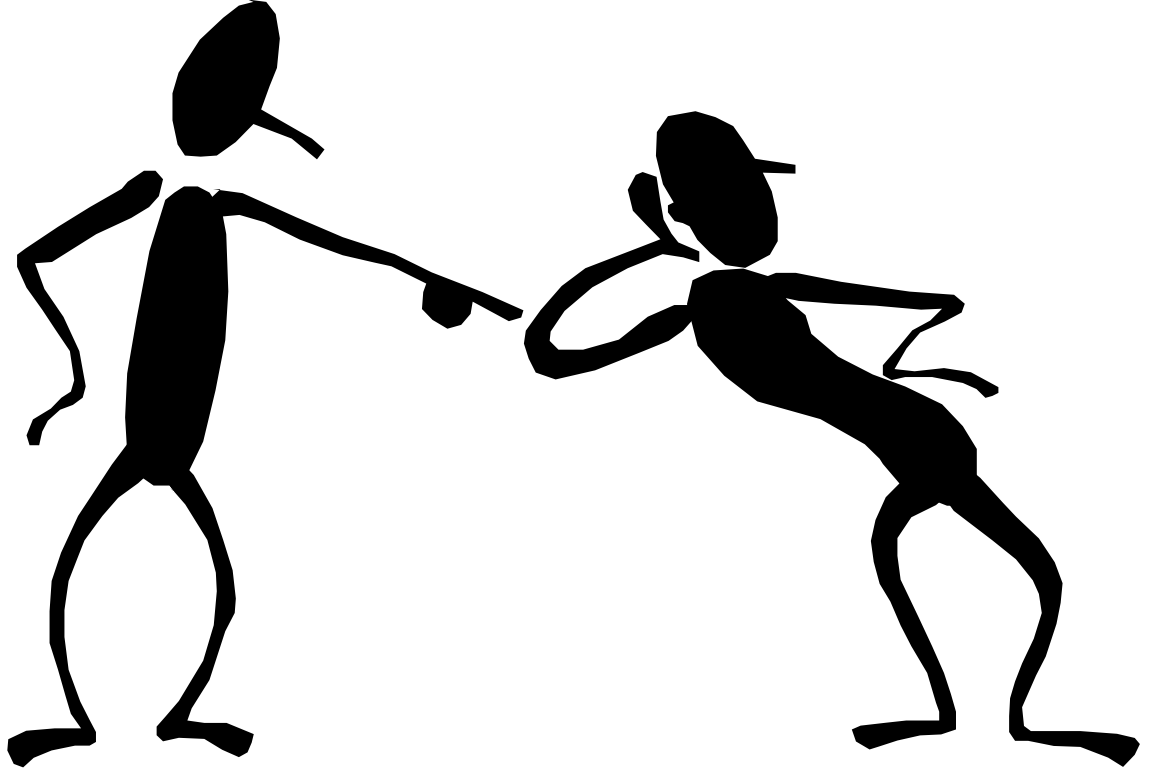


Arbeitsrecht

Arbeitsrecht für die Praxis



Anregungen, Kritik und Fragen sind dem Autor stets willkommen

Sami Negm-Awad

Rechtsanwälte Dr. Pribilla Kaldenhoff Negm

Goebenstr. 3

50672 Köln

Tel.: 0221 / 51 52 63

Tel.: 0221 / 51 62 63

Fax: 0221 / 51 01 145

Email: s.negm@PriKalNeg.de

Internet: <http://www.PriKalNeg.de>

1. TEIL: EINLEITUNG.....	5
1. ABSCHNITT: ANWENDUNGSBEREICH UND GRUNDBEGRIFFE.....	5
A. <i>Abgrenzung zwischen allgemeinem Dienstvertragsrecht und Arbeitsrecht</i>	5
B. <i>Kollektiv- und Individualarbeitsrecht</i>	5
2. ABSCHNITT: DIE RECHTSQUELLEN DES ARBEITSRECHTS	6
2. TEIL: INDIVIDUALARBEITSRECHT	7
1. ABSCHNITT: DIE BEGRÜNDUNG DES ARBEITSVERHÄLTNISSES.....	7
A. <i>Mängel beim Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses</i>	7
B. <i>Mitwirkungsrechte des Betriebsrates</i>	12
2. ABSCHNITT: INHALT DES ARBEITSVERHÄLTNISSES	12
A. <i>Die Pflichten des Arbeitnehmers</i>	12
B. <i>Pflichten des Arbeitgebers</i>	19
3. ABSCHNITT: BEENDIGUNG DES ARBEITSVERHÄLTNISSES	27
A. <i>Die Kündigung</i>	27
B. <i>Weitere Möglichkeiten zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses</i>	35
C. <i>Keine Beendigungsgründe</i>	37
4. ABSCHNITT: PFLICHTEN BEI BEENDIGUNG DES ARBEITSVERHÄLTNISSES.....	37
A. <i>Pflichten des Arbeitgebers</i>	37
B. <i>Pflichten des Arbeitnehmers</i>	38
5. ABSCHNITT: RECHTE UND PFLICHTEN BEI BETRIEBSÜBERGANG	38
A. <i>Wirkungen des Betriebsüberganges</i>	38
B. <i>Voraussetzungen des § 613 a I 1 BGB</i>	38
C. <i>Fortgeltung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen</i>	39
D. <i>Kündigung wegen Betriebsüberganges</i>	39
E. <i>Die Neuregelungen seit 1.4.2002</i>	39
6. ABSCHNITT: DER SCHUTZ BESONDERER PERSONENGRUPPEN.....	41
A. <i>Das Arbeitsverhältnis der Frau</i>	41
B. <i>Mutterschutzrecht</i>	41
C. <i>Das Arbeitsrecht der Jugendlichen und Auszubildenden</i>	42
D. <i>Schwerbehinderte</i>	42
E. <i>Das Praktikantenverhältnis</i>	43
F. <i>Leiharbeiter</i>	43
3. TEIL: KOLLEKTIVARBEITSRECHT	46
1. ABSCHNITT: DAS RECHT DER KOALITIONEN	46
A. <i>Die Koalition</i>	46
B. <i>Die Koalitionsfreiheit</i>	46
C. <i>Die Aufgaben der Koalitionen</i>	46
D. <i>Die Mitgliedschaft in den Koalitionen</i>	47
2. ABSCHNITT: DAS RECHT DES ARBEITSKAMPFES	47
A. <i>Der Arbeitskampf</i>	47
B. <i>Die Bewertung des Arbeitskampfes in der Rechtsordnung</i>	47
C. <i>Der Einfluß des Arbeitskampfes auf das Arbeitsverhältnis</i>	48
3. ABSCHNITT: SCHLICHTUNG	48
4. ABSCHNITT: DAS TARIFRECHT	48
A. <i>Bedeutung und Rechtsnatur des Tarifvertrages</i>	48
B. <i>Arten von Tarifverträgen</i>	49
C. <i>Abschluß, Beginn und Ende des Tarifvertrages</i>	49
D. <i>Die obligatorischen Bestimmungen des Tarifvertrages</i>	50
E. <i>Die normativen Bestimmungen des Tarifrechtes</i>	51
F. <i>Der Geltungsbereich der normativen Bestimmungen</i>	52
G. <i>Die Wirkungsweise der normativen Bestimmungen des Tarifvertrages</i>	52
H. <i>Verfallfristen</i>	53
I. <i>Die Tarifbindung</i>	53
J. <i>Die Allgemeinverbindlichkeitserklärung</i>	53
K. <i>Individualrechtliche Bezugnahme des Tarifrechtes</i>	54
5. ABSCHNITT: BETRIEBSVERFASSUNGSRECHT	54
A. <i>Anwendungsbereich</i>	54
B. <i>Der Betriebsbegriff</i>	54
C. <i>Wahl des Betriebsrates</i>	54

D.	Die Organe der Betriebsverfassung.....	55
E.	Grundzüge der Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat.....	58
F.	Formen der Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat.....	60
G.	Gebiete der Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat.....	62
6. ABSCHNITT:	DIE ZUSTÄNDIGKEIT UND ANRUFUNG DER EINIGUNGSSTELLE.....	77
7. ABSCHNITT:	MITBESTIMMUNG BEIM UNTERNEHMENSTRÄGER	78
A.	Drittelbeteiligung (BetrVG 1952)	78
B.	Mitbestimmungsgesetz 1976.....	79
C.	Montanmitbestimmung.....	79
4. TEIL:	SCHLICHTUNGSVERFAHREN UND ARBEITSGERICHTLICHES VERFAHREN	79
1. ABSCHNITT:	DER SCHLICHTUNGSAUSSCHUSS	79
2. ABSCHNITT:	DIE ZUSTÄNDIGKEIT DER ARBEITSGERICHE	79
3. ABSCHNITT:	BESETZUNG DER ARBEITSGERICHE	79
4. ABSCHNITT:	DAS ARBEITSGERICHTLICHE VERFAHREN	80
A.	Verfahrensgang.....	80
B.	Vertretung der Parteien	81
C.	Kosten.....	81
5. TEIL:	SONDERPROBLEME	81
1. ABSCHNITT:	DIE ANRECHNUNG ÜBERTARIFLICHER ENTGELTE	81
A.	Allgemeines	81
B.	Individualrechtliche Gesichtspunkte	81
C.	Kollektivrechtliche Gesichtspunkte	82

1. Teil: Einleitung

1. Abschnitt: Anwendungsbereich und Grundbegriffe

A. Abgrenzung zwischen allgemeinem Dienstvertragsrecht und Arbeitsrecht

Arbeitsrecht ist das Recht der Arbeitnehmer. Nur wenn es um einen Arbeitnehmer geht, finden die zahlreichen Schutzbestimmungen des Arbeitsrechts Anwendung.

Beispiel: Herr Dösing ist bei einer Zeitung als "freier Redakteur" beschäftigt. Im Sommer bittet Herr Dösing um seinen Urlaub. Der Verlag teilt ihm mit, er habe keinen Urlaubsanspruch, weil ein solcher in seinem Vertrag nicht vorgesehen sei. Dösing pocht auf die Bestimmungen des Bundesurlaubsgesetzes. Der Verlag meint, ihn würden diese Bestimmungen nicht interessieren. Wer hat Recht?

Wenn Dösing als Arbeitnehmer einzuordnen wäre, wäre das Bundesurlaubsgesetz anwendbar. Dösing hätte also einen Urlaubsanspruch. Ist Herr Dösing aber kein Arbeitnehmer, hat er einen Urlaubsanspruch nur dann, wenn der Vertrag ausdrücklich einen solchen enthält.

