

Arbeitsrecht

Allgemeines

Das Arbeitsrecht wird unterteilt in das Individualarbeitsrecht (Arbeitnehmer <-> Arbeitgeber), das kollektive Arbeitsrecht (Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände, BetriebsVG, Tarifvertragsrecht) und das Arbeitsschutzrecht. Verfahrensrechtlich gilt das ArbGG, zuständig ist das Arbeits-, Landesarbeits- und Bundesarbeitsgericht.

Die Rechtswegszuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit beurteilt sich nach §2 ArbGG, bei Unzuständigkeit muß nach §§48 ArbGG, 17a GVG verwiesen werden. Die Rechtswegzuständigkeit des §2 ArbGG ist ausschließlich, eine Parteivereinbarung darüber ist nicht möglich. Die instanzielle Zuständigkeit richtet sich nach §8 ArbGG, die örtliche nach §§46 II 1 ArbGG, 12ff ZPO. Für das Urteilsverfahren gilt die ZPO, §46 II ArbGG.

Nach §10 ArbGG sind auch Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen prozeßfähig, ein Anwaltszwang besteht nicht, nach §11 ArbGG können die Parteien den Prozeß selbst führen. Regelmäßig ist dem Urteilsverfahren ein Güteverfahren nach §54 ArbGG vorgeschaltet, das der gütlichen Einigung dienen soll. Eine Besonderheit besteht auch darin, daß die unterliegende Partei nicht der anderen die Kosten für den Anwalt bezahlen muß, §12a ArbGG. Dies würde viele Arbeitnehmer (AN) davon abhalten, gegen den Arbeitgeber (AG) zu klagen.

Neben dem Urteilsverfahren (§§46ff ArbGG) gibt es das Beschlußverfahren (§§80ff ArbGG), hier stehen sich nicht AN und AG gegenüber, sondern AG und Betriebsrat. Eingeleitet wird das Beschlußverfahren nicht durch Klage, sondern durch Antrag.

Zulässigkeitsprüfung

- Rechtsweg

Die Abgrenzung der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte zu den Zivilgerichten ist eine Frage des Rechtswegs, dieser ergibt sich aus §§2, 2a, 3 ArbGG. Auf eine sachliche Zuständigkeit ist nicht einzugehen. Die instanzielle Zuständigkeit ergibt sich aus §8 ArbGG.

Bei der Zuständigkeit aus §2 ArbGG kommt es maßgeblich darauf an, ob ein Streit zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber vorliegt. Der Arbeitnehmer wird in §5 ArbGG definiert, es gibt Arbeiter und Angestellte, Auszubildende, die in Heimarbeit Beschäftigten sowie arbeitnehmerähnliche Personen.

Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus §§46 II 1 ArbGG, 12ff ZPO. Es kommt auch der besondere Gerichtsstand des Erfüllungsortes §29 ZPO in Betracht, normalerweise ist dieser für jede vertragliche Leistung bei gegenseitigen Verträgen einzeln zu bestimmen. Bei einem Arbeitsvertrag ist jedoch Erfüllungsort der Arbeitsplatz, da dort die beiderseitigen Leistungspflichten erbracht werden müssen (Schwerpunkttheorie).

- Das Verfahren richtet sich nach §46 II 1 ArbGG nach dem ZPO-Verfahren für die Amtsgerichte. Dieses bestimmt in §495 ZPO, daß das Verfahren vor den Landgerichten (§§253ff ZPO) entsprechend gilt, sofern nicht in den §§495ff ZPO ein anderes geregelt ist.

- Als Klagen kommen häufig Feststellungsklagen bzgl. Kündigungen in Betracht (§2 I Nr. 3b ArbGG), dh es soll das (Weiter)Bestehen des Arbeitsverhältnisses festgestellt werden. Klageart ist dann nach §46 II 1 ArbGG über die Verweisung nach §495 ZPO die Feststellungsklage nach §256 I ZPO. Fraglich ist hier, wie sich das Kündigungsschutzgesetz auswirkt:

* der Klageantrag (§253 ZPO) muß gemäß §4 KschG lauten, daß festgestellt werden soll, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst wurde, weil die Kündigung nicht sozial gerechtfertigt ist, und dies innerhalb von 3 Wochen. Fehlt es an einem zutreffenden Antrag, muß der Richter auf einen solchen hinwirken, §139 ZPO.

* das für die Feststellungsklage eigentlich erforderliche Feststellungsinteresse ist bei einer Kündigungsschutzklage nach hM entbehrlich, da innerhalb von 3 Wochen Klage erhoben werden muß, um die Heilung der Sozialwidrigkeit des §7 KschG zu verhindern. Ob das Kündigungsschutzgesetz überhaupt anwendbar ist, wird nach der Rechtsprechung erst in der *Begründetheit* geprüft, für die Zulässigkeit genügt es, wenn der Kläger die Anwendbarkeit des KschG schlüssig behauptet. Bei der 3-Wochen-Frist handelt es sich nämlich um einen *materiellen* Ausschluß, nicht um eine Formvorschrift. Anders die hL, diese will schon in der Zulässigkeit die Anwendbarkeit des KschG überprüfen. Wenn das KschG nicht

einschlägig ist, muß ein Feststellungsinteresse vorliegen, da es sich dann nur um eine allgemeine Feststellungsklage nach §256 I ZPO handelt.

- * Fällt eine Kündigung unter das Kündigungsschutzgesetz, ist aber zusätzlich noch ein weiterer streitiger Grund entstanden (zB weitere Kündigung, Aufhebungsvertrag), so muß der Kläger beide Klageanträge kombinieren, dh Kündigungsschutzklage erheben sowie allgemeine Feststellungsklage.
- * Die Klagefrist des §4 KSchG (3 Wochen nach Zugang der Kündigung) ist nach hM keine Zulässigkeitsvoraussetzung, eine verfristete Klage ist wegen der Heilungsfiktion des §7 KSchG als *unbegründet* abzuweisen. Bei unverschuldeter Fristeinsetzung kann die Klage dennoch erhoben werden, §5 KSchG, oder der Arbeitnehmer kann geltend machen, daß die Kündigung aus anderen Gründen als der sozialen Ungerechtigkeit unwirksam ist (zB fehlende Anhörung des Betriebsrats, §102 BetrVG).
- * der Feststellungsklage steht auch nicht der Subsidiaritätsgedanke entgegen, dh der Arbeitnehmer kann Feststellungsklage auf (Weiter)Bestehen des Arbeitsverhältnisses erheben, obwohl doch auch eine Leistungsklage zB auf Zahlung des Lohns möglich wäre. Dies deshalb, weil die Feststellungsklage prozeßökonomischer ist und die gesamten Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis auf einmal zu klären geeignet ist (Bündeltheorie).

Begriff des Arbeitnehmers

Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines *privatrechtlichen Vertrags* für einen anderen *unselbständige Dienste* leistet:

- **Privatrechtlicher Vertrag**
Geschuldet wird nicht ein Erfolg (sonst Werkvertrag), sondern nur die Leistung, auch ist regelmäßig ein Entgelt vereinbart (sonst Auftrag). *Beamte* sind keine Arbeitnehmer, da ihr Dienstverhältnis auf einem öffentlich-rechtlichen Treueverhältnis beruht. Die Beamten werden nicht durch Vertrag, sondern durch Hoheitsakt berufen. Arbeitnehmer sind aber die von einer juristischen Person dÖR angestellten Personen, die durch Arbeitsvertrag berufen sind, nicht durch Hoheitsakt (Sekretärinnen, sonstige Bedienstete). Keine Arbeitnehmer sind diejenigen, die aufgrund der *vereinsrechtlichen Stellung* tätig werden (zB Rotkreuzschwestern, anders aber bei Urteil über Scientology, die Mitgliedschaft in einem Verein darf nicht zur Umgehung des Arbeitsrechts führen). *Ehegatten* sind untereinander auch keine Arbeitnehmer, da in der Ehe kein Direktionsrecht besteht, sondern Gleichwertigkeit.
- **unselbständige Dienste**
Entscheidend für die Arbeitnehmereigenschaft ist die *persönliche Abhängigkeit* der Dienste, also die Fremdbestimmung der Arbeit. Die wirtschaftliche Abhängigkeit alleine begründet noch keinen Dienstvertrag. Hier ist §84 I 2 HGB entsprechend heranzuziehen, selbständig ist eine Dienstleistung nur dann, wenn die Tätigkeit im wesentlichen frei gestaltet werden kann und auch die Arbeitszeit frei bestimmbar ist. Indizien für die Unselbständigkeit sind die Weisungsgebundenheit, die Eingliederung in den Betriebsablauf (zB feste Arbeitszeiten), die Pflicht, die ganze Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, die Art der Entlohnung und nicht zuletzt die vertragliche Regelung der Einstellung (zB Einstellung als Arbeiter). Freie Mitarbeiter sind keine Arbeitnehmer.
- **Es gibt Arbeiter und Angestellte, Auszubildende, Heimarbeiter und arbeitnehmerähnliche Personen.** Auszugehen ist vom Angestellten; jeder, der nicht Angestellter ist, ist Arbeiter. Die Angestellteneigenschaft entscheidet sich nach der Verkehrsauffassung danach, ob überwiegend geistige Arbeit geleistet wird. Bei überwiegend körperlicher Arbeit liegt eine Arbeitereigenschaft vor. Auch auf das Maß an Selbständigkeit und Verantwortung kommt es an. Unterschiede bestehen zB in der Sozialversicherungspflicht, ansonsten sind aber die Unterschiede zwischen Arbeitern und Angestellten weitgehend aufgehoben worden (so zB unterschiedliche Kündigungsfristen). Es kann auch die Aufzählung in §5 II BetrVG herangezogen werden. Je höher das Maß der Verantwortung, desto eher liegt ein leitender Angestellter vor. Diese sind zwar auch Arbeitnehmer, sie werden wegen ihrer *Nähe zum Arbeitgeber* aber einer Sonderbehandlung unterworfen (so gilt für sie nach §14 II KSchG nur ein eingeschränkter Kündigungsschutz).
- **Arbeitnehmerähnlich** ist eine Person, die, ohne Arbeitnehmer zu sein, für einen anderen in *wirtschaftlicher* Abhängigkeit Dienste erbringt und daher genauso schutzwürdig ist wie ein Arbeitnehmer. Eine arbeitnehmerähnliche Person ist zwar selbständig (freie Zeiteinteilung, weniger Weisungsgebundenheit), aber nicht wirtschaftlich unabhängig. Im Zweifel sind die in §12a TVG aufgeführten Kriterien heranzuziehen, eine arbeitnehmerähnliche Position liegt im Zweifel dann vor, wenn die Person mehr als die Hälfte seiner

Gesamteinkünfte von dem betreffenden Arbeitgeber bezieht. Arbeitnehmerähnliche Personen können auch dann vorliegen, wenn das Berufsfeld zwar an sich selbständig ist, diese Personen aber nur einen oder wenige Auftraggeber haben (zB freie Mitarbeiter eines einzigen Verlags). Arbeitnehmerähnliche Personen können aber nur wie Arbeitnehmer nach §5 ArbGG vor den Arbeitsgerichten klagen, dies wirkt sich aber nicht auf das materielle Arbeitsrecht aus. Auf arbeitnehmerähnliche Personen ist zB das KSchG nicht anzuwenden, dieses gilt nur für AN, die in §14 KSchG genannten Personen (Organe einer juristischen Person, Vertreter einer Personengesellschaft) können sich nicht auf den Schutz des KSchG berufen.

- Die zur Berufsausbildung Beschäftigten sind zwar keine Arbeitnehmer, weil Vertragsinhalt nicht die Arbeitsleistung ist, sondern die Berufsausbildung, sie gelten nach §5 ArbGG aber dennoch als Arbeitnehmer. Dennoch gelten die Auszubildenden nicht auch materiell als Arbeitnehmer, auf sie ist das KSchG daher zB nicht anwendbar. Arbeitnehmer sind auch die Heimarbeiter iSd §2 HAG. Zu den Arbeitnehmer zählen nach §5 ArbGG auch kleine Handelsvertreter, die während der letzten 6 Monate nicht mehr als 2.000 DM im Monat bezogen haben.

Rechtsquellen des Arbeitsrechts

- „unechte Rechtsquellen“: betriebliche Übung, Gesamtzusage, Gleichbehandlungsgrundsatz, Direktionsbefugnis (siehe Seite 238, Arbeitsvertrag und Seite 239, Direktionsrecht).
- Individualarbeitsrecht §§611-630 BGB
Begründet wird das Arbeitsverhältnis durch einen Arbeitsvertrag iSd §611 BGB, der Arbeitsvertrag ist ein Unterfall des Dienstvertrags, da dieser inhaltlich durch viele andere Gestaltungsfaktoren (besonderes Arbeitsrecht) modifiziert wird, die in einem unterschiedlichen Rangverhältnis zueinander stehen. Der ranghöhere Gestaltungsfaktor verdrängt in der Regel den rangniedrigeren (Rangprinzip). Eine schwächere Norm aber dann vor, wenn sie eine für den Arbeitnehmer günstigere Regelung vorsieht (Günstigkeitsprinzip). Für konkurrierende Regelungen auf derselben Rangstufe gilt das Spezialitätsprinzip und das Ordnungsprinzip (eine neuere Norm geht der älteren vor, die speziellere Norm geht der einfacheren Norm vor). Zu beachten ist aber, daß ein tarifvertraglich geregelter Gegenstand nicht auch Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein kann, §77 III BetrVG.
- Europäisches Gemeinschaftsrecht
Als primäres Gemeinschaftsrecht sind für das Arbeitsrecht insbesondere Art. 39 EGV (Freizügigkeit), Art. 141 EGV (Gleichbehandlung von Mann und Frau) und Art. 137 EGV (Harmonisierung der Arbeitsumwelt) relevant. Die Regelungen des EGV beinhalten kein unmittelbar *zwischen den Privaten* geltendes Recht (mit Ausnahme des Art. 141 EGV), jedoch sind die Mitgliedsstaaten zur Verwirklichung der Zielsetzungen des EGV verpflichtet.
Ins Arbeitsrecht kann auch sekundäres EG-Recht hineinwirken, nach Art. 249 EGV können EG-Verordnungen und EG-Richtlinien erlassen werden. Die Verordnungen haben unmittelbare Geltung, es bedarf keiner Umsetzung, die Richtlinien müssen dagegen in nationales Recht umgesetzt werden. Eine unmittelbare Berufung auf eine Richtlinie ist nur dann möglich, wenn diese inhaltlich unbedingt ist (dem nationalen Gesetzgeber wird kein Ermessen einräumt) und gerade den einzelnen Bürger schützen will.
- Verfassungsrecht
Die Grundrechte wirken nach klassischem Verständnis nicht unmittelbar in private Rechtsverhältnisse, sondern nur mittelbar über die Generalklauseln (abgesehen von Art. 9 III GG Koalitionsfreiheit, dieser entfaltet nach hM eine unmittelbare Drittwirkung). Im Arbeitsverhältnis finden die Grundrechte als Verbotsgesetze iSd §134 BGB daher keine Anwendung. Anderes gilt für die Bestimmungen des Tarifvertrags: diese beinhalten Rechtsnormen (§1 I TVG) und sind daher unmittelbar an den Grundrechten zu messen. Art. 3 GG wird aber durch den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verdrängt (§612 III BGB).
- Gesetze, VO
- Kollektives Arbeitsrecht (TVG, BetrVG, MitbestG)
 - (1) Tarifverträge
Bei den Tarifverträgen unterscheidet man Verbandstarifverträge (Gewerkschaft und AG-Verband) und Firmentarifverträge (Gewerkschaft und einzelner AG). Die zwischen den Tarifparteien ausgehandelten Regelungen wirken zwischen den einzelnen Mitglieder (Arbeitgeber, Gewerkschaftsangehörige) wie Rechtsnormen. Dies ist der normative und wichtigste Teil des Tarifvertrags. Der schuldrechtliche Teil des Tarifvertrags ist die Vereinbarung der Regelungen zwischen Gewerkschaft und AG-Verband (zB

Friedenspflicht, Durchführungspflicht). Tarifnormen gelten für die *beiderseits tarifgebundenen* (Ausnahme §3 II TVG) wie ein Gesetz, Voraussetzung ist aber, daß überhaupt ein wirksames Arbeitsverhältnis vorliegt und der Tarifvertrag auf das jeweilige Arbeitsverhältnis auch anwendbar ist (räumlich, fachlich, persönlich). Der Tarifvertrag tritt mit seinem Abschluß in Kraft, eine vereinbarte Rückwirkung ist nur zugunsten der Arbeitnehmer möglich, eine rückwirkende Verschlechterung ist wie bei Gesetzen wegen des Rechtsstaatsprinzips nicht möglich. Der Tarifvertrag wirkt bis zum Abschluß eines neuen Tarifvertrags weiter, §4 V TVG.

Der Tarifvertrag wirkt nach §4 I TVG nur zwischen *beiderseits* tarifgebundenen Parteien normativ, dh der Arbeitgeber muß dem AG-Verband und der Arbeitnehmer der Gewerkschaft angehören. Es kann jedoch auch schuldrechtlich Bezug auf einen Tarifvertrag genommen werden. Wird schuldrechtlich auf den Tarifvertrag verwiesen, so liegt nach BAG regelmäßig eine *dynamische Verweisung* vor, dh es soll der jeweilige Tarifvertrag gelten, nicht nur ein einzelner. Die Tarifgebundenheit endet erst mit Ende des Tarifvertrags, ein vorheriger Austritt wirkt sich nicht auf einen geschlossenen Tarifvertrag aus, §3 III TVG. Nichtorganisierte Arbeitnehmer können daher nicht Rechte aus dem Tarifvertrag geltend machen (außer bei betriebsrechtlichen Regelungen, hier genügt nach §§4 I 2, 3 II TVG die einseitige Bindung des Arbeitgebers), außer der Tarifvertrag wird nach §5 TVG vom Bundesarbeitsministerium für allgemeinverbindlich erklärt.

Die Parteien müssen tariffähig sein, dies sind nach §2 I TVG die Gewerkschaften und die AG-Verbände. Es muß sich aber um einen Zusammenschluß iSd Art. 9 III GG handeln, damit Tariffähigkeit vorliegt, also um eine auf Dauer angelegte Vereinigung, deren Zweck die Regelung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ist und die eine gewisse soziale Mächtigkeit aufweist (eine zahlenmäßig unbedeutende Vereinigung von Arbeitnehmern ist keine Gewerkschaft). Die Tarifvertragsparteien können aber nur innerhalb ihrer satzungsmäßigen Zuständigkeit Tarifverträge schließen (ÖTV also nicht für Metallvereinbarungen), §2 III TVG.

Ein Abweichen vom Tarifvertrag ist nur zugunsten des AN möglich: schwierig ist die Abgrenzung, wenn der Tarifvertrag teilweise besser, teilweise aber auch schlechter ist.

zB: Tarifvertrag sieht 24 Urlaubstage mit 19 DM Entgelt vor, der Arbeitsvertrag 28 Urlaubstage mit 16 DM Entgelt. Der AN kann sich nicht das Beste herauspicken (also 28 Tage Urlaub und 19 DM Entgelt), da diese Regelungen miteinander verknüpft sind. Es ist dann auf die Funktion abzustellen, dh mehr Urlaub ist besser, wenn das Entgelt nur geringfügig zurückbleibt (-> 28 Urlaubstage + 16 DM Entgelt pro Tag).

(2) Betriebsvereinbarungen

Betriebsvereinbarungen sind das betriebliche Gegenstück zum Tarifvertrag, auch sie gelten nach §77 IV BetrVG unmittelbar und zwingend, haben also Rechtsnormcharakter. Betriebsvereinbarungen können aber nicht über Fragen getroffen werden, die schon Gegenstand eines Tarifvertrags sind, §77 III BetrVG (sog. Tarifüblichkeit), außer der Tarifvertrag sieht eine Öffnungsklausel vor. Dies soll die Tarifautonomie sichern, eine Betriebsvereinbarung gilt auch dann nicht, wenn sie für den AN günstiger ist. Sollte eine Betriebsvereinbarung aber wegen einer Öffnungsklausel im Tarifvertrag gültig sein, so ist fraglich, ob diese mit Ablauf des Tarifvertrags endet oder ob sie fortbesteht.

* Die hL hält die Betriebsvereinbarung für fortbestehend, wenn der neue TV inhaltlich annähernd gleich bleibt (in Bezug auf diesen Punkt) und auch wieder eine Öffnungsklausel vorsieht. Es ist hier der Wille der Parteien des ursprünglichen TV maßgeblich, ob diese eine Weitergeltung wollten.

* Die Rspr. ist jedoch der Ansicht, daß die Betriebsvereinbarung mit Ablauf des TV endet, außer es läßt sich ein anderer Wille der Parteien erkennen. Bei der Beurteilung der Gültigkeit der Betriebsvereinbarung kann es nicht auf den neuen TV ankommen, sondern nur auf den Parteiwillen.

Betriebsvereinbarungen gelten zudem nicht nur zwischen Tarifgebundenen, sondern zwischen AG und *allen* AN im jeweiligen Betrieb (mit Ausnahme der leitenden Angestellten, §5 III BetrVG). Die in §87 BetrVG genannten Mitbestimmungsrechte gehen nach hM aber §77 III BetrVG vor, dh es kann auch trotz Tarifüblichkeit eine Betriebsvereinbarung diesbezüglich getroffen werden (Vorrangtheorie). Wurde also ein Tarifvertrag gekündigt, kann der AG mit dem Betriebsrat eine in §87 BetrVG genannte Regelung treffen, auch wenn diese nach §77 III BetrVG eigentlich wegen Tarifüblichkeit ausgeschlossen wäre. Tarifüblichkeit liegt vor, wenn die Regelung üblicherweise durch einen Tarifvertrag geregelt ist und dies auch weiterhin zu erwarten ist.

Eine Regelung zwischen dem AG und dem Betriebsrat aufgrund §87 BetrVG stellt aber keine für den AN verbindliche Regelung dar (nur Vereinbarung nach §77 BetrVG), sondern nur eine schuldrechtliche Regelungsabrede zwischen AG und Betriebsrat.

Arbeitsvertrag, Gesamtzusage und betriebliche Übung

Der Arbeitsvertrag wird meist durch Formularverträge mit einheitlichen Arbeitsbedingungen geschlossen, das AGBG findet aber nach §23 I AGBG keine Anwendung. Da diese Verträge aber dennoch nicht durch freies Verhandeln zustande kommen (aufgrund der Mächtigkeit des AG), findet nach hM eine *Billigkeitskontrolle* nach §§315 III, 242 BGB statt.

- Gesamtzusage

Zur vertraglichen Einigung zählt die hM auch die *Gesamtzusage*, dies ist eine einseitige Zusage des AG an alle AN (durch Aushang, Rundschreiben etc), trotz fehlender beiderseitiger Einigung handelt es sich hier nach hM um einen *Bestandteil des Arbeitsvertrags*. Die Vereinbarung erfolgt durch ein Angebot des AG, welches der AN (konkludent) annimmt und auf dessen Zugang der Annahmeerklärung der AG nach §151 S. 1 BGB verzichtet hat. Eine rechtliche Bindung aus der Gesamtzusage entfällt jedoch dann, wenn diese mit einem Vorbehalt versehen wurde.

- betriebliche Übung

Daneben gibt es noch die *betriebliche Übung*. Darunter versteht man eine Verhaltensweise des AG, die öfters wiederholt wird und auf die sich der AN verläßt. Erfolgt die Übung in *drei* aufeinanderfolgenden Jahren, so entsteht ein Vertrauensschutz, die betriebliche Übung wird Teil des Arbeitsvertrags. Auch die neu Eingestellten haben einen Anspruch auf die betriebliche Übung, auch wenn ihnen gegenüber kein diesbezügliches Angebot abgegeben wurde. Der AG gibt nämlich konkludent das Angebot ab, daß es bei der im Betrieb üblichen Regelung auf für die neuen AN bleibt, und dieses mußte der Arbeitnehmer so auffassen. Anknüpfungspunkt ist aber nicht eine individuelle Übung gegenüber einem einzelnen Arbeitnehmer, sondern eine allgemeine Übung im Betrieb. Unterschied zwischen der betrieblichen Übung und der Gesamtzusage ist, daß die Gesamtzusage ausdrücklich erfolgt, während die betriebliche Übung auf einem Verhalten des AG basiert. Daß sowohl Gesamtzusage als auch betriebliche Übung für den AG rechtlich verbindlich sind, ist allgemeine Meinung. Strittig ist nur die dogmatische Begründung:

* die hM folgt der Vertragstheorie, dh es erfolgt ein Angebot des Arbeitgebers (bei einem ausdrücklichen Angebot liegt eine Gesamtzusage vor, bei einem konkludenten eine betriebliche Übung), welches der Arbeitnehmer konkludent annimmt, auf den Zugang der Annahmeerklärung wird nach §151 S. 1 BGB verkehrlich verzichtet.

* eine andere Ansicht folgt der Vertrauenshaftungstheorie, dh der Arbeitgeber hat durch sein Verhalten einen Vertrauenstatbestand geschaffen, an den er sich festhalten lassen muß (Gesichtspunkt des *venire contra factum proprium*).

- kollektiver Günstigkeitsvergleich

Fraglich ist aber, ob mit einer tariflichen oder betriebsvereinbarten Regelung eine nachteilige Abweichung durch Gesamtzusage oder durch betriebliche Übung gegenüber dem Arbeitsvertrag möglich ist. Die hL lehnt dies ab, die Rechtsprechung dagegen löst dies über eine Modifikation des Günstigkeitsprinzips: eine Verschlechterung eines Arbeitsvertrags durch eine Kollektivregelung soll dann zulässig sein, wenn die Neuregelung *insgesamt* besser ist für die gesamte Belegschaft (einzelne werden benachteiligt, aber für den gesamten Betrieb ist die Regelung besser). Dies nennt man den sog. *kollektiver Günstigkeitsvergleich*.

Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz wird an §§315 III, 242, 612 III BGB anknüpft und geht dem Art. 3 GG vor (BAG). Er verpflichtet den AG, Differenzierungen nicht willkürlich vorzunehmen, sondern sachlich zu begründen (wesentlich Gleiches nicht willkürlich ungleich zu behandeln). Dabei ist jedoch nur eine individuelle Schlechterstellung eines AN verboten, nicht aber eine individuelle *Besserstellung* einzelner AN. Bei einer Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes hat der AN einen Erfüllungsanspruch auf Gleichbehandlung.

Relevant wird der Gleichbehandlungsgrundsatz besonders bei freiwilligen Leistungen des Arbeitgebers. Hier muß er die Unterschiede in seiner Leistung sachlich begründen (zB Weihnachtsgratifikation nur an verdiente Mitarbeiter). Eine Differenzierung ist insbesondere dann zulässig, wenn die AN willkürlich unterschieden werden. Verboten ist auch eine unsachliche Gruppenbildung, nur um die AN in verschiedene Gruppen einteilen zu können und aus diesem Grund eine unterschiedliche Leistungsgewährung vorzunehmen. Eine zulässige Unterscheidung liegt nach der Rechtsprechung aber vor, wenn die Leistung zB an die Fehltaggeknüpft wird. Der Gleichbehandlungsgrundsatz gilt aber nur in einem Betrieb, nicht über alle Betriebe des AG.

zB: A scheidet als AN aus einem Betrieb aus, kündigt auch seine Gewerkschaftsmitgliedschaft. Später wird ein Tarifvertrag mit rückwirkender Lohnerhöhung beschlossen. Der AG gewährt diese Lohnerhöhung allen AN, nicht nur den Gewerkschaftlern. A kann nicht aufgrund des TV die Lohnerhöhung verlangen, da er bereits ausgeschieden ist. A kann aber aufgrund des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz das rückwirkende Entgelt verlangen, die Kündigung ist kein sachlicher Grund für die Nichtgewährung, da eine rückwirkende Lohnerhöhung nicht an die Betriebstreue anknüpft, sondern an die bereits geleistete Arbeit.

Direktionsrecht

Da die Tätigkeit eines Arbeitnehmers nicht im Arbeitsvertrag in allen Einzelheiten festgelegt werden kann, gehört zum wesentlichen Inhalt eines Arbeitsvertrags auch das *Weisungsrecht* des AG. Dieser hat also das Recht, den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses durch Weisungen zu konkretisieren. Rechtsgrundlage des Direktionsrechts ist der Arbeitsvertrag. Je konkreter aber der Arbeitsvertrag, desto geringer ist jedoch das Weisungsrecht. Zu beachten ist auch, daß sich der Arbeitsvertrag durch eine lange Übung konkludent konkretisiert haben kann und daher ein Weisungsrecht nicht mehr möglich ist.

Das Weisungsrecht bzgl. der Art der Tätigkeit ist aber durch den Arbeitsvertrag eingeschränkt, der AN ist nicht zu jeder beliebigen Tätigkeit verpflichtet. Zudem ist bei personellen Maßnahmen (Einstellung, Versetzen...) der Betriebsrat nach §99 BetrVG zu unterrichten und dessen Zustimmung einzuholen. Das Direktionsrecht bezieht sich auch auf den Ort der Leistungserbringung, innerhalb eines Betriebs kann der AG dem AN jeden Arbeitsplatz zuweisen. Ein Wechsel in einen anderen Betrieb ist nicht vom Weisungsrecht gedeckt. Die Grenze des Direktionsrechts gilt auch für Nebenpflichten (zB Kaffeekochen einer Sekretärin). In Notfällen kann aber vom Arbeitnehmer eine vorübergehende Änderung des Arbeitsinhalts verlangt werden.

Begründung des Arbeitsverhältnisses

Das Arbeitsverhältnis wird durch den Arbeitsvertrag begründet, der Arbeitsvertrag ist ein Unterfall des Dienstvertrags nach §611 BGB. Unterfall deshalb, weil die Vorschriften der §§611ff BGB oft durch arbeitsrechtliche Sonderbestimmungen ersetzt oder ergänzt werden. Das Arbeitsverhältnis wird mit Vertragsschluß *begründet*, es *beginnt* zum festgesetzten Termin. Diese Unterscheidung zwischen Begründung und Beginn ist relevant, wenn ein AN zwar nach Begründung, aber vor „Dienstantritt“ erkrankt. Dieser kann erst ab dem Tag des Arbeitsbeginns Entgeltfortzahlung verlangen, zB §3 III EntgeltFZG, erst nach 4 Wochen ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses besteht ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.

Die privatrechtliche Abschlußfreiheit ist durch Abschlußgebote eingeschränkt, so muß zB ein AG nach §5 SchwbG Behinderte einstellen, wenn er über mehr als 16 Arbeitsplätze verfügt. Dies gibt aber dem einzelnen (behinderten) Arbeitssuchenden keinen individuellen Anspruch auf Einstellung, die Abschlußgebote stellen nur eine Allgemeinverpflichtung des AG dar. Auch ein Verstoß gegen das geschlechtliche Diskriminierungsverbot des §611a BGB führt nicht zur Einstellung, sondern nur zu einem Entschädigungsanspruch. Auch kann ein Abschlußgebot im Tarifvertrag vereinbart werden, aber auch dieses gibt dem einzelnen keinen Anspruch auf Einstellung.

Nach §99 BetrVG ist der Betriebsrat vor einer Einstellung zu hören und seine Zustimmung einzuholen. Eine ohne Zustimmung erfolgte Einstellung ist aber nicht unwirksam, der AG kann den AN jedoch nicht in den Betrieb eingliedern, außer es liegt eine dringliche Maßnahme nach §100 BetrVG vor.

Abschlußverbote ergeben sich zB aus §§5, 7 JArbSchG, aber auch in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen können Abschlußverbote getroffen werden, die zur Unwirksamkeit eines Arbeitsverhältnisses wegen Verstoß gegen §134 BGB führen. Bis zum Vertragsabschluß besteht zwischen den Beteiligten AG und „AN“ ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis, bei Verletzung kommt es zur Haftung aus *cic*. Der Arbeitsvertrag kann grundsätzlich auch formlos geschlossen werden, jedoch schreibt der Tarifvertrag meist eine Schriftform voraus. Eine Verletzung der Schriftform wird aber nicht zur Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags führen, dies wäre für den AN sehr ungünstig, die Schriftform dient lediglich Beweis Zwecken. Dies ist aber nicht nur im Arbeitsrecht so, nach hM führen die §§125, 126 BGB nur dann zur Nichtigkeit, wenn Formzweck der Übereilungsschutz ist, nicht wenn die Form lediglich Beweis Zwecken dient und der Beweis auch anderweitig erbracht werden kann.

Schließt ein AN zwei Arbeitsverträge ab, so sind beide wirksam, eine Unwirksamkeit des zweiten Arbeitsvertrags kann sich nur aus dem Arbeitszeitgesetz ergeben, wenn die zulässige Höchstarbeitszeit überschritten wird. Dann ist der zweite Vertrag nach §134 BGB nichtig.

Mängel des Arbeitsvertrags

Anfechtung und Kündigung stehen gleichberechtigt nebeneinander. Im Arbeitsrecht ist in der Praxis nur der Eigenschaftsirrhum nach §119 II BGB bei einem Irrtum über die Person des Arbeitnehmers relevant. Als Eigenschaften einer Person kommen jedoch nur solche in Betracht, die von gewisser *Dauer* sind (also nicht eine kürzere Krankheit, auch nicht eine Schwangerschaft). Ob die Eigenschaft verkehrswesentlich ist, hängt von der Art der Tätigkeit ab (zB strafrechtliche Unbescholtenheit bei Bankangestellten, Fahrpraxis eines LKW-Fahrers, die Verfassungstreue im öffentlichen Dienst, fachliche Qualifikation und Vorbildung, die Religion bei den sog. *Tendenzbetrieben*, zB Kirche, siehe §118 BetrVG). Die Schwangerschaft ist zwar schon keine Eigenschaft, dennoch wird sie ausnahmsweise als verkehrswesentliche Eigenschaft angesehen, wenn diese die vorgesehene Tätigkeit *vollkommen* verhindert oder wenn die Mutterschutzvorschriften sofort eintreten würden. Auch Vorstrafen sind eigentlich keine Eigenschaft, lassen aber auf eine Eigenschaft der Person Rückschlüsse ziehen. Keine Offenbarungspflicht besteht dann, wenn die Vorstrafen aus dem Bundeszentralregister wieder gestrichen worden sind.

Bei der Täuschung nach §123 BGB ist im Arbeitsrecht vor allem die wahrheitswidrige Beantwortung von Fragen des Arbeitgebers relevant. Eine Täuschung liegt jedoch nur dann vor, wenn wahrheitswidrig auf eine zulässige Frage geantwortet wurde, eine falsche Beantwortung einer unzulässigen Frage ist dagegen keine Täuschung. Fragen bzgl. der Intimsphäre sind gänzlich verboten, ansonsten darf der AG nur nach solchen Umständen fragen, die eine konkrete Beziehung zum Arbeitsplatz haben. Grundsätzlich unzulässig ist heute auch schon die Frage nach der *Schwangerschaft*, da diese nur weiblichen Bewerberinnen gestellt wird und daher gegen das Geschlechtsdiskriminierungsverbot des §611a BGB verstößt. Eine Frage nach der Schwangerschaft ist bei *unbefristeten* Arbeitsplätzen immer unzulässig, bei befristeten nur dann, wenn die Schwangerschaft die Tätigkeit vollständig verhindern würde. Eine Ausnahme besteht dann, wenn die Frage nach der Schwangerschaft dem Schutz der Schwangeren und des Kindes dient, zB bei gefährlichen Arbeiten. Die Frage nach einer *AIDS-Infektion* ist dagegen zulässig, da hier mit einer alsbaldigen Arbeitsunfähigkeit zu rechnen ist (nicht aber nach HIV-Infektion wegen der langen Inkubationszeit). Auch die Frage nach einer *Stasi-Tätigkeit* ist zulässig (bei staatlichen Arbeitgebern sowieso wegen der Verfassungstreue nach Art. 33 II GG), sie darf aber dann wahrheitswidrig beantwortet werden, wenn die Stasi-Tätigkeit mehr als 25 Jahre zurückliegt (BAG).

Der AN begeht eine Verletzung seiner Offenbarungspflicht (aus sic wegen vorvertraglichem Vertrauensverhältnis), wenn er nicht *ungefragt* auf solche Umstände antwortet, die dem AG offensichtlich wichtig sind (Bewerber auf LKW-Fahrerstelle muß offenbaren, wenn er keinen Führerschein hat). Meist muß also der AG gar nicht nach wesentlichen Umständen fragen, hier hat schon der AN eine Aufklärungspflicht.

• Rechtsfolgen

- > vor Arbeitsantritt gelten die normalen ex-tunc-Regeln des §142 BGB
- > nach Arbeitsantritt führt eine Anfechtung nur noch zur Nichtigkeit ex-nunc, dh nur mit Wirkung für die Zukunft. Würde man eine rückwirkende Nichtigkeit zulassen, so wäre der AN bzgl. seiner erbrachten Arbeitsleistung auf Wertersatz nach §818 II BGB angewiesen und würde so in die Gefahr der Entreicherung des §818 III BGB laufen. Außerdem ist eine rückwirkende Anfechtung bei Dauerschuldverhältnissen und die daraus resultierende Rückabwicklung immer mit Schwierigkeiten verbunden (auch im Gesellschaftsrecht bei der sog. faktischen Gesellschaft), daher geht die hM immer nur von einer ex-nunc-Wirkung aus.
- > fraglich ist, ob eine Anfechtung wegen §119 II BGB auch dann möglich ist, wenn einer Kündigung ein Kündigungsverbot entgegenstehen würde. zB Kündigung wegen Vorstrafen, die Arbeitnehmerin ist aber schwanger. Steht §9 MSchG auch der Anfechtung wegen §119 II BGB entgegen? Die hM verneint dies, da die Mutter nur in einem ihr rechtlich zustehenden Arbeitsverhältnis geschützt werden soll, nicht aber in einem fehlerhaften (Vorstrafen waren offenbarungspflichtig bei verantwortungsvoller Tätigkeit).
- > die Anfechtbarkeit eines Arbeitsverhältnisses ist aber von dem Fall einer *von vornherein* vorliegenden Nichtigkeit eines Arbeitsverhältnisses zu unterscheiden. Hier lag von vornherein kein wirksames Arbeitsverhältnis vor, das angefochten werden könnte. Im Hinblick auf die Schutzbedürftigkeit des AN geht die hM aber von einem sog. *faktischen Arbeitsverhältnis* aus, wenn keine überwiegenden öffentlichen Belange entgegenstehen. Für die Vergangenheit wird das nichtige Arbeitsverhältnis wie ein rechtswirksames behandelt, dh dem AN stehen Entgelt, Urlaub, Lohnfortzahlung etc. zu. Für die Zukunft kann jedoch jede Partei das Arbeitsverhältnis durch *bloße Erklärung* auflösen, ohne Einhaltung von Kündigungsfristen. Die Regeln über das „faktische Arbeitsverhältnis“ gelten jedoch dann nicht, wenn der AN schutzwürdig ist und es für ihn besser ist, das Arbeitsverhältnis von vornherein als nichtig zu betrachten (zB bei minderjährigem AN oder AG). Ein faktisches Arbeitsverhältnis kann zB auch dann vorliegen, wenn ein Vertreter ohne Vertretungsmacht einen AN einstellt, der AG dies später aber nicht billigt. Der AN hat dann trotzdem aus dem faktischen Arbeitsverhältnis einen Anspruch auf Lohn. Teilweise wird auch dann auf das faktische Arbeitsverhältnis zurückgegriffen, wenn es zwar am

Anfang wirksam war, aber später durch Anfechtung vernichtet wurde (obwohl dies eigentlich wegen der ex-nunc-Wirkung der Anfechtung eines Dauerschuldverhältnisses gar nicht nötig wäre).

Ein faktisches Arbeitsverhältnis ist beendet, wenn es *außer Vollzug* gesetzt wird. Dies ist nach neuester Rechtsprechung des BAG auch dann der Fall, wenn eine längere Krankheit vorliegt. Mit Eintritt der Krankheit wird nicht mehr gearbeitet, daher liegt ab diesem Zeitpunkt auch kein faktisches Arbeitsverhältnis mehr vor.

Quotenregelungen

Quotenregelungen zugunsten der Einstellung von Frauen führen zu einer Schlechterstellung von Männern, also zu einer geschlechtsspezifischen Diskriminierung, die nach §611a BGB und Art. 141 EGV verboten ist. Nach dem EuGH ist eine Quotenregelung nur dann zulässig, wenn in dem betroffenen Bereich ein Geschlecht unterrepräsentiert ist, Art. 141 IV EGV (Rechtsgedanke bei Lohnanspruch). Aber auch dann darf nur eine fachlich gleich qualifizierte Person genommen werden, es darf weiterhin auch nicht zu einem Automatismus bei gleicher Eignung des betreffenden Geschlechts kommen. Im Grundsatz muß auch wie bisher der geeignetste Bewerber genommen werden.

Teilzeitarbeit

Teilzeitarbeit liegt vor, wenn ein AN nicht die im Betrieb sonst übliche Stundenzahl arbeitet. Als Teilzeitarbeit kommt in der Praxis häufig Jobsharing oder die sog. Abrufarbeit (§4 BeschFG) vor. Bei der Abrufarbeit wird ein AN je nach Arbeitsanfall gerufen, er muß jedoch mindestens 10 Stunden pro Woche arbeiten, und er darf nur für mindestens 3 zusammenhängende Stunden gerufen werden. Teilzeitarbeit liegt weiterhin nur bei einer dauerhaft niedrigen Arbeitszeit vor, nicht nur bei einer vorübergehenden. Für die Teilzeitarbeit gilt das normale Arbeitsrecht, da das Arbeitsrecht selten auf die Stundenanzahl abstellt, sondern meist nur auf die Betriebszugehörigkeit (zB §1 I KSchG). Nach §2 BeschFG ist die Ungleichbehandlung von Teilzeitarbeitern gegenüber den Vollzeitkräften verboten.

Fraglich ist, ob Teilzeitarbeiter auch einen Anspruch auf Überstundenzuschlag haben. Im Tarifvertrag ist meist vereinbart, daß Mehrarbeit vorliegt, wenn ein AN mehr als 8 Stunden täglich arbeitet. Dies erfüllen die Teilzeitarbeiter idR nicht. Fraglich ist deshalb, ob Mehrarbeit auch dann vorliegt, wenn mehr als das vertraglich Vereinbarte gearbeitet wird. Das BAG verneint diese Frage, weil sich ein Überstundenzuschlag erst ab einer Mehrarbeit über 8 Stunden hinaus rechtfertigt, weil nur dies körperlich anstrengend ist und nicht schon dann vorliegt, wenn ein Teilzeitarbeiter über seine vereinbarte Stundenzahl hinaus arbeitet.

Leiharbeit

Bei der Leiharbeit leiht sich der Entleiher Arbeitnehmer vom Verleiher. Die Arbeitnehmer sind beim Verleiher aufgrund eines Arbeitsverhältnisses angestellt, es kommt nur ein Vertrag zwischen Ver- und Entleiher zustande. Jedoch bedarf die gewerbliche Verleihung von Arbeitskräften nach §1 AÜG einer Genehmigung. Fehlt diese, so gilt nach §§9 I Nr. 1, 10 I AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen AN und Entleiher als zustandegekommen.

Rückzahlungsklauseln

In Arbeitsverhältnissen wird oft eine Rückzahlungsklausel vereinbart, wenn dem AN im Betrieb eine Ausbildung ermöglicht wurde. Dann soll der AN bei einer Kündigung innerhalb einer bestimmten Sperrfrist teilweise die Kosten der Ausbildung zurückzahlen. Da dies dem Arbeitnehmer faktisch die Kündigung erschwert, sind diese Klauseln nach §242 BGB iVm Art. 12 I GG einer Inhaltskontrolle zu unterziehen. Der AG muß ein billiges Interesse an der Rückzahlung haben, der AN ist zur Rückzahlung nur verpflichtet, wenn ihm die Ausbildung auch außerhalb des Betriebs einen *geldwerten Vorteil* bringt. Nach der Rechtsprechung kann ein AG bei einer Ausbildung von bis zu 2 Monaten den AN bis zu einem Jahr an den Betrieb binden, innerhalb dieser Sperrfrist ist eine Rückzahlung zulässig. Bei einer Ausbildungsdauer von 3 Monaten ist eine Bindung von 3 Jahren zulässig, bei einer Ausbildung von 5 Jahren ist eine maximale Bindung von 5 Jahren zulässig. Die Rückzahlungspflicht tritt dann nicht ein, wenn der AG selbst kündigt (außer der AN verschuldet die Kündigung). Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch §5 II BBiG, bestimmte Verpflichtungen des Auszubildenden, eine Entschädigung für die Ausbildung oder eine Vertragsstrafe zu zahlen, können nichtig sein.

Pflichten und Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis

Hauptpflicht des AN ist die Erbringung der Arbeitsleistung, dazu steht im Gegenseitigkeitsverhältnis die Vergütungspflicht des AG. Der AN ist nach §614 BGB vorleistungspflichtig. Es kann auf Erfüllung der Arbeitsleistung geklagt werden, die hM sieht diese jedoch als *unvertretbare* Handlung iSd §888 ZPO an, daher scheidet eine Zwangsvollstreckung aus (nur Zwangsgeld). Der AG kann aber auch nach §§323, 325

BGB seine Lohnzahlung einstellen oder Schadensersatz geltend machen. Das Rücktrittsrecht des §325 BGB wird durch die Kündigung nach §626 BGB ersetzt, da es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelt.

Bei einer nur *vorübergehenden* Verhinderung des AN kann der AG nach §616 BGB nicht den Lohn erhalten, bei Krankheit gilt hier §§1, 3 EntgeltFG als *lex specialis*. Der Grund des §616 BGB muß in der Person des AN liegen, Verspätungen wegen schlechten Witterungsverhältnissen scheidet somit aus. Gerät der AG in Annahmeverzug, so behält der Arbeitnehmer seinen Lohnanspruch (ein Verschulden des AG ist nicht erforderlich), §615 BGB gilt aus Ausnahme zu §323 BGB. Kann die Arbeitsleistung ohne Verschulden von AG oder AN nicht erbracht werden, so behält der AN seinen Lohnanspruch, weil dies in das *Betriebsrisiko* des AG fällt (zB Umweltkatastrophe).

Als Nebenpflichten ergeben sich eine Treuepflicht, eine Verschwiegenheitspflicht, in Ausnahmefällen auch ein Wettbewerbsverbot aus §242 BGB, Schutz-, Sorgfalts- und Anzeigepflichten. Bei schuldhafter Verletzung ist ein Anspruch aus pVV gegeben. Diese Pflichten treffen sowohl AN also auch AG.

Den AG trifft eine Beschäftigungspflicht, dh dem AN muß auch eine Tätigkeit gegeben werden, dies gebietet das Recht auf Selbstverwirklichung (Art. 2 I GG), auch dann, wenn der Lohn dennoch gezahlt wird. Der AG ist zur Zahlung des Arbeitslohns verpflichtet, bei Nichtleistung kann der AN Lohnzahlungsklage nach §2 I Nr. 3a ArbGG erheben, diese geht immer auf den *Bruttolohn*, nicht auf den Nettolohn. Die Schutz- und Sorgfaltspflichten des AG sind in §§618, 619 BGB geregelt.

- Weiterbeschäftigungsanspruch

Während einer Kündigungsschutzklage besteht kein Weiterbeschäftigungsanspruch bis zum endgültigen Urteil. Ein Weiterbeschäftigungsanspruch kann sich jedoch aus §102 V BetrVG ergeben, wenn der Betriebsrat einer Kündigung widersprochen hat und der AN Kündigungsschutzklage erhoben hat. Dann muß der AG den AN bis zur Rechtskraft des Urteils weiterbeschäftigen. Ein Weiterbeschäftigungsanspruch besteht nach der Rechtsprechung auch dann, wenn die Kündigung *offensichtlich* unwirksam ist oder wenn der AN schon in 1. Instanz obsiegt hat.

- Rechtsfolgen

Wird die Wirksamkeit der Kündigung durch Urteil festgestellt, so wurde das Arbeitsverhältnis zu dem damaligen Zeitpunkt wirksam beendet, ein Anspruch auf Lohnfortzahlung für die Zeit des Rechtsstreits besteht nicht. Ein anderes gilt nur dann, wenn der AG den AN aufgefordert hat, bis zum Urteil weiterzuarbeiten (faktisches Arbeitsverhältnis). Wurde der AG dagegen vom AN zur Annahme der Leistung gezwungen (§887 ZPO), so ist, falls die Kündigung doch rechtmäßig war, die erbrachte Leistung nach §§812ff BGB rückabzuwickeln, dh Wertersatz nach §818 II BGB zu leisten.

- nachwirkende Fürsorgepflicht

zB relevant bei einer Verdachtskündigung, bei der sich später herausstellt, daß der Verdacht unbegründet war. Dann hat der AN einen Rechtsanspruch aus nachwirkender Fürsorgepflicht auf Wiedereinstellung.

- Nach §17 BBiG hat ein Auszubildender, wenn er die Ausbildung abgeschlossen hat, aber dennoch ohne Arbeitsvertrag weiter im Betrieb arbeitet, einen Anspruch aus dem Arbeitsvertrag, ein solcher wird bei Weiterarbeit fingiert. Es gilt dann wie im Mietrecht (§568 BGB) das Arbeitsverhältnis stillschweigend auf unbestimmte Zeit verlängert.

Lohnanspruch

Der Lohnanspruch ergibt sich aus §611 BGB, ein Mindestlohn kann sich aus dem Tarifvertrag ergeben. Der Lohn kann als Zeitlohn (Stundenlohn, festes Gehalt) oder als Leistungslohn (Akkord, Prämien) gezahlt werden. Es ist aber auch teilweise ein Naturallohn möglich, zB Überlassung einer Werkswohnung etc. Zusätzlich zum Lohn können Überstundenzuschläge, Prämien, Provisionen und Gratifikationen kommen. Lohnzahlungszeitpunkt ist nach §614 BGB nach der Leistung, der AN ist vorleistungspflichtig. Der Lohnanspruch ist nur in gewissen Grenzen pfändbar (§§850ff ZPO), nicht abtretbar §400 BGB, nicht verpfändbar §1274 II BGB und nicht aufrechenbar §394 BGB (soweit er unpfändbar ist).

Bei vorübergehender Verhinderung behält der AN seinen Lohnanspruch nach §616 BGB, bei Krankheit gilt §3 EntgeltFG, dh für 6 Wochen muß der AG weiterzahlen. §616 BGB ist eine Ausnahme zu §323 BGB, dh bei einer unverschuldeten Verhinderung verliert der AN nicht den Lohnanspruch nach §323 BGB, sondern kann ihn nach §616 BGB verlangen. Unmöglichkeit der Leistungserbringung nimmt die hM schon dann an, wenn nicht *innerhalb der Arbeitszeit* gearbeitet wurde, auch wenn der AN die fehlende Zeit ohne Probleme nachholen könnte. Sobald der AN also nicht zur vereinbarten Zeit arbeitet, liegt nicht Verzug vor, sondern Unmöglichkeit. Die Arbeitsleistung ist in hohem Maße zeitbezogen, der Arbeitsleistung kommt daher der Charakter einer absoluten Fixschuld zu, eine Nachholbarkeit ist unmöglich.

Die alte Gesetzeslage sah nur eine Fortzahlungspflicht in Höhe von 80% des üblichen Lohns vor, dies wurde aber wieder abgeschafft, nach §4 EntgeltFG ist der für die vorgesehene Arbeitszeit entsprechende Lohn zu zahlen. Der Entgeltfortzahlungsanspruch entsteht erst ab dem Zeitpunkt, den der Arbeitsvertrag als Dienst-antritt vorsieht, nicht schon ab Abschluß des Arbeitsvertrags. Der Entgeltfortzahlungsanspruch besteht also

nicht, wenn der AN schon bei Arbeitsvertragsabschluß arbeitsunfähig war. Es muß auch eine Krankheit vorliegen, hierzu zählt auch Alkoholismus und die Folgen eines Unfalls. Die Krankheit darf nicht verschuldet sein (Verschulden gegen sich selbst, §277 BGB), zB Sportunfall. Der Entgeltfortzahlungsanspruch gilt auch bei gesetzlichen Feiertagen, §2 EntgeltFG.

Der Lohnanspruch des AN entfällt nicht bei Annahmeverzug des AG, §615 BGB gilt als Ausnahme zu §323 BGB, denn normalerweise würde bei einem schuldlosen Annahmeverzug des AG kein Lohnanspruch bestehen. Die Leistung des AN muß fällig sein, der AG würde nach §294 BGB bei einem tatsächlichen Angebot des AN in Verzug kommen. Nach §295 BGB genügt ein wörtliches Angebot, wenn der AG erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen will. Nach der Rechtsprechung ist aber gemäß §296 BGB jegliches Angebot entbehrlich, der AG kommt in Annahmeverzug, wenn er den erforderlichen Arbeitsplatz nicht zur Verfügung stellt.

Kann der AN seine Arbeitsleistung nicht erbringen, weil dies ohne Verschulden irgendeiner Partei unmöglich wird, würde eigentlich der Lohnanspruch nach §323 BGB untergehen. Hier greift jedoch die Theorie vom Betriebsrisiko, bei einer Störung, die im betrieblichen Risiko liegt, behält der AN seinen Anspruch (das Betriebsrisiko kann durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung und sogar durch Einzelvertrag *abbedungen* werden, das Risiko kann also auf den AN umlagert werden). Der AN muß aber eine Kürzung seines Lohns hinnehmen, wenn sonst die Existenz des Betriebs gefährdet wäre. Die Unmöglichkeit der Erbringung der Leistung aufgrund eines Arbeitskampfes fällt dagegen in die Sphäre des AN, er hat keinen Anspruch auf Lohn. Es hat aber nur derjenige AN einen Anspruch auf Lohnzahlung, der auch zur Erbringung der Arbeitsleistung fähig und bereit ist (Rechtsgedanke des §297 BGB), also nicht ein AN, der an diesem Tag krank war. In der Lehre wird zunehmend auf die Grundsätze des Betriebsrisikos verzichtet, diese sind schon in §615 BGB enthalten, da auch bei Naturkatastrophen der AG in Annahmeverzug gerät und dieser auch kein Verschulden voraussetzt. Hier kommt dann auch eine direkte Anwendung des §297 BGB in Betracht.

Urlaubsanspruch

Urlaub ist bezahlte Freizeit, die der Erholung dient. Während des Urlaubs wird ein Urlaubsentgelt gezahlt, dies ist das normale Arbeitsentgelt und die Zusatzvergütung, §11 BUrlG. Nach §3 I BUrlG besteht ein Mindestanspruch von 24 Werktagen, nach §13 BUrlG kann in Tarifverträgen von den §§1-3 BUrlG nicht abgewichen werden, aus §13 I 2 BUrlG ergibt sich aber, daß zugunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden darf. In Tarifverträgen kann also eine ungünstigere Regelung nur bzgl. der §§4ff BUrlG getroffen werden. Jugendliche und Schwerbehinderte erhalten mehr Urlaub, §§19 JArbSchG, 47 SchwbG.

Da als Werktage nur Sonntage und Feiertage nicht zählen (Samstag aber schon, §3 II BUrlG), müssen in Betrieben, in denen die 5-Tage-Woche gilt, die Werktage umgerechnet werden. 24 Werktage bedeuten in einer 6-Tage-Woche, von denen das Gesetz ausgeht, 4 Wochen Urlaub, in einer 5-Tage-Woche hat der AN also nur 20 Tage Urlaub. Der Urlaub kann nach §7 II BUrlG nur zusammenhängend gewährt werden, dh mindestens 12 Tage am Stück. Kann der Urlaub nicht mehr gewährt werden, weil das Arbeitsverhältnis beendet wurde, so ist nach §7 IV BUrlG der Urlaub anteilmäßig abzugelten. Eine Abgeltung im laufenden Arbeitsverhältnis kommt nicht in Betracht, der Urlaub muß genommen werden, da er der Erholung dient. Der Urlaubsanspruch ist höchstpersönlicher Natur, er kann nicht abgetreten oder gepfändet werden. Der Urlaubsentgeltanspruch des §7 IV BUrlG ist dagegen ein reiner Zahlungsanspruch.

Der **volle** Urlaubsanspruch entsteht erstmalig nur nach Ablauf der Wartezeit von 6 Monaten, dh erst nach 6 Monaten Arbeit hat der AN zum ersten Mal einen Anspruch auf den vollen Urlaub, vorher nicht (zB fängt ein AN zum 1.8. an, so hat er erst ab 1.2. des Folgejahres einen Anspruch auf Urlaub). Vor dieser Wartezeit hat der AN nur nach §5 BUrlG einen Anspruch auf Teilurlaub, dh 1/12 des Jahresurlaubs pro geleisteten Monats. Der volle Jahresurlaub ist nach §5 I b,c BUrlG nur dann ausgeschlossen, wenn der AN trotz Erfüllung der Wartezeit in der ersten Hälfte des Kalenderjahres ausscheidet. Ein bereits genommenen Jahresurlaub kann nach §5 III BUrlG aber nicht vom AG zurückgefordert werden, wenn der AN vorher aus dem Betrieb ausscheidet und ihm nach §5 I BUrlG eigentlich nur weniger Urlaub zustehen würde.

Haftung des Arbeitgebers

Verletzt der Arbeitgeber schuldhaft einen Arbeitnehmer, und entsteht ein Personenschaden, so haftet der AG aus pVV wegen Schlechterfüllung seiner Sorgfaltspflicht. Gleiches gilt für deliktische Handlungen aus §823 BGB. Nach §§104, 105 SGB VII (früher §636 RVO) sind diese Ansprüche des AN gegen den AG und gegen andere AN jedoch ausgeschlossen, da schon die gesetzliche Unfallversicherung den Schaden bezahlt, auch wenn ein Verschulden des AG oder des anderen AN vorlag (außer Vorsatz). Dies ist auch gerechtfertigt, weil allein der AG die Beiträge für die Unfallversicherung bezahlt. Dies aber nur für Personenschäden, Sachschäden sind nicht von den §§104, 105 SGB VII gedeckt. Grund für die Haftungsbegrenzung auf Vorsatz ist der Betriebsfrieden, es soll nicht der AG oder der Arbeitskollege verklagt werden, wenn schon ein gesetzlicher Versicherungsträger den Schaden ersetzt. Dieser Vorsatzausschluß gilt aber nicht für Versicherungsfälle auf einem versicherten Weg nach §8 II SGB VII, weil der versicherte Weg nichts mit der

Arbeit als solcher zu tun hat, dem AN sollen hier keine Ansprüche abgeschmettert werden (zB aus §823 BGB), die er auch gegen einen Dritten hätte, und nicht wegen der „Risikogemeinschaft Arbeit“ ausgenommen sind.

- §670 BGB analog

Der AN hat auch nach §670 BGB analog einen Ersatzanspruch für Sachschäden, die ihm in Ausübung seiner Tätigkeit zustoßen. Eine unmittelbare Anwendung des §670 BGB scheidet aus, weder ist das Arbeitsverhältnis unentgeltlich noch sind Schäden als Aufwendungen anzusehen, daher kommt nur eine doppelte Analogie in Betracht.

- (1) Es muß sich um einen *arbeitsinadäquaten Schaden* handeln, also ein Schaden, der aufgrund einer typischen Gefahr aus der Tätigkeit resultiert. Es darf sich also nicht das allgemeine Lebensrisiko verwirklicht haben.
- (2) Der Schaden darf auch nicht durch die arbeitsvertragliche *Vergütung* abgegolten sein (zB Kleidergeld)
- (3) Um bei §670 BGB auch ein *(Mit)Verschulden* des AN berücksichtigen zu können, was nach dem Wortlaut nicht möglich wäre, sagt die hM, daß dem AN nur dann ein Anspruch aus §670 BGB analog zusteht, wenn er, sollte er in der konkreten Situation dem AG einen Schaden zugefügt haben, nach den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs *nicht* ersatzpflichtig wäre (hypothetisches Modell). Dann nämlich trifft ihn kein oder nur leichtestes Verschulden und er bleibt vom Schadensersatz freigestellt.

- pVV

Der AG haftet nach pVV des Arbeitsvertrags auch für die vertragliche Nebenpflicht, alle vom AN üblicherweise mitgebrachten Sachen sicher zu verwahren. Der AG hat also eine allgemeine Verwahrungspflicht, er muß für die Sicherheit von Sachen einstehen, die der AN regelmäßig zum Betrieb mitbringt und die auch erforderlich sind (kann zB auch PKW sein, wenn Betrieb nicht anders erreichbar ist).

Haftung des Arbeitnehmers

Bei schuldhafter Nichterbringung des Arbeitnehmers haftet er nach §325 BGB auf Schadensersatz. Bei einer Schlechterfüllung der Arbeitsleistung kommt nicht etwa eine Lohnminderung in Betracht, sondern ein Anspruch des AG aus pVV, der AG kann mit diesem gegen die Lohnforderung des AN aufrechnen (unter Beachtung der Grenze des §394 BGB, dh es sind die Pfändungsgrenzen der §§850ff ZPO zu berücksichtigen). Im Ergebnis wird also doch eine Lohnminderung erreicht. Der AN haftet grundsätzlich für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.

Bei leichter Fahrlässigkeit hat die Rechtsprechung als Haftungsausschluß den sog. „innerbetrieblichen Schadensausgleich“ entwickelt, dh bei einer betrieblich veranlaßten Tätigkeit haftet der AN nicht für leichte Fahrlässigkeit. Dies deshalb, weil eine geringfügige Außerachtlassung der Sorgfalt in keinem Verhältnis zum möglichen Schaden steht. Früher hieß dies „schadensgeneigte Tätigkeit“, wenn die Tätigkeit eine hohe Wahrscheinlichkeit in sich birgt, daß ein Schaden früher oder später eintreten wird. Die Gefahrgeneigtheit ist nach neuester Rechtsprechung keine Voraussetzung mehr für den Haftungsausschluß, es genügt, daß die Tätigkeit betrieblich veranlaßt wurde. Für leichteste Fahrlässigkeit haftet der AN überhaupt nicht, für normale Fahrlässigkeit anteilig, dies gilt sowohl für vertraglich als auch für gesetzliche Ansprüche.

-> die Rspr. wendet den „innerbetrieblichen Schadensausgleich“ nicht auf die sog. *Mankohaftung* an, wenn der AN für einen Fehlbestand haftet (zB Lagerarbeiter). Hier wird aber dem AG die Beweislast aufgebürdet, der das Verschulden des AN beweisen muß. Eine vertragliche Vereinbarung, daß der AN die Mankohaftung verschuldensunabhängig selbst übernimmt, muß sich aber auch finanziell in der Vergütung widerspiegeln, sonst ist die Mankoabrede nach §138 I BGB sittenwidrig (sog. Mankogeld). Eine Mankoabrede, die einem AN auch die verschuldensunabhängige Haftung für den Fehlbestand anderer AN aufbürdet, ist unwirksam (zB A und B sollen als Gesamtschuldner der Mankohaftung unterliegen, A und B arbeiten aber nicht gemeinsam, sondern im schichtweisen Wechsel).

-> gegenüber Dritten haftet der AN jedoch normal, der innerbetriebliche Schadensausgleich gilt nur gegenüber dem AG. Die Rechtsprechung gewährt dem AN dann jedoch einen *Freistellungsanspruch* gegenüber dem AG aus §§670, 257 BGB analog. Diesen Anspruch kann der AN selbst geltend machen oder aber dem geschädigten Dritten abtreten.

Arbeitszeit

Eine Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Leistung von Überstunden ergibt sich nicht aus dem Gesetz, dies kann aber in Notfällen gegeben sein. Nach §3 ArbZG beträgt die tägliche Höchstdauer 8 Stunden, wöchentlich also 48 Stunden. Die tägliche Arbeitszeit kann aber auf 10 Stunden verlängert werden, wenn dementsprechend Ausgleich gewährt wird. Die geschuldete Arbeitszeit ergibt sich aus dem Arbeitsvertrag. Kurz-

arbeit ist die vorübergehende Herabsetzung der vereinbarten Arbeitszeit (meist in der Krise eines Betriebs). Rechtsgrundlage kann eine Änderung des Arbeitsvertrags, eine tarifliche Regelung oder eine Betriebsvereinbarung sein. Hierbei handelt es sich um eine betriebliche Norm iSd §3 II TVG, dh es genügt allein die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers, dies gilt also auch für die nicht gewerkschaftlich gebundenen Arbeitnehmer. Der Betriebsrat ist nach §87 I Nr. 3 BetrVG zu beteiligen, ansonsten ist die Vereinbarung von Kurzarbeit rechtswidrig.

Kündigung vor Dienstantritt

Wurde ein Arbeitsvertrag geschlossen und kündigt der AN schon vor Arbeitsantritt, so kommt ein Schadensersatzanspruch des AG (zB für Inseratkosten) *nicht* aus Verzug oder Unmöglichkeit in Frage, weil der AN ja noch nicht zu arbeiten angefangen hat. Es bleibt nur ein Anspruch aus pVV (endgültige Leistungsverweigerung). Der AG hat einen Anspruch aus §249 BGB, so gestellt zu werden, als wäre es nicht zu einer Vertragsauflösung gekommen. Hier muß der AN dem AG nur den Schaden ersetzen, der durch die verfrühte Vertragsauflösung entstanden ist (also Berechnung bis zum erstmöglichen Kündigungstermin). In der Praxis wird aber nicht selten eine Vertragsstrafe bei einer Kündigung vor Arbeitsantritt vereinbart.

Lohnanspruch bei rechtswidriger Kündigung

Wird einem AN gekündigt und stellt das angerufene Arbeitsgericht später die Unwirksamkeit der Kündigung fest, so wurde das Arbeitsverhältnis nicht wirksam aufgelöst. Die Tatsache, daß der AN seit der Kündigung nicht mehr beim AG gearbeitet hat, steht dem Lohnanspruch aus §611 BGB nicht entgegen. Der AG befand sich im Annahmeverzug, der AN war zur Arbeitsleistung bereit und imstande. Grundsätzlich gilt zwar nach §294 BGB, daß der Schuldner die Leistung tatsächlich anbringen muß, der AG macht durch seine Kündigung aber deutlich, daß er die Arbeitsleistung des AN nicht mehr will, es würde auch ein wörtliches Angebot des AN nach §295 BGB genügen. Damit könnte der AN den Lohn aber erst ab dem wörtlichen Angebot verlangen, das zB in der Erhebung der Kündigungsschutzklage zu sehen ist (der AN hätte nach §295 BGB also keinen Anspruch auf den Lohn zwischen Kündigung und Widerspruch). Nach der Rechtsprechung ist nach §296 BGB aber auch auf dieses wörtliche Angebot verzichtbar, weil die Mitwirkungshandlung des AG (Arbeitsplatzbereitstellung) kalendermäßig bestimmt ist, und diese schon mit der Kündigung verweigert wird.

Schmiergelder

Nimmt ein AN Schmiergelder für die Ausführung seiner Arbeit an, so verletzt er damit die Treuepflicht gegenüber dem AG, dieser ist zur fristlosen Entlassung berechtigt. Der AG kann auch einen Schadensersatzanspruch aus pVV geltend machen. Ist ihm durch die Schmiergelder aber kein Schaden entstanden (zB nur terminliche Bevorzugung), so kann er vom AN Herausgabe der Schmiergelder verlangen. Dies nicht nach §§675, 667 BGB, da die Annahme von Schmiergeldern keine Geschäftsbesorgung ist, sondern eine Geschäftsmaßnahme, es besteht daher ein Anspruch aus §687 II BGB. Der Schmiergeldleistende kann das Schmiergeld nicht zurückverlangen, ein Anspruch aus §812 BGB scheidet an §814 BGB und ein Anspruch aus §817 S. 1 BGB an §817 S. 2 BGB.

Beendigung eines Arbeitsverhältnisses

• Befristete Arbeitsverhältnisse

Befristete Arbeitsverhältnisse enden mit Zeitablauf, §620 BGB, eine ordentliche Kündigung ist nicht möglich, demnach ist auch das KSchG nicht einschlägig. Das Ende eines Dienstverhältnisses kann sich auch aus der Natur des Dienstverhältnisses ergeben, wenn es zB nur für einen bestimmten Zweck eingegangen wurde. Bei einer Zweckbefristung (zB Urlaubsvertretung) könnte dann aber das Arbeitsverhältnis von einem Tag auf den anderen beendet sein, was dem AN nicht zuzumuten ist. Daher gilt bei einer Zweckbefristung auch die ordentliche Kündigungsfrist (zB A erkrankt, B wird als UV eingestellt, A erscheint wieder am 1.7., B muß erst zum 31.7. gehen). Das Arbeitsverhältnis kann aber nach §625 BGB stillschweigend fortgesetzt werden.

Es ist aber eine Befristung eines Arbeitsverhältnisses nach §1 I BeschFG nur auf 2 Jahre möglich. Dies aber nur dann, wenn kein sachlicher Grund vorliegt. Früher wurde eine Befristung aufgrund des Schutzzwecks des KSchG generell nur mit sachlichem Grund als möglich angesehen. Durch §1 I BeschFG wurde die Zulässigkeit von Befristungen auf zwei Jahre erhöht (ohne sachlichen Grund). Ist die Befristung durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt, ist auch eine längere Befristung möglich. Dieser sachliche Grund ist aber nur für AG nötig, für die das KSchG gilt (mindestens 6 AN). Das Verbot der befristeten Arbeitsverträge soll nur eine Umgehung des KSchG verhindern, so daß, wenn dieses ohnehin nicht anwendbar ist, auch §1 BeschFG nicht gilt. Fehlt dieser sachliche Grund und ist die Gesamtdauer von 2 Jahren schon überschritten, so liegt nach dem BAG ein unbefristetes Arbeitsverhältnis vor.

- ordentliche Kündigung §622 BGB

Die ordentliche Kündigung ist erst nach Ablauf einer Kündigungsfrist wirksam. Normalerweise ist die Kündigung eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die mit Zugang ihre Rechtswirkung entfaltet. Nach §622 BGB wird die Kündigung aber erst nach Ablauf der Kündigungsfrist wirksam. Die Kündigung bedarf keine Form, außer der Tarifvertrag sieht eine Schriftform vor (bei Verstoß aber keine Nichtigkeit, da Schriftform nur Beweiszwecken dient, s. §125 S. 2 BGB „im Zweifel“). Die Angabe eines Kündigungsgrundes ist nicht erforderlich. Nur wenn das Kündigungsschutzgesetz anwendbar ist, muß nach §626 II 3 BGB ein Grund angegeben werden, um es so dem AN zu erleichtern, nachzuprüfen, ob eine Kündigungsschutzklage Aussicht auf Erfolg hat. Bedingte Kündigungen sind unzulässig, ein einseitiges Rechtsgeschäft kann aus Gründen der Rechtssicherheit nicht bedingt werden. Zulässig sind nur die sog. Postativbedingungen (und die Rechtsbedingungen), deren Eintritt *nur* vom Willen des Kündigungsempfängers abhängen. Der Zulässigkeit einer ordentlichen Kündigung können aber Kündigungsschutzvorschriften entgegenstehen, zB:

§15 KSchG (bei Betriebsratsmitgliedern), §9 MSchG (Schwangere), §15 SchwbG (Schwerbehinderte), §1 KSchG, §2 ArbPISchG (Wehrdienst), §78 ZDG (Zivildienst).

- außerordentliche Kündigung §626 BGB

Eine außerordentliche Kündigung ist nur möglich, wenn die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht zumutbar ist. Die Erklärung muß unmißverständlich erkennen lassen, daß fristlos gekündigt werden soll. Das Recht zur außerordentlichen Kündigung wird durch das KSchG nach §13 I 1 KSchG nicht berührt. Eine außerordentliche Kündigung ist aber auch durch §9 MSchG, §18 BErzGG, §§15, 21 SchwbG, §103 BetrVG erfaßt. Vor einer fristlosen Kündigung ist der Betriebsrat zu hören, §102 II BetrVG. Soll einem Betriebsratsmitglied außerordentlich gekündigt werden, was nach §15 I 1 KSchG nur aus wichtigen Gründen zulässig ist, gilt als Sondervorschrift §103 BetrVG. Für das Anhörungsverfahren gilt jedoch nicht mehr eine Woche, sondern nur noch drei Tage, §102 II 3 BetrVG. Auch das Schweigen des Betriebsrats gilt nicht mehr als Zustimmung zur Kündigung. Die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer außerordentlichen Kündigung erfolgt nach §13 I 2 KSchG entsprechend §§4, 5, 7 KSchG, dh innerhalb von 3 Wochen muß Klage vor dem Arbeitsgericht erhoben werden, sonst gilt nach §7 KSchG die Kündigung als rechtmäßig (materielle Ausschußfrist). Dabei ist jedoch zu beachten, daß immer die Anhörung des Betriebsrats mit eingerechnet werden muß (dh + 1 Woche oder + 3 Tage), weil eine vorherige Kündigung unwirksam ist, §102 I 2 BetrVG.

- Änderungskündigung

Die Änderungskündigung kann sowohl ordentlich als auch außerordentlich erklärt werden. Sie zielt nicht auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern auf eine *Umgestaltung des Vertragsinhalts*. Faktisch kündigt der AG das Arbeitsverhältnis, bietet gleichzeitig aber einen neuen Arbeitsvertrag an. Ist der AN damit nicht einverstanden, kommt es zu einer Vertragsbeendigung. Die Kündigung wird also unter der Bedingung ausgesprochen, daß sie wirksam wird, wenn der AN nicht den neuen Vertrag annimmt. Diese Bedingung ist trotz Vorliegens eines einseitigen Rechtsgeschäfts als sog. Potestativbedingung zulässig, weil die Bedingung im Willen des AN liegt, er kann entscheiden, ob die Kündigung wirksam wird oder nicht, es stehen somit nicht die Bedenken der Rechtssicherheit bei einseitigen Rechtsgeschäften entgegen.

-> nimmt der AN die Änderungskündigung an, so wird die Kündigung mangels Bedingungseintritts nicht wirksam, das Arbeitsverhältnis wird dadurch wirksam inhaltlich geändert.

-> der AN kann die Änderungskündigung aber auch ablehnen und gegen die nun wirksame Kündigung die Kündigungsschutzklage nach §4 KSchG erheben. Dabei ist aber, sollte das Kündigungsschutzgesetz einschlägig sein, zu beachten, daß nicht die Kündigung als solche auf die soziale Gerechtigkeit hin überprüft wird, sondern nur die mögliche Änderung der Arbeitsbedingungen, da es in der Hand des AN lag, diese inhaltliche Modifikation des Arbeitsvertrags anzunehmen (siehe auch nächster Punkt).

-> nach §2 KSchG kann der AN die Änderungskündigung aber auch annehmen unter dem Vorbehalt, daß diese nicht sozial ungerechtfertigt ist (§1 II KSchG). Dadurch kommt zwar eine Vertragsänderung zustande, der AN kann diese aber später (innerhalb 3 Wochen) noch auf ihre Sozialgerechtigkeit überprüfen lassen. Hier wird aber nicht die Sozialwidrigkeit der Kündigung geprüft, sondern die Sozialwidrigkeit der *Änderung der Arbeitsbedingungen*. Es wird also nur überprüft, ob die neuen Arbeitsbedingungen sozialwidrig sind. Dies sogar dann, wenn der AN die Änderungskündigung ablehnt, es wird auch dann nicht die dadurch erfolgte Beendigungskündigung auf ihre Sozialwidrigkeit überprüft, sondern nur die Änderung. Dies deshalb, weil die Beendigung durch den AN „verschuldet“ wurde, er hat das Angebot auf das neue Arbeitsverhältnis abgelehnt. Der totale Verlust des Arbeitsplatzes ist dann dem AN zuzurechnen, der AG wollte eine Weiterbeschäftigung. Stellt das Gericht die Sozialwidrigkeit fest, so gilt die Änderungskündigung nach §8 KSchG als ex tunc nichtig.

Auch wenn die Änderungskündigung als außerordentliche Kündigung ausgesprochen wurde, sind die §§2, 4, 8 KSchG anwendbar, an die Stelle der Sozialgerechtigkeit tritt jedoch der wichtige Grund aus §626 I BGB.

- **Anfechtung**

Das Arbeitsverhältnis endet bei einer Anfechtung nur ex nunc, bei sonstigen von vornherein unwirksamen tatsächlichen Arbeitsverhältnissen mit einfacher, nicht fristgebundener Erklärung.

Kündigungsschutzgesetz

Das KSchG ist anwendbar bei mindestens 6 AN im Betrieb (§23 I 2 KSchG) und 6-monatiger Betriebszugehörigkeit (Formel „6+6“), dh es muß nur das Arbeitsverhältnis 6 Monate bestanden haben, es kommt nicht auf die tatsächliche Arbeitsleistung an. Die Kündigungsschutzklage muß innerhalb von 3 Wochen erhoben werden, §4 KSchG, sonst gilt die Fiktion der sozialen Rechtfertigung nach §7 KSchG. Die Fristversäumung ist nach hM eine *materielle Ausschlußfrist*, die das Gericht *von Amts wegen* zu berücksichtigen und eine verspätete Klage als *unbegründet* abzuweisen hat. Nach hM ist diese 3-Monats-Frist also keine Zulässigkeitsvoraussetzung für die Feststellungsklage, als berechtigtes Feststellungsinteresse genügt die Geltendmachung der Arbeitnehmereigenschaft und die Verhinderung der Fiktionswirkung des §7 KSchG. Eine verspätete Klage kann nur nach §5 KSchG zugelassen werden, wenn den AN an der Fristversäumung kein Verschulden trifft. Die Ausschlußfrist des §4 KSchG gilt aber nur für die Feststellungsklagen, die die soziale Ungerechtigkeit nach §1 II KSchG feststellen sollen. Die 3-Wochen-Frist gilt nicht für Einwendungen gegen Kündigungen, die diese aus anderen Gründen unwirksam machen (zB fehlende Beteiligung des Betriebsrats, Sittenwidrigkeit der Kündigung etc). Eine Kündigung ist unwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist: sozial nicht gerechtfertigt ist eine Kündigung dann, wenn sie *nicht* auf Gründen der Person, des Verhaltens oder auf dringlichen betrieblichen Erfordernissen beruht. Aber auch hier muß das Verhältnismäßigkeitsprinzip gewahrt werden, dh es ist eine vorherige Abmahnung erforderlich. Eine Abmahnung ist aber nur im Leistungsbereich nötig, nicht aber auch im Vertrauensbereich, da hier das Vertrauen so stark geschädigt sein kann, daß eine weitere Zusammenarbeit unzumutbar ist. Eine betriebsbedingte Kündigung ist zudem sozial ungerechtfertigt, wenn keine soziale Auswahl nach §1 III KSchG getroffen wurde. Nach der Neufassung sind nicht mehr nur das Lebensalter oder die Betriebszugehörigkeit zu berücksichtigen, sondern alle sozialen Gründe. Basiert die Kündigung zwar auf der Person oder dem Verhalten des AN, so ist sie dennoch sozial ungerechtfertigt, wenn §1 II Nr. 1, 2 KSchG einschlägig sind.

- **Personenbedingte Kündigung**

zB mangelnde körperliche oder fachliche Eignung, Haft, Krankheit, Alter. Wegen der Verhältnismäßigkeit muß der AG aber prüfen, ob der AN nicht anderweitig beschäftigt werden kann. Die Rechtsprechung fordert zudem eine *umfassende Interessenabwägung*, das Beendigungsinteresse des AG muß das Bestandsinteresse des AN am Erhalt seines Arbeitsplatzes überwiegen. Die hL folgt dem jedoch nicht, es findet sich kein Anhaltspunkt im Wortlaut des §1 KSchG.

Bei einer Kündigung wegen Krankheit muß eine *Prognose* des zukünftigen Gesundheitszustands eine längere Dauer der Krankheit ergeben, die zu einer erheblichen *Beeinträchtigung betrieblicher Interessen* führt. Fehlt es an der Prognose oder an einer Beeinträchtigung, ist die Kündigung wegen Krankheit sozial ungerechtfertigt. Die Kündigung kann dann auch noch an der Interessenabwägung der Rechtsprechung scheitern.

- **Verhaltensbedingte Kündigung**

Verhaltensbedingte Gründe sind alle schuldhaften Pflichtverletzungen, ausnahmsweise kommt auch ein nicht schuldhaftes Verhalten in Betracht (sog. Verdachtskündigung). Auch bei einer öfters vorkommenden Lohnpfändung des AN kommt eine verhaltensbedingte Kündigung in Betracht, da es hier zu erheblichen Mehrbelastungen in der Buchhaltung des AG kommt. Auch hier muß wegen der Verhältnismäßigkeit eine Abmahnung vorausgehen, um dem AN die Möglichkeit zu geben, sein Verhalten zu ändern. Die Abmahnung hat Beanstandungsfunktion und Warnfunktion, weil im Wiederholungsfall die Kündigung angedroht wird. Die Wahrung einer Form ist nicht erforderlich. Entbehrlich ist eine Abmahnung bei besonders schweren Verstößen, wenn also der AN nicht mit einer Duldung des AG rechnen darf (Straftaten, Tötlichkeiten, grobe Beleidigungen).

- **Betriebsbedingte Kündigung**

Dringende betriebliche Erfordernisse sind alle Umstände, bei denen das Bedürfnis für eine Weiterbeschäftigung des AN entfällt. Ein betriebliches Erfordernis liegt also immer dann vor, wenn aufgrund einer Entscheidung des AG der Arbeitsplatz des betreffenden AN wegfällt. Diese Entscheidung zur Umstrukturierung ist gerichtlich nicht überprüfbar, dies resultiert aus der Unternehmerfreiheit aus Art. 14 I

1 GG. Nur eine offensichtlich willkürliche Entscheidung ist überprüfbar. Die Gründe können auch außerhalb des Betriebs liegen (Absatzmangel, Rohstoffmangel). Das Merkmal „dringend“ weist auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hin, dh der AG darf keine zumutbare Möglichkeit haben, den AN *anderweitig* weiterzubeschäftigen (auch schlechtere Stellung). Die Kündigung muß also die einzig mögliche Maßnahme sein, um das betriebliche Erfordernis zu erreichen. Dies ist der Grundsatz des Vorrang einer Änderungskündigung vor einer Beendigungskündigung.

Auch wenn die Erfordernisse des §1 II KSchG bzgl. der dringenden betrieblichen Erfordernisse erfüllt sind, kann eine Kündigung dennoch wegen mangelnder sozialer Auswahl des gekündigten AN nach §1 III KSchG sozial ungerechtfertigt sein. Hierfür muß der AG von allen *vergleichbaren* AN demjenigen kündigen, der sozial am wenigsten schutzwürdig ist (Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltspflichten...). Vergleichbar sind aber nur die AN mit der gleichen Qualifikation (auch die, die im Tarifvertrag in der gleichen Gruppe angesiedelt sind). Eine Vergleichbarkeit liegt dann aber nur in dieser Gruppe vor, es findet keine Vergleichbarkeit „nach unten“ statt. Sonst könnte ein Mitarbeiter in einer höheren Tarifgruppe auch mit den AN in einer niedrigeren Tarifgruppe verglichen werden, was dazu führen würde, daß immer die AN der niedrigeren Gruppe vorrangig entlassen werden müßten. Es gibt also nur eine horizontale Vergleichbarkeit, keine vertikale. Die soziale Auswahl muß nach §1 III 2 KSchG dann nicht erfolgen, wenn betriebliche Bedürfnisse die Weiterbeschäftigung eines AN gebieten. Es muß also nicht der qualifizierte AN entlassen werden, nur weil er sozial weniger schutzwürdig ist als ein schlechterer AN. Gerade hier ist das Verbot der Vergleichbarkeit von „oben nach unten“ relevant.

Zulässigkeit einer Kündigungsschutzklage

Für die Zulässigkeit einer Klage auf Feststellung des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses ist es irrelevant, ob das Kündigungsschutzgesetz anwendbar ist. Dies muß aber erst in der Begründetheit geprüft werden.

- es macht nämlich keinen Unterschied, ob das Kündigungsschutzgesetz anwendbar ist: nach §256 ZPO ist zwar ein Feststellungsinteresse erforderlich, nach hM muß dieses jedoch nicht gesondert festgestellt werden, da die Geltendmachung der Arbeitnehmereigenschaft ausreicht, dann nämlich dient die Kündigungsschutzklage zumindest der Verhinderung der Fiktion der sozialen Rechtmäßigkeit des §7 KSchG. Aber auch wenn das Kündigungsschutzgesetz nicht anwendbar ist, muß das Feststellungsinteresse nicht gesondert überprüft werden, da die Feststellung des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses weitere Streitigkeiten zu verhindern versucht. Das Arbeitsverhältnis vermittelt viele Rechte und Pflichten, daß es vorab ökonomischer ist, zunächst das Bestehen des Arbeitsverhältnisses zu untersuchen (Bündeltheorie). Dem AN kann auch nicht entgegengehalten werden, daß er statt einer allgemeinen Feststellungsklage auf eine Leistungsklage beschränkt ist (er könnte ja auch den Lohn einklagen), da er dies jedesmal wieder tun müßte.
- Auch die Fristversäumung des §4 KSchG führt nicht zur Unzulässigkeit der Kündigungsschutzklage. Diese 3-Wochen-Frist ist nach hM eine *materielle* Ausschußfrist (wie §626 II BGB), führt daher nicht zur Unzulässigkeit, sondern zu Unbegründetheit der Kündigungsschutzklage.

-> Fraglich ist, ob es auch einen Unterschied für die materielle Ausschußfrist des §4 KSchG macht, ob das KSchG anwendbar ist. Es könnte sein, daß diese 3-Wochen-Frist nicht nur für AN gilt, auf die das KSchG anwendbar ist, sondern auch für alle sonstigen AN.

* mM: eine Mindermeinung ist dafür, da AN gleich AN ist und es auch dem Wortlaut des §1 KSchG nach nur darum geht, daß für die Sozialwidrigkeit einer Kündigung das KSchG einschlägig sein muß (6+6), nicht aber für den Rest des KSchG.

* hM: die hM ist aber dagegen, daß gesamte KSchG gilt nur dann, wenn der AN länger als 6 Monate im Betrieb beschäftigt ist und dieser auch mindestens 6 AN hat. Denn ein AN, für den die Vorteile des KSchG nicht gelten, den sollen auch die Nachteile der materiellen Ausschußfrist nicht treffen.

Verdachtskündigung

Nach ständiger Rechtsprechung berechtigt auch der Verdacht eines schwerwiegenden Fehlverhaltens zu einer Kündigung, wenn dadurch das Vertrauen des AG in den AN zerstört wurde. Eine Verdachtskündigung ist wegen der Gefahr eines zu Unrecht erhobenen Verdachts aber nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich:

- Der Verdacht muß *objektiv durch Tatsachen* begründet sein, er darf also nicht nur auf einer subjektiven Wertung des AG beruhen.
- Es muß ein dringender Tatverdacht vorliegen, dh eine erhebliche Wahrscheinlichkeit für die Tatbegehung. Bloße leichte Verdachtsmomente genügen nicht, diese müssen sich in einer bestimmten Person erhärtet haben.

- Der AG muß vorher alles im Zumutbare unternommen haben, um den Sachverhalt aufzuklären. Der AG muß also den AN anhören, ihm Gelegenheit geben, die Verdachtsmomente zu entkräften und Nachforschungen anstellen, um den Kreis der Verdächtigen zu erweitern.

-> auch hier ist eine Interessenabwägung zwischen Beendigungs- und Bestandsinteresse durchzuführen

-> bei Einhaltung der Voraussetzungen ist die Verdachtskündigung auch dann wirksam, wenn sich nachträglich herausstellt, daß der Verdacht unbegründet war. Dann aber ergibt sich ein Weiterbeschäftigungsanspruch des AN.

Probezeit

Wird eine Probezeit vereinbart, so können zwei Varianten von Arbeitsverhältnissen vorliegen. Einerseits kann der Arbeitsvertrag auf die Dauer der Probezeit befristet sein, so daß dieser automatisch mit Zeitablauf (Probezeit) endet, §§620, 163, 158 II BGB. Meist wird jedoch ein unbefristetes Arbeitsverhältnis vereinbart, die Vereinbarung der Probezeit dient nur der Prüfung der Eigenschaften des AN. Bei Nichteignung muß dennoch gekündigt werden, es gilt nach §622 III BGB jedoch eine kürzere Frist.

§17 KSchG Massenentlassungen

Bei Massenentlassungen (mehr als 5 AN innerhalb von 30 Tagen) muß der AG das Arbeitsamt und den Betriebsrat über seine Kündigungsabsichten unterrichten. Der AG muß mit dem Betriebsrat eine andere Möglichkeit beraten, §17 II KSchG. Durch anzeigepflichtige Entlassungen soll das Arbeitsamt auf einen Schub neuer Arbeitskräfte vorbereitet werden. Das Arbeitsamt soll Zeit bekommen, die freiwerdenden Arbeitskräfte anderweitig unterzubringen. Daher wird nach §18 KSchG eine Kündigung auch erst nach Ablauf einer einmonatigen Sperrfrist wirksam, dh die Kündigungsfrist verlängert sich um die Sperrfrist. Eine Verletzung der Anzeigepflicht führt dazu, daß die Kündigung unwirksam ist, auch wenn sie ansonsten berechtigt wäre. Der entlassene AN kann die Kündigung aber wie gewohnt mit der Begründung angreifen, daß die Kündigung nicht sozial gerechtfertigt ist.

Ausgleichsquittung

Von einer Ausgleichsquittung spricht man, wenn der AN nach einer Kündigung ein Schriftstück unterzeichnet, nach dem ihm aus dem Arbeitsverhältnis keine Ansprüche mehr gegen den AG zustehen. Es ist auch ein Verzicht auf das KSchG möglich, dies jedoch nur nach einer erfolgten Kündigung, nicht aber von vornherein (wegen des zwingenden Charakters des KSchG). Die Ausgleichsquittung ist ein *negatives Schuldanerkenntnis* §397 II BGB, wenn beide Parteien glauben, daß auch wirklich keine Ansprüche mehr bestehen. Halten die Parteien Ansprüche noch für existent, handelt es sich um einen *Erlaß* §397 I BGB. Die bloße Erklärung, daß aus dem Arbeitsverhältnis keine Ansprüche mehr geltend gemacht werden sollen, läßt sich aber noch nicht in einen Verzicht auf die Kündigungsschutzklage umdeuten. Dies müßte eindeutig zum Ausdruck kommen. Durch eine solche Ausgleichsquittung wird also nur auf sonstige Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis verzichtet (zB restlicher Lohn, Überstunden...).

Mehrere Kündigungen

Spricht der AG mehrere Kündigungen demselben AN gegenüber aus, weil er sich nicht sicher ist, ob die vorhergehenden zu einer wirksamen Kündigung führen, läuft der AN Gefahr, daß er eine Kündigung übersieht, welche dann nach §7 KSchG als sozial gerechtfertigt gilt. Denn der AN muß jede einzelne Kündigung mit der Kündigungsschutzklage innerhalb der 3-Wochen-Frist des §4 KSchG angreifen.

-> deshalb ist es nach hM möglich, daß der ursprüngliche Klageantrag auf Feststellung der sozialen Rechtswidrigkeit der Kündigung erweitert wird, dh es soll nicht nur die soziale Rechtswidrigkeit der Kündigung festgestellt werden, sondern darüber hinaus, daß das Arbeitsverhältnis *fortbesteht*. Es wird also die Kündigungsschutzklage mit einer allgemeinen Feststellungsklage verbunden, daß das Arbeitsverhältnis noch besteht, dadurch werden auch die übrigen Beendigungstatbestände überprüft. Für die allgemeinen Feststellungsklage muß aber anders als bei §4 KSchG ein Feststellungsinteresse bestehen. Ist unstrittig, daß nur eine einzige Kündigung vorliegt, besteht dieses nicht.

-> Nach hM ist die Angabe eines Kündigungsgrunds keine Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Kündigung, daher können auch weitere Kündigungsgründe in der mündlichen Verhandlung nachgeschoben werden (zB AG bringt weitere Gründe vor, die eine Kündigung rechtfertigen würden). Diese Gründe müssen aber im Zeitpunkt der Kündigung bereits vorgelegen haben, dann ist es irrelevant, wann der AG hiervon Kenntnis erlangt hat. Kündigungsgründe, die erst nach der Kündigung eingetreten sind, können dagegen nur in einer neuen Kündigung vorgebracht werden. Das Gericht muß die neu vorgebrachten Gründe bei der Abwägung, ob die Kündigung gerechtfertigt ist, berücksichtigen.

Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn ein Betriebsrat bestanden hat, denn dann kann der AG nur solche Gründe nachschieben, die er dem Betriebsrat auch mitgeteilt hat. Die Überprüfung des Arbeitsgerichts beschränkt sich auf die Gründe, die dem Betriebsrat auch mitgeteilt wurden, diesem unbekannte Gründe werden vom Gericht nicht berücksichtigt.

§613a BGB Betriebsübergang

Nach §613a BGB findet ein Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den neuen AG statt, wenn dieser einen Betrieb oder einen Betriebsteil übernimmt.

- **Widerspruchsrecht**

Eine Übernahme der Arbeitsverhältnisse findet jedoch nicht statt, wenn der AN widerspricht, er also nicht zum neuen AG wechseln will. Dies ergibt sich aus §613 S. 2 BGB, der starken Personenbezogenheit eines Arbeitsverhältnisses („der Anspruch auf die Dienste ist im Zweifel nicht übertragbar“). Ein Widerspruchsrecht wird auch aus §415 I 1 BGB analog angenommen, da der AN einen AG-Wechsel (Schuldnerwechsel) genehmigen muß. Auch aus Art. 12 I GG (freie Arbeitsplatzwahl) wird dieses Widerspruchsrecht hergeleitet. §613a BGB basiert zwar ursprünglich auf einer EG-Richtlinie, die kein Widerspruchsrecht vorsah, der EuGH hat aber entschieden, daß das BAG zu einer Auslegung mit einem Widerspruchsrecht berechtigt ist. Der Widerspruch muß unverzüglich (spätestens innerhalb 3 Wochen) ausgeübt werden, dann besteht das Arbeitsverhältnis mit dem *alten* AG fort. Das alte Arbeitsverhältnis endet somit erst, wenn der alte AG den AN kündigt. Hierbei gilt dann das Kündigungsverbot des §613a IV BGB nicht. Eine Kündigung des alten AG stellt dann aber meistens ein dringliches betriebliches Erfordernis iSd §1 II KSchG dar, da aufgrund des Betriebsüberganges kein Arbeitsplatz mehr vorhanden ist, es findet dann nur eine Überprüfung der sozialen Gerechtigkeit anhand der AN-Auswahl gemäß §1 III KSchG statt (strittig, siehe unten).

- **Betriebsteil**

Hierfür muß allerdings ein Betriebsteil auf einen neuen Inhaber übergehen. Ein Betriebsteil liegt bei einem eigenen arbeitstechnischen Bereich vor, der organisatorisch dem Betrieb untergliedert ist. Strittig ist nur, ob eine *Funktionsnachfolge* auch das Vorliegen eines Betriebsteils begründet. Dies war ein EuGH-Fall, eine Stadtparkasse vergab einen Reinigungsauftrag an eine neue Reinigungsfirma. Nach dem EuGH stellte dies einen Übergang eines Betriebsteils dar, die AN mußten übernommen werden. Diese Rechtsprechung wurde jedoch aufgegeben, ein Betriebsteil liegt nur noch vor, wenn auch AN und Betriebsmittel vorhanden sind. Nach dem BAG kann eine Betriebsübernahme auch dann vorliegen, wenn der neue Inhaber den größten Teil der Belegschaft übernimmt. Dann haben auch die anderen ein Recht aus §613a BGB auf Übernahme.

- **Rechtsgeschäft**

Ein Übergang durch Rechtsgeschäft ist im weitesten Sinne zu verstehen, es ist nicht erforderlich, daß ein Rechtsgeschäft zwischen alten und neuem Inhaber vorliegt, es muß nur überhaupt ein Übergang durch Rechtsgeschäft erfolgen.

- **Widerspruch und Sozialauswahl**

Widerspricht ein AN dem Betriebsübergang, so bleibt sein Arbeitsverhältnis mit dem alten AG bestehen. Dieser kann dann jedoch meist aus „betrieblichen Erfordernissen“ nach §1 II KSchG kündigen, da der Arbeitsplatz des betroffenen AN nun nicht mehr existiert. Dabei ist auch die unternehmerische Entscheidung, daß der Betriebsteil veräußert wurde, nicht gerichtlich überprüfbar. Fraglich ist dann aber, ob eine Sozialauswahl nach §1 III KSchG stattfinden muß.

- (1) Nach einer Ansicht muß bei einem Widerspruch keine Sozialauswahl stattfinden, da der Grund der Kündigung nur in der Person des Widersprechenden liegt und er auch nicht schutzwürdig ist, da sein Arbeitsplatz erhalten bliebe, hätte er nicht widersprochen. Für diese Ansicht spricht, daß wenn eine Sozialauswahl stattfinden würde, möglicherweise ein anderer AN seinen Arbeitsplatz verliert (weil er sozial weniger schützenswert ist), nur weil der widersprechende AN nicht bereit war, zum neuen AG zu wechseln.
- (2) Nach hM findet aber sehr wohl eine Sozialauswahl statt. Wäre dem nicht so, würde sonst das zulässige Widerspruchsrecht des AN unterlaufen. Nach dem BAG findet daher eine Sozialauswahl statt, dies jedoch nur, wenn der AN aus *sachlichem Grund* das Widerspruchsrecht ausgeübt hat. Widerspruch der AN dagegen nur willkürlich, wird ihm auch der Schutz der Sozialauswahl nicht zugebilligt. An die Sachlichkeit sind hier etwas höhere Anforderungen zu stellen, die bloße Angabe eines Grundes genügt nicht.

Koalitionsrecht

• Koalitionsrecht

Der Koalitionsbegriff umfaßt als Oberbegriff alle AN- und AG-Vereinigungen iSd Art. 9 III GG. Eine Koalition liegt vor, wenn es sich um einen *freiwilligen Zusammenschluß* von AG oder AN handelt, die auf privatrechtlicher Grundlage errichtet wurden. Öffentliche Zwangsverbände sind keine Koalitionen, weil sie durch staatlichen Zwang errichtet werden (zB Ärztekammer, IHK, Handwerksinnung). Es muß eine *körperschaftliche Struktur* vorliegen, dh eine auf Dauer angelegte Vereinigung, die einen Mitgliederwechsel vorsieht und die eine Möglichkeit zur Willensbildung hat. Keine Koalition ist eine ad-hoc-Koalition, die nur darauf gerichtet ist, einen einmaligen Streik durchzuführen. Der satzungsmäßige Hauptzweck muß die Regelung *der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen* sein (Art. 9 III GG). Entscheidend ist die Verknüpfung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, allein das Ziel der Verbesserung von Wirtschaftsbedingungen genügt nicht, dann wäre jede Partei auch eine Koalition. Das Vorliegen von Arbeitskampfbereitschaft ist aber nicht erforderlich.

Die Vereinigung muß *unabhängig* sein vom Staat und vom sozialen Gegenspieler (gegnerfrei). Für die Tariffähigkeit einer Gewerkschaft ist zudem die Möglichkeit von Machtausübung (*soziale Mächtigkeit*) erforderlich, dh es muß auch Druck auf den Gegner ausgeübt werden können, eine zahlenmäßig unbedeutende Personenvereinigung ist keine Koalition. Eine Koalition muß über den Bereich des einzelnen Unternehmens hinausgreifen, sie muß also *überbetrieblich organisiert* sein, da sonst der AG die Zusammensetzung der Koalition durch Entlassungen beeinflussen könnte.

- > Die Koalitionseigenschaft kann dann relevant sein, wenn sich eine Gruppe von AN in einem Betrieb zu einer „Gewerkschaft“ zusammenschließt und einen „Tarifvertrag“ aushandelt. Bzgl. der normativen Wirkung ist dann zu prüfen, ob dem Zusammenschluß die Koalitionseigenschaft zukommt.
- > Spitzenverband der Gewerkschaften ist der DGB, Gewerkschaften sind aus historischen Gründen regelmäßig nichtrechtsfähige Vereine. Die hM behandelt die nichtrechtsfähigen Vereine aber entgegen §54 BGB nicht wie eine GbR, sondern wie einen rechtsfähigen Verein.
- > Spitzenverband der AG ist der BDA (Bundesvereinigung der AG-Verbände), regelmäßig handelt es sich hier um einen eingetragenen und damit rechtsfähigen Verein (AG-Mitglieder wechseln nicht so häufig wie Gewerkschaftler).
- > Koalitionen sind von Art. 9 III GG geschützt, sowohl gegen Eingriffe seitens des Staates als auch als Ausnahme zum sonstigen Verfassungsrecht direkt vor Eingriffen Privater, Art. 9 III GG wirkt *unmittelbar* ins Privatrecht (keine nur mittelbare Drittwirkung über Generalklauseln). Nach dem Wortlaut des Art. 9 III GG ist nur der einzelne geschützt in seiner positiven sowie negativen Koalitionsfreiheit (Eintritt, Austritt). Nach ganz hM schützt Art. 9 III GG aber auch die Koalition selbst. Geschützt wird hier sowohl der Bestand der Koalition als auch die Betätigung.

Tarifvertragsrecht

Bei einem Firmentariverband kommt ein Tarifvertrag zwischen einem einzelnen AG und einer Gewerkschaft zustande, bei einem Verbandstarifvertrag zwischen einer Gewerkschaft und einem AG-Verband. Bei einem Spitzenverbandstarifvertrag schließt den Tarifvertrag eine Spitzenorganisation (DGB, BDA) in eigenem Namen oder im Namen der ihr angeschlossenen Verbände.

Lohntarifverträge regeln den Arbeitslohn, Mantel- oder Rahmentarifverträge auch die sonstigen Arbeitsbedingungen (Urlaub, Arbeitszeit, Kündigungsschutz). Lohntarifverträge laufen regelmäßig ein Jahr, Manteltarifverträge sind meist längerfristig angelegt.

Im schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrags begründet der Tarifvertrag nur Rechte und Pflichten der Vertragsparteien, normativ gilt der Tarifvertrag zwischen beiderseits tarifgebundenen Parteien (Ausnahme §3 II TVG, es genügt nur die Tarifgebundenheit des AG bei betriebsrechtlichen Fragen, also den Fragen, die zwangsläufig die gesamte Belegschaft betreffen). Schuldrechtliche Pflichten der Tarifvertragsparteien sind die Friedenspflicht (keine Kampfmaßnahmen während der Laufzeit eines Tarifvertrags) und die Durchführungspflicht. Es verstoßen aber nur solche Kampfmaßnahmen gegen die Friedenspflicht, die sich gegen den Bestand des Tarifvertrags richten, nicht aber solche, die eine Ergänzung des Tarifvertrags erzwingen wollen. Sobald der Tarifvertrag also eine Regelung trifft, darf bzgl. dieser Regelung keine Kampfmaßnahme getroffen werden. Weitere schuldrechtliche Pflichten müssen ausdrücklich vereinbart werden.

- > die Tarifnorm wirkt normativ auf das Arbeitsverhältnis ein, wenn beide tarifgebunden sind. Von einer Tarifnorm kann nicht abgewichen werden, eine Vereinbarung wäre nach §134 BGB nichtig, außer der Tarifvertrag gestattet eine Abweichung (Öffnungsklausel).
- > Tarifnormen treten aber dann gegenüber rangniedrigeren Normen zurück, wenn diese für den AN besser sind, §4 III TVG (Günstigkeitsprinzip). Hierbei findet aber kein Einzelvergleich statt, denn sonst könnte sich der AN aus jeder Regelung die beste herauspicken. Es findet aber auch kein Gesamtvergleich des

Tarifvertrags mit der niedrigeren Regelung statt, vielmehr wird ein Gruppenvergleich angestellt, es werden nur die vergleichbaren Regelungen miteinander verglichen.

- > Zahlt der Betrieb schon einen übertariflichen Lohn, so ist fraglich, ob bei einer Tariflohnerhöhung sich dies auch auf den übertariflichen Lohn durchschlagen soll oder nicht. Nach dem BAG werden Tariflohnerhöhungen im Zweifel angerechnet, dh es erhöht sich nicht auch prozentual der übertarifliche Lohn. Das Anrechnungsprinzip gilt aber nicht für Lohnbestandteile, die aufgrund Besonderheiten der Arbeitsleistung gewährt werden (Gefahr-, Erschwernis- und Leistungszulagen). Dies wird vielfach durch Tarifvertrag auszuschalten versucht, zB „die AN erhalten die Differenz zwischen altem und neuem Tariflohn auf ihren Effektivlohn“. Diese Klauseln sind aber nach hM *unzulässig*, sie verstoßen gegen das Schriftformerfordernis des §1 II TVG, der Tariflohn muß sich selbst aus der Urkunde entnehmen lassen. Bei diesen Klauseln läßt sich der Tariflohn aber nur feststellen, wenn die Einzelarbeitsverträge bekannt sind. Es bleibt also beim Anrechnungsprinzip. Zulässig ist aber die Vereinbarung in einem Arbeitsvertrag, daß der Arbeitslohn einen bestimmten Betrag über dem Tariflohn liegt (zB Tariflohn + 1DM).
- > nach §4 IV TVG gilt das Unverbrüchlichkeitsprinzip, dh ein Verzicht auf tarifliche Rechte ist nur durch einen Vergleich zulässig, den die Tarifparteien gebilligt haben. Durch den Verwirkungsausschluß soll verhindert werden, daß ein AN durch längere Nichtgeltendmachung von tariflichen Rechten diese konkludent verwirkt haben kann, weil sich der AG darauf verlassen hat.
- > Ein späterer TV löst einen früheren TV ab, auch wenn er Nachteile bringt (Ordnungsprinzip). Kommt der neue Tarifvertrag erst zustande, nachdem ein alter Tarifvertrag abgelöst wurde, gilt dessen Inhalt nach §4 V TVG weiter. Zu beachten ist aber hier, daß der alte Tarifvertrag nur den Rechtsnormcharakter weiter behält, nicht aber auch seine zwingende Wirkung. Nach Ablauf eines Tarifvertrags sind somit abweichende Vereinbarungen zwischen AG und AN möglich.
- > Unzulässig sind nach hM auch die sog. Spannenklauseln, bei denen der tarifgebundene AN besser gestellt werden soll als der nichttarifgebundene AN (zB soll Gewerkschaftler 50 DM mehr Urlaubsgeld erhalten). Auch die Tarifausschlußklauseln, die es dem AG verbieten sollen, durch einzelvertragliche Vereinbarung einem nichttarifgebundenen AN einen besseren Vertrag anzubieten als einem tarifgebundenen AN, sind unzulässig. Bei beiden Klauseln liegt ein Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit des Art. 9 III GG vor. Nach aA (Dütz) sind Sonderleistungen an Gewerkschaftler bis zur Höhe ihrer Mitgliedsbeiträge zulässig.
Unzulässig sind auch Klauseln, die es dem AG generell verbieten, nichtorganisierte AN zu beschäftigen (Organisationsklauseln), ebenso wie Rationalisierungsverbote, diese sind wegen Verstoß gegen die Eigentumsgarantie unzulässig. Zulässig sind dagegen die Besetzungsklauseln, die dem AG vorschreiben, welche Mindestqualifikation ein AN für eine bestimmte Stelle aufweisen muß.
- > sieht der TV eine Lohnerhöhung vor, so gilt diese normativ nur für die beiderseits Tarifgebundenen. Nichtorganisierte AN haben daher keinen Anspruch auf die Lohnerhöhung. Es läßt sich auch kein Anspruch aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz herleiten, da dieser nur eine willkürliche Benachteiligung verbietet. Hier liegt aber ein sachlicher Grund vor, einen Anspruch auf die Lohnerhöhung haben nur die organisierten AN, weil sie Mitglied in einer Gewerkschaft sind (Beitragszahlung). Ein Anspruch auf Lohnerhöhung hat der nichtorganisierte AN nur, wenn in seinem Arbeitsvertrag auf den jeweils geltenden Tarifvertrag schuldrechtlich Bezug genommen wird.

Arbeitskampf

Art. 9 III GG schützt die Betätigungsfreiheit, daher auch den Abschluß von Tarifverträge und somit notwendigerweise auch die zwangsweise Durchsetzung mittels Arbeitskampf. Streitigkeiten um den Arbeitskampf sind nach §2 I Nr. 2 ArbGG vor den Arbeitsgerichten auszutragen. Arbeitskampf ist die Ausübung von Druck durch kollektive Störungen des Arbeitsbetriebs. Hauptarten sind *Streik* und *Aussperrung*. Andere weniger relevante Kampfmittel sind auf der AN-Seite der Boykott oder die Betriebsblockade, auf der AG-Seite die Sperre (keine Einstellung von Gewerkschaftsmitgliedern).

• Streik

Ein Streik liegt vor, wenn eine größere Anzahl von AN planmäßig (kollektive Maßnahme) gemeinsam die Arbeit vorübergehend niederlegt, um ein tarifbezogenes Ziel zu erreichen. Beim Generalstreik legt die gesamte Arbeitnehmerschaft in ganz Deutschland die Arbeit nieder (noch nie dagewesen). Beim Vollstreik legen alle AN im umkämpften Tarifgebiet die Arbeit nieder. Am häufigsten ist jedoch der Teilstreik, hier

legen nur die AN eines bestimmten Betriebs die Arbeit nieder (wesentlich kostengünstiger für die Gewerkschaften!). Es gibt auch den sog. Bummelstreik, dh Dienst nach Vorschrift.

Beim Warnstreik legen die AN die Arbeitstätigkeit nach Ablauf eines Tarifvertrags nieder (aufgrund der Friedenspflicht), aber vorsorglich schon vor dem Scheitern der neuen Tarifverhandlungen. Nach der hL ist ein Warnstreik rechtswidrig, weil ein Streik solange unzulässig ist, wie ein Tarifabschluß allein noch durch Verhandlungen möglich ist. Anders die Rechtsprechung, da kurze Warnstreiks den Tarifabschluß beschleunigen können.

Ein politischer Streik (Erzwingung von neuen Arbeitsgesetzen) ist rechtswidrig, weil er sich nicht gegen den sozialen Gegner richtet. Auch ein wilder Streik ist rechtswidrig, weil er nicht von einer Gewerkschaft organisiert wurde.

- > ein Streik muß von einer Gewerkschaft geführt werden (Koalition), ein Streik von AN-Gruppen oder vom Betriebsrat ist als wilder Streik rechtswidrig. Eine Gewerkschaft kann einen wilden Streik aber rückwirkend übernehmen, er gilt dann von Anfang an als rechtmäßiger Streik.
- > an einem Streik können auch nichtorganisierte AN teilnehmen, ein Streik wäre meist ohne diese nicht realisierbar, da nur wenige gewerkschaftlich organisiert sind. Es wird die Ansicht vertreten, daß vor einem Streik das in der Satzung vorgesehene Verfahren durchgeführt werden muß (Urabstimmung), sonst sei ein Streik rechtswidrig. Nach hM handelt es sich hierbei aber nur um eine Frage der inneren Willensbildung (dann aber das Problem, daß nicht die Gewerkschaft den Streik führt, wenn nicht die Mehrheit der Gewerkschaftler für den Streik ist).
- > mit dem Streik muß ein tarifvertragliches Ziel erreicht werden wollen. Daraus ergibt sich, daß Kampfgegner und Forderungsadressat identisch sein müssen (keine Drittgewalt). Unzulässig ist ein Streik auch dann, wenn ein unzulässiges tarifliches Ziel erreicht werden soll (zB Ungleichbehandlung von Mann und Frau).
- > während der Laufzeit eines TV ist jeder Streik über einen im TV geregelten Gegenstand unzulässig, dies heißt relative Friedenspflicht. Von absoluter Friedenspflicht spricht man, wenn jeglicher Streik unzulässig sein soll (selten).

- **Aussperrung**

Aussperrung ist die planmäßige Verweigerung der Beschäftigung und Entgeltzahlung gegenüber einer Vielzahl von AN. Bei der *Abwehraussperrung* setzt der AG seine Hauptpflichten von Lohnzahlung und Beschäftigung aus. Diese Art der Aussperrung setzt einen vorherigen Streik voraus. Wenn die Aussperrung ohne vorherigen Streik betrieben wird, liegt eine *Angriffsaussperrung* vor. Dies ist nach hM zwar zulässig, wurde aber noch nie praktiziert. Es gibt auch eine „lösende Aussperrung“, hier wird das Arbeitsverhältnis nicht suspendiert, sondern auf Dauer aufgelöst. Dies ist mangels Erforderlichkeit (Verhältnismäßigkeit) rechtswidrig.

- > Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebietet, daß alle zumutbaren Verhandlungsmöglichkeiten vor den Kampfmaßnahmen ausgeschöpft sein müssen. Dazu gehört auch die Anrufung einer Schiedsstelle. Nach der Rechtsprechung sind Warnstreiks dennoch zulässig. Es gilt auch das Gebot der fairen Kampfführung, dh es darf zwischen Ziel und Maßnahme kein evidentes Mißverhältnis vorliegen (Existenzvernichtung, Gewaltakte, Aufrechterhaltung von Notanlaufstellen).

Rechtsfolgen beim Streik

Während des Streiks wird das Arbeitsverhältnis suspendiert, dh das Arbeitsverhältnis mit den beiderseitigen Hauptpflichten ruht. Der AN ist nicht zur Erbringung der Arbeitsleistung verpflichtet, der AG nicht zur Entgeltfortzahlung. Nach Beendigung des Streiks tritt das alte Arbeitsverhältnis automatisch wieder in Kraft. Der AG ist auch zur anteiligen Urlaubskürzung berechtigt, weil der AN in der Streikzeit nicht gearbeitet hat. Suspendiert werden auch nur die Hauptpflichten, nicht aber die Nebenpflichten. Der AN muß also notwendige Erhaltungsarbeiten leisten, damit die Produktionsmittel nicht endgültig vernichtet werden, auch ist er weiterhin zur Verschwiegenheit verpflichtet. Auch den AG treffen weiterhin seine Fürsorgepflichten.

- > die Teilnahme an einem Streik berechtigt den AG weder zur ordentlichen noch zur außerordentlichen Kündigung. Ansonsten bleiben die Kündigungsbefugnisse des AG vom Streik unberührt, er darf die Kündigung also nur nicht auf den Streik stützen (aber auch nicht dadurch umgehen).
- > Fraglich sind die Rechtsfolgen für den *arbeitswilligen* AN. Hier greift nicht die Lehre vom Betriebsrisiko, diese wird nach hM von den Sonderregeln des Arbeitskampfes verdrängt. Früher wurde vom BAG die Sphärentheorie vertreten, dh der streikbedingte Arbeitsausfall soll zu Lasten der AN gehen, weil sie die Ursache für den Betriebsausfall setzen. Alle AN müssen solidarisch für die Störungen einstehen.

Nach heutiger Rechtsprechung des BAG verliert zwar der arbeitswillige AN auch seinen Entgeltanspruch, dies wird jedoch nicht mit der Solidarität der AN begründet, sondern mit der „*Kampfparität*“ (gleiche Stärke der Gegner): die Stellung der AG wäre geschwächt, müßte sie den arbeitswilligen AN den Lohn weiterzahlen, obwohl der gesamte Betrieb stillgelegt wurde (zB wegen Besetzung einer Schlüsselstelle). Dieser Lohnanspruch der arbeitswilligen AN entfällt nach dem BAG sogar dann, wenn nicht deren Betrieb bestreikt wird, sondern eine Zulieferfirma (speziell Automobilbranche). Denn dann kann im Hauptbetrieb auch nicht mehr weitergearbeitet werden, der AG ist zur LohnEinstellung berechtigt (*Fernwirkung* eines Streiks). Der AN hat dann keinen Lohnanspruch, wenn ihm der entfernte Streik auch einen Vorteil bringt, weil er am selben Lohnabschluß beteiligt wird. Nur wenn der AN am Streikergebnis überhaupt nicht teilnimmt, soll er auch seinen Lohnanspruch behalten, wenn sein Betrieb „mittelbar“ bestreikt wird.

Rechtswidriger Streik

Der tarifschließende AG-Verband hat einen Anspruch aus pVV (schuldrechtlicher Teil des TV) wegen Verletzung der Friedenspflicht. Zudem hat der AG-Verband aus §1004 BGB analog iVm §823 I BGB einen Unterlassungsanspruch (das Koalitionsrecht wird als sonstiges Recht von §823 I BGB erfaßt).

Der einzelne AG hat nur dann einen vertraglichen Schadensersatzanspruch gegen die Gewerkschaft, wenn er auch Tarifpartei war (nur bei Firmentarifvertrag). Ist der AG Mitglied des tarifschließenden AG-Verbands, so hat er einen Schadensersatzanspruch aus pVV aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.

Ansprüche gegen einen einzelnen AN sind aus §§325, 823 BGB zwar gegeben, es scheitert jedoch meist am Verschulden, da den AN, sollte eine Gewerkschaft zum (rechtswidrigen) Streik aufrufen, kein Verschulden trifft, da er von einem rechtmäßigen Streik ausgeht. Ein Verschulden trifft den AN aber bei einem wilden Streik, der nicht von einer Gewerkschaft ausging und die diesen auch nicht übernommen hat (§§325, 823 I, 826 BGB).

Aussperrung

Zulässig ist die suspendierende (nicht lösende) Abwehr- und Angriffsaussperrung. Die Angriffsaussperrung wird dann gewählt, wenn die AG-Seite von sich aus zB während einer Rezession eine Änderung des Tarifvertrags begehrt.

Die Abwehraussperrung ist nur als Reaktion auf eine gegnerische Kampfmaßnahme (meist Streik) zulässig. Zulässig ist die Abwehraussperrung erst recht bei einem rechtswidrigen Streik. Aber auch die Aussperrung muß den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einhalten, dh die Aussperrung ist auf das Streikgebiet zu begrenzen. Früher wurde vertreten, daß der AG nicht wesentlich mehr AN aussperren durfte, als streikende AN vorlagen. Diese zahlenmäßige Begrenzung wurde vom BAG aber wieder aufgegeben. Eine gezielte Aussperrung von Gewerkschaftsmitgliedern ist jedoch unzulässig (pos. Koalitionsfreiheit). Streikbruchprämien sind aber ein zulässiges Mittel (Sonderzahlung für die Nichtteilnahme an einem Streik). Unzulässig ist jedoch eine Prämienzahlung *nach Beendigung* eines Streiks, dies verstößt gegen §612a BGB, der AG darf einen AN nicht wegen einer zulässigen Ausübung seiner Rechte (Streik) schlechter stellen. Zahlt der AG nach dem Streik Prämien, so haben auch die am Streik teilnehmenden AN einen Anspruch auf die Prämie.

Betriebsverfassungsrecht

Die AN können im Betrieb durch besondere Einrichtungen (Betriebsrat, Sprecherausschuß) mitwirken. Hier erfolgt die Mitwirkung nicht wie im Gesellschaftsrecht durch eine Mitbesetzung der Organe der Gesellschaft (Aufsichtsrat, Vorstand), sondern über ein eigenes „Organ“. Maßgebend hierfür ist das BetrVG von 1972.

Das BetrVG ist anwendbar, wenn der Inhaber eine natürliche oder eine juristische Person des Privatrechts ist, auf Betriebe des öffentlichen Rechts findet das BetrVG keine Anwendung, §130 BetrVG. Das BetrVG findet Anwendung auf Betriebe, in denen mindestens 5 AN vorliegen, §1 BetrVG. Die Wahl des Betriebsrats ist jedoch keine erzwingbare Pflicht, das BetrVG ist daher in den Betrieben, in denen kein Betriebsrat gewählt wurde, nicht anwendbar. Für Tendenzbetriebe gilt das BetrVG nur teilweise, §118 BetrVG. Das BetrVG gilt für alle Arbeitnehmer, nur auf leitende Angestellte findet das BetrVG keine Anwendung, §5 III, IV BetrVG.

• Betriebsrat §§7ff BetrVG

Der Betriebsrat wird von allen wahlberechtigten AN (18 Jahre) gewählt, wählbar sind alle AN, die 6 Monate im Betrieb tätig waren. Die Anzahl der Betriebsratsmitglieder regelt §9 BetrVG. Der AG ist nicht verpflichtet, für die Wahl des Betriebsrat zu sorgen. Die Wahl des Betriebsrat ist nur ausnahmsweise nichtig, ansonsten nur anfechtbar. Die Aufgaben des Betriebsrats sind in §80 BetrVG umschrieben. Konkretisiert werden diese Aufgaben in §§87-89 BetrVG (soziale Aufgaben), §§90-91 BetrVG (Arbeitsplatzgestaltung), §§92-105 BetrVG (personelle Angelegenheiten) und §§106-113 BetrVG (wirtschaftliche Angelegenheiten). Die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach §87 BetrVG (zB Überstundenanordnung) sind Wirksamkeitserfordernis, dh Maßnahmen ohne Zustimmung des Betriebsrats sind unwirksam. Der Katalog des §87 BetrVG bezieht sich nach hM aber nur auf generelle AG-Maßnahmen,

und nicht auf Maßnahmen gegenüber einem *einzelnen* AN (so kann der AG also wirksam Überstunden eines einzelnen AN anordnen). Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats entfällt auch dann, wenn der AN freiwillig dazu bereit ist.

Bei Streitigkeiten kann nach §§87 II, 76 BetrVG eine Einigungsstelle angerufen werden. Führt der AG trotz Widerspruchs des Betriebsrats die Maßnahme durch, kann dieser nach §23 III BetrVG vom AG Unterlassung verlangen.

- Betriebsversammlung §§42ff BetrVG

Die Betriebsversammlung besteht aus allen AN eines Betriebs und ist mindestens vierteljährlich einzuberufen. Ihre Beschlüsse sind aber nur Empfehlungen an den Betriebsrat, die praktische Bedeutung liegt also nur in der Meinungsbildung.

- Sprecherausschuß

Der Sprecherausschuß gibt den leitenden Angestellten eine Interessenvertretung, da für diese das BetrVG nach §5 III, IV BetrVG nicht gilt, §25 SprAuG. Ein Sprecherausschuß wird ab 10 leitenden Angestellten errichtet. Der Sprecherausschuß hat nach §27 SprAuG darüber zu wachen, daß alle leitenden Angestellten nach Recht und Billigkeit behandelt werden. Der Sprecherausschuß hat im Gegensatz zum Betriebsrat aber keine echten Mitbestimmungsrechte, sondern nur Beratungsfunktion. Nach §31 SprAuG ist der Sprecherausschuß vor jeder Kündigung eines leitenden Angestellten zu hören, eine ohne Anhörung erfolgte Kündigung ist unwirksam. Die Mitglieder des Sprecherausschusses genießen aber nicht wie die Betriebsratsmitglieder einen besonderen Kündigungsschutz.