

Zerres, Thomas; Zerres, Christopher

Working Paper

Arbeitsrechtlicher Rahmen von Managemententscheidungen

Arbeitspapiere für Marketing und Management, No. 12

Provided in Cooperation with:

Fakultät Medien, Hochschule Offenburg

Suggested Citation: Zerres, Thomas; Zerres, Christopher (2016) : Arbeitsrechtlicher Rahmen von Managemententscheidungen, Arbeitspapiere für Marketing und Management, No. 12, Hochschule Offenburg, Fakultät Medien, Offenburg,
<https://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bsz:ofb1-opus4-21239>

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/244629>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.



CHRISTOPHER ZERRES

MARKETING

Schriftenreihe „Arbeitspapiere für Marketing und Management“

**Herausgeber:
Prof. Dr. Christopher Zerres**

**Hochschule Offenburg
Fakultät Medien und Informationswesen**

Arbeitspapier Nr. 12

**Arbeitsrechtlicher Rahmen
von Managemententscheidungen**

Zerres, T. / Zerres, C.

Offenburg, November 2016

ISSN: 2510-4799

Impressum

**Prof. Dr. Christopher Zerres
Hochschule Offenburg
Fakultät Medien und Informationswesen
Badstraße 24
77652 Offenburg
ISSN: 2510-4799**

Inhalt

1	Anwendungsbereich	1
2	Elemente	5
3	Arbeitskampfrecht	12
4	Weiterführende Literatur	14
5	Autoreninformation	14

Während große Unternehmen heute über umfangreiche Rechtsabteilungen verfügen, oftmals spezialisiert nach betrieblichen Funktionen, wie etwa Entwicklung oder Vertrieb, wie auch nach Rechtsgebieten, wie etwa Patentrecht oder Kartellrecht, gelegentlich auch auf beide, so fehlt eine derartige Ressource in kleinen, aber auch noch in mittelständischen Unternehmen häufig ganz. Vor diesem Hintergrund ist es das *Ziel* dieses neuen Arbeitspapiers, den jeweiligen Entscheidungsträgern im Management dieser Unternehmen, also KMU, den gesamten arbeitsrechtlichen Rechtsrahmen in kompakter Form vorzustellen.

1 ANWENDUNGSBEREICH

Das *Arbeitsrecht* wird allgemein als das Sonderrecht für Arbeitsverhältnisse bezeichnet, die im Falle eines Vertrages zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber vorliegen. Im Prinzip geht es um solche Normen, die sich auf die, von einem Arbeitnehmer in abhängiger, weisungsgebundener Tätigkeit für einen Arbeitgeber geleistete Arbeit beziehen. Ein Arbeitnehmer stellt einem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zur Verfügung und erhält als Gegenleistung ein Arbeitsentgelt, von dem er seinen Lebensunterhalt zu bestreiten hat. Aus diesem Grund ist er darauf angewiesen, dass er einen angemessenen Lohn erhält, seine Gesundheit durch die Arbeit nicht gefährdet wird und ihm sein Arbeitsplatz möglichst erhalten bleibt. Dieses Grundverständnis für ein Schutzbedürfnis entstand bereits im 19. Jahrhundert.

Das Arbeitsrecht versucht also, einen Ausgleich der potenziellen Unterlegenheit der Arbeitnehmer auf unterschiedlichen Wegen zu erreichen. Hierzu zählen, neben der Einschränkung der Vertragsfreiheit beim Arbeitsvertrag, die Anerkennung von Kollektivvereinbarungen (insbesondere Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung) sowie die Beteiligung der Arbeitnehmer an Entscheidungsprozessen im Unternehmen.

Im Hinblick auf das Entgelt erfolgt dies heute durch das Mindestarbeitsbedingungengesetz (MiArbG), das Mindestlohngesetz (MiloG), das Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG), das den Anspruch auf Entgelt im Krankheitsfall aufrechterhält, sowie durch das Bundesurlaubsgesetz (BUrIG), das jedem Arbeitnehmer einen gesetzlichen (Mindest-)Anspruch auf (bezahlten) Erholungsurlaub zugesteht. Der Gesundheitsschutz soll durch Regelungen zur gesetzlich festgelegten Höchstarbeitszeit (Arbeitszeitgesetz, ArbZG), durch Regelungen zum Schutz der Jugend (Jugendarbeitsschutzgesetz, JArbSchG) oder durch Schutzregelungen im Falle der Schwangerschaft (Mutterschutzgesetz, MuSchG) gewährleistet werden. Schließlich soll der Erhalt des Arbeitsplatzes durch Kündigungsschutzgesetze besonders gesichert werden. Hierzu zählen z. B. das MuSchG oder das, die Elternzeit betreffende Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG), vor allem das allgemeine Kündigungsschutzgesetz (KSchG).

Der Inhalt eines Arbeitsvertrages wird auch durch kollektivrechtliche Regelungen bestimmt, insbesondere durch einen *Tarifvertrag*. Es gibt auch Verträge auf betrieblicher Ebene. So kann der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat, der Vertretung der Arbeitnehmer, auf betrieblicher Ebene (ab einer bestimmten Anzahl von Arbeitnehmern), eine Betriebsvereinbarung über Arbeitsbedingungen sowie über betriebliche Angelegenheiten abschließen. Die rechtlichen Grundlagen hierfür sind im Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) enthalten.

Maßgebliches Abgrenzungskriterium für die Unterscheidung des Arbeitsvertrages von einem *freien Dienstvertrag* ist die Unselbständigkeit des Dienstverpflichteten. Ist der, zu einer Dienstleistung Verpflichtete vertraglich berechtigt, seine Leistungen auch durch, von ihm ausgewählte Dritte erbringen zu lassen, ist er i. d. R. kein Arbeitnehmer. Entscheidend zur Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft ist die persönliche, nicht dagegen die wirtschaftliche Abhängigkeit.

Ein *Selbstständiger* ist, in Anlehnung an das Handelsvertreterrecht (§ 84 Abs. 1 S. 2 HGB), eine Person, die im Wesentlichen frei ihre Tätigkeit gestalten und ihre Arbeitszeit bestimmen kann.

Ein *Auftrag* ist gemäß § 662 BGB auf eine unentgeltliche Geschäftsbesorgung gerichtet, während beim Arbeitsvertrag die Arbeitsleistung gegen Entgelt erbracht wird.

Im Gegensatz zum Arbeitnehmer schuldet der Werkunternehmer im *Werkvertrag* nicht nur die bloße Arbeitsleistung, sondern einen konkreten Arbeitserfolg.

Bei einem *Gesellschaftsvertrag* kann ein Gesellschafter zur persönlichen Mitarbeit verpflichtet sein. So ist z. B. ein Rechtsanwalt als Mitglied einer Sozietät in der Rechtsform der GbR zur Leistung von Diensten verpflichtet (§ 706 Abs. 3 BGB). Diese erbringt er aber nicht für einen anderen, sondern zur Förderung eines gemeinschaftlichen Zwecks (§ 705 BGB), so dass es in diesen Fällen an der, für den Arbeitsvertrag typischen persönlichen Abhängigkeit des einen Vertragspartners fehlt (Brox/Rüthers/Henssler, Rn. 47).

Manche arbeitsrechtlichen Gesetze umschreiben Arbeitnehmer als Arbeiter und Angestellte sowie die zur ihrer Berufsausbildung Beschäftigte (z. B. § 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG, § 2 S. 1 BUrIG, § 2 Abs. 2 ArbZG, § 1 Abs. 2 EFZG, § 5 Abs. 1 BetrVG). Diese Differenzierung ist im 19. Jahrhundert entstanden. Arbeiter sollte dabei derjenige sein, der überwiegend körperlich arbeitet, während der Angestellte kaufmännische, büromäßige oder sonst überwiegend geistige Arbeit leistet. Heute sind an diese Unterscheidung, insbesondere durch die Vereinheitlichung der Kündigungsfristen (§ 622 BGB), der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall oder in der Sozialversicherung, keine unterschiedlichen Rechtsfolgen mehr geknüpft; jede Ungleichbehandlung müsste zudem aufgrund des in Art. 3 GG normierten Gleichheitsgrundsatzes sachlich gerechtfertigt sein.

Der Begriff des *leitenden Angestellten* spielt heute vor allem noch in der Betriebsverfassung eine wichtige Rolle. Rechtlich sind diese zwar Arbeitnehmer, sie stehen interessensmäßig aber eher auf Arbeitgeberseite. Diese, durch die Arbeitnehmereigenschaft einerseits und die Ausübung der Arbeitgeberfunktion andererseits bedingte Zwischenstellung der leitenden Angestellten erfordert in einigen Bereichen eine rechtliche Sonderbehandlung. So findet das BetrVG auf sie keine Anwendung (§ 5 Abs. 3 BetrVG). Weiterhin findet das Arbeitszeitgesetz auf leitende Angestellte keine Anwendung (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG). Ebenso ist der Kündigungsschutz schwächer ausgestaltet (§ 14, Abs. 2 KSchG; BAG, NZA 2013, 27; DB 2011, 2383; Reichold, § 2, Rn. 29).

Das *Berufsausbildungsverhältnis* ist ein, durch den Ausbildungszweck modifiziertes Arbeitsverhältnis. Es wird im Berufsbildungsgesetz (BBiG) geregelt. Der Auszubildende schließt mit dem Auszubildenden einen Berufsausbildungsvertrag, auf den die, auf den Arbeitsvertrag geltenden Vorschriften grundsätzlich anwendbar bleiben. Allerdings wird das Arbeitsverhältnis entscheidend durch den Ausbildungszweck geprägt.

Bei der *Arbeitnehmerüberlassung* besteht die Besonderheit darin, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer für eine bestimmte Zeit einem Dritten zur Arbeitsleistung zur Verfügung stellt. Dies ist nach § 613 S. 2 BGB *nur* mit Zustimmung des Arbeitnehmers möglich. Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG), das die gewerbsmäßige Überlassung von Arbeitnehmern regelt, verwendet, ebenso wie die zugrundeliegende EG-Richtlinie 08/104/EG, den Begriff „Leiharbeit“. Durch das AÜG soll verhindert werden, dass dem Leiharbeiter durch die dauernde Aufspaltung der Arbeitgeberfunktionen Nachteile entstehen. Generell verboten ist die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe für Arbeiten, die üblicherweise von Arbeitern verrichtet werden (§ 1b S. 1 AÜG); Ausnahmen sind in § 1b S. 2 u. 3

AÜG enthalten. Im Übrigen ist die Arbeitnehmerüberlassung an die Erlaubnis der Bundesagentur für Arbeit geknüpft (§ 1 Abs. 1 S. 1 i. V. m. §§ 2-6, 17 AÜG) und hier einer strengen Kontrolle unterworfen (§§ 7, 8 AÜG).

Nach der Legaldefinition des § 2 Abs. 1 Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG, BGBl. I 2000, 1966) liegt *Teilzeitarbeit* dann vor, wenn die regelmäßige Wochenarbeitszeit des Arbeitnehmers kürzer ist als die regelmäßige Wochenarbeitszeit vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer. Dabei ist auf die betriebsübliche Vollzeitarbeit abzustellen. Ziel dieses Gesetzes ist es, die Teilzeitarbeit zwar zu fördern, aber gleichzeitig Diskriminierungen von Teilzeitbeschäftigten zu verhindern.

Die Teilzeitarbeit i. S. d. TzBfG ist zu unterscheiden von der *Kurzarbeit*. Bei dieser handelt es sich um eine vorübergehende Herabsetzung der vereinbarten Arbeitszeit bei entsprechender Minderung der Entgeltansprüche des Arbeitnehmers.

Das *Altersteilzeitgesetz* (ATG) schafft die Voraussetzungen für Tarifverträge, die älteren Arbeitnehmern einen gleitenden Übergang vom Erwerbsleben in die Altersrente ermöglichen sollen. Vereinfacht sieht das Konzept vor, dass derjenige, der mindestens das 55. Lebensjahr vollendet hat, seine Arbeitszeit um die Hälfte verringern kann. Dafür stockt dieser das Entgelt für die 50%-ige Arbeitsleistung um mindestens 20% auf und entrichtet zusätzliche Leistungen zur Rentenversicherung. Die Bundesagentur fördert seit der Reform 2010 allerdings nur noch Verträge, die vor dem 31.12.2009 abgeschlossen worden sind.

Bei der *Abrufarbeit* (KAPOVAZ, § 12 TzBfG) kann der Arbeitgeber die Arbeitszeit nach Lage und Dauer der Beschäftigung einseitig bestimmen, jedoch nicht den Umfang der Arbeitszeit insgesamt festlegen.

Teilen sich zwei oder mehr Arbeitnehmer einen Arbeitsplatz, so spricht man von *Jobsharing* bzw. Arbeitsplatzteilung gem. § 13 TzBfG.

Ein Arbeitnehmer kann, neben seinem Hauptarbeitsverhältnis, weitere Arbeitsverhältnisse abschließen. Bei diesem - üblicherweise als *Nebentätigkeit* bezeichneten Beschäftigungsverhältnis - wird es sich regelmäßig um ein Teilzeitarbeitsverhältnis handeln. Eine solche Nebentätigkeit ist grundsätzlich zulässig (Art. 2 Abs. 1, 12 GG). Der (Haupt-)Arbeitgeber kann allerdings die (erforderliche) Genehmigung zur Aufnahme einer solchen Nebentätigkeit dann verweigern, wenn die Nebentätigkeit mit der Haupttätigkeit kollidiert oder wenn dadurch die, nach dem ArbeitszeitG zulässige Höchstarbeitszeit überschritten würde (§§ 3, 7 ArbZG).

Auch geringfügig Beschäftigte auf „450 Euro-Basis“ („*Minijobber*“) sind normale Teilzeitarbeitnehmer (§ 2 Abs. 2 TzBfG), die nicht alleine wegen der Geringfügigkeit aufgrund des Diskriminierungsverbots anders behandelt werden dürfen (§ 4 TzBfG). Es bestehen allerdings einige sozial- und steuerrechtliche Besonderheiten.

Studierende, die während ihres Studiums einer Beschäftigung von weniger als 20 Wochenstunden nachgehen, sind für diese Tätigkeit gem. § 6 Abs. 1 Nr. 3 SGB V, § 20 Abs. 1 SGB XI krank-, pflege- und arbeitslosenversicherungsfrei.

Der Gesetzgeber hat im Laufe der Zeit, vor allem zum Schutz der wirtschaftlich und sozial unterlegenen Arbeitnehmer, zahlreiche *Schutzvorschriften* geschaffen. Das heutige Arbeitsrecht ist dabei außerhalb des BGB entwickelt worden. Es gibt für das Arbeitsrecht, trotz mehrfacher Anläufe, kein Arbeitsgesetzbuch, nicht einmal ein Arbeitsvertragsgesetz. Der Gesetzgeber hat sich bis heute auf die Konzipierung zahlreicher, mehr oder weniger überzeugender Einzelgesetze beschränkt, die das zugrundeliegende Arbeitsverhältnis beeinflussen.

Trotz dieser zahlreichen Gesetze gibt es arbeitsrechtliche Bereiche, die vom Gesetzgeber gar nicht oder nur rudimentär geregelt werden. Nach der Verfassung sind die Gerichte an Recht und Gesetz gebunden (Art. 20 GG) und im Einzelfall zu einer Entscheidung berufen. Die *Rechtsprechung der Gerichte* ist daher, gerade in diesen Bereichen, von großer Bedeutung. Da sich die Praxis stark an die Entscheidungen der Arbeitsgerichte orientiert, übernehmen sie die Rolle eines „Quasi -Gesetzgebers“.

Die *Vielfalt der Gestaltungsfaktoren*, die Einfluss auf das Arbeitsverhältnis haben, ist ein wesentliches Merkmal des Arbeitsrechts. In vertikaler Richtung sind es insbesondere die zwingenden Gesetze, Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen, deren Verhältnis zueinander bestimmt werden muss. Auf horizontaler Ebene können Abgrenzungs- bzw. Anwendungsprobleme, beispielsweise bei konkurrierenden Tarifverträgen, auftreten. Hier geht es um

- Europarecht,
- Deutsches Verfassungsrecht,
- Gesetze und Rechtsverordnungen,
- Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung,
- Arbeitsvertrag sowie
- Direktionsbefugnis des Arbeitgebers.

Diese arbeitsrechtlichen *Gestaltungsfaktoren*, also die Quellen, die Grundlage der Entscheidungsfindung bzw. für das Arbeitsverhältnis sein können, werden selten kumulativ zur Anwendung kommen. Allerdings ist diese Reihenfolge eher auch als „Checkliste“ zu betrachten, um bei der Prüfung keine Normen zu übersehen. Die aufgeführten Gestaltungsfaktoren stehen zunächst nicht gleichrangig nebeneinander, sondern bilden in der genannten Reihenfolge eine Rangordnung. Es gilt grundsätzlich das „Rangprinzip“ bzw. „Hierarchieprinzip“, d. h., die ranghöhere Regelung geht der rangniedrigeren Norm vor. So geht etwa eine zwingende Gesetzesbestimmung einer tarifvertraglichen Regelung vor, ebenso wie eine tarifvertragliche Regelung eine Bestimmung aus einer Betriebsvereinbarung verdrängt; letztere wiederum kann den Rahmen für einen Arbeitsvertrag darstellen (ErfK/Preis, § 611 BGB, Rn. 237). Im Arbeitsrecht ist bei Konkurrenzverhältnissen das Günstigkeitsprinzip zu beachten. Das bedeutet, dass eine rangniedrigere Regelung Vorrang vor einer ranghöheren Regelung hat, wenn diese für den Arbeitnehmer günstiger ist. Sieht z. B. ein Tarifvertrag einen Urlaubsanspruch von 28 Kalendertagen im Jahr vor und der konkrete Arbeitsvertrag 30 Kalendertage, dann steht dem Arbeitnehmer ein Urlaubsanspruch von 30 Kalendertagen zu. Bei Konkurrenz auf gleicher Ebene gilt das Spezialitätsprinzip, z. B. sind Regelungen in einem Firmentarifvertrag (Haustarifvertrag) vorrangig zu den Regelungen in einem Verbandstarifvertrag.

Arbeitsverhältnisse können Bezüge zu *Rechtsordnungen anderer Staaten* aufweisen. Dabei geht es vor allem um *die* Fälle, in denen ein ausländischer Arbeitnehmer im Inland oder ein deutscher Arbeitnehmer im Ausland beschäftigt ist. Nach Art. 3 Abs. 1 ROM-I-VO können die Arbeitsvertragsparteien das anzuwendende Recht grundsätzlich frei bestimmen, also welches nationale Arbeitsrecht auf ihr Vertragsverhältnis jeweils angewandt werden soll. Ordnet der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer ab, für ihn eine begrenzte Zeit im Ausland tätig zu sein, ändert sich der Arbeitsvertragsstatut, d. h. das auf das Arbeitsverhältnis anzuwendende Sachrecht, grundsätzlich nicht.

Der europäische Gesetzgeber hat vor diesem Hintergrund mit der *Entsenderichtlinie* 96/71/EG reagiert und die Mitgliedsstaaten der EU verpflichtet, für Arbeitnehmer, die aus einem anderen EU-Staat vorübergehend in ihr Gebiet entsandt werden, die gleichen Mindestarbeitsbedingungen durchzusetzen, die generell im eigenen Land gelten. Deutschland hat diese Richtlinie im *Arbeitnehmerentsendegesetz* (AEntG) umgesetzt.

Für *arbeitsrechtliche Streitigkeiten* besteht eine, gegenüber der Zivilgerichtsbarkeit, selbstständige *Arbeitsgerichtsbarkeit*. Ziel dieser gesonderten Gerichtsbarkeit ist es, für den Bereich der arbeitsrechtlichen Streitigkeiten ein angemessenes Verfahren bereitzustellen, das den Arbeitnehmerbedürfnissen im Hinblick auf eine kurze Verfahrensdauer oder geringe Kosten gerecht werden soll. Die Gerichtsbarkeit wird durch die Arbeitsgerichte (ArbG), die Landesarbeitsgerichte (LAG) und das Bundesarbeitsgericht (BAG) ausgeübt (§ 1 ArbGG).

2 ELEMENTE

Erster Schritt zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses ist einer *Bewerbung* aufgrund einer Stellenausschreibung. Mit dieser wird ein vorvertragliches Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber begründet (§ 311 Abs. 2 BGB). Inhalt dieses vorvertraglichen Schuldverhältnisses sind spezifische Pflichten, die sich aus den jeweiligen Besonderheiten ergeben, etwa Schutz-, Diskretions-, Offenbarungs- und Kostenerstattungspflichten.

Bereits bei der Stellenausschreibung hat der Arbeitgeber das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) zu beachten. Ziel des AGG ist nach § 1 AGG, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse, ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen. So darf ein Arbeitgeber z. B. einen Arbeitsplatz nur geschlechtsneutral ausschreiben. Eine unterschiedliche Behandlung kann aber aus sachlichen Gründen gerechtfertigt sein, wenn dieses Merkmal eine entscheidende berufliche Anforderung für die ausgeschriebene Stelle darstellt (Brox/Rüthers/Henssler, Rn. 150 m. w. N.).

Verstößt der Arbeitgeber gegen das Benachteiligungsverbot des AGG im Rahmen der Stellenausschreibung, macht er sich gegenüber einem abgewiesenen Bewerber nach § 15 AGG schadensersatzpflichtig. Ein Anspruch auf Einstellung besteht dagegen nicht.

Ein Arbeitsvertrag stellt eine Sonderform des Dienstvertrages i. S. v. § 611 BGB dar, dessen Inhalt in den meisten Fällen durch Gesetz, Tarifvertrag, betriebliche Übung oder das Direktionsrecht des Arbeitgebers konkretisiert bzw. modifiziert wird. Ein Arbeitsvertrag wird nach dem Prinzip der Vertragsfreiheit begründet (§ 105 GewO). Grundsätzlich können beide Seiten frei darüber entscheiden, ob und mit wem sie ein Arbeitsverhältnis begründen (Grundsatz der Abschlussfreiheit) sowie welchen Inhalt das Arbeitsverhältnis haben soll (Grundsatz der Inhaltsfreiheit). Während die inhaltliche Gestaltungsfreiheit der Vertragsparteien durch zahlreiche Arbeitnehmerschutzvorschriften (KSchG, ArbZG, MiLoG, SGB IX, Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen) und bei Formularverträgen zusätzlich durch die §§ 305 ff. BGB erheblich eingeschränkt ist, unterliegt die Abschlussfreiheit dagegen grundsätzlich keinen rechtlichen Beschränkungen.

In bestimmten Fällen ist allerdings auch die Abschlussfreiheit des Arbeitgebers eingeschränkt. Nach § 71 Abs. 1, 2 SGB IX sind Arbeitgeber, die mindestens über 20 Arbeitsplätze verfügen, verpflichtet, wenigstens 5% der Arbeitsplätze mit Schwerbehinderten zu besetzen. Auch in Tarifverträgen können mitunter Abschlussgebote enthalten sein, z. B. eine bestimmte Anzahl älterer Arbeitnehmer oder Auszubildende zu beschäftigen. Kommen diese

ihrer Pflicht nicht nach, so sieht das Gesetz Ausgleichsabgaben und Geldbußen vor. Eine Verpflichtung zum Abschluss eines Arbeitsvertrages besteht allerdings nicht.

Für den Abschluss eines Arbeitsvertrages gilt der Grundsatz der *Formfreiheit*. Arbeitsverträge können schriftlich, mündlich und durch schlüssiges Verhalten wirksam geschlossen werden. Anderes gilt, wenn eine abweichende gesetzliche oder vertragliche Regelung vorliegt. Geht es um den Abschluss eines befristeten oder auflösend bedingten Arbeitsvertrages, so bedarf nur die entsprechende Befristungs- oder Bedingungsklausel zwingend der Schriftform (§ 14 Abs. 6, 21 TzBfG).

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach der Legaldefinition in § 305 Abs. 1 BGB Vertragsbedingungen, die für eine Vielzahl von Verträge vorformuliert sind und die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt; in dem Zusammenhang ist zu beachten, dass ein Arbeitnehmer diesbezüglich als Verbraucher i. S. v. § 13 BGB angesehen wird, so dass nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB die meisten Regelungen im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch schon bei nur einmaliger Verwendung durch den Arbeitgeber Anwendung finden. Nach § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 2 BGB ist die Einbeziehung im Arbeitsrecht nicht besonders zu prüfen. Der Grund besteht darin, dass der Gesetzgeber die Nachweispflichten des NachwG für ausreichend erachtet (ErfK/Preis, § 305 bis 310 BGB, Rn. 26). Zu prüfen ist lediglich, ob gegebenenfalls eine vorrangige Individualabrede (§ 305b BGB) oder eine überraschende Klausel vorliegt, die nach § 305c BGB nicht wirksamer Vertragsbestandteil wird.

Ein Arbeitsvertrag setzt zwei übereinstimmende Willenserklärungen voraus. Daran fehlt es, wenn eine Vertragspartei *geschäftsunfähig* (§§ 104 ff. BGB) oder *beschränkt geschäftsfähig* (§ 106 BGB) ist. Die weiteren Nichtigkeitsgründe entsprechen denen bei anderen Verträgen. Zu beachten sind der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) sowie der Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138 BGB). Diese Mängel führen zur *Nichtigkeit* des Arbeitsvertrages.

Ein Arbeitsvertrag unterliegt, ebenso wie andere privatrechtliche Verträge, den allgemeinen Regeln. Zu diesen zählen auch die nachträgliche Anfechtung eines Arbeitsvertrages wegen Irrtums über einer verkehrswesentlichen Eigenschaft des Bewerbers (§ 119 Abs. 2 BGB) oder wegen arglistiger Täuschung nach § 123 Abs. 1 BGB. Aus rechtlicher Hinsicht kommt es daher darauf an, welche Fragen einem Bewerber zulässigerweise gestellt werden dürfen. Dabei ist das Interesse des Arbeitnehmers an der Wahrung seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung als ein Aspekt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG) gegen das Recht des Arbeitgebers auf seine unternehmerische Freiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), sich ein verlässliches Bild über die fachliche und persönliche Eignung des Bewerbers für diesen Arbeitsplatz zu machen, gegeneinander abzuwägen. Der Schutz der Arbeitnehmerrechte wird dadurch gestärkt, dass Personalfragebögen dabei der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrates unterliegen (§ 94 Abs. 1 BetrVG). Generell zulässig sind Fragen, die mit dem Arbeitsplatz und der zu erbringenden Leistung in einem sachlichen Zusammenhang stehen, z. B. Fragen nach dem beruflichen Werdegang, nach der Qualifikation oder nach der bisherigen Gehaltshöhe. Nur begrenzt zulässig sind Fragen nach Vorstrafen. Diese müssen nur beantwortet werden, wenn die Strafe im Bundeszentralregister noch nicht gelöscht ist (Verwertungsverbot nach § 51 Abs. 1 BZRG) und die Tat für die angestrebte Tätigkeit Bedeutung hat. So darf ein Arbeitgeber einen Kraftfahrer nach Verkehrsdelikten oder einen Kassierer nach Vermögensstraftaten, nicht dagegen jedem Bewerber sämtliche Fragen stellen.

Generell unzulässig sind solche Fragen, denen grundsätzlich geschützte Arbeitnehmerinteressen entgegenstehen, z. B. die Frage nach der Konfessionszugehörigkeit (Art. 4 GG; Gewissensfreiheit). Unzulässig sind auch Fragen nach einer Gewerkschafts- oder Parteizugehörigkeit (Art. 9 Abs. 3 GG) oder Fragen, die sich auf solche Merkmale beziehen, die unter das Benachteiligungsverbot i. S. v. § 1 AGG fallen und nicht ausnahmsweise nach §§ 8 bis 10 AGG gerechtfertigt sind. Unzulässig sind weiterhin intime Fragen, z. B. zur Freizeitgestaltung oder zu den familiären Verhältnissen. Wenn das Unternehmen politischen oder konfessionellen Bestimmungen dient (z. B. Privatschule, Kindergarten, Krankenhaus in kirchlicher Trägerschaft oder Partei- oder Gewerkschaftseinrichtungen), so können gegebenenfalls weitergehende persönliche Fragen zulässig sein.

Unzulässig ist insbesondere die Frage nach der Schwangerschaft einer Bewerberin wegen der Benachteiligung aufgrund des Geschlechts (vgl. Art. 1 GG).

Umstritten ist, ob der Arbeitgeber nach einer *Schwerbehinderung* fragen darf. Das Bundesarbeitsgericht hatte dies längere Zeit, unabhängig von der angestrebten Tätigkeit, mit der Begründung bejaht, weil mit der Schwerbehinderteneigenschaft zahlreiche Fürsorgepflichten für den Arbeitgeber nach dem SGB IX verbunden sind, die er ohne Nachfrage nicht gesetzeskonform erfüllen könne. Nach Inkrafttreten des § 81 Abs. 2 SGB IX, der grundsätzlich eine Benachteiligung der schwerbehinderten Menschen verbietet, sowie des § 7 Abs. 1 AGG, der grundsätzlich eine Benachteiligung lediglich „behinderter“ Menschen wegen einer Behinderung bei der Einstellung verbietet, dürfte die Frage nach der Schwerbehinderung bzw. einer Behinderung nicht mehr generell, sondern nur noch insoweit zulässig sein, als eine unterschiedliche Behandlung des behinderten Arbeitnehmers nach § 8 Abs. 1 AGG bzw. § 5 Abs. 1 AGG ausnahmsweise zulässig ist. Die Frage nach einer (einfachen) Behinderung ist dagegen nur zulässig, wenn die Behinderung die Eignung des Stellenbewerbers für die vorgesehene Tätigkeit beeinträchtigt.

Bei *Krankheiten* gilt grundsätzlich, dass ein Fragerecht des Arbeitgebers dann besteht, wenn die Arbeitsfähigkeit durch den schlechten Gesundheitszustand schwerwiegend beeinträchtigt würde.

Gibt der Arbeitnehmer eine unrichtige Antwort auf eine zulässige Frage, dann kann der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag wegen *arglistiger Täuschung* nach § 123 Abs. 1 BGB anfechten. Bei unzulässigen Fragen könnte ein Bewerber zwar die Auskunft verweigern, jedoch ist in diesem Fall praktisch davon auszugehen, dass er diese ausgeschriebene Stelle nicht bekommt, so dass die unzulässige Frage ihren Zweck erfüllt hat. Eine reelle Chance auf Einstellung besteht für den Arbeitnehmer nur dann, wenn er auf eine unzulässige Frage wahrheitswidrig antworten darf. Daher besteht in diesem Fall das „Recht zur Lüge“. Eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung kommt dogmatisch, mangels Widerrechtlichkeit der Täuschung, nicht in Betracht.

Ein Arbeitgeber kann aufgrund seines Weisungs- und *Direktionsrechts* einseitig 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 vornehmen oder den Arbeitsbereich verkleinern. Der Arbeitnehmer hat einer derartigen Weisung grundsätzlich nachzukommen. Nicht gedeckt von der Direktionsbefugnis ist allerdings die Zuweisung einer niedriger bezahlten oder geringwertigeren Tätigkeit, wenn dies vertraglich so nicht vereinbart worden ist.

Ein Arbeitnehmer hat nach § 613 BGB die Dienste im Zweifel *in Person* zu leisten. Dies gilt ebenso für einen, in der Praxis häufig vorkommenden *Schichtwechsel*.

Der Arbeitnehmer unterliegt auch einer *Treuepflicht*. Sie stellt diesem die Aufgabe, die wirtschaftlichen Ziele seines Arbeitgebers zu unterstützen. Diese Treuepflicht beinhaltet zwei Komponenten, die Unterlassungspflicht und die Verhaltenspflicht (§ 242 BGB). An erster Stelle steht bei den *Unterlassungspflichten* die *Verschwiegenheitspflicht*. Das bedeutet, dass der Arbeitnehmer die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse wahren muss. Unter *Verhaltenspflichten* versteht man insbesondere Mitteilungs- und Anzeigepflichten. Der Arbeitnehmer muss danach Unregelmäßigkeiten im Betriebsablauf, insbesondere drohende Schädigungen (z. B. defekte Maschinen, Betrügereien etc.) melden. Für Arbeitnehmer, die Kontakt mit Kunden haben, besteht zudem eine *Repräsentationspflicht*. Verletzt ein Arbeitnehmer diese Pflichten, so steht dem Arbeitgeber ein Anspruch auf Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB zu. Im Falle schwerwiegender Pflichtverletzungen kommt u. U. auch eine Kündigung aus wichtigem Grund in Betracht. Ein Arbeitgeber hat gegen seinen Arbeitnehmer Ansprüche aus schuldhafter Pflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 BGB sowie aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Eigentumsverletzung. Es gelten zugunsten des Arbeitnehmers allerdings einige Abweichungen, vor allem kommt eine *Beweislastumkehr* nach § 619a BGB in Betracht.

Das *Haftungssystem des Bundesarbeitsgerichts* zur Haftungsbefreiung basiert auf einer Unterteilung des Verschuldensgrades. Ist das Verschulden als leichte Fahrlässigkeit einzustufen, dann haftet der Arbeitnehmer überhaupt nicht. Bei mittlerer Fahrlässigkeit müssen sich Arbeitnehmer und Arbeitgeber den Schaden teilen. Der Anteil des Arbeitnehmers richtet sich dabei nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach dem Ausmaß des Verschuldens sowie nach dem Grad der Gefährlichkeit der verrichteten Tätigkeit. Hier ist in einer Einzelfallprüfung eine umfassende Würdigung erforderlich. Zu berücksichtigen ist dabei auch, ob die Arbeit vom Arbeitgeber ordnungsgemäß überwacht und hinreichend organisiert oder ob der Arbeitnehmer erkennbar überfordert wurde. Liegen Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit vor, so wird der Arbeitnehmer nicht entlastet und haftet in voller Höhe.

Die *Hauptpflicht des Arbeitgebers* ist die Entgeltzahlung. Anspruchsgrundlage für den Vergütungsanspruch ist § 611 BGB i. V. m. dem Arbeitsvertrag. Das Entgelt muss erst *nach* der Dienstleistung gezahlt werden (§ 614 BGB). Im Krankheitsfall ist der Arbeitgeber zur Lohnfortzahlung in den ersten sechs Wochen verpflichtet (§ 3 Entgeltfortzahlungsgesetz).

Kommt der Arbeitnehmer, z. B. aus Witterungsgründen, zu spät zur Arbeit, so wird er zwar von seiner Leistungspflicht wegen des absoluten Fixschuldcharakters nach § 275 BGB von seiner Arbeitspflicht frei. Er verliert allerdings auf der anderen Seite seinen Anspruch auf Lohn (§ 326 Abs. 1 BGB). Kann der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung infolge betrieblicher Gründe, z. B. wegen eines Stromausfalls, nicht erbringen, dann behält er infolge eines Annahmeverzuges des Arbeitgebers seinen Anspruch auf Lohn (§ 615 BGB).

Der Arbeitgeber ist zur *fürsorgevollen Behandlung* seiner Arbeitnehmer verpflichtet. Diese Nebenpflicht aus dem Arbeitsvertrag nach § 241 Abs. 2 BGB begründet sich aus dem Umstand, dass die Arbeitnehmer ihr Leben, ihre Gesundheit und ihr Eigentum in dessen Zuständigkeitsbereich einbringen. Der Arbeitgeber ist zu deren Schutz insbesondere verpflichtet, Räume, Vorrichtungen und Gerätschaften so einzurichten und zu unterhalten, dass diese gegen Gefahren geschützt sind (§ 618 BGB, § 62 HGB). Darüber hinaus sind von ihm vor allem die Regelungen des Arbeitsschutzgesetzes (ArbSchG) mit seinen zahlreichen nachgestellten Verordnungen (z. B. Arbeitsstättenverordnung) zu beachten. Er hat somit auch dafür Sorge zu tragen, dass die Sicherheitsvorkehrungen, etwa das Tragen von Sicherheitskleidung (z. B. Schutzhelmen), eingehalten werden.

Der Arbeitgeber ist durch das *Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz* nicht nur bei der Vertragsanbahnung (§ 11 AGG), sondern auch *in* jedem bestehenden Arbeitsverhältnis verpflichtet, den Arbeitnehmer nicht zu diskriminieren und ihn vor Diskriminierung zu schützen.

Entstehen auf Arbeitnehmerseite durch einen Arbeitsunfall Personen- und/oder Sachschäden, dann ist die Schadensregulierung aufgrund der Sonderbeziehung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer nach speziellen Vorschriften abzuwickeln. Grundsätzlich hat der Arbeitnehmer bei einem Personenschaden einen Anspruch gegen die gesetzliche Unfallversicherung, deren Träger vor allem die Berufsgenossenschaften sind. Diese werden durch Beiträge des Arbeitgebers finanziert (§§ 150 ff, SGB VII) und finden Anwendung bei Schäden aufgrund von Arbeitsunfällen, Wegeunfällen und Berufskrankheiten (§§ 2 ff., 7, 8 SGB VII).

Arbeitsverhältnisse können auf unterschiedliche Weise beendet werden. Dabei stellt eine *Kündigung* den im Arbeitsrecht geregelten Normalfall dar. Mit dieser, einer einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärung, wird das Arbeitsverhältnis entweder sofort oder nach Ablauf einer (Kündigungs-)Frist beendet. Es sind zwei Arten von Kündigungen zu unterscheiden, die ordentliche bzw. fristgemäße Kündigung (§ 620 Abs. 2, 621, 622 BGB) und die außerordentliche bzw. fristlose Kündigung nach § 626 BGB. Die *ordentliche* Kündigung wird nach Ablauf einer Kündigungsfrist wirksam (§ 622 BGB) und kommt grundsätzlich bei Arbeitsverhältnissen, die auf unbestimmte Zeit eingegangen sind, in Betracht. Eine *außerordentliche* bzw. fristlose Kündigung ist ausnahmsweise dann gerechtfertigt, wenn ein „wichtiger Grund“ i. S. d. § 626 BGB vorliegt, der die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ende der Kündigungsfrist für eine der Parteien unzumutbar macht. Sie kommt vornehmlich bei einer schwerwiegenden Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten in Betracht.

Zunehmende Bedeutung erlangt in diesem Zusammenhang die *einvernehmliche*, also von Arbeitgeber und Arbeitnehmer gewollte Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Die, auf eine Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses abzielende Einigung der Vertragsparteien kann bereits im Zeitpunkt der Einstellung vorgelegen haben, die rechtstechnisch durch eine Befristung des Arbeitsvertrages erfolgt oder erst im Nachhinein durch einen Aufhebungsvertrag erzielt wird.

Das Gesetz kennt kein automatisches *Ausscheiden aus Altersgründen*. Das Erreichen des normalen Ruhestandsalters mit 65 bzw. 67 stellt nach dem Gesetz auch keinen Kündigungsgrund dar. Allerdings kann einzelvertraglich, durch Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung, bestimmt sein, dass das Arbeitsverhältnis automatisch endet, wenn der Arbeitnehmer diese Altersgrenzen erreicht hat und zugleich Rentenansprüche entstehen. Möglich ist auch eine Weiterarbeit nach Erreichung dieser „Regelaltersgrenze“.

Nach § 620 Abs. 1 BGB enden Dienstverhältnisse mit Ablauf der Zeit, für die sie eingegangen sind. Eine Befristung ist allerdings an besondere Voraussetzungen geknüpft. § 620 Abs. 3 BGB verweist hierzu auf das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG).

Eine Vereinbarung, mit der die Parteien des Arbeitsverhältnisses die Beendigung desselben beschließen, wird als *Aufhebungsvertrag* bezeichnet. Ein Aufhebungs- bzw. Auflösungsvertrag bedarf zu seiner Wirksamkeit der *Schriftform* nach § 623 BGB, d. h., dieser muss von Arbeitnehmer und Arbeitgeber unterschrieben sein. Regelmäßig beinhaltet eine solche Vereinbarung die sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses oder zu einem späteren Zeitpunkt gegen Zahlung einer Abfindung an den Arbeitnehmer. Ein Aufhebungsvertrag ist ein wirkungsvolles juristisches Gestaltungsinstrument, mit dem die Vertragsparteien damit ein Arbeitsverhältnis, unabhängig von allen sonst entgegenstehenden arbeitsrechtlichen Regelungen, beenden können. Es gibt weder einen besonderen Kündigungsschutz, z. B. wegen Mutterschutzes oder Schutzes wegen Schwerbehinderung, noch einen allgemeinen Kündi-

gungsschutz (nach dem Kündigungsschutzgesetz); auch Kündigungsfristen oder etwaige Kündigungsverbote sind nicht zu beachten.

Die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses erfolgt in den meisten Fällen durch eine Kündigung des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers. Dabei kommt die ordentliche Kündigung als Normalfall bei Arbeitsverhältnissen in Betracht, die auf eine unbestimmte Zeit eingegangen sind. Sie führt dazu, dass der Arbeitgeber den Anspruch auf die Arbeitsleistung verliert, gleichzeitig aber von seiner Lohnzahlungspflicht entbunden wird. Auf Arbeitnehmerseite entfallen der Vergütungsanspruch sowie die Verpflichtung zur Arbeitsleistung. Während der Arbeitnehmer Kündigungsfreiheit in vollem Umfang genießt, wird diese Freiheit auf Arbeitgeberseite stark eingeschränkt, da die wirtschaftlichen Folgen den Arbeitnehmer regelmäßig stärker treffen als den Arbeitgeber. Diese Einschränkungen unterliegen vor allem dem allgemeinen Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz (§§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 KSchG). Danach kann ein Arbeitgeber ein Arbeitsverhältnis nur durch eine sozial gerechtfertigte Kündigung wirksam beenden. Nach § 1 Abs. 2 KSchG ist eine ordentliche Kündigung dann sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist; es handelt sich hierbei um - wenn auch weit gefasste - abschließende Gründe.

Zu den gesetzlichen *Kündigungsverböten* zählt § 15 KSchG. Danach kann den Mitgliedern von betriebsverfassungsrechtlichen Funktionsträgern, z. B. den Betriebsratsmitgliedern oder Jugend- und Auszubildendenvertretungen, während und innerhalb eines Jahres nach Beendigung ihrer Amtszeit nicht ordentlich gekündigt werden. Während des Berufsausbildungsverhältnisses ist eine ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber nach Ablauf der Probezeit ausgeschlossen (§ 22 BBiG). Die ordentliche Kündigung eines Schwerbehinderten ist nur nach vorheriger Zustimmung des Integrationsamtes, die vom Arbeitgeber einzuholen ist, zulässig (§§ 85 ff. SGB IX). Ein weiteres Kündigungsverbot besteht während der Schwangerschaft bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung (§ 9 Abs.1 S.1 MuSchG). Weitere Kündigungsschutzbestimmungen finden sich im Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz für die Elternzeit (§ 18 BEEG) und im Arbeitsplatzschutzgesetz für den freiwilligen Wehrdienst (§§ 2 ff. ArbPISchG).

Auf die Kündigung finden die allgemeinen Vorschriften Anwendung. Im Hinblick auf deren Wirksamkeit sind etwa Regelungen zur Geschäftsunfähigkeit (§§ 104 ff. BGB), zu den Willensmängeln oder die allgemeinen Nichtigkeitsgründe nach §§ 134, 138 BGB zu beachten. Nach § 623 BGB ist für die Wirksamkeit einer Kündigung die Einhaltung der Schriftform nach § 126 BGB erforderlich. Eine Kündigung per Fax oder E-Mail genügt diesen Anforderungen nicht; anderenfalls ist die Kündigung nach § 125 S. 1 BGB nichtig. Die Kündigung ist grundsätzlich unbedingt und eindeutig zu erklären.

Eine ordentliche Kündigung ist grundsätzlich bei einem befristeten Arbeitsvertrag ausgeschlossen (BAG, NJW 1981, 246). Der Grund besteht darin, dass die Befristung den Bestand des Arbeitsverhältnisses bis zum Endtermin garantieren soll.

Eine ordentliche Kündigung ist mit einer *Kündigungsfrist* auszusprechen. Nach § 622 Abs. 1 BGB kann ein Arbeitsverhältnis mit einer Frist von vier Wochen zum 15. oder zum Ende eines Kalendermonats gekündigt werden. Hat das Arbeitsverhältnis länger bestanden, verlängert sich die Frist für eine Kündigung durch den Arbeitgeber je nach Beschäftigungsdauer des Arbeitnehmers stufenweise auf bis zu sieben Monate bis zum Ende eines Kalendermonats (§ 622 Abs. 2 S. 1 BGB).

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, vor jeder (ordentlichen und außerordentlichen) Kündigung den Betriebsrat anzuhören. Eine Kündigung ohne vorherige Anhörung des Betriebsrates bzw. des Personalrates im öffentlichen Dienst ist nichtig. Reagiert der Betriebsrat nicht innerhalb einer Woche, so gilt dies als Zustimmung zu der Kündigung. Widerspricht der Betriebsrat der Kündigung, so kann der Arbeitgeber gleichwohl eine wirksame Kündigung aussprechen. Der Arbeitgeber hat lediglich den Widerspruch der Kündigung beizufügen (§ 102 Abs. 4 BetrVG).

Nicht vom Schutzbereich des KSchG erfasst werden Selbständige, arbeitnehmerähnliche Personen, Organmitglieder einer juristischen Person, vertretungsberechtigte Gesellschafter einer Personengesellschaft sowie Personen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehen (z. B. Beamte, Richter). Für Auszubildende gelten die Sonderregeln des BBiG.

Der Kündigungsschutz nach dem KSchG greift erst nach sechsmonatigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses (§ 1 Abs. 1 KSchG). Maßgebend ist diesbezüglich der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung.

Das Gesetz findet nach § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG Anwendung auf Betriebe (des privaten und öffentlichen Rechts), in denen regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt sind, wobei Auszubildenden nicht mitgezählt werden (§ 23 KSchG).

Nach § 1 Abs. 2 KSchG ist eine ordentliche Kündigung dann sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder die durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. Zunächst ist eine Unterscheidung zwischen einer personen- und einer verhaltensbedingten Kündigung erforderlich. Beide Kündigungsgründe stammen aus der Sphäre des Arbeitnehmers. Es werden jedoch an beide unterschiedliche Anforderungen gestellt. Voraussetzung für eine *personenbedingte* Kündigung ist, dass der Arbeitnehmer seine Fähigkeiten oder seine Eignung verloren hat, die geschuldete Arbeitsleistung ganz oder zum Teil zu erbringen (BAG, Urt. v. 28.2.90, DB 90, 2430). Es geht also um den (minderleistungsfähigen) Arbeitnehmer, der den Anforderungen des Arbeitsplatzes nicht oder nicht mehr gewachsen ist und auch nicht anderweitig eingesetzt werden kann. Sinn und Zweck einer personenbedingten Kündigung sind es, den Arbeitgeber vor künftigen ungerechtfertigten Belastungen zu bewahren.

Liegt ein Grund in der Person des Arbeitnehmers vor, so muss sich hieraus zunächst eine Negativprognose ergeben. Das gesamte Kündigungsrecht ist also „zukunftsbezogen“. So ist eine ordentliche Kündigung nicht bereits deshalb gerechtfertigt, weil es in der Vergangenheit „Störungen“ gab, sondern maßgebend ist, ob diese Störungen auch in Zukunft zu erwarten sind und aus dem Grund eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber nicht zumutbar ist (BAG, NZA 1999, 979). Maßgebend für die Beurteilung der Kündigung sind die objektiven Umstände zum Zeitpunkt der Kündigung. Es bedarf daher aufgrund des personenbedingten Grundes einer „Negativprognose“, die aus der Zukunftsbezogenheit der Kündigung abgeleitet wird.

Der Arbeitgeber, der nach § 1 Abs. 2 KSchG grundsätzlich die Beweislast für das Vorliegen der Kündigungsgründe trägt, hat darzulegen, dass der Arbeitnehmer, z. B. aufgrund einer Krankheit, auch in Zukunft die geschuldete Arbeitsleistung nicht vertragsgemäß erbringen kann. Zudem hat er konkret eine unzumutbare Störung bzw. Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen darzulegen, z. B. durch Störungen des Betriebsaufbaus aufgrund kurzfristiger Umdispositionen oder zusätzlicher wirtschaftlicher Belastungen, z. B. durch den Verlust von Aufträgen, Produktionsausfall oder finanzielle Aufwendungen für „Springer“ oder Leiharbeiter.

Bei verhaltensbedingten Gründen handelt es sich regelmäßig um schuldhaftige Verletzungen arbeitsvertraglicher Haupt- oder Nebenpflichten, deren Vorliegen der Arbeitgeber auch hier darzulegen und nachzuweisen hat. Die verhaltensbedingte Kündigung ist vor allem eine Sanktion für arbeitsvertragliche Pflichtverletzungen, die so schwer sind, dass sie nicht mit einem Verweis erledigt sind, aber doch nicht gravierend genug sind, um eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Im Gegensatz zu den personenbedingten Gründen handelt es sich hier um Gründe, auf die der Arbeitnehmer selbst Einfluss hat. Verhaltensbedingte Gründe sind etwa Vertragsverletzungen und Störungen der betrieblichen Ordnung, z. B. durch wiederholtes Fehlen, Zuspätkommen oder Belästigungen von Kollegen. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip verlangt, dass einer verhaltensbedingten Kündigung (und grundsätzlich einer außerordentlichen Kündigung) grundsätzlich eine Abmahnung als milderer Mittel vorauszu-gehen hat. Zweck dieser Abmahnung soll es sein, den Arbeitnehmer auf sein vertragswidri- ges Verhalten hinzuweisen, ihn für die Zukunft zu einem vertragsgemäßen Verhalten aufzu- fordern und im Wiederholungsfall die Kündigung anzudrohen.

Eine betriebsbedingte Kündigung muss im Interesse des Betriebs dringend erforderlich sein. Daran fehlt es, wenn weniger einschneidende Maßnahmen für den Betrieb tragbar sind, z. B. Abbau von Überstunden oder Einführung von Kurzarbeit. Eine, in diesem Zusammenhang geforderte Sozialauswahl ist im Rahmen einer betriebsbedingten Kündigung in der Praxis ein häufiger Streitpunkt. Dabei geht es nicht um die Frage, ob gekündigt werden kann, sondern nur noch darum, wem gekündigt werden darf. Es soll dabei denjenigen Arbeitnehmern ge- kündigt werden, die eine Kündigung unter sozialen Gesichtspunkten am besten verkraften. Nach § 1 Abs. 3 KSchG hat der Arbeitgeber folgende Kriterien zu berücksichtigen:

- Dauer der Betriebszugehörigkeit,
- Lebensalter,
- bestehende Unterhaltspflichten sowie eine
- Schwerbehinderung.

Bei Störungen im Vertrauensbereich wird in der Praxis häufig *eine außerordentliche Kündi- gung* ausgesprochen. Nach § 626 BGB kann ein Arbeitsverhältnis von beiden Seiten nur dann ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist wirksam gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, wie etwa Diebstahl, aufgrund derer dem Kündigenden die Fortsetzung des Ar- beitsverhältnisses nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalls selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist bzw. zu einem früheren Beendigungstermin nicht zumutbar ist. Bei gravie- renden Störungen im Vertrauensbereich ist eine Abmahnung entbehrlich.

3 ARBEITSKAMPFRECHT

Bei Arbeitskämpfen handelt es sich um Auseinandersetzungen, die zwischen Arbeitgebern oder Arbeitgeberverbänden und Arbeitnehmern oder Gewerkschaften um Löhne und sonsti- ge Arbeitsbedingungen geführt werden. Die Instrumente hierzu sind auf Arbeitgeberseite die Aussperrung und - praktisch bedeutsamer - auf Arbeitnehmerseite der *Streik*.

Bei einem Streik weigern sich die Arbeitnehmer, ihre Arbeit zu verrichten, Sie bleiben entwe- der zu Hause oder sie kommen in den Betrieb, ohne allerdings zu arbeiten. Häufig werden Streikposten vor den Toren der bestreikten Betriebe aufgestellt mit dem Ziel, arbeitswillige Arbeitnehmer (Streikbrecher) zu veranlassen, sich dem Streik anzuschließen. Dabei dürfen diese allerdings nicht genötigt werden. Dagegen verweigert der Arbeitgeber bei der Aussper-

rung den Arbeitnehmern den Zutritt zum Betrieb und hindert sie damit an der Aufnahme ihrer Arbeit. Für diese Zeit zahlt er - wie auch für die Streikzeiten - keinen Lohn.

Im *Arbeitskampfrecht* fehlt es fast völlig an gesetzlichen Regelungen. Die rechtlichen Grundsätze ergeben sich daher aus gerichtlichen Entscheidungen. Es gilt das *Richterrecht*. Im Arbeitskampfrecht geht es fast ausschließlich um die Frage, ob Arbeitskämpfe ganz oder in einzelnen Maßnahmen rechtmäßig sind oder rechtswidrig geführt werden; dementsprechend ergeben sich auch unterschiedliche Rechtsfolgen.

Streik wird definiert als eine gemeinsame und planmäßig durchgeführte, auf ein bestimmtes Ziel gerichtete Arbeitseinstellung durch eine größere Zahl von Arbeitnehmern innerhalb eines Betriebes oder eines Gewerbe- oder Berufszweiges, verbunden mit dem Willen, die Arbeit wieder aufzunehmen, wenn der Arbeitskampf beendet ist (Junker, Rn. 593). Zunächst ist zu beachten, dass sich die grundsätzliche Zulässigkeit eines Streiks aus Art. 9 Abs. 3 GG ergibt. In dem Artikel sind die Arbeitskämpfe zwar nicht erwähnt, jedoch leitet sich ihre Zulässigkeit aus der Bestandsgarantie für Koalitionen ab. Danach sind also Koalitionen, also Arbeitsgeberverbände und Gewerkschaften, erlaubt, und damit auch deren typische Betätigungen, zu denen der Arbeitskampf zählt, zulässig. Der Streik ist allerdings nicht grundsätzlich für jeden oder jede Gruppierung erlaubt. Im Rahmen der Prüfung der Rechtmäßigkeit des Streiks sind die, von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze, heranzuziehen.

Ein Streik ist danach *nur* zulässig, wenn er von Tarifparteien, also Gewerkschaften, getragen wird. Für jede andere Gruppierung ist dies verboten. Ein nicht, von einer Gewerkschaft erklärter Streik („wilder Streik“) kann im Nachhinein von der Gewerkschaft in Trägerschaft übernommen werden, so dass der Arbeitskampf in diesem Fall rückwirkend rechtmäßig wird. Bei Spartengewerkschaften, wie etwa der Gewerkschaft der Flugsicherung mit einer überschaubaren Mitgliederzahl, hat sich gezeigt, dass diese aufgrund der Schlüsselqualifikation der Mitglieder durch einen Streik einen Großflughafen, wie etwa in Frankfurt, „lahmlegen“ kann.

Ziel eines Streiks muss der Abschluss eines neuen Tarifvertrages sein. Es muss sich um einen Inhalt handeln, der durch einen Tarifvertrag geregelt werden kann und nicht um eine Forderung, die auf dem Rechtsweg durchgesetzt werden kann. Das bedeutet auf der anderen Seite, dass ein Streik zur Erreichung anderer, z. B. politischer, Ziele, nicht erlaubt ist. Weiterhin darf ein Streik nicht innerhalb der Friedenspflicht durchgeführt werden. Aufgrund der Friedenspflicht ist jeder Arbeitskampf während der Laufzeit eines Tarifvertrages verboten. Ein Streik darf nur die „ultima-ratio“ sein, also das letzte zu ergreifende Mittel. Dies setzt u. a. voraus, dass keine Einrichtung zur Entscheidung des Konflikts besteht und dass sämtliche Möglichkeiten einer friedlichen Einigung ausgeschöpft worden sind.

Im Falle eines rechtmäßigen Streiks ruhen die einzelnen Arbeitsverhältnisse. Es entfällt sowohl die Arbeits-, als auch die Lohnzahlungspflicht. Die Krankenversicherung besteht allerdings fort (§ 192 Abs. 1 Nr. 1 SGB V). Der Lohnausfall wird den Gewerkschaftsmitgliedern ersetzt (Streikgeld). Nichtmitglieder erhalten dagegen nichts; eine staatliche Unterstützung (z. B. Arbeitslosen- oder Kurzarbeitergeld) würde zu einer Verletzung der Neutralitätspflicht des Staates führen (Schaub/Treber, § 195, Rn. 35). Nach Beendigung des Streiks leben die beiderseitigen Pflichten ohne weitere Schritte wieder auf.

Ist ein Streik unrechtmäßig, stehen dem Arbeitgeber, neben einem Unterlassungsanspruch, auch Schadensersatzansprüche gegen die Gewerkschaft zu. Die einzelnen Arbeitnehmer, die sich an einem rechtswidrigen Streik beteiligt haben, dürfen allerdings keine Nachteile erleiden, da sie bei einem Streik, der von einer Gewerkschaft getragen wird, von dessen Rechtmäßigkeit ausgehen dürfen. Etwas anderes gilt allerdings, wenn sie eigenmächtig die

Arbeit niederlegen, ohne dass eine Gewerkschaft hierzu aufgerufen hat. Im Falle eines *wilden Streiks* haften die Arbeitnehmer vollständig für ihre Handlungen auf Schadensersatz und riskieren eine fristlose Kündigung des Arbeitgebers.

4 WEITERFÜHRENDE LITERATUR

Brox, H., / Rütters, B., / Henssler, M., Arbeitsrecht, 18. Aufl., Stuttgart 2010

Hanau, P./ Adomeit, S., Arbeitsrecht, 14. Aufl., Neuwied 2007

Junker, A., Grundkurs Arbeitsrecht, 15. Aufl., München 2016

Koch, H., / Magnus, U., / Winkler von Mohrenfels, P., IPR und Rechtsvergleichung, 4. Aufl., München 2010

Preis, U., Arbeitsrecht – Individualarbeitsrecht), 4. Aufl., Köln 2012

Marschollek, G., Arbeitsrecht, 20. Aufl., Münster 2014

Müller-Glöße, R.-M./ Preis, U./ Schmidt, I. (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Aufl., München 2015, zit.: ErfK/Bearbeiter

Palandt, O., Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), 75. Aufl., München 2016, zit.: Palandt/Bearbeiter

Reichold, P., Arbeitsrecht, 5. Aufl., München 2016

Schaub, G., Arbeitsrechtshandbuch, 15. Aufl., 2013, zit.: Schaub/Bearbeiter

Schwabe, W./ Grau, N., Arbeitsrecht, 6. Aufl., Stuttgart 2014

Wörten, R./ Kokemoor, A., Arbeitsrecht, 11. Aufl., München 2014

5 AUTORENINFORMATION

Dr. Thomas Zerres ist Professor für Zivil- und Wirtschaftsrecht an der Hochschule Konstanz. Vor seinem Ruf an die Hochschule Konstanz lehrte Prof. Dr. Thomas Zerres 15 Jahre an der Hochschule Erfurt, nachdem er mehrere Jahre als Rechtsanwalt und als Bundesgeschäftsführer eines großen Wirtschaftsverbandes der Dienstleistungsbranche tätig war. Seine Lehr- und Forschungsschwerpunkte sind das Marketingrecht sowie das Europäische Privatrecht.

Dr. Christopher Zerres ist Professor für Marketing an der Hochschule Offenburg. Seine Schwerpunkte in Lehre und Forschung liegen auf Social Media- und Online-Marketing sowie Marketing-Controlling. Zuvor war er bei einer Unternehmensberatung sowie einem internationalen Automobilzulieferer tätig. Christopher Zerres ist Autor zahlreicher Publikationen zu den Bereichen Management und Marketing.