Beispiel 2: Frau Sorglos ist "freie Mitarbeiterin" beim Rundfunk. Sie wird schwanger. Sie leidet deswegen unter erheblichen Problemen und ihr Arzt attestiert ihr, dass sie die mit Botengängen und Bildschirmarbeit verbundene Tätigkeit beim Sender aus gesundheitlichen Gründen nicht ausführen dürfe. Sie teilt dies dem Sender mit. Darauf hin wird ihr fristgerecht gekündigt. Der Leiter der Personalabteilung erklärt ihr dazu, daß eine Frau sich schon zwischen Kindern und Karriere entscheiden müsse. Im übrigen hätte sie sich nicht so anstellen sollen, seine Mutter habe im Krieg auch sehr unter der Schwangerschaft gelitten, und habe trotzdem als Trümmerfrau hart gearbeitet. Frau Sorglos hält die Kündigung für rechtswidrig und erhebt dagegen Klage vor dem Arbeitsgericht. Wird sie gewinnen?

Frau Sorglos wird die Klage gewinnen, wenn sie Arbeitnehmerin war. Denn nach dem Mutterschutzgesetz dürfen Schwangere nicht gekündigt werden. Da das Gesetz aber nur für Arbeitnehmerinnen gilt, ist die Kündigung wirksam, wenn Frau Sorglos keine Arbeitnehmerin ist.

Es kommt also oft entscheidend darauf an, ob jemand als Arbeitnehmer anzusehen ist oder nicht. Daher sollte man sich die folgende Definition gut einprägen:

Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages entgeltliche Dienste für einen anderen in persönlicher Abhängigkeit leistet.

Organe juristischer Personen, Selbstständige, Beamte, Soldaten, Richter und freie Mitarbeiter sind keine Arbeitnehmer.

Die Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten ist heute nur noch in einigen Bereichen des Arbeits- und Sozialrechts von Bedeutung.

Die Abgrenzung vollzieht sich danach, ob der Arbeitnehmer eine überwiegend körperliche Tätigkeit ausübt (dann Arbeiter) oder eine überwiegend geistige (dann Angestellter). Im Zweifel entscheidet die Verkehrsschauung. (Sind Fußballer Arbeiter oder Angestellte?)

B. Kollektiv- und Individualarbeitsrecht

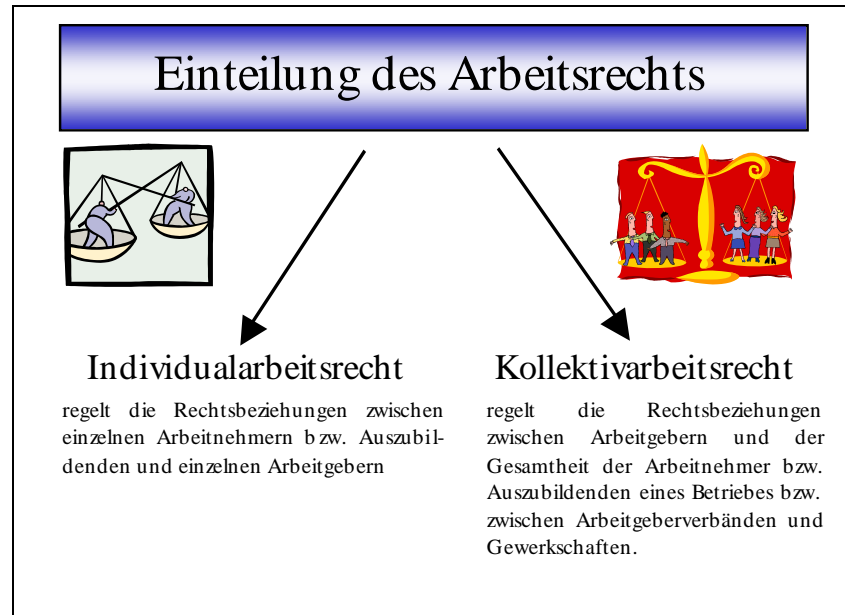
Das gesamte Arbeitsrecht lässt sich in zwei wichtige Rechtsgebiete einteilen: das Individualarbeitsrecht und das Kollektivarbeitsrecht.

- das Individualarbeitsrecht regelt die Rechtsbeziehungen zwischen einzelnen Arbeitnehmern und einzelnen Arbeitgebern
- das Kollektivarbeitsrecht regelt die Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgebern und der Gesamtheit der Arbeitnehmer eines Betriebes bzw. zwischen Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften.

Beispiele für Gebiete des Individualarbeitsrechts: Arbeitsvertragsrecht, Arbeitsschutzrecht

Beispiele für Gebiete des Kollektivarbeitsrechts: Betriebsverfassungsrecht, Tarifvertragsrecht, Arbeitskampfrecht, Koalitionsrecht

Schaubild 1: Einteilung des Arbeitsrechts



2. Abschnitt: Die Rechtsquellen des Arbeitsrechts

Die wichtigsten Rechtsquellen des Arbeitsrechts sind: Verfassung, Gesetze, Rechtsverordnungen, Tarifverträge, Gesamtzusagen, Betriebsvereinbarungen, Arbeitsverträge i. V. m. AGB, betriebliche Übungen, der Gleichbehandlungsgrundsatz, das Direktionsrecht und das Richterrecht.

Eine Besonderheit des Arbeitsrechts ist die betriebliche Übung. Die betriebliche Übung ist ein schlüssiges Handeln über einen längeren Zeitraum.

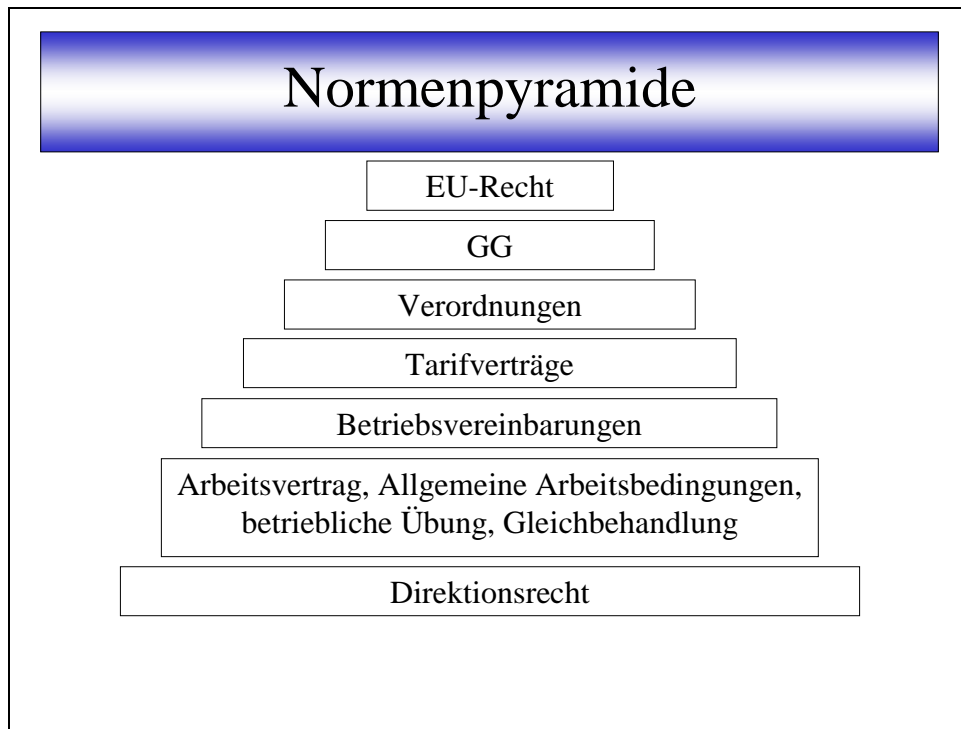
Es gilt zu beachten, dass ein tatsächliches - auch wiederholtes - Verhalten des Arbeitgebers allein noch nicht ausreicht, um von einer betrieblichen Übung zu sprechen. Erforderlich ist vielmehr, dass der Arbeitnehmer aus dem tatsächlichen Verhalten des Arbeitgebers den gerechtfertigten Schluss ziehen kann, dass der Arbeitgeber sich nicht nur im konkreten Fall, sondern auch in Zukunft, wie bisher verhalten will.¹

Beispiel: 3 Jahre vorbehaltlose Gewährung einer Weihnachtsgratifikation begründet in der Regel einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf eine Weihnachtsgratifikation im 4. Jahr.

Es entsteht keine betriebliche Übung auf zukünftige Gewährung von Weihnachtsgeld, wenn - für den Arbeitnehmer erkennbar - die Zuwendung nach Gutdünken des Arbeitgebers dreimalig in unterschiedlicher Höhe gezahlt wird. Der Arbeitnehmer muss in einem solchen Fall davon ausgehen, dass der Arbeitgeber die Zuwendungen nur für das jeweilige Jahr gewähren will.²

Auch die Gesamtzusage ist eine arbeitsrechtliche Besonderheit. Bei der Gesamtzusage handelt es sich um eine einseitige Erklärung des Arbeitgeber gegenüber der gesamten Belegschaft oder jedenfalls einer Gruppe von Arbeitnehmer mit der sich der Arbeitgeber bindet.

Zu nennen ist schließlich die sogenannte arbeitsvertragliche Einheitsregelung. Eine arbeitsvertragliche Einheitsregelung liegt bei einem systematischen gebündelten Abschluss von im Grundsatz identischen Einzelverträgen vor.



2. Teil: Individualarbeitsrecht

1. Abschnitt: Die Begründung des Arbeitsverhältnisses

Grundsätzlich entscheidet der Arbeitgeber, ob neues Personal eingestellt werden soll. In dieser Vorphase sind die weiter unten (S. 68) erläuterten Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates zu beachten.

Meist kommt es in der Anbahnungsphase zu einem Bewerbungsgespräch. Nach § 670 BGB ist der Arbeitgeber unabhängig davon, ob ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist oder nicht, zum Ersatz der notwendigen Aufwendungen, wie Fahrkosten, bei weiter Anreise auch Übernachtungs- und Verpflegungskosten und etwaigen Verdienstausfall, verpflichtet, wenn er zu dem Bewerbungsgespräch aufgefordert hat.

Das Arbeitsverhältnis wird durch Vertrag begründet.

Der Vertrag sollte enthalten: Namen der Vertragspartner, Art und Umfang der Tätigkeit, Dienort, Arbeitszeit und Urlaub, Gehalt, Kündigungsfrist, evtl. Wettbewerbsverbot.

A. Mängel beim Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses

Wie jeder Vertrag unterliegt auch der Arbeitsvertrag den Regeln des allgemeinen Teils des BGB. Die dortigen Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründe gelten daher auch für den Arbeitsvertrag. Der gesamte Vertrag oder auch eine einzelne Klausel kann deswegen unwirksam sein.

1) Vertragsschluss unter Verstoß gegen Formvorschriften

Grundsätzlich gibt es für Arbeitsverträge keine Formvorschriften. Der Arbeitsvertrag müssen daher grundsätzlich nicht schriftlich abgeschlossen werden, sie sind auch dann, wenn sie formlos, also mündlich, geschlossen werden, gültig. Ausnahmsweise kann sich ein Formgebot aus einem Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung ergeben. Ob der Arbeitsvertrag bei Verstoß gegen ein solches Formgebot nichtig ist, ist eine Frage der Auslegung der jeweiligen Formvorschrift.

Zu beachten ist allerdings das Nachweisgesetz (NachwG). Dieses Gesetz schreibt vor, dass die wesentlichen Arbeitsbedingungen schriftlich niederzulegen sind. Aber auch dieses Gesetz enthält keine Formvorschriften. Der – mündlich geschlossene – Arbeitsvertrag ist also auch dann gültig, wenn – entgegen dem Gesetz – keine schriftliche Niederlegung erfolgt. Das Gesetz soll durch die Verpflichtung zur schriftlichen Fixierung der wesentlichen Arbeitsbedingungen eine größere Rechtssicherheit im Arbeitsverhältnis bewirken, insbesondere für Arbeitnehmer, die keinen schriftlichen Arbeitsvertrag besitzen³.

Das Gesetz gilt für alle Arbeitnehmer mit Ausnahme derjenigen, die nicht zur vorübergehenden Aushilfe und einer anderen gelegentlichen Tätigkeit, deren Gesamtdauer 400 Stunden innerhalb eines Jahres nicht übersteigt,

eingestellt werden oder hauswirtschaftliche, erzieherische oder pflegerische Tätigkeiten in einem Familienhaushalt ausüben, wenn die Tätigkeit die Geringfügigkeitsgrenze des § 8 Abs. 1 SGB IV nicht überschreitet (§ 1 Nr. 1 und 2 NachwG). Soweit für Berufsausbildungsverhältnisse i.S.d. § 3 BBiG, für Leiharbeitsverhältnisse i.S.d. Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG, für Heuverhältnisse i.S.d. § 3 SeemG entsprechende spezialgesetzliche Nachweisregelungen bestanden, werden diese Regelungen beibehalten und lediglich an die Vorgaben des Nachweisgesetzes angepasst.

Gemäß § 2 Abs. 1 NachwG hat der Arbeitgeber spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederzulegen, die Niederschrift zu unterzeichnen und dem Arbeitnehmer auszuhändigen. Diese Verpflichtung entfällt, wenn dem Arbeitnehmer ein schriftlicher Arbeitsvertrag ausgehändigt worden ist, der alle vom Nachweisgesetz in § 2 Abs. 1 bis 3 geforderten Angaben enthält (§ 2 Abs. 4 NachwG). Eine Änderung der wesentlichen Vertragsbedingungen ist dem Arbeitnehmer spätestens einen Monat nach der Änderung schriftlich mitzuteilen, soweit diese nicht auf einer Änderung der gesetzlichen Vorschriften, Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen sowie ähnlichen Regelungen beruht, die für das Arbeitsverhältnis gelten (§ 3 NachwG). Für Arbeitsverhältnisse, die bereits bei Inkrafttreten dieses Gesetzes bestanden, besteht eine Übergangsvorschrift (§ 4 NachwG). Die Vorschriften des NachwG können nicht zuungunsten des Arbeitnehmer verändert werden (§ 5 NachwG). Die Nachweispflicht ist erfüllt, wenn die wesentlichen Vertragsbedingungen vom Arbeitgeber schriftlich niedergelegt, unterzeichnet **und** dem Arbeitnehmer ausgehändigt worden sind. Bei Arbeitsleistungen von länger als einem Monat außerhalb der Bundesrepublik Deutschland muss die Niederschrift dem Arbeitnehmer vor seiner Abreise ausgehändigt werden (§ 2 Abs. 2 NachwG). Bestätigt der Arbeitnehmer den Empfang der Niederschrift und ggf. auch deren Richtigkeit, liegt hierin nicht der Abschluss eines Arbeitsvertrages⁴. Dieser ist schon vorher durch die übereinstimmenden Willenserklärungen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer zustande gekommen. Etwas anderes gilt, wenn die Niederschrift des Arbeitgeber **zusätzliche oder abweichende Bedingungen** enthält, die zuvor nicht Gegenstand der Einigung mit dem Arbeitnehmer waren. Dann liegt in der Überreichung der Niederschrift das Angebot des Arbeitgeber an den Arbeitnehmer, einen Arbeitsvertrag mit den darin schriftlich niedergelegten Bedingungen zu schließen. Dieses Angebot nimmt der Arbeitnehmer durch Bestätigung der Richtigkeit der Niederschrift nicht aber durch bloße Abgabe einer Empfangsbestätigung an. Setzt der Arbeitnehmer die Arbeit nach Erhalt der zusätzlichen oder abweichenden Bedingungen enthaltende Niederschrift fort, kann ein Arbeitsvertrag zu den darin beschriebenen Bedingungen durch schlüssiges Verhalten zustande kommen.

Der zwingende Inhalt der Niederschrift ist durch § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 10 NachwG geregelt. Bei einer Tätigkeit eines Mitarbeiters außerhalb der BRD, die länger als einen Monat andauert, erstreckt sich die Nachweispflicht nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 NachwG auf weitere zusätzliche Punkte.

§ 2 Abs. 3 NachwG ermöglicht es, für die Angaben des Arbeitsentgeltes, die Arbeitszeit, Erholungsurlaub und Kündigungsfristen (§ 2 Abs. 1 Nr. 6 bis 9 NachwG) sowie - bei Auslandsentsendung - die Währung, in der das Arbeitsentgelt gezahlt wird und zusätzliche Leistungen bei Auslandstätigkeit (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 bis 3 NachwG) auf die einschlägigen Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen und ähnliche Regelungen zu verweisen. Bei der Dauer des jährlichen Erholungsurlaubs und den Fristen für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses kann auf die gesetzlichen Bestimmungen verwiesen werden, soweit diese maßgebend sein sollen.

Das NachwG enthält keine Formvorschrift. Eine Verletzung der Nachweispflicht durch den Arbeitgeber berührt also die Wirksamkeit des geschlossenen Arbeitsvertrages nicht.

2) Vertragsschluss durch Geschäftsunfähigen ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, §§ 104 ff. BGB

Beschränkt geschäftsfähige Arbeitnehmer bedürfen zum Abschluss eines Arbeitsvertrages der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (oder der rückwirkenden Genehmigung), Ausnahme: § 113 BGB.

3) Verstoß gegen die guten Sitten, § 138 BGB

Der Arbeitsvertrag kann wie jeder Vertrag wegen Verstoßes gegen die guten Sitten unwirksam sein. Arbeitsverträge die wegen Verstoßes gegen die guten Sitten ganz unwirksam sind, sind selten.

Beispiel: Frau Lola und Herr Satyr verpflichten sich gegenüber Herrn Piep, der in seiner Nachbar eine "Erotik-Show" veranstaltet, jeden Abend auf der Bühne einen Geschlechtsverkehr vorzuführen. Ist der Vertrag wirksam?

Nein. Nach Ansicht des BAG gehört der menschliche Geschlechtsverkehr nicht auf die Bühne⁵. Der Arbeitsvertrag ist wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig. Auch ein faktisches Arbeitsverhältnis (vgl. dazu S. 11) scheidet nach Ansicht des BAG wegen der Schwere des Verstoßes aus.

Aber auch einzelne Klauseln können wegen Sittenwidrigkeit unwirksam sein.

Beispiel: Das BAG hat sog. Zölibatsklauseln (= Arbeitsverhältnis endet mit Heirat oder Verlöbnis) für nichtig erklärt; ebenso eine Klausel, die eine Schwangerschaft zu einer auflösenden Bedingung für das Arbeitsverhältnis machen. Auch eine Klausel mit einer Pflicht zur Empfängnisverhütung ist sittenwidrig und daher unwirksam.

Lässt man einmal die Fälle außer Betracht, in denen der Inhalt eines Arbeitsvertrages mit grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung unvereinbar ist, sind es im wesentlichen zwei Fallgruppen, die für die Anwendung des § 138 BGB in Betracht kommen: Die Abwälzung des Betriebs- und Wirtschaftsrisikos auf den Arbeitnehmer oder übermäßige Vertragsbindungen⁶.

a) Beispiele für die Überwälzung des Betriebs- oder Wirtschaftsrisikos. Sittenwidrigkeit ist gegeben: Bei einer Verlustbeteiligung des Arbeitnehmer, wenn dafür kein angemessener Ausgleich erfolgt⁷; bei der Vereinbarung, dass der Arbeitnehmer nur bei einem bestimmten, nicht ohne weiteres zu erreichenden Mindesterfolg⁸ eine oder eine rein erfolgsabhängige⁹ Vergütung erhält; bei dem Verzicht eines Arbeitnehmer auf Gehaltsanspruch bei Ausbleiben der Fördermittel durch das Arbeitsamt¹⁰; bei einem auf Initiative des Arbeitgeber mit einer minderjährigen Friseurin auf 2 Jahre unkündbar geschlossenen Vertrag mit Abhängigkeit des üblichen Entgeltes vom Umsatz und Vereinbarung einer Konkurrenzklausele (ohne jede Gegenleistung) sowie einer Vertragsstrafe für den Fall vorfristiger Auflösung¹¹; bei Vereinbarung einer ausschließlich provisionsabhängigen Vergütung ohne Fixum und ohne Provisionsgarantie, wenn der Arbeitnehmer aus betrieblichen Gründen gar nicht in der Lage ist, den monatlichen Provisionsabschlag zu verdienen¹²; Übernahme einer schuldunabhängigen Mankohaftung durch Verkäufer¹³.

b) Beispiele für übermäßige Vertragsbindung: Auferlegung einer übermäßigen Verschwiegenheitspflicht¹⁴. Die Auferlegung hoher Vertragsstrafen für jeden Fall einer Vertragsverletzung, die Sicherung von Vertragsbedingungen durch Ehrenwort, die Verpflichtung weiblicher Arbeitnehmer zur Einnahme empfängnisverhütender Mittel¹⁵.

Wucher ist ein Sonderfall der Sittenwidrigkeit. Nach § 138 Abs. 2 BGB ist insbesondere ein Rechtsgeschäft nichtig, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen, sich oder einem Dritten Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen. Lohnwucher kann vorliegen, wenn trotz angemessener Arbeitsleistung der Arbeitnehmer bei einer weit unter dem Tariflohn liegenden Entlohnung nicht in der Lage ist, für sich und seine Familie den notwendigen Unterhalt zu verdienen. Die Unterschreitung des tarifmäßigen Lohns reicht für sich nicht aus.

Wenn für eine typischerweise zumindest körperlich anstrengende Putzarbeit pro Stunde ohne jeglichen Sozialversicherungsschutz nur 4 € gezahlt wird, wenn zudem die tägliche Arbeitszeit auf 2 Stunden begrenzt und u.a. ein (nichtiges) Nebentätigkeitsverbot zu dem Zweck vereinbart wird, dass der Arbeitgeber von der Ersparung der Sozialversicherungsbeiträge profitieren kann, sind die Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 BGB erfüllt¹⁶.

4) Verstoß gegen gesetzliches Verbot § 134 BGB

Fall: "Panzerknacker Charlie" ist auf der Suche nach einem neuen Tätigkeitsfeld. Sein "Berufskollege", der bekannte "Tresor Eddie", hört in "gut unterrichteten Kreisen" hiervon. Da Eddie auf Korrektheit großen Wert legt, bietet er Charlie den Abschluss eines Arbeitsvertrages mit dem folgenden Inhalt an:

§ 1 Panzerknacker Charlie wird als Aushilfskraft für das Öffnen von Stahltresoren beschäftigt.

§ 2 Das Arbeitsentgelt beträgt €50 pro geleistete Arbeitsstunde zuzüglich eines 30%igen Anteils am erzielten Erlös.

§ 3 Arbeitsgeräte werden vom Arbeitgeber gestellt.

§ 4 Panzerknacker Charlie verpflichtet sich, weder abhängig noch selbständig in der gleichen Branche tätig zu sein.

Die Zusammenarbeit gestaltet sich zunächst gut. Einige Wochen nach Vertragsschluss wird Charlie jedoch krank. Er kann daher an dem für Eddie bedeutenden Projekt "Fort Knox" nicht teilnehmen. Gleichwohl verlangt er von Eddie für das erfolgreich durchgeführte Projekt Arbeitslohn. Er ist der Meinung, er habe Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall. Eddie weigert sich. Daraufhin erhebt Charlie Klage vor dem zuständigen Arbeitsgericht mit dem Antrag, Eddie zu verurteilen, an ihn 5.200,- EUR Arbeitslohn zu zahlen.

Sie sind Richter am Arbeitsgericht und für den Fall zuständig. Werden sie der Klage stattgeben?

Natürlich nicht. Da der Arbeitsvertrag gegen ein gesetzliches Verbot verstößt (§ 242, 243 StGB) ist er gemäß § 134 BGB unwirksam. Aus dem unwirksamen Arbeitsvertrag kann Charlie daher auch keine Ansprüche herleiten. Die Klage wird daher von Ihnen abgewiesen.

5) Nichtigkeit nach Anfechtung wegen Irrtums, § 119 BGB, oder arglistiger Täuschung, § 123 BGB

Wie jeder andere Vertrag auch kann der Arbeitsvertrag wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung angefochten werden.

Die Anfechtung wegen Irrtums setzt eine unrichtige Vorstellung des Arbeitgebers über eine wesentliche Eigenschaft des Arbeitnehmers voraus.

Beispiel für eine Anfechtung wegen Irrtums: Jupp ist gelernter Metzger. Er wird von der „Beautywood-Klinik für kosmetische Operationen“ als Schönheitschirurg eingestellt. Wenige Tage nach Abschluss des Vertrages kauft der Leiter der Klinik, Herr Feinbein, ein paar Koteletts in einer nahegelegenen Metzgerei...bei Jupp! Darauf hin erklärt Feinbein gegenüber Jupp, dieser brauche gar nicht am ersten Arbeitstag zu erscheinen, weil er, Feinbein, den Arbeitsvertrag anfechte. Jupp beruft sich auf den Arbeitsvertrag und die darin enthaltene Kündigungsfrist von 3 Monaten. Er verlangt von Feinbein daher die Zahlung von drei Monatsgehältern. Zu Recht?

Nein. Feinbein hat sich über eine wesentliche Eigenschaft des Jupp geirrt. Er glaubte, Jupp sei Chirurg, Jupp war aber Metzger. Da Feinbein demnach einen Anfechtungsgrund hatte und Feinbein auch eine Anfechtungserklärung abgegeben hat, ist der Vertrag unwirksam. Jupp kann daher keine Rechte aus dem Vertrag herleiten.

Eine Anfechtung wegen Irrtums ist nicht zulässig, wenn der Arbeitgeber sich nur über unwesentliche Eigenschaften des Arbeitnehmers geirrt hat. Unwesentlich ist eine Eigenschaft dann, wenn sie keinen Bezug zum Arbeitsverhältnis hat oder nur vorübergehender Art ist.

Beispiel für eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung: Wie oben, nur das Feinbein den Jupp beim Einstellungsgespräch gefragt hat, ob er denn Erfahrung als Schönheitschirurg habe. Jupp bejahte dies.

Eine rechtswidrige arglistige Täuschung liegt nicht vor, wenn der Arbeitnehmer unzulässige Fragen falsch beantwortet.

Gibt der Arbeitnehmer nicht von sich aus Vorstrafen an, die in Bezug auf den angestrebten Beruf so von Bedeutung sind, dass nach Treu und Glauben eine Offenbarungspflicht besteht, kann der Arbeitgeber, den Vertrag wegen Irrtums anfechten, wenn er später davon erfährt. Wird gefragt, sind alle auch kleinere Strafen anzugeben, wenn sie Bezug zum Arbeitsverhältnis haben. Ist eine Vorstrafe für Arbeitsverhältnis nicht von Bedeutung, so darf die Vorstrafe selbst auf Nachfrage verschwiegen werden, ebenso bei bestehenden Krankheiten: hindert die Krankheit den Arbeitnehmer daran, die angestrebte Tätigkeit auszuüben, so muss er sie angeben; hat die Krankheit für das Arbeitsverhältnis keine Bedeutung, muss sie auch auf Nachfrage nicht angegeben werden.

Eine Schwangerschaft muss nur dann von selbst offenbart werden, wenn die Arbeitnehmerin für die angestrebte Tätigkeit dann ganz oder für einen erheblichen Zeitraum ausfallen würde

Beispiel: Mannequin, Tänzerin, Saisonarbeiterin;

Eine Übersicht über die wichtigsten zulässigen und unzulässigen Fragen geben die nachfolgenden Schaubilder.

Schaubild 2: „Zulässige“ Fragen



„Zulässige“ Fragen

- * Name, Wohnort, Geburtsdatum, Familienstand, Staatsangehörigkeit, Kinderanzahl, Kindesalter
- * Schulbildung, -abschlüsse, Berufsausbildung, Berufserfahrung, Lehrgänge, Spezialkenntnisse, Fremdsprachen
- * Wehrdienstzeiten, erfolgte oder anstehende Einberufung zum Wehrdienst, Zivildienst
- * Bestand eines ungekündigten Arbeits- oder Ausbildungsverhältnisses
- * zuständige Krankenkasse und Rentenversicherung
- * Bezug von Renten und Pensionen
- * Anwartschaften bzw. Ansprüche auf betriebliche Altersversorgung bei anderen Unternehmen
- * bisher erhaltener Urlaub
- * Existenz einer Konkurrenzklausel
- * andere, noch ausgeübte Haupt- oder nebenberufliche Tätigkeiten
- * Frage nach Schwerbehinderteneigenschaft

Schaubild 3: „Unzulässige“ Fragen



„Unzulässige“ Fragen

- * Frage nach dem bisherigen Gehalt oder Lohn (str.)
- * Frage nach schulden oder anderen Vermögensverhältnissen, es sei denn besondere Vertrauensstellung
- * Frage nach Lohn- und Gehaltspfändungen; bei Anhaltspunkten für umfangreiche Lohn- oder Gehaltspfändungen wohl zulässig (str.)
- * Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft. Die Frage ist nur noch dann zulässig, wenn die betroffene Frau Arbeiten verrichten soll, die von einer schwangeren (gar) nicht ausgeführt werden dürfen oder können
- * Die (tatsächlich schon gestellte) Frage nach der letzten Regel oder der letzten Pille etc.. ist - natürlich - gleichfalls unzulässig.
- * Frage nach Krankheiten, außer wenn dadurch die Arbeitsfähigkeit des Bewerbers stark betroffen ist. Nicht Kinderkrankheiten. Bei ansteckenden Krankheiten wird die Frage als zulässig angesehen. Für HIV bzw.. AIDS gilt, daß grundsätzlich nur angegeben werden muß, wenn die Krankheit schon konkret ausgebrochen ist
- * Vorstrafen - nur zulässig wenn für Arbeitsplatz relevant und nicht getilgt; kein polizeiliches Führungszeugnis
- * Religions- oder Parteizugehörigkeit, Gewerkschaftszugehörigkeit, nur zulässig bei einem Tendenzbetrieb

Beachte: Ist der Arbeitsvertrag wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung wirksam angefochten, so endet das Arbeitsverhältnis, ohne das es einer Kündigung bedarf. Kündigen muss man ja nur ein bestehendes Vertragsverhältnis. Durch die Anfechtung ist der Vertrag aber nichtig, so dass es nichts zu kündigen gibt!

6) Vertragsschluss durch Vertreter ohne Vertretungsmacht

Ein Vertrag, der von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossen wird, hat keine Wirkung gegenüber dem Vertretenen, es sei denn, dieser genehmigt den Abschluss des Vertrages nachträglich.

7) Rechtsfolgen bei Vertragsmängeln

Merke: Der Grundsatz, dass die Teilnichtigkeit von Verträgen im Zweifel zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages führt (§ 139 BGB), wird im Recht des Arbeitsvertrages nicht angewandt, wenn die Anwendung dem Schutzzweck der Norm, aus der sich die Teilnichtigkeit ergibt, zuwiderlaufen würde.

Ist der Arbeitsvertrag insgesamt nichtig, so kommen die Regeln über das sog. faktische Arbeitsverhältnis zur Anwendung, wenn

- ein (nur) faktischer Arbeitsvertrag besteht, also eine natürliche Willenseinigung darüber, dass gearbeitet werden soll.
- der Arbeitsvertrag vollzogen worden ist, also die Arbeit aufgenommen worden ist

Das faktische Arbeitsverhältnis wird grundsätzlich wie ein voll wirksames Arbeitsverhältnis behandelt. Für die Zukunft bestehen jedoch keine Bindungen. Es kann jederzeit durch einseitige Erklärung beendet werden. Dabei handelt es sich um keine Kündigung.

Die Regeln über das faktische Arbeitsverhältnis kommen nicht zur Anwendung, wenn seine Anerkennung mit überwiegenden öffentlichen Interessen oder überwiegenden schutzwürdigen Belangen des einzelnen unvereinbar wäre, z.B. bei sittenwidrigen Arbeitsverträgen häufig zu bejahen.

Der schwerbehinderte Herr Arm schloss mit dem Unternehmen Brutus am 26.5.1998 einen Arbeitsvertrag ab. Vereinbart wurde eine Arbeitsaufnahme zum 01.6.1998. Trotz der bestehenden Schwerbehinderung verneinte Arm die entsprechende Frage im Personalfragebogen. Am 5.6.1998 erfuhr die Firma von der Schwerbehinderteneigenschaft des Arm. Noch am gleichen Tag erklärte der Arbeitgeber, dass er den Arbeitsvertrag anfechte. Der Lohn für die Zeit vom 1.6. bis 5.6 wurde Herrn Arm verweigert. Der Betrieb vertritt die Auffassung, dass kein Lohnanspruch bestünde, da ein angefochtener Vertrag von Anfang an unwirksam sei. Arm meint, es könne doch nicht rechtens sein, dass er gut gearbeitet habe und nun für seine Arbeit keinen Lohn erhalte. Wer hat recht?

B. Mitwirkungsrechte des Betriebsrates

Einstellungen setzen betriebsverfassungsrechtlich die Zustimmung des Betriebsrates voraus, § 99 BetrVG, wenn der Betrieb mehr als 20 wahlberechtigte Arbeitnehmer hat. Der Betriebsrat kann seine Zustimmung aus den in § 99 BetrVG genannten Gründen verweigern. Dies hat keinen unmittelbaren Einfluss auf die zivilrechtliche Gültigkeit des Arbeitsvertrages, sondern führt nur dazu, dass das Arbeitsgericht den Vertrag aufheben kann, § 101 BetrVG.

2. Abschnitt: Inhalt des Arbeitsverhältnisses

A. Die Pflichten des Arbeitnehmers

1) Die Arbeitspflicht

Vertragliche Hauptpflicht ist die Arbeitspflicht.

Fall: Peter Prost feiert gern. Er ist bei der Firma Trocken als Bürokaufmann angestellt. Nach einem lustigen Abend, der etwas länger dauerte, hat Peter morgens Schwierigkeiten aus dem Bett zu kommen. Er bittet daher seinen Nachbarn, den Maurer Sigurd Stein, ihn doch im Büro zu vertreten. Sigurd, der von den Tätigkeiten eines Bürokaufmannes nur recht verschwommene Vorstellungen hat, willigt ein und erscheint an der Stelle von Peter im Blaumann bei Trocken. Herr Trocken ist mit dieser Art von Vertretung nicht einverstanden.

Peter hat sich nicht krank gemeldet, da er davon ausging seine Arbeit werde durch Sigurd verrichtet. Herr Trocken zahlt Peter für den fraglichen Arbeitstag kein Gehalt. Zu Recht?

Ja, die Arbeitspflicht ist höchstpersönlich. Eine Vertretung ist daher nicht möglich.

a) Art und Umfang der Arbeitspflicht

Arbeitsvertrag, Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung setzen den Rahmen für die Arbeitspflicht. Innerhalb dieses Rahmens bestimmen sich Art und Umfang der Arbeitspflicht aus dem Direktionsrecht, der Treuepflicht und der Verkehrssitte.

b) Ort der Arbeitsleistung

Grundsätzlich ist die Arbeitsleistung am vereinbarten Ort bzw. im Betrieb des Arbeitgebers zu erbringen. Der Arbeitgeber darf den Arbeitnehmer aufgrund seines Weisungsrechtes im Rahmen des Arbeitsvertrages unter bestimmten Voraussetzungen versetzen, nämlich dann, wenn die neue Beschäftigung dieselben Tätigkeitsmerkmale wie die alte aufweist, keine Lohnminderung eintritt und die Versetzung keine Maßregelung darstellt. Ist eine konkrete Tätigkeit im Arbeitsvertrag beschrieben, so kann eine Versetzung nur erfolgen, wenn eine Versetzungsklausel vorhanden ist.

Versetzungsklauseln sind allerdings in der Regel unwirksam, soweit sie es dem Arbeitgeber ermöglichen, dem Arbeitnehmer eine nicht gleichwertige Arbeitsaufgabe zu übertragen. Das gilt auch dann, wenn die Höhe der Vergütung unverändert bleibt. Im öffentlichen Dienst kann dem Arbeitnehmer, der die qualifizierenden Tätigkeitsmerkmale einer Vergütungsgruppe erfüllt, nicht eine Arbeit zugewiesen werden, die zwar nach derselben Vergütungsgruppe bezahlt wird, aber den Merkmalen einer niedrigeren Vergütungsgruppe entspricht und nur im Wege des Bewährungsaufstiegs zur höheren Vergütung führt¹⁷.

Ist eine Versetzung durch Ausübung des Direktionsrechtes nicht möglich, so bedarf es einer Änderungskündigung (vgl. dazu S. 28).

c) Zeit der Arbeitsleistung

Die Dauer der Arbeitszeit kann sich aus dem Arbeitsvertrag, dem Tarifvertrag, einer Betriebsvereinbarung oder gesetzlichen Vorschriften (z.B. ArbZG, Jugendarbeitsschutzgesetz oder Mutterschutzgesetz) ergeben. Die wöchentliche Arbeitszeit beträgt nach dem Arbeitszeitgesetz 48 Stunden. Eine Verpflichtung zur Mehrarbeit besteht nur, wenn ein dahingehende Vereinbarung besteht, oder sie betriebs- branchen- oder ortsüblich ist oder sie ausnahmsweise aus der Treuepflicht folgt.

i. Allgemeines

Das Arbeitszeitgesetz regelt den Arbeitszeitschutz als Teil des öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzrechts. Es schafft keine privatrechtliche Verpflichtung des Arbeitnehmers, die nach dem Gesetz zugelassenen Arbeitszeiten auch abzuleisten. Umfang, Lage und Vergütung der vom Arbeitnehmer geleisteten Arbeitszeit ergeben sich aus den tarifvertraglichen, betrieblichen und arbeitsvertraglichen Vereinbarungen.

Eine einseitige Änderung der Arbeitszeit durch den Arbeitgeber oder eine vertragliche Vereinbarung, die ihm ein entsprechendes Recht einräumt, ist wegen Umgehung der zwingenden Vorschriften des Kündigungs- und Kündigungsschutzrechts unwirksam¹⁸.

ii. Anwendungsbereich

Das Gesetz findet auf Arbeiter, Angestellte und Auszubildende Anwendung (§ 2 ArbZG). Es gilt nicht für leitende Angestellte (§ 5 III BetrVG), Chefärzte, Leiter von öffentlichen Dienststellen und deren Vertreter, sowie Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst, die zu selbständigen Entscheidungen in Personalangelegenheiten befugt sind, Arbeitnehmer, die in häuslicher Gemeinschaft mit den ihnen anvertrauten Personen zusammenleben und sie eigenverantwortlich erziehen, pflegen oder betreuen, den liturgischen Bereich der Kirchen und Religionsgemeinschaften, für Jugendliche (hier gilt das Jugendarbeitsschutzgesetz), bestimmte Schiffe sowie Bäckereien und Konditoreien (hier gilt das Gesetz über die Arbeitszeit in Bäckereien und Konditoreien)

iii. Zweck des Gesetzes (§ 1)

ist die Gewährleistung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer, die Verbesserung der Rahmenbedingungen für Flexibilisierung der Arbeitszeiten und der Schutz von Sonn- und Feiertagen als Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung.

iv. Definitionen (§ 2)

Arbeitszeit im Sinne des Gesetzes ist die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen; Arbeitszeiten bei mehreren Arbeitgebern sind zusammenzurechnen. Im Bergbau unter Tage zählen die Ruhepausen zur Arbeitszeit (§ 2 Abs. 1 ArbZG).

Arbeitnehmer	Arbeiter, Angestellte und Azubis
Nachtzeit	23 bis 6 Uhr
Nachtarbeit	jede Arbeit, die mehr als zwei Stunden der Nachtzeit umfasst.
Nachtarbeitnehmer	Arbeitnehmer, die normalerweise Nachtarbeit in Wechselschicht zu leisten haben oder mindestens an 48 Tagen im Kalenderjahr Nachtarbeit leisten

v. Arbeitszeit

Gem. § 3 ArbZG darf die werktägliche Arbeitszeit, d. h. die Vollarbeitszeit und Arbeitsbereitschaft acht Stunden nicht überschreiten.

Hiervon gibt es zahlreiche Ausnahmen: So ist eine Verlängerung auf zehn Stunden zulässig, wenn innerhalb von sechs Monaten oder innerhalb von 24 Wochen im Durchschnitt acht Stunden nicht überschritten werden.

Durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung

- ist eine Verlängerung über 10 Stunden hinaus auch ohne Ausgleich zulässig, wenn in die Arbeitszeit regelmäßig und in erheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft fällt.
- ist eine andere Regelung des Ausgleichszeitraumes möglich.
- ist eine Verlängerung ohne Ausgleich an höchstens 60 Tagen im Jahr zulässig.
- können die Regelungen zur Arbeitszeit bei der Behandlung, Pflege und Betreuung von Personen der Eigenart dieser Tätigkeit und dem Wohl dieser Personen entsprechend angepasst werden. Hiervon ist im BAT Gebrauch gemacht worden.

vi. Ruhepausen

müssen im voraus feststehen. Sie müssen

- bei sechs bis neun Stunden mind. 30 Minuten
- bei mehr als neun Stunden mind. 45 Minuten

betragen und können in Abschnitte von mindestens 15 Minuten aufgeteilt werden

Länger als sechs Stunden darf nicht ununterbrochen ohne Ruhepause gearbeitet werden.

Ausnahmen sind durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung möglich. So kann die Regelung zu den Ruhepausen bei der Behandlung, Pflege und Betreuung von Personen der Eigenart dieser Tätigkeit und dem Wohl dieser Personen entsprechend angepasst werden.

vii. Ruhezeit

Gem. § 5 ArbZG ist nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit grundsätzlich eine ununterbrochene Ruhezeit von 11 Stunden zu gewährleisten.

Mit Beendigung ist die Beendigung der tatsächlichen Arbeitszeit und nicht die Beendigung der dienstplanmäßigen Soll-Arbeitszeit gemeint.

Schaukeldienste (Frühschicht im Anschluss an Spätschicht) sind daher nicht mehr möglich, wenn diese Grenze nicht gewahrt wird.

Die Ruhezeit ist Zeit ohne Arbeitsverpflichtung. Rufbereitschaft und Bereitschaftsdienst werden nicht als Arbeitszeit gewertet. Sie kann um bis zu einer Stunde verkürzt werden, wenn innerhalb eines Monats oder von 4 Wochen durch Verlängerung einer anderen Ruhezeit auf mind. 12 Stunden ausgeglichen wird. In Krankenhäusern können Kürzungen der Ruhezeiten durch Inanspruchnahme während des Bereitschaftsdienstes oder der Rufbereitschaft auch zu anderen Zeiten ausgeglichen werden, wenn die Inanspruchnahme nicht mehr als die Hälfte der Ruhezeit ausmacht. Durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung kann die Regelung zu den Ruhezeiten bei der Behandlung, Pflege und Betreuung von Personen der Eigenart dieser Tätigkeit und dem Wohl dieser Personen entsprechend angepasst werden. Dies ist im BAT geschehen.

viii. Nachtarbeit

darf acht Stunden grundsätzlich nicht überschreiten. Eine Überschreitung auf 10 Stunden täglich ausnahmsweise möglich, wenn innerhalb eines Monats oder innerhalb von vier Wochen Ausgleich geschaffen wird (§ 6 II ArbZG)

Nachtarbeitnehmer haben einen Anspruch auf regelmäßige ärztliche Untersuchung.

Auf Verlangen des Arbeitnehmers muss ihm ein Tagesarbeitsplatz angeboten werden, wenn nach arbeitsmedizinischer Feststellung die weitere Verrichtung von Nachtarbeit den Arbeitnehmer in seiner Gesundheit gefährdet oder im Haushalt des Arbeitnehmer ein Kind unter zwölf Jahren lebt, das nicht von einer anderen im Haushalt lebenden Person betreut werden kann oder der Arbeitnehmer einen schwerpflegebedürftigen Angehörigen zu versorgen hat, der nicht von einem anderen im Haushalt lebenden Angehörigen versorgt werden kann, es sei denn, dass dringende betriebliche Erfordernisse entgegenstehen. In diesem Falle ist der Betriebs- oder Personalrat zu hören.

Die Nachtarbeit ist durch eine angemessene Zahl bezahlter freier Tage oder durch einen angemessenen Zuschlag auf das Arbeitsentgelt auszugleichen, wenn keine tarifvertraglichen Ausgleichsregelungen bestehen.

Nachtarbeitnehmer müssen den gleichen Zugang zu Weiterbildung und aufstiegsfördernden Maßnahmen haben.

ix. Sonn- und Feiertagsruhe (§ 9)

Grundsätzlich ist eine Beschäftigung von 0-24 Uhr an Sonn- und Feiertagen verboten.

In mehrschichtigen Betrieben mit regelmäßiger Tag- und Nachtschicht kann der Beginn oder das Ende der Sonn- und Feiertagsruhe um bis zu sechs Stunden vor- oder zurückverlegt werden.

In bestimmten Betrieben (§ 10) darf an Sonn- und Feiertagen gearbeitet werden. In jedem Falle müssen mindestens 15 Sonntage im Jahr beschäftigungsfrei bleiben, (§ 11). Sonn- und Feiertagsarbeit muss durch einen anderen Ruhetag innerhalb von 2 Wochen bzw. 8 Wochen ausgeglichen werden.

Ausnahmen durch Tarifvertrag (§ 12) sind möglich.

x. Arbeitsbereitschaft

Unter Arbeitsbereitschaft wird die Zeit wacher Aufmerksamkeit im Zustand der Entspannung verstanden¹⁹.

Während der Arbeitsbereitschaft braucht der Arbeitnehmer nicht seine volle, angespannte Tätigkeit zu entfalten, sondern sich nur an der Arbeitsstätte aufzuhalten und jederzeit bereit sein die Arbeit aufzunehmen und in den Arbeitsvorgang einzugreifen.

Möglich ist auch, dass in Ausnahmefällen der Arbeitnehmer nicht an der Arbeitsstätte sich aufhält, sondern in seiner Wohnung, wo er sich auf Anweisung des Arbeitgebers bereit zu halten hat, so zum Beispiel im Fall eines Rettungssanitäters²⁰.

Gem. § 7 Abs. 1 Nr. 1 a ArbZG kann durch Tarifvertrag oder auf Grund eines Tarifvertrags in einer Betriebsvereinbarung die tägliche Arbeitszeit auf über 10 Stunden hinaus verlängert werden, wenn in die Arbeitszeit regelmäßig und in erheblichen Umfang Arbeitsbereitschaft fällt.

Beachte: In Tarifverträgen wird oft der Begriff der Arbeitsbereitschaft besonders definiert. In diesem Fall ist der dort gewählte Begriff der Arbeitsbereitschaft zu beachten. Wenn die Rechtsprechung und Literatur zum Begriff der Arbeitsbereitschaft herangezogen wird, ist weiter zu beachten, ob die im konkreten Fall zu beurteilende Definition der Arbeitsbereitschaft übereinstimmt mit dem von der Rechtsprechung behandelten Fällen.

Es ist zu unterscheiden zwischen Vollarbeit und Arbeitsbereitschaft.

Beispiel für Vollarbeit: Wenn ein Arbeitnehmer als Maschinenführer arbeitet und den Lauf der Maschine überwachen muss, dann erbringt er Vollarbeit; ebenso Wachpersonal, welches über einen Bildschirm Räume kontrolliert; ebenso der Pförtner, der ein geöffnetes Werkstor überwachen muss.

Beispiele für Arbeitsbereitschaft: Arbeitsbereitschaft liegt vor, wenn ein Arbeitnehmer auf seinen Arbeitsplatz auf einen Arbeitseinsatz warten muss, so z.B. ein Pförtner, der hinter einer geschlossenen Tür sitzt und nur auf Klingelzeichen öffnet; ebenso Taxifahrer, aber auch Wachpersonal, welches sich nur - ohne Kontrollgänge vorzunehmen - in einem Wachraum aufhält. Bei Arbeitsbereitschaft handelt es sich um eine Leistung, bei welcher der Wechsel zwischen vollem Arbeitseinsatz und bloßer Bereitschaft nicht im voraus festgelegt ist.

Regelmäßigkeit im Sinne von § 7 Abs. 1 Nr. 1 a ArbZG bedeutet die Gleichförmigkeit der Abläufe, die anhand der betrieblichen Erfahrung zu ermitteln ist. In erheblichen Umfang fällt Arbeitsbereitschaft dann nicht in die Arbeitszeit, wenn der Arbeitnehmer nur kurze Erholungspausen hat.

Der Arbeitgeber muss die Zeiten der Arbeitsbereitschaft als Arbeitszeit vergüten. Es kann jedoch in einem Tarifvertrag, in einer Betriebsvereinbarung oder in einem Arbeitsvertrag eine geringere Vergütung vereinbart werden.

xi. Bereitschaftsdienst

Beim Bereitschaftsdienst ist der Arbeitnehmer verpflichtet, sich auf Anordnung des Arbeitgebers außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit an einer vom Arbeitgeber bestimmten Stelle aufzuhalten, um im Bedarfsfall die Arbeit aufzunehmen²¹.

Der Bereitschaftsdienst stellt demnach keine volle Arbeitsleistung dar²², sondern ist seinem Wesen nach eine Aufenthaltsbeschränkung, die mit der Verpflichtung verbunden ist, bei Bedarf unverzüglich tätig zu werden²³. Mit Ausnahme der Zeiten des Arbeitsanfalls kann der Arbeitnehmer somit tun, was er will; er kann sich insbesondere auch ausruhen und schlafen. Ein bestimmter Anteil an Arbeitsleistung ist im Bereitschaftsdienst nicht begriffsimmanent²⁴.

Es besteht kein Anspruch auf Heranziehung zum Bereitschaftsdienst; ein Anspruch kann sich jedoch aus betrieblicher Übung ergeben²⁵.

Der Arbeitnehmer hat einen Anspruch auf Vergütung des Bereitschaftsdienstes, obwohl arbeitszeitrechtlich der Bereitschaftsdienst nicht zur Arbeitszeit zählt. Die vereinbarte Vergütung kann jedoch erheblich unter der Vergütung für die normale Arbeitsleistung liegen. In der Regel wird sie unter Berücksichtigung der erfahrungsgemäß tatsächlich anfallenden Arbeit pauschal abgegolten.

Wenn der Arbeitnehmer aus dem Bereitschaftsdienst zur Arbeitsaufnahme abgerufen wird, dann wird die nach § 5 Abs. 1 ArbZG einzuhaltende Ruhezeit von 11 Stunden nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit unterbrochen. Nach Beendigung des Arbeitseinsatzes muss sich eine neue Ruhezeit daran anschließen. Jedoch besteht für die deshalb ausfallende Arbeitszeit kein Anspruch auf Arbeitsentgelt²⁶.

xii. Rufbereitschaft

Rufbereitschaft bedeutet die Verpflichtung des Arbeitnehmers, sich an einem selbstbestimmten, aber dem Arbeitgeber anzugebenden Ort auf Abruf zur Arbeit bereit zu halten²⁷.

Rufbereitschaft ist auch dann gegeben, wenn der Arbeitnehmer einen Funksignalempfänger mitführen muss²⁸. Die Rufbereitschaft stellt keine Arbeitszeit im Sinne des Arbeitszeitgesetzes dar. Die Rufbereitschaft gehört arbeitszeitrechtlich zur Ruhezeit im Sinne von § 5 ArbZG.

Der Abruf des Arbeitnehmers aus der Rufbereitschaft unterbricht die Ruhezeit. Nach Beendigung der Arbeit ist eine neue Ruhezeit von 11 Stunden einzuhalten. Ein Anspruch auf Arbeitsentgelt für die durch die zwingende gesetzliche Ruhezeit dann ausfallende Arbeitszeit besteht nicht²⁹.

Von der Rufbereitschaft ist der Bereitschaftsdienst insoweit abzugrenzen, als beim Bereitschaftsdienst der Arbeitnehmer sich an einer vom Arbeitgeber bestimmten Stelle innerhalb oder außerhalb des Betriebs aufzuhalten ist, während bei der Rufbereitschaft der Arbeitnehmer sich an einem selbstbestimmten aber dem Arbeitgeber anzugebenden Ort auf Abruf bereit zu halten hat.

Der zur Rufbereitschaft eingeteilte Arbeitnehmer leistet Überstunden, wenn er im unmittelbaren Anschluss an das Ende seiner Dienstzeit nahtlos zur Arbeitsleistung herangezogen wird³⁰.

Der Arbeitnehmer ist nur dann verpflichtet Rufbereitschaft zu übernehmen, wenn dies im Arbeitsvertrag gesondert vereinbart worden ist. Die Verpflichtung zur Leistung von Rufbereitschaft kann in Tarifverträgen vereinbart sein. In diesem Fall sind auch Teilzeitbeschäftigte zur Teilnahme an Rufbereitschaft verpflichtet³¹.

Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch auf Teilnahme an der Rufbereitschaft oder der Beibehaltung einer vom Arbeitgeber eingeführten Rufbereitschaft.

Es steht im Ermessen des Arbeitgebers, welchen Arbeitnehmer er zur Rufbereitschaft heranziehen will. Die Heranziehung darf jedoch nicht willkürlich oder diskriminierend geschehen.

Der Arbeitgeber muss die Rufbereitschaft des Arbeitnehmers besonders vergüten. Meist ist dies in einem Tarifvertrag geregelt und die Vergütung erfolgt pauschal. Im öffentlichen Dienst besteht keine besondere Vergütungspflicht, wenn während der Rufbereitschaft besondere Fahrten von der Wohnung zur Arbeitsstelle für die erforderliche Arbeitsaufnahme anfallen³².

xiii. Wegezeit

Im Arbeitszeitgesetz ist die Wegezeit nicht gesetzlich geregelt. In einzelnen Tarifverträgen kann die Vergütung von Wegezeiten geregelt sein; im Einzelfall auch in einer Betriebsvereinbarung oder im einzelnen Arbeitsvertrag. Im Einzelfall sind die Voraussetzungen für die Vergütung von Wegezeiten dem Arbeitsvertrag, der Betriebsvereinbarung oder dem Tarifvertrag zu entnehmen.

Zur Arbeitszeit gehört nicht die Wegezeit, die der Arbeitnehmer benötigt, um von seiner Wohnung zur Arbeitsstätte und wieder dorthin zu kommen³³. Für die Wegezeit ist deshalb auch kein Arbeitsentgelt zu zahlen.

Etwas anderes kann gelten, wenn der Arbeitnehmer im Ausnahmefall außerhalb des Betriebs beschäftigt ist³⁴.

Wenn der Arbeitnehmer unmittelbar von seiner Wohnung zu einem anderen außerhalb der Betriebsstätte gelegenen Arbeitsplatz anreist, dann kann der Arbeitgeber die Zeit ihm anrechnen, die der Arbeitnehmer dadurch erspart, dass er nicht von seiner Wohnung zum Betrieb gelangen muss.

Nach § 37 Abs. 3 BetrVG soll die Betriebsratstätigkeit grundsätzlich während der Arbeitszeit erfolgen. Findet die Betriebsratstätigkeit jedoch außerhalb der Arbeitszeit statt, dann hat das Betriebsratsmitglied einen Ausgleichsanspruch auf Arbeitsbefreiung. In diesem Zusammenhang sind auch Reise- und Wegezeiten auszugleichen, z.B. wenn Wegezeiten anfallen für die Anfahrt zu einer Betriebsratssitzung eines Schichtarbeiters und die Betriebsratssitzung außerhalb der persönlichen Schicht des Schichtarbeiters stattfindet³⁵.

Im Falle der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall richtet sich die Höhe der Entgeltfortzahlung nach dem Vergütungsausfallprinzip. Hier sind auch Wegezeitvergütungen mit in die Entgeltfortzahlung einzubeziehen. Wegegeld und Fahrtgeld jedoch nur dann, wenn es sich hierbei um Beträge handelt, die der Arbeitnehmer unabhängig von notwendigen tatsächlichen Mehraufwendungen erhält, die er also fortlaufend bezieht ohne Rücksicht darauf, ob er tatsächlich solche Aufwendungen hat³⁶.

Das BAG³⁷ hat darauf hingewiesen, dass im Geltungsbereich des Bundesangestelltentarifvertrages die Arbeitszeit nicht mit dem Eintreffen des Angestellten an seinem Arbeitsplatz bzw. mit dem Verlassen des Arbeitsplatzes berechnet wird. Vielmehr beginne und ende die Arbeitszeit an der Arbeitsstelle. Die Arbeitsstelle sei nicht mit dem Arbeitsplatz identisch, sondern beschreibe einen weiten räumlichen Bereich. So kann sie mit dem Betrieb oder der Dienststelle identisch sein. Die Begriffe Dienststelle und Betrieb sind in der Protokollnotiz zu § 15 Abs. 7 BAT in dem Sinne verwandt, wie sie im Personalvertretungsrecht und im Betriebsverfassungsrecht gebraucht werden. Auch kleinere Einheiten als Dienststelle und Betrieb können Arbeitsstelle im Sinne des § 15 Abs. 7 BAT sein. Dienststellen- und Betriebsteile sind dann als Arbeitsstellen anzusehen, wenn sie von anderen Teilen der Dienststelle oder des Betriebes räumlich - organisatorisch abgrenzbar sind.

Wegezeiten für die Beförderung von Arbeitnehmern in betriebseigenen Beförderungsmitteln von der Betriebsstätte zu einer auswärtigen Arbeitsstätte und zurück sind Arbeitszeit im arbeitsschutzrechtlichen Sinne³⁸.

xiv. Nacht- und Schichtarbeit

Nachtarbeit liegt dann vor, wenn mehr als 2 Stunden in der Nachtzeit also zwischen 23.00 und 6.00 Uhr gearbeitet wird. Bei Vorliegen einer entsprechenden arbeitsmedizinischen Feststellung über eine Gesundheitsgefährdung hat der Arbeitnehmer einen Umsetzungsanspruch. Auch bei bestimmten sozialen Belastungen (Pflege eines Kindes unter 12 Jahren oder Versorgung eines schwer pflegebedürftigen Angehörigen).

Der Anspruch kann bei dringenden betrieblichen Erfordernissen ausgeschlossen sein (in diesem Falle Anhörungsrecht des Personalvertretungsorgans). Unklar ist, ob der Arbeitgeber durch Änderungskündigungen einen Arbeitsplatz frei machen muss.

xv. Frauen- Arbeitszeit

Nach dem alten § 19 Abs. 1 AZO durften Arbeiterinnen nicht in der Nachtzeit von 20.00 bis 6.00 Uhr beschäftigt werden. Nunmehr besteht ein Nachtarbeiterschutz für männliche und weibliche Arbeitnehmer gleichermaßen (§ 6 ArbZG). Die Beschäftigungsverbote für Arbeitnehmerinnen sind im Arbeitszeitgesetz auf den Bergbau unter Tage beschränkt und in das Bundesberggesetz eingeführt worden. Für im Baugewerbe beschäftigte Frauen gelten keine Ausnahmen mehr.

d) Nichterfüllung der Arbeitspflicht

Unter Nichterfüllung der Arbeitspflicht sind verschiedene Situationen zu verstehen. So stellt es z.B. eine Nichterfüllung der Arbeitspflicht dar, wenn ein Arbeitnehmer an einem Arbeitstag gar nicht zur Arbeit erscheint. Auch ein Arbeitnehmer, der zu spät zur Arbeit erscheint erfüllt seine Arbeitspflicht nicht. Im letzteren Fall liegt nicht etwa ein Verzug vor, weil der Arbeitnehmer ja - wenn auch zu spät - arbeitet. Vielmehr liegt Nichterfüllung vor, denn wenn der Arbeitnehmer am Montag, dem 6.9. nicht um neun Uhr erscheint, sondern um 9.10 Uhr kann diese Zeit nicht nachträglich gearbeitet werden. Wegen dieses regelmäßig anzunehmenden Fixschuldcharakters der Arbeitspflicht liegt meist Unmöglichkeit wegen fehlender Nachholbarkeit vor. Es gelten daher die allgemeinen Regeln zu Unmöglichkeit (§§ 323 ff. BGB).

Zu unterscheiden sind folgende Fragen:

- (1.) Kann der Arbeitnehmer für die Zeit der Nichterfüllung Lohn verlangen? Hat der Arbeitnehmer die Nichtleistung verschuldet (also vorsätzlich oder fahrlässig nicht gearbeitet), so verliert er gemäß den §§ 325 I S. 3, 323 I S. 1 BGB seinen Lohnanspruch, sonst nicht.
- (2.) Hat der Arbeitgeber im Falle der Nichterfüllung der Arbeitspflicht einen Schadensersatzanspruch? Bei Verschulden des Arbeitnehmers liegen die Voraussetzungen des § 325 I S. 1 BGB vor, so dass grundsätzlich ein Schadensersatzanspruch des Arbeitgebers besteht. Für die Berechnung der Höhe des Schadensersatzanspruches gilt § 249 BGB: Der Arbeitgeber ist so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Arbeitsleistung stünde. Allerdings wird der Arbeitgeber regelmäßig gar keinen Schaden durch die Nichterfüllung der Arbeitspflicht erlitten haben. Anders liegt der Fall nur dann, wenn der Arbeitgeber tatsächlich Mehrkosten aufwenden musste z. B. höhere Vergütung für Ersatzkraft, Überstundenvergütungen. Dieses Mehrkosten muss der Arbeitnehmer ersetzen.

Sonderproblem: Inserats- und Vorstellungskosten bei rechtswidriger vorzeitiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Arbeitnehmer: regelmäßig muss Arbeitnehmer diese nicht ersetzen, da diese Kosten auch bei fristgemäßer Kündigung entstanden wären.

- (3.) Kann der Arbeitnehmer wegen der Nichterfüllung der Arbeitspflicht kündigen? Bei Vorsatz ist der Arbeitgeber meist zur fristlosen Kündigung berechtigt. Bei Fahrlässigkeit besteht grundsätzlich kein Recht zur Kündigung, es sei denn, der Arbeitnehmer hat bereits mehrmals seine Arbeitspflicht fahrlässig (z. B. Verschlafen) nicht erfüllt und ist deswegen abgemahnt worden.

Merke: Nichterfüllung liegt nicht vor, wenn der Arbeitgeber seinerseits seine vertragliche Pflichten nicht erfüllt, § 273 BGB.

- (4.) Daneben kann der Arbeitsvertrag für den Fall der Nichterfüllung der Arbeitspflicht eine Vertragsstrafe (§§ 339 ff. BGB) vorsehen. Solche Klauseln sind auch nach der Schuldrechtsreform in vorformulierten Verträgen generell zulässig, solange Arbeitnehmer durch derartige Klauseln in vorformulierten Arbeitsverträgen nicht unangemessen benachteiligt werden. Ist die Vertragsstrafe im Verhältnis zur Pflichtverletzung jedoch zu hoch angesetzt, kann der Arbeitnehmer nicht zur Zahlung verpflichtet werden.³⁹

e) Schlechterfüllung der Arbeitspflicht

Mit Schlechterfüllung der Arbeitspflicht sind die Fälle gemeint, in denen dem Arbeitgeber durch ein schuldhaftes Verhalten des Arbeitnehmers ein Schaden entsteht. Da im deutschen Zivilrecht der Grundsatz gilt, dass derjenige der einem anderen schuldhaft einen Schaden verursacht hat, diesen Schaden ersetzen muss, müsste der Arbeitnehmer jeden vorsätzlich oder fahrlässig verursachten Schaden ersetzen.

Beispiel: Herr Brummi ist Lkw - Fahrer für eine Porzellanmanufaktur. Während eines Transportes fliegt eine Wespe durch das offene Fenster in das Fahrerhaus. Als Brummi versucht, die Wespe durch heftiges Schlagen zu vertreiben, kommt es zu einem Unfall, weil er kurzfristig abgelenkt war. Porzellan im Wert von über 100.000,- € geht zu Bruch. muss Brummi den Schaden bezahlen?

Wie das vorstehende Beispiel zeigt, würde die Anwendung des Grundsatzes, dass jeder schuldhaft verursachte Schäden zu zahlen hat, im Arbeitsrecht zu untragbaren Ergebnissen führen. Das BAG hat daher folgende Grundsätze zur Haftung des Arbeitnehmers aufgestellt:

- Bei leichtester Fahrlässigkeit haftet der Arbeitnehmer nicht.
- Bei mittlerer Fahrlässigkeit wird der Schaden nach den Umständen des Einzelfalles (Schadensumfang, Verschuldensgrad, Vergütungshöhe) zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer verteilt.
- Bei grober Fahrlässigkeit haftet der Arbeitnehmer, es sei denn, es besteht ein grobes Missverhältnis zwischen Lohn und Schadensrisiko.
- Bei Vorsatz haftet der Arbeitnehmer ohne Einschränkungen.

Diese Grundsätze zum innerbetrieblichen Schadensausgleich gelten auch, wenn Dritte einen Schadensersatzanspruch gegen den Arbeitnehmer haben, auch wenn der Dritte ein Kollege ist.

Besonderheiten gelten bei der sogenannten Mankohaftung, also der Haftung für Geld in einer Kasse oder ähnlichem. Hier haftet der Arbeitnehmer unabhängig von seinem Verschulden, aber nur dann, wenn er nachweislich als einziger Zugang zu dem Geld hatte. Manko ist der Schaden, den ein Arbeitgeber dadurch erleidet, dass ein seinem Arbeitnehmer anvertrauter Waren- oder Kassenbestand eine Fehlmenge bzw. einen Fehlbetrag aufweist.

Die Mankohaftung des Arbeitnehmers kann auf einer besonderen Mankovereinbarung oder auf den allgemeinen Haftungsbestimmungen beruhen.

Eine Mankovereinbarung, nach der ein Arbeitnehmer auch ohne Verschulden ein Manko zu ersetzen hat, ist nur wirksam, wenn der Arbeitnehmer für dieses erhöhte Risiko einen angemessenen wirtschaftlichen Ausgleich erhält⁴⁰.

Eine Mankovereinbarung, nach der eine Verkäuferin unabhängig vom Verschulden anteilig für einen Fehlbestand haften soll, der in einer Verkaufsstelle festgestellt wird, in der neben ihr noch weitere Verkäuferinnen in Wechselschicht tätig sind, ist trotz Zahlung eines Mankogeldes sittenwidrig, wenn die Verkäuferin die nicht in ihrer Schicht eingesetzten Verkäuferinnen nicht in zumutbarer Weise überwachen kann und dem Arbeitgeber dieser Umstand bekannt ist⁴¹.

2) Die Pflicht, Weisungen zu befolgen

Diese Pflicht folgt aus dem Direktionsrecht des Arbeitgebers, sie besteht nur, soweit die Weisungen zumutbar und mit dem Gewissen vereinbar sind.

Beispiel: Herr Özveren ist Moslem. Er ist bei der Großmetzgerei "Schlacht & Platte" als Schlachter eingestellt worden. Herr Özveren schlachtet zunächst nur Rinder. Nach einiger Zeit, erhält er von der Firma die Weisung, er solle nunmehr in der Schweineschlachtung eingesetzt werden. Herr Özveren weigert sich. Zu Recht?

Ja. Als Moslem muss Herr Özveren nicht Schweine schlachten. Die Weisung "unreine" Tiere zu schlachten ist nicht mit seinem Gewissen vereinbar. Er muss sie daher nicht beachten.

Ausnahmsweise kann der Arbeitgeber auch Weisungen für das außerbetriebliche Verhalten des Arbeitnehmers erteilen, und zwar dann, wenn sonst der Betrieb unter dem Verhalten des Arbeitnehmers leiden würde.

Beispiel: Arbeitsleistung leidet wiederholt wegen durchgezochter Nacht.

Nebentätigkeiten in der Freizeit kann der Arbeitgeber nur untersagen, wenn sich ein Verbot aus dem Arbeitsvertrag oder einer anderen Vereinbarung ergibt und ein berechtigtes Interesse an dem Verbot der Nebentätigkeit besteht oder die Arbeitskraft durch die Nebentätigkeit beeinträchtigt wird. Darüber hinaus bei Wettbewerb, Schwarzarbeit und wenn infolge der Nebentätigkeit Arbeitsschutzvorschriften (ArbZG) verletzt werden.

3) Die Treuepflicht

a) Umfang der Treuepflicht

i. Pflicht, die Interessen des Arbeitgeber zu wahren

Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, die Interessen des Arbeitgebers zu wahren. So muss er z. B. drohende und eingetretene Schäden anzeigen.

ii. Abwerbungsverbot

Der Arbeitnehmer darf andere Arbeitnehmer nicht unzulässig abwerben. Eine Abwerbung liegt vor, wenn beharrlich auf einen Arbeitnehmer eingewirkt wird, sein Beschäftigungsverhältnis zu beenden. Unzulässig ist die Abwerbung jedoch nur dann, wenn das angestrebte Ziel oder die angewandten Mittel rechts- oder sittenwidrig sind, so etwa bei Aufforderung zum Vertragsbruch. Die bloße Frage nach einem Willen zum Wechsel reicht nicht aus.

Ist die Abwerbung sittenwidrig, stehen dem Arbeitgeber Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche zu. Er kann den tatsächlich entstandenen Schaden (entgangener Gewinn, Kosten für Beschaffung von Ersatzkräften usw.) geltend machen. Daneben kann der Arbeitgeber auf Unterlassung klagen und verlangen, dass der neue Arbeitgeber den abgeworbenen Arbeitnehmer zeitweise nicht oder nicht mit bestimmten Tätigkeiten beschäftigt. Dauer und Umfang liegen im Ermessen des Gerichts.

iii. Verschwiegenheitspflicht

Der Arbeitnehmer muss über Geschäftsgeheimnisse Stillschweigen bewahren.

iv. Wettbewerbsverbot

Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses darf der Arbeitnehmer nicht in Wettbewerb mit dem Arbeitgeber treten, d. h. er darf weder in einem Konkurrenzbetrieb arbeiten, noch darf er dem Arbeitgeber als Selbstständiger Konkurrenz machen. Das Wettbewerbsverbot endet, sobald das Arbeitsverhältnis nicht mehr besteht.

Ein über diesen Zeitpunkt hinausgehendes Wettbewerbsverbot kann ausdrücklich vereinbart werden, muss aber vergütet werden.

b) Ende der Treuepflicht

Die Treuepflicht endet grundsätzlich mit dem Arbeitsverhältnis. Ausnahme: Die aus der Treuepflicht folgende Verschwiegenheitspflicht besteht auch nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses fort.

B. Pflichten des Arbeitgebers

1) Die Lohnzahlungspflicht

a) Lohnhöhe

Richtet sich nach Tarifvertrag oder Arbeitsvertrag. Ist nichts vereinbart worden, so hat der Arbeitgeber die ortsübliche Vergütung zu zahlen (§ 612 BGB). Ortsüblicher Lohn ist dann ungleich Tariflohn, wenn die Mehrzahl der Arbeitnehmer in der Branche nicht gewerkschaftlich organisiert sind.

b) Lohnzuschläge

Überstunden sind nur dann zuschlagspflichtig, wenn sich dies aus einem anwendbaren Tarifvertrag oder Arbeitsvertrag ergibt. Gleiches gilt für Zulagen für Nachtarbeit, Schmutz, Hitze etc.

Beispiel: Sigrid Strebsam ist bei Fleißig & Co angestellt worden. Gleich im ersten Monat macht sie es sich zur Regel jeden Abend bis 20 Uhr im Betrieb zu arbeiten. Von Gewerkschaften hält Sigrid nichts, weshalb sie auch in diesem "Verein" nicht Mitglied ist. Ihr Arbeitsvertrag enthält zum Gehalt lediglich eine Bestimmung, die wie folgt lautet:

"Der Stundenlohn beträgt 17,50 EUR."

Als sie am Ende des Monats ihre Gehaltsabrechnung bekommt, wundert sie sich, dass kein "Überstundenzuschlag" gezahlt worden ist. Sie fragt bei Ihnen an, ob das denn rechtens sei".

Ja, denn da der Arbeitsvertrag von Sigrid keinen Überstundenzuschlag vorsieht und sich dieser in Sigrids Fall auch nicht aus einem Tarifvertrag ergeben kann (es sei denn es existiert eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung), hat sie keinen Anspruch auf Überstundenzuschlag. Sie erhält auch für die geleisteten Überstunden lediglich den normalen Stundenlohn, also 17,50 EUR pro Überstunde.

c) Lohnformen

i. Zeitlohn

Beim Zeitlohn bemisst sich das Entgelt unabhängig von Qualität und Quantität des Arbeitsergebnisses nach der geleisteten Arbeitszeit (Stundenlohn).

ii. Leistungslohn

Akkordlohn: Beim Geldakkord erfolgt die Berechnung nach der Formel Arbeitsmenge x Geldfaktor also z. B. 1,00 EUR pro Produktionseinheit

Beim Zeitakkord erfolgt die Berechnung grundsätzlich wie beim Geldakkord. Zusätzlich wird ein Zeitfaktor einbezogen, also Arbeitsmenge x Vorgabezeit x Geldfaktor z. B. Vorgabezeit pro Produktionseinheit = 6 Minuten, Geldfaktor 0,25 EUR.

Prämienlohn tritt regelmäßig nur neben Zeit- oder Akkordlohn z. B. gestaffelte Jahresvergütung nach Ausschussmