließlich des Rechtes der Arbeitssicherheit.

- 004 Das kollektive Arbeitsrecht besteht aus den Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsgesetzen einschließlich der Sprecherausschussverfassung sowie dem Koalitions-, Tarifvertrags- und dem Arbeitskampfrecht. Im weiteren Sinne gehört auch die Unternehmensverfassung zum kollektiven Arbeitsrecht, soweit diese Regelungen über die Mitbestimmung von Arbeitnehmern in Aufsichtsgremien enthält.
- 005 Individual- und kollektives Arbeitsrecht stehen nicht unabhängig nebeneinander. In der betrieblichen Praxis bestehen Wechselwirkungen. Durch Änderungen eines Tarifvertrages werden häufig auch die Inhalte der Arbeitsverhältnisse geändert. Gleiches gilt für Betriebsvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, welche gem. § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG unmittelbar und zwingend für alle Arbeitsverhältnisse des Betriebes gelten.
- 006 Kollektivvereinbarungen haben somit in der arbeitsrechtlichen Praxis einen erheblichen Einfluss auf den Inhalt der Arbeitsverträge. Häufig wird in einem Arbeitsvertrag nur auf die jeweiligen Regelungen des geltenden Tarifvertrages und der geltenden Betriebsvereinbarungen verwiesen, ohne dass der Arbeitsvertrag weitergehende Regelungen enthält.

007

Übersicht 2: Einteilung des Arbeitsrechts						
Individualarbeitsrecht			Kollektives Arbeitsrecht			
Arbeitsvertragsrecht	Arbeitnehmerschutzrecht	Arbeitssicherheit	Betriebsverfassungsrecht	Unternehmensverfassung	Tarifvertragsrecht	Arbeitskampfrecht
			Sprecherausschussverfassung			

1. Wesen des Arbeitsvertrages

- 008 Arbeitsleistungen werden nicht nur aufgrund von Arbeitsverträgen erbracht. Auch eine Studentin, die für ihr Examen lernt, ein Unternehmer, der den Einsatz neuer Technologien plant und eine Ingenieurin, die in einem eigenen Konstruktionsbüro Zeichnungen entwirft, bezeichnen ihre Tätigkeiten als „Arbeit“. In diesen Fällen besteht allerdings kein Arbeitsverhältnis i. S. d. Arbeitsrechts. Für ein solches ist ein Arbeitsvertrag erforderlich. Der Arbeitsvertrag ist seit 2017 selbstständig in § 611a BGB geregelt.¹ Ein Arbeitsvertrag muss folgende Merkmale aufweisen:

¹ ErfK/Preis § 611a BGB Rn 8 ff.

- ▶ privatrechtlicher Vertrag
- ▶ Entgelt
- ▶ Weisungsabhängigkeit.

1.1 Privatrechtlicher Vertrag

Zunächst muss ein privatrechtlicher Vertrag vorliegen. Beamte, Richter und Soldaten schließen keinen Arbeitsvertrag. Sie werden durch einen Verwaltungsakt ernannt.¹ Ihre Arbeitsbedingungen sind in den Beamtengesetzen, im Deutschen Richtergesetz oder im Soldatengesetz geregelt. Allerdings verweisen die einschlägigen beamtenrechtlichen Vorschriften teilweise auf Arbeitsgesetze, wie z. B. auf das Elterngeld- und Elternzeitgesetz, sodass ein Teil der Arbeitsgesetze mittelbar auch für Beamte und Richter gilt. Strafgefangene, die in einer JVA beispielsweise juristische Zeitschriften binden oder in der gefängniseigenen Tischlerei arbeiten, sind ebenfalls keine Arbeitnehmer i. S. d. Arbeitsrechts. Angestellte des öffentlichen Dienstes schließen dagegen mit ihren Dienstherrn einen privatrechtlichen Arbeitsvertrag und sind Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst, deren Arbeitsbedingungen vorwiegend im TVöD oder TVL der Länder geregelt sind.² 009

1.2 Entgelt

Ferner ist für einen Arbeitsvertrag Voraussetzung, dass die Leistung von Diensten für einen anderen gegen Entgelt geschieht. Hiervon ist der Auftrag nach § 662 BGB oder ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis, welches keinerlei vertragliche Pflichten auslöst, abzugrenzen.³ 010

Bezüglich der Entgeltlichkeit eines Arbeitsvertrages ist zu beachten, dass die Vergütung nicht für die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges, sondern für die Arbeitsleistung als solche und damit für die Verrichtung einer Tätigkeit geschuldet wird.⁴ Oder wie das BAG formuliert: „*Ein Arbeitnehmer schuldet das Wirken und nicht das Werk.*“⁵ Falls der Arbeitgeber mit der übernommenen Tätigkeit einen bestimmten Erfolg erreichen möchte, muss er mit dem Verpflichteten einen Werkvertrag gem. § 631 Abs. 1 BGB abschließen. 011

¹ Dütz/Thüsing, Arbeitsrecht, Rn 34 m. w. N.

² Vgl. zum Status der Beschäftigten im öffentlichen Dienst Müller/Preis, Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, Rn 14 ff.

³ Vgl. zum Gefälligkeitsverhältnis Aunert-Micus/Güllemann/Streckel/Tonner/Wiese, Wirtschaftsprivatrecht, Rn 455.

⁴ Dütz/Thüsing, Arbeitsrecht, Rn 35.

⁵ Vgl. BAG NZA 2004, 748 ff.

Beispiel

Ein Frachtvertrag ist ein Werkvertrag. Der Frachtführer schuldet nicht nur die Beförderung des Gutes als Dienstleistung, sondern gem. § 407 Abs. 1 HGB auch die Ablieferung des Gutes bei dem Empfänger und damit den Eintritt eines konkreten Erfolges. Sofern ein Frachtführer zur Ausführung des Transportes andere Kraftfahrer einsetzt, erbringen diese eine Dienstleistung, denn sie sind lediglich verpflichtet, die ihnen übertragenen Tätigkeiten, z. B. Lkw fahren, zu verrichten.

012

Übersicht 3: Abgrenzung des Arbeitsvertrags von dem Werkvertrag	
Arbeitsvertrag	Werkvertrag
Vertragliche Verpflichtung	
Verrichtung einer Tätigkeit unter Ausschöpfung der persönlichen Leistungsfähigkeit	Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs bzw. eines bestimmten Arbeitsergebnisses
Vertragserfüllung	
in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis mit Weisungsgebundenheit	als selbstständiger Unternehmer in persönlicher Unabhängigkeit mit Unternehmerrisiko
allgemeine Rechtsfolgen	
Anwendung der §§ 611a BGB sowie der arbeitsrechtlichen Sondergesetze	Anwendung der §§ 631 ff. BGB, z. B. Entstehung des Unternehmerpfandrechts gem. § 647 BGB
vertragliche Haftung	
Schadensersatz gem. § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB unter Berücksichtigung spezieller Haftungsprivilegien	Gewährleistung nach Werkvertragsrecht gem. §§ 633 ff. BGB (Nacherfüllung, Rücktritt, Minderung, Schadensersatz)
Vergütung	
in der Regel zeitbezogene Vergütung für die Dienstleistung nebst Abführung von Lohnsteuer sowie regelmäßiger Sozialversicherungspflicht	erfolgsbezogene Vergütung als Pauschalatz oder nach vereinbarten Maßstäben (Material, Aufmaß, Zeit), Auszahlung ohne Abzüge, evtl. Berechnung von Umsatzsteuer
Kündigung	
ordentliche oder außerordentliche Kündigung gem. §§ 622, 626 BGB möglich, evtl. aber weitere Kündigungsbeschränkungen, z. B. nach dem Kündigungsschutzgesetz	gem. § 649 BGB jederzeit möglich, der Vergütungsanspruch bleibt allerdings im Wesentlichen bestehen

1.3 Weisungsabhängigkeit

Schließlich muss die Tätigkeit nach § 611a BGB weisungsgebunden sein. Das heißt, ein Arbeitnehmer unterliegt dem Direktionsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich Zeit, Ort und Dauer der Tätigkeit.¹ Nach § 106 Abs. 1 Satz 1 GewO kann der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen bestimmen. Daneben ist ein typisches Indiz für eine persönliche Abhängigkeit eines Beschäftigten dessen vollständige Eingliederung in die betriebliche Organisation des Unternehmens. 013

Von besonderer Bedeutung ist das Merkmal der Weisungsabhängigkeit bei der Beschäftigung von freien Mitarbeitern. Diese sollen selbstständige Dienstleistungen für ein Unternehmen erbringen. Freie Mitarbeiter unterliegen keiner Fachaufsicht ihres Auftraggebers. Sie sind hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Tätigkeit unabhängig und erbringen die Dienstleistung mit eigenen Mitteln und dürfen nicht nur für einen Arbeitgeber tätig werden.² Die vertragliche Bezeichnung als freier Mitarbeiter ist dagegen für die rechtliche Zuordnung irrelevant.³ 014

2. Arbeitgeber und Arbeitnehmer

Die Vertragsparteien des Arbeitsvertrages werden als Arbeitgeber und Arbeitnehmer bezeichnet. 015

2.1 Arbeitgeber

Arbeitgeber ist, wer mindestens einen Arbeitnehmer beschäftigt.⁴ Die Arbeitgeberbereienschaft setzt den Abschluss eines Arbeitsvertrages mit einem abhängig beschäftigten Arbeitnehmer voraus. Dementsprechend sind nicht nur Unternehmen Arbeitgeber, sondern auch die Rentnerin, die eine Haushälterin oder der allein erziehende Vater, der eine Erzieherin beschäftigt. 016

Nicht nur natürliche Personen, sondern auch und im Wirtschaftsleben vor allem juristische Personen und Personenhandelsgesellschaften können Arbeitgeber sein. Zu beachten ist, dass bei einer juristischen Person oder Personenhandelsgesellschaft immer die juristische Person bzw. die Personenhandelsgesellschaft selbst der Arbeitgeber ist und nicht die vertretungsberechtigten Organe wie Geschäftsführer oder Vorstand. Diese führen faktisch die Arbeitgeberfunktionen aus. 017

¹ Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, Rn 49 ff. m. w. N.

² Vgl. ErfK/Preis § 611a BGB Rn 33 ff. m. w. Erläuterungen.

³ BAG NZA 1992, 407 (408).

⁴ Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht Band 1, S. 66.

2.2 Arbeitnehmer

- 018 Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines Arbeitsvertrages i. S. d. § 611a BGB im Rahmen eines unselbstständigen Beschäftigungsverhältnisses eine entgeltliche Tätigkeit verrichtet. Die Definition des Begriffs Arbeitnehmer enthält die unter Punkt 1.1. - 1.3. genannten charakteristischen Merkmale eines Arbeitsvertrages. Alle Personen, die aufgrund eines Arbeitsvertrages beschäftigt werden, sind Arbeitnehmer.
- 019 Sind die charakteristischen Merkmale für einen Arbeitnehmer erfüllt, unterliegen die Vertragsparteien den arbeitsrechtlichen Vorschriften. Mit dem Arbeitnehmerstatus der Beschäftigten ist in der Regel die Sozialversicherungspflicht für den Arbeitgeber verbunden.
- 020 Maßgebend für die Abgrenzung eines Arbeitnehmers von einem freien Mitarbeiter sind immer die objektiven Umstände, unter denen die Arbeitsleistung erbracht wird.¹ Unerheblich ist die formale Bezeichnung als „Arbeitnehmer“ oder „freier Mitarbeiter“.

Beispiel

Buchhalterin B erledigt für Steuerberater S die anfallenden Buchprüfungsarbeiten. Sie wird in dem zwischen ihr und S geschlossenen Vertrag als „freie Mitarbeiterin“ bezeichnet. S erteilt B nach Bedarf einzelne Aufträge, die B regelmäßig in einem kleinen Büro im Keller ihres Hauses erledigt. B kann nach der zwischen ihr und S getroffenen Vereinbarung die Aufträge auch ablehnen. Die Arbeitsdauer beträgt durchschnittlich ca. 10 Stunden wöchentlich. B verdient ca. 1.000 € monatlich. Daneben ist sie noch für die Zeitschrift „Steuerwarte unverständlich“ tätig und liest auf Honorarbasis Artikel Korrektur. Als B nun aufgrund einer Lungenembolie schwer erkrankt, fragt sie sich, ob das Entgeltfortzahlungsgesetz eingreift und sie gem. § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG bis zu sechs Wochen Lohnfortzahlung von S erhält. Hierfür müsste B Arbeitnehmerin i. S. d. § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG sein. Dies ist nicht der Fall, da B ihre Arbeitszeit und ihren Arbeitsort frei wählen kann und nicht dem diesbezüglichen Weisungsrecht des B unterliegt. Ferner ist sie für mehrere Arbeitgeber tätig, was ebenfalls ein Indiz für einen Status als freier Mitarbeiter ist.

- 021 Wie das Beispiel zeigt, muss ein freier Mitarbeiter bei Abschluss eines Vertrages beachten, dass er eine angemessene Vergütung erhält. Er muss nicht nur Einkommens- sowie eventuell auch Umsatzsteuer abführen, sondern darüber hinaus die Kosten seiner Krankheits- und Altersvorsorge tragen.

¹ Vgl. *ErfK/Preis* § 611a BGB Rn 32 ff. m. w. Erläuterungen.

Übersicht 4: Abgrenzung von Arbeitnehmern und freien Mitarbeitern	
Arbeitnehmer erbringen Dienstleistungen unter den folgenden Umständen:	Freie Mitarbeiter erbringen Dienstleistungen unter den folgenden Umständen:
▶ Weisungsgebundenheit (Direktionsrecht des Arbeitgebers)	▶ fehlende oder nur geringe Fachaufsicht des Auftraggebers
▶ Bindung an feste Arbeitszeiten und an einen festen Arbeitsort	▶ zeitliche und örtliche Unabhängigkeit bei der Erbringung der Dienstleistung
▶ Eingliederung in die betriebliche Organisation des Arbeitgebers	▶ Dienstleistung mit eigenen Mitteln und Werkzeugen, meist in eigenen Räumen (Büro, Werkstatt etc.)
▶ regelmäßige Tätigkeit für einen Auftraggeber, dem die ganze Arbeitskraft geschuldet wird	▶ Tätigkeit für mehrere Auftraggeber nebeneinander möglich
▶ regelmäßige persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit	▶ allenfalls wirtschaftliche Abhängigkeit von einem Auftraggeber
▶ Entlohnung der Arbeitsleistung in der Regel durch ein festes Arbeitsentgelt	▶ Bezahlung der Dienstleistung nach Stunden oder Tätigkeitserfolgen, Rechnungserteilung, evtl. unter Ausweisung der Umsatzsteuer
▶ Bezeichnung als „Arbeiter“ oder als „Angestellter“ in dem Vertrag, Entgeltfortzahlung bei Krankheit, im Urlaub, an Feiertagen etc.	▶ Beschäftigung als „freier Mitarbeiter“ oder als „Auftragnehmer“ im Rahmen eines Werk-, Dienst- oder Geschäftsbesorgungsvertrags
Rechtsfolge: Kein unternehmerisches Risiko. Anwendung des Arbeitsrechts mit den Arbeitnehmerschutzvorschriften sowie regelmäßige Sozialversicherungspflicht, Abführung von Lohnsteuer und von Sozialversicherungsbeiträgen durch den Arbeitgeber	Rechtsfolge: Übernahme des Unternehmensrisikos. Anwendung des allgemeinen Zivilrechts

2.3 Arbeitnehmerähnliche Beschäftigungsverhältnisse

Einzelne arbeitsrechtliche Vorschriften gelten auch für Heimarbeiter i. S. d. § 2 HAG. Dies sind Personen, die in einer eigenen Arbeitsstätte selbstständig im Auftrag von Gewerbetreibenden tätig sind. Für diese gelten gem. §§ 29 ff. HAG das Kündigungsschutzgesetz und weite Teile des BUrlG (vgl. § 12 Abs. 1 BUrlG).

023

Arbeitnehmerähnliche Personen, die zwar nicht weisungsgebunden, aber aufgrund ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit sozial schutzbedürftig sind, wie freie Mitarbeiter der Medien, haben gem. § 2 Satz 2 BUrlG Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub in Höhe von 24 Werktagen. Auch das Arbeitsgericht

024

ist für Rechtsstreitigkeiten aus Verträgen der arbeitnehmerähnlichen Personen gem. § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG zuständig.

2.4 Auszubildende

- 025 Auszubildende sind diejenigen Personen, die in einem Berufsausbildungsverhältnis stehen. Für Auszubildende gelten die Vorschriften des Berufsausbildungsgesetzes. Auf minderjährige Auszubildende finden außerdem die Regelungen des Jugendarbeitsschutzgesetzes Anwendung. Soweit Auszubildende jedoch keinen besonderen Regelungen unterliegen, gelten gem. § 10 Abs. 2 BBiG nachrangig die Vorschriften und Rechtsgrundsätze des Arbeitsrechts.

2.5 Leitende Angestellte

- 026 Leitende Angestellte sind ebenfalls Arbeitnehmer eines Unternehmens. Sie haben allerdings eine Sonderstellung im Unternehmen, da sie als Vorgesetzte der „normalen“ Arbeitnehmer Arbeitgeberfunktionen wahrnehmen. Das Arbeitsrecht findet daher auf leitende Angestellte nur eingeschränkt Anwendung. Sie unterliegen nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG nicht dem Arbeitszeitgesetz. Der Geltungsbereich der Tarifverträge erstreckt sich ebenfalls in der Praxis nicht auf leitende Angestellte. Anstelle des Betriebsverfassungsgesetzes gilt für leitende Angestellte das Sprecherausschussgesetz.¹ Ferner haben leitende Angestellte nur einen eingeschränkten Kündigungsschutz, da gem. § 14 Abs. 2 Satz 2 KSchG der Antrag des Arbeitgebers auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit einem leitenden Angestellten keiner Begründung bedarf.
- 027 Zu den leitenden Angestellten gehören nach § 5 Abs. 3 Nr. 1 - 3 BetrVG vor allem Personen, die zur selbstständigen Einstellung und Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt sind oder die Generalvollmacht oder Prokura haben oder die Aufgaben wahrnehmen, die für den Bestand und die Entwicklung des Unternehmens oder des Betriebs von Bedeutung sind. Die Entscheidungen treffen sie im Wesentlichen frei von Weisungen oder beeinflussen diese maßgeblich. Entscheidend ist, dass sie auf die unternehmerische Entwicklung des Unternehmens Einfluss nehmen können.² Daher sind z. B. Chefarzte und Leitungskräfte des Pflegedienstes in der Regel keine leitenden Angestellten im Sinne des § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG, da sie keinen unternehmerischen Einfluss auf die Entwicklung eines Krankenhauses haben.³

¹ >>Vgl. Kapitel C.4.1.1.2.

² BAG NJW 2010, 2746 (2747); ErfK/Koch § 5 BetrVG Rn 21.

³ Vgl. hierzu *Strauß*, DK 2015, 847 ff.

3. Die Rechtsquellen des Arbeitsrechts

In Deutschland existiert kein einheitlich kodifiziertes Arbeitsrecht. Das Arbeitsrecht setzt sich aus den folgenden unterschiedlichen Rechtsquellen zusammen: 028

- ▶ Europäisches Gemeinschaftsrecht
- ▶ Nationales Verfassungsrecht
- ▶ Gesetze und Verordnungen.

3.1 Europäisches Gemeinschaftsrecht

Die Europäische Gemeinschaft erlässt eine Vielzahl von Richtlinien und Verordnungen, die die Entwicklung des nationalen Arbeitsrechts beeinflussen und maßgeblich prägen. Bezüglich des Rechts der Europäischen Union wird zwischen dem primären und dem sekundären Unionsrecht unterschieden.¹ Zu dem primären EU-Recht gehört u. a. der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union; dieser enthält die für das Arbeitsrecht wichtige Grundfreiheit der Arbeitnehmerfreizügigkeit (vgl. Art. 45 AEUV). Ferner verbietet Art. 157 AEUV jede Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes bezüglich des Entgeltes von Arbeitnehmern. Zu dem sekundären EU-Recht gehören die von den entsprechenden Organen der EU erlassenen Verordnungen und Richtlinien. Dabei ist zu beachten, dass Verordnungen automatisch in den einzelnen Mitgliedstaaten der EU gelten, während die Mitgliedstaaten Richtlinien innerhalb einer von der EU gesetzten Frist in nationales Recht umsetzen müssen. Bei der Umsetzung bleibt den Mitgliedstaaten überlassen, wie sie das durch die Richtlinie vorgegebene Ziel erreichen möchten.² Beispiel für die Umsetzung einer die arbeitsrechtliche Praxis prägenden Richtlinie ist das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, welches auf verschiedenen Antidiskriminierungsrichtlinien der EU beruht.³ 029

3.2 Nationales Verfassungsrecht

Nach ihrer gesetzgeberischen Konstruktion sind die Grundrechte in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat.⁴ Wegen des Subordinationsverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind die Wertentscheidungen des Grundgesetzes jedoch über die Generalklauseln der einfachgesetzlichen Vorschriften im Arbeitsrecht zu beachten.⁵ Ferner müssen sämtliche Vorschriften des Arbeitsrechts verfassungskonform ausgelegt werden.⁶ 030

¹ Vgl. hierzu ausführlich *Waltermann*, Arbeitsrecht, Rn 135 ff.

² *Senne*, Arbeitsrecht, S. 4.

³ Vgl. zum AGG >>Kapitel B.1.2.1.1 ff.

⁴ *Brox/Rüthers/Henssler*, Arbeitsrecht, Rn 120.

⁵ *Junker*, Arbeitsrecht, Rn 46 m. w. N. aus der Rechtsprechung.

⁶ *Strauß*, Arbeitsrecht für Ärzte an KH, S. 57; *Brox/Rüthers/Henssler*, Arbeitsrecht, Rn 120.

- 031 Zu den Grundrechten, die im Arbeitsrecht besondere Bedeutung haben, gehört insbesondere das durch Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistete Recht der freien Entfaltung der Persönlichkeit einschließlich des Rechts der informationellen Selbstbestimmung, welches durch den Arbeitnehmerdatenschutz umgesetzt wird.
- 032 Ferner verbietet das durch Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht in einem Vorstellungsgespräch Fragen in Bezug auf die Privatsphäre der potenziellen Arbeitnehmer.¹
- 033 Darüber hinaus gehört die Gleichberechtigung von Mann und Frau aus Art. 3 Abs. 2 GG, wonach der Staat die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern fördert und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin wirkt, zu den für das Arbeitsrecht relevanten Grundrechten.
- 034 Auch die Glaubens- und Gewissensfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 GG ist mittlerweile ein für die Arbeitnehmer weiteres relevantes Grundrecht. Danach ist beispielsweise einem Unternehmen versagt, Arbeitnehmer gegen ihren Willen zu Arbeitshandlungen zu verpflichten, die sie mit ihrem Glauben oder Gewissen nicht vereinbaren können.²
- 035 Eine unmittelbare Drittwirkung hat die in Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Koalitionsfreiheit.³ Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG enthält das Recht, Gewerkschaften zu bilden und gewährleistet diesen die Betätigungsfreiheit. Nach Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG sind alle Abreden, die versuchen, die Koalitionsfreiheit einzuschränken unwirksam. Das dürfte auch für das jüngst in Kraft getretene Tarifeinheitsgesetz⁴ gelten.

3.3 Gesetze und Verordnungen

- 036 Arbeitsrechtliche Regelungen finden sich in zahlreichen Gesetzen und Verordnungen aus den Bereichen des bürgerlichen und öffentlichen Rechts. Das Arbeitsvertragsrecht ist im BGB nur unvollkommen geregelt und wird durch weitere Gesetze ergänzt. Darüber hinaus enthalten öffentlich-rechtliche Gesetze Schutzvorschriften zugunsten der Arbeitnehmer, deren Einhaltung von den staatlichen Behörden überwacht wird. Verstöße des Arbeitgebers werden als Ordnungswidrigkeiten oder Straftaten mit Geldbuße oder Freiheitsstrafe geahndet (vgl. z. B. §§ 22, 23 ArbZG).

¹ Vgl. hierzu >> Kapitel B.1.2.4.5.

² Vgl. zu Art. 4 GG grundlegend BAG NZA 1990, 144 ff., wonach ein Chemiker und Mitglied der Friedensbewegung nicht gegen seinen Willen gezwungen werden konnte, an der Erforschung von Medikamenten mitzuwirken, deren Absatzmöglichkeiten das Unternehmen darin sah, dass die Medikamente in einem atomaren Ernstfall Brechreiz unterdrücken können und in einem atomaren Ernstfall der Absatz deutlich steigt.

³ *Strauß*, Arbeitsrecht für Ärzte an KH, S. 58.

⁴ Vgl. hierzu >> Kapitel C.2.2.4.

Beispiele für bürgerlich-rechtliche Arbeitsgesetze sind §§ 611a ff. BGB, das Kündigungsschutzgesetz, das Bundesurlaubsgesetz oder das Entgeltfortzahlungsgesetz. Beispiele für öffentlich-rechtliche Arbeitsgesetze sind das Arbeitszeitgesetz oder das Jugendarbeitsschutzgesetz. 037

Bei allen Arbeitsgesetzen sind zwingende und dispositive Rechtsnormen zu unterscheiden. Zwingende Rechtsnormen sind alle Regelungen, von denen nicht durch Individual- oder Kollektivvereinbarungen abgewichen werden kann. Dispositive Regelungen lassen dagegen abweichende Vereinbarungen zu. Enthält ein Arbeitsvertrag eine Klausel, die gegen eine zwingende Rechtsnorm verstößt, ist diese gem. § 134 BGB nichtig, und es gelten die gesetzlichen Vorschriften. 038

Beispiel

Nach § 15 Satz 1 JArbSchG dürfen Jugendliche nur an fünf Tagen in der Woche beschäftigt werden. Bei dieser Vorschrift handelt es sich um eine zwingende Rechtsnorm, sodass eine Vereinbarung nach der ein 17-jähriger Arbeitnehmer sechs Tage in der Woche arbeiten soll, nichtig ist. Nach § 622 Abs. 1 BGB kann ein Arbeitsverhältnis unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von vier Wochen zum 15. oder zum Ende eines Kalendermonats gekündigt werden. Diese Vorschrift ist dagegen dispositiv, denn gem. § 622 Abs. 4 und Abs. 5 BGB können kürzere Kündigungsfristen durch Tarifvertrag oder in einem Arbeitsvertrag vereinbart werden.

Rechtsverordnungen sind verbindliche Anordnungen einer Bundes- oder einer Landesregierung, von staatlichen Verwaltungsbehörden oder von Selbstverwaltungskörperschaften, in denen die Durchführung der formellen Gesetze näher bestimmt wird. Voraussetzung für den Erlass einer Rechtsverordnung ist, dass eine entsprechende Ermächtigung, die regelmäßig in dem zu konkretisierenden Gesetz enthalten ist, besteht. Insbesondere in der Sozialversicherung und in den Bereichen der Berufsausbildung, der Arbeitssicherheit und der Unfallverhütung sind Einzelheiten häufig in einer jeweiligen Rechtsverordnung geregelt. Rechtsverordnungen müssen nicht in einem zeitintensiven formellen Gesetzgebungsverfahren erlassen werden, sodass eine schnelle Anpassung an die jeweilige Rechtslage möglich ist. 039

3.4 Tarifvertrag

Die Arbeitsverhältnisse in Deutschland werden in besonderem Maße durch Tarifverträge geprägt. Tarifverträge haben eine Schutz-, Verteilungs-, Ordnungs- und Friedensfunktion.¹ Nach § 2 TVG können sie nur von tarifvertragsfähigen Parteien abgeschlossen werden. Zu diesen gehören Gewerkschaften, Arbeitgeber sowie 040

¹ *Strauß, Arbeitsrecht für Ärzte an KH*, S. 59 m. w. N.

Spitzenorganisationen von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden. In rechtlicher Hinsicht haben Tarifverträge eine schuldrechtliche und eine normative Wirkung. Zum einen sind sie schuldrechtliche Verträge zwischen Tarifvertragsparteien und regeln deren Rechte und Pflichten. Zum anderen wirken Tarifverträge normativ auf die Arbeitsverhältnisse der tarifgebundenen Arbeitnehmer ein.¹ In Deutschland existieren derzeit etwa 73.000 in das Tarifregister eingetragene Tarifverträge.²

3.5 Betriebsvereinbarungen und Dienstvereinbarungen

- 041 Betriebs- und Dienstvereinbarungen werden zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebs- bzw. Personalrat geschlossen. Betriebs- und Dienstvereinbarungen wirken, ebenso wie Tarifverträge, normativ auf die Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer ein.
- 042 Besondere praktische Bedeutung haben Betriebsvereinbarungen im Bereich der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten nach § 87 Abs. 1 BetrVG.³
- 043 Im Verhältnis zu Tarifverträgen sind Betriebsvereinbarungen allerdings nachrangig. Nach dem Rangprinzip hat die in einem Tarifvertrag getroffene Regelung als ranghöhere Rechtsquelle stets Vorrang. Nach § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG besteht eine Sperrwirkung zugunsten der Tarifverträge. Danach können Arbeitsentgelt und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer freiwilligen Betriebsvereinbarung sein (auch nicht, wenn sie für die Arbeitnehmer günstiger sind).⁴ Etwas anderes gilt gem. § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG, wenn ein Tarifvertrag den Abschluss einer ergänzen Betriebsvereinbarung ausdrücklich zulässt. Hierdurch wird sichergestellt, dass die in einem Tarifvertrag ausgehandelten Arbeitsbedingungen nicht durch einzelne Betriebsvereinbarung in den jeweiligen Unternehmen unterlaufen werden können. Diese Regelung gilt auch für Betriebe von nicht tarifgebundenen Arbeitgebern, sodass keine Betriebsvereinbarungen über Arbeitsentgelt und sonstige Arbeitsbedingungen geschlossen werden können, wenn für die Branche ein Tarifvertrag besteht, der eine entsprechende Regelung enthält.⁵

Beispiel

In einem Manteltarifvertrag für die Metallindustrie des Landes Bayern ist vereinbart, dass die wöchentliche Arbeitszeit 35 Stunden beträgt. In allen Betrieben der bayerischen Metallindustrie können wegen § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG in einer

¹ *Strauß*, Arbeitsrecht für Ärzte an KH, S. 59; vgl. ausführlich zur Tarifbindung >> Kapitel C.2.2.3.

² *Grobys/Panzer/Einfeldt*, SWK ArbG 2017 Tarifvertrag, Rn 4.

³ Vgl. hierzu ausführlich >> Kapitel C.4.6.3 ff.

⁴ ErfK/*Kania* § 77 BetrVG Rn 43.

⁵ ErfK/*Kania* § 77 BetrVG Rn 45.

Betriebsvereinbarung keine Vereinbarung über die wöchentliche Arbeitszeit getroffen werden. Dabei ist unerheblich, ob der Arbeitgeber tarifgebunden oder ob die Regelung in der Betriebsvereinbarung für die Arbeitnehmer günstiger ist. Nur wenn der Tarifvertrag eine entsprechende Öffnungsklausel enthält, kann in dem Betrieb eine vom Tarifvertrag abweichende wöchentliche Arbeitszeit durch eine Betriebsvereinbarung festgelegt werden.

044
 Bezüglich der Betriebsvereinbarungen ist zwischen freiwilligen und erzwingbaren Betriebsvereinbarungen zu unterscheiden. Freiwillige Betriebsvereinbarungen können bei betrieblichen Angelegenheiten getroffen werden, in denen dem Betriebsrat keine zwingenden Mitbestimmungsrechte zustehen. Voraussetzung für eine freiwillige Betriebsvereinbarung ist eine Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat. Können Arbeitgeber und Betriebsrat sich nicht über den Inhalt einer Betriebsvereinbarung verständigen, kommt keine Betriebsvereinbarung zu Stande, es sei denn, dass sich beide Parteien einem Einigungsstellenverfahren unterwerfen.

045
 In betrieblichen Angelegenheiten, in denen dem Betriebsrat zwingende Mitbestimmungsrechte, wie solche gem. § 87 Abs. 1 BetrVG zustehen, kann dagegen jede Partei eine Betriebsvereinbarung erzwingen, indem für den Fall, dass eine Einigung nicht zu Stande kommt, die Einigungsstelle angerufen wird. Der Spruch der Einigungsstelle ersetzt dann gem. § 87 Abs. 2 BetrVG die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat.

046
 Der § 87 Abs. 1 BetrVG enthält zahlreiche betriebliche Angelegenheiten, in denen dem Betriebsrat ein zwingendes Mitbestimmungsrecht zusteht. Hiernach kann der Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung bezüglich der Arbeitszeitregelung, der Aufstellung von Urlaubsgrundsätzen oder eine Regelung über das betriebliche Vorschlagswesen durch eine Betriebsvereinbarung erzwingen.¹

3.6 Der Arbeitsvertrag

047
 Der Einzelarbeitsvertrag zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer unterliegt dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. Dieser wird allerdings aufgrund der Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer durch Gesetze, Rechtsverordnungen, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen erheblich eingeschränkt. Die Bedeutung des Arbeitsvertrages ist in der Praxis gering, wenn der Inhalt eines Arbeitsverhältnisses bereits durch einen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarungen bestimmt wird. In diesen Fällen ist es ausreichend, wenn der Arbeitsvertrag im Wesentlichen den Einstellungstermin und die Funktion des Arbeitnehmers im Betrieb festlegt. Ein übertarifliches Entgelt muss dagegen immer arbeitsvertraglich vereinbart werden. Bei Angestellten in höheren Positionen ist der Inhalt eines

¹ Vgl. ausführlich zu § 87 BetrVG >> Kapitel C.4.6.3.5 ff.

Arbeitsvertrages für die Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses regelmäßig von grundlegender Bedeutung.¹

3.7 Allgemeine Arbeitsbedingungen

- 048 Allgemeine Arbeitsbedingungen sind Standardbedingungen, die ein Arbeitgeber formularmäßig den von ihm abgeschlossenen Arbeitsverträgen zugrunde legt. Es handelt sich um allgemeine Vertragsbedingungen für das Arbeitsverhältnis, die zur Sicherstellung einer effektiven und einheitlichen Vertragsgestaltung dienen. Allgemeine Arbeitsbedingungen werden vom Arbeitgeber häufig nicht im Arbeitsvertrag selbst, sondern separat niedergelegt und durch Bezugnahme Gegenstand des Arbeitsvertrages. Möglich ist auch, die allgemeinen Arbeitsbedingungen in einem Formularvertrag aufzunehmen.
- 049 In allgemeinen Arbeitsbedingungen kann von gesetzlichen, tarifvertraglichen und Betriebsvereinbarungen zugunsten der Arbeitnehmer abgewichen werden. Bei der Erstellung von Formulararbeitsverträgen ist das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates gem. § 94 Abs. 2 BetrVG zu beachten, soweit sich die formularmäßigen Vertragsbedingungen auf die persönlichen Verhältnisse der Arbeitnehmer beziehen.
- 050 Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen ist bis auf die §§ 305 Abs. 2 und Abs. 3 BGB auf Arbeitsverträge anwendbar. Bei der Verwendung allgemeiner Arbeitsbedingungen muss berücksichtigt werden, dass dies allgemeine Geschäftsbedingungen gem. § 305 Abs. 1 BGB sind. Einzelne Klauseln können gem. §§ 307, 308, 309 BGB unwirksam sein. Ist eine Klausel unwirksam, gilt gem. § 306 Abs. 2 BGB die gesetzliche Regelung, sofern eine solche vorhanden ist, ansonsten entfällt die Klausel ersatzlos.

3.8 Allgemeiner arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

- 051 Der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz verpflichtet den Arbeitgeber, gleich gelagerte Sachverhalte einheitlich zu behandeln und Differenzierungen nicht willkürlich, sondern nur aus sachlichen Gründen vorzunehmen. Rechtsdogmatisch beruht er letztlich auf dem Rechtsgedanken von Art. 3 Abs. 1 GG.² Der Gleichbehandlungsgrundsatz wird vor allem auf die Gewährung freiwilliger Sozialleistungen, wie auf Gratifikationen oder Versorgungsleistungen angewendet. Eine differenzierte Behandlung einzelner Arbeitnehmergruppen kann allerdings durch den Zweck der Maßnahme gerechtfertigt sein.

¹ Vgl. zur Gestaltung von Chefarztverträgen, *Strauß*, Arbeitsrecht für Ärzte an KH, S. 34 ff.

² *Waltermann*, Arbeitsrecht, Rn 210 m. w. N. aus der Rechtsprechung.

Beispiel

Die Dauer der Betriebszugehörigkeit ist ein sachlicher Grund für eine Differenzierung bei der Gewährung von Gratifikationen, wenn mit der Sozialleistung zurückliegende Betriebstreue belohnt werden soll. Auch der Bestand des Arbeitsverhältnisses über einen Stichtag hinaus kann eine unterschiedliche Behandlung der Arbeitnehmer bei der Gewährung von Gratifikationen rechtfertigen, sofern mit der Gratifikation ein Anreiz für zukünftige Betriebstreue geschaffen werden soll.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist nicht anzuwenden, wenn Arbeitsbedingungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer individuell ausgehandelt werden. Er ist auf vertraglich vereinbarte Arbeitsentgelte nicht anzuwenden.¹ Anders ist die Situation dagegen bei einer allgemeinen Erhöhung des Arbeitsentgelts. Wenn eine Entgelterhöhung generell vorgenommen wird oder der Arbeitgeber Leistungen nach einem erkennbaren und generalisierenden Prinzip gewährt,² muss der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz beachtet werden.

052

Beispiel

Ein Arbeitgeber kann mit verschiedenen Arbeitnehmern unterschiedlich hohe Vergütungen vereinbaren, selbst wenn sie die gleiche Arbeit verrichten. Bei einer Tarifbindung darf lediglich die im Tarifvertrag vorgesehene Vergütung nicht unterschritten werden. Wenn ein nicht tarifgebundener Arbeitgeber dagegen die Löhne und Gehälter aller Arbeitnehmer in Anlehnung an eine tarifvertragliche Erhöhung der Vergütung anhebt, darf er nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz einzelne Arbeitnehmer nicht von dieser allgemeinen „Lohnwelle“ ausschließen.

Im Einzelfall ist zu prüfen, ob der Gleichbehandlungsgrundsatz anzuwenden und die von dem Arbeitgeber vorgenommene Differenzierung durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt sind. Ein sachlicher Grund für eine unterschiedliche Behandlung fehlt, wenn nach Geschlecht, religiöser oder politischer Anschauung des Arbeitnehmers differenziert wird.³ Dagegen kann ein Arbeitgeber ohne Verstoß gegen den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz nach der Betriebszugehörigkeit, nach der Art der Tätigkeit im Betrieb und nach anderen Kriterien dieser arbeitsbezogenen Art differenzieren.

053

¹ BAG NZA 1993, 171 ff.

² BAG NZA 1993, 171 ff.

³ ErfK/Preis § 611a BGB Rn 591.

3.9 Rechtsinstitut der betrieblichen Übung

- 054 Das Rechtsinstitut der betrieblichen Übung ist bereits von der Rechtsprechung des RAG und später auch des BAG allgemein anerkannt worden.¹ Als Rechtsgrundlage wird § 151 BGB analog im Wege einer stillschweigenden Vereinbarung,² aber auch § 242 BGB oder § 315 BGB herangezogen.³ Als betriebliche Übung wird ein wiederholtes tatsächliches Verhalten des Arbeitgebers verstanden, aus dem der Arbeitnehmer schließen darf, dass dieses Verhalten dauerhaft beibehalten werden soll. Anwendungsbereiche der betrieblichen Übung sind vertraglich nicht vereinbarte Sonderleistungen des Arbeitgebers, wie z. B. Bonuszahlungen oder sonstige Gratifikationen. Ob auch eine Verkürzung der Arbeitszeiten, z. B. an Heiligabend oder Rosenmontag, Gegenstand einer betrieblichen Übung sein kann, ist streitig. Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung ist in diesem Punkt zurückhaltend.⁴
- 055 Nach ständiger Rechtsprechung des BAG entsteht ein schutzwürdiges Vertrauen der Arbeitnehmer bei gleichen jährlichen Leistungen an die gesamte Belegschaft, wenn der Arbeitgeber diese Leistung dreimal vorbehaltlos gewährt hat.⁵ Dabei ist nach neuer Rechtsprechung des BAG grundsätzlich gleichgültig, in welcher Höhe die Leistungen erfolgt sind.⁶ Auch bei der Gewährung unterschiedlich hoher Leistungen wird der Arbeitgeber nach dreimaliger Leistungsgewährung dem Grunde nach für die Zukunft gebunden. Die konkrete Höhe der künftigen Leistungen ist nach aktueller Auffassung des BAG nun nach billigem Ermessen i. S. d. § 315 BGB vom Arbeitgeber im konkreten Einzelfall zu bestimmen.⁷
- 056 Damit der Arbeitgeber sich vor Ansprüchen der Arbeitnehmer schützen kann, kann er das Entstehen einer betrieblichen Übung dadurch verhindern, dass er die Leistung ausdrücklich mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt erklärt. Aus diesem muss deutlich werden, dass keine Rechtsansprüche der Arbeitnehmer auf künftige Leistungen stehen sollen. Eine solche Vorbehaltserklärung kann bereits mit der Zahlung erfolgen, indem diese „unter Vorbehalt“ gewährt wird. Der Vorbehalt kann aber auch im Arbeitsvertrag selbst enthalten sein.⁸ Auch kann der Arbeitgeber die Leistung „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht“ gewähren.⁹

¹ Vgl. *Mengel*, Das Recht der betrieblichen Übung, S. 34 ff. mit zahlreichen Nachweisen aus der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung.

² *Brox/Rüthers/Henssler*, Arbeitsrecht, Rn 137.

³ Vgl. zum Meinungsstand *Waltermann*, Arbeitsrecht, Rn 98 m. w. N. aus der Rechtsprechung.

⁴ Vgl. *Waltermann*, Arbeitsrecht, Rn 97 m. w. N. aus der Rechtsprechung.

⁵ BAG NZA 2009, 601 ff. m. w. N.

⁶ BAG (10 AZR 266/14) Urt. v. 13.5.2015 (juris).

⁷ BAG (10 AZR 266/14) Urt. v. 13.5.2015 (juris).

⁸ BAG BB 2008, 2465 (2466).

⁹ *Brox/Rüthers/Henssler*, Arbeitsrecht, Rn 137.

Fraglich ist, ob der durch eine betriebliche Übung begründete vertragliche Anspruch auch durch eine gegenläufige betriebliche Übung beseitigt werden kann. Nach der Rechtsprechung des BAG ist dies unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung nicht mehr möglich.¹ Zur Begründung wird darauf abgestellt, dass dies mit der vom BAG in ständiger Rechtsprechung vertretenen Vertragstheorie, die u. a. als rechtliche Grundlage für das Rechtsinstitut der betrieblichen Übung herangezogen wird, nicht vereinbar sei.² Ein einmal entstandener Anspruch auf Gratifikationen könne nur durch Kündigung oder vertragliche Abrede verschlechtert oder beseitigt werden.³ 057

3.10 Direktionsrecht des Arbeitgebers

Arbeitgeber gestalten die Stellenbeschreibungen in Arbeitsverträgen in der Regel offen. Im Arbeitsvertrag sind häufig nur allgemeine Angaben über die Art der Tätigkeit enthalten. Hierdurch behält sich der Arbeitgeber vor, die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers individuell zu konkretisieren und ihm je nach betrieblichem Bedarf bestimmte Arbeiten zuzuweisen. 058

Beispiel

Frau B wird als Wirtschaftsjuristin eingestellt. Der Arbeitgeber kann Frau B mit den üblichen wirtschaftsjuristischen Fragen betrauen. Würde dagegen die Stellenbeschreibung im Arbeitsvertrag lauten: „*Frau B wird eingestellt als Wirtschaftsjuristin mit dem Schwerpunktbereich Arbeitsrecht*“, müsste der Arbeitgeber Frau B mit vorwiegend arbeitsrechtlichen Fragen betrauen.

Zur Sicherstellung eines flexiblen Arbeitnehmereinsatzes sind Stellenbeschreibungen daher in der Regel weit gefasst. Häufig findet sich in der Praxis der Passus: „*Der Arbeitnehmer wird im Rahmen seiner Ausbildung, Kenntnisse und Fähigkeiten eingesetzt.*“ 059

Die Zuweisung der einzelnen konkreten Tätigkeiten, die der Arbeitnehmer erledigen soll, erfolgt durch die Ausübung des Direktionsrechts. Nach § 106 GewO kann der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen. Etwas anderes gilt, wenn die Arbeitsbedingungen bereits durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen der Betriebsverfassung oder eines Tarifvertrages konkret festgelegt sind. 060

¹ BAG NZA 2009, 601.

² Vgl. ErfK/Preis § 611a BGB Rn 225a m. w. N.

³ BAG NZA 2009, 601 (603).

- 061 Das Direktionsrecht des Arbeitgebers beinhaltet die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers hinsichtlich der einzelnen zu erbringenden Arbeitsleistungen. Der Arbeitgeber kann auch verlangen, dass der Arbeitnehmer an Schulungen und Fortbildungen teilnimmt, wenn der Arbeitnehmer nicht über die Fähigkeiten und Kenntnisse verfügt, die zu seinem Berufsbild gehören.¹ Nebentätigkeiten wie das Aufräumen und Säubern der Arbeitsstätte, die Pflege der Waren und Arbeitsgeräte und ähnliche Tätigkeiten muss ein Arbeitnehmer ebenfalls verrichten, wenn die Erledigung solcher Arbeiten dem Berufsbild entspricht.
- 062 Das Direktionsrecht des Arbeitgebers hat Grenzen. Zum einen muss sich der Arbeitgeber im Rahmen der grundgesetzlichen, einfachgesetzlichen, tarifvertraglichen und betriebsverfassungsrechtlichen Bestimmungen halten. Das bedeutet, dass Anweisungen, die gegen das Arbeitszeitgesetz oder gegen die tarifvertraglich vereinbarte Arbeitszeit verstoßen, unwirksam sind. Ebenfalls unwirksam sind Anweisungen des Arbeitgebers, die den Arbeitnehmer in seinen Grundrechten verletzen.
- 063 Darüber hinaus bestimmt § 315 Abs. 1 BGB für den Fall der einseitig vom Arbeitgeber zu bestimmenden Leistungsvorgabe, dass diese nach billigem Ermessen zu treffen ist. Der § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB regelt weiter, dass eine einseitige Leistungsbestimmung für den anderen Teil nur verbindlich ist, wenn sie der Billigkeit entspricht. Das bedeutet, dass sich der Arbeitgeber bei der Ausübung seines Direktionsrechts an die Grundsätze eines fairen Umgangs mit den Arbeitnehmern halten muss. Ferner muss er nicht nur seine, sondern auch die Interessen des Arbeitnehmers angemessen berücksichtigen.² Nicht den Grundsätzen billigen Ermessens entspricht, wenn ein persönlicher Assistent, ohne dass dies im Arbeitsvertrag geregelt ist, vorwiegend mit Kaffeekochen und Fahrdiensten beschäftigt wird.
- 064 Nur in außergewöhnlichen Fällen kann der Arbeitgeber aufgrund seines Direktionsrechts dem Arbeitnehmer vorübergehend eine andersartige Tätigkeit als die vertraglich geschuldete Arbeit zuweisen.³ In Notfällen ist der Arbeitnehmer bereits aus der arbeitsvertraglichen Treuepflicht verpflichtet, vorübergehend an einer Schadensminderung für das Unternehmen mitzuwirken. Als Notfälle gelten jedoch nur unvorhersehbare Sachverhalte; nicht dagegen durch rechtzeitige Personalplanung behebbare Personalengpässe. Der Arbeitgeber kann einen Arbeitnehmer nicht aufgrund einer Erkrankung oder des Urlaubs eines anderen Arbeitnehmers vorübergehend zu einer geringeren oder höherwertigen Tätigkeit heranziehen. Personalengpässe fallen nach der Betriebsrisikolehre in den Risikobereich des Arbeitgebers. Auch in Notfällen muss der Arbeitnehmer keine unbezahlten Überstunden leisten.⁴

¹ ArbG Bonn NZA 1991, 512 zur Einweisung in ein BTX-System.

² *Grobys/Panzer/Ehrich*, SWK ArbR 2017 Direktionsrecht, Rn 33.

³ BAG NZA 1997, 104 ff.

⁴ *ErfK/Preis* § 106 GewO Rn 6.

Übersicht 5: Rechtsquellen des Arbeitsrecht nach ihrer Rangfolge	
Rangfolge:	Beispiele:
Verfassung/Europarecht	Art. 2 Abs. 1 GG (Persönlichkeitsrecht) Art. 3 Abs. 3 GG (Gleichheitsgebot) Art. 9 Abs. 3 GG (Koalitionsfreiheit)
Gesetze und Rechtsverordnungen	Berufsbildungsgesetz Jugendarbeitsschutzgesetz Kündigungsschutzgesetz Mutterschutzgesetz Arbeitsstättenverordnung Berufskrankheitsverordnung
Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen	TVöD Manteltarifvertrag für gewerbliche Arbeitnehmer in der ...industrie des Landes über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit ... über das betriebliche Vorschlagswesen
Einzelarbeitsvertrag Allgemeine Arbeitsbedingungen Gleichbehandlungsgrundsatz Betriebliche Übung Direktions- und Weisungsrecht des Arbeitgebers	Arbeitszeit, Urlaub, Dienstreisen, Verschwiegenheitspflicht Kriterien für betriebliche Altersversorgung, für Gratifikationen; Anspruch auf Urlaubs- und Weihnachtsgeld, Gratifikationen Zuweisung bestimmter Arbeitsvorgänge, evtl. in vorgeschriebener Reihenfolge
Dispositive Gesetze und Kollektivvereinbarungen	Kündigungsfrist gem. § 622 Abs. 5 BGB; Öffnungsklausel in einem Tarifvertrag
Achtung: Die Reihenfolge wird überwiegend durch das Günstigkeitsprinzip durchbrochen, wenn Abweichungen zugunsten des Arbeitnehmers vereinbart werden.	

3.11 Rangfolge der arbeitsrechtlichen Rechtsquellen

Hinsichtlich der Rangfolge der unter 3.1 - 3.10 dargestellten Rechtsquellen gilt der allgemeine Grundsatz, dass der höherrangigen Rechtsquelle der Vorrang zukommt (Rangprinzip).¹ Das Rangprinzip gilt allerdings nur für zwingendes Gesetzesrecht und für zwingende Kollektivvereinbarungen. Enthält eine Rechtsquelle dispositives, also abdingbares Recht, können abweichende Vereinbarungen getroffen werden.

Arbeitsrechtliche Vorschriften sind dahingehend zwingend, dass von diesen nicht zu Lasten der Arbeitnehmer abgewichen werden darf,² sofern ein Gesetz dies

¹ ErfK/Preis § 611a BGB Rn 236 ff.

² Dütz/Thüsing, Arbeitsrecht, Rn 56.

nicht ausdrücklich zulässt, wie z. B. § 622 Abs. 4 und 5 BGB im Fall der Kündigungsfristen.

- 068 Arbeitsrechtliche Vorschriften, die den Schutz der Arbeitnehmer bezwecken, sind dagegen für den Arbeitgeber immer zwingend, sodass nur zugunsten der Arbeitnehmer das Rangprinzip durch das Günstigkeitsprinzip durchbrochen werden darf.¹
- 069 Daraus ergibt sich, dass einzelvertragliche Vereinbarungen unzulässig sind, wenn sie zum Nachteil des Arbeitnehmers von einer ranghöheren Rechtsnorm abweichen. Werden dagegen einzelvertragliche Vereinbarungen getroffen, die für den Arbeitgeber günstiger sind als die gesetzlichen, die tarifvertraglichen oder die in einer Betriebsvereinbarung getroffenen Regelungen, sind diese nach dem Günstigkeitsprinzip wirksam.

Beispiel

Der Urlaubsanspruch eines Arbeitnehmers beträgt gem. § 3 Abs. 1 BUrlG jährlich mindestens 24 Werktage. Wird im Arbeitsvertrag ein Jahresurlaub von 25 Werktagen vereinbart, hat der Arbeitnehmer nach dem Günstigkeitsprinzip Anspruch auf 25 Tage Urlaub.

Abwandlung:

Ist in einem Arbeitsvertrag ein Jahresurlaub von 15 Werktagen vereinbart, ist diese Regelung gem. § 13 Abs. 1 BUrlG i. V. m. § 134 BGB nichtig, weil trotz des zwingenden Charakters dieser Rechtsnorm von § 3 Abs. 1 BUrlG zum Nachteil des Arbeitnehmers abgewichen worden ist. Hier wirkt sich das Rangprinzip aus, dem Arbeitnehmer steht der gesetzliche Mindesturlaub von in Höhe von 24 Werktagen zu.

- 070 In der Rechtspraxis ist sorgfältig zu prüfen, welche Rechtsquellen auf ein konkretes Arbeitsverhältnis anzuwenden sind und wie diese – unter Berücksichtigung des Rang- und Günstigkeitsprinzips – zueinander stehen.

¹ ErfK/Preis § 611a BGB Rn 238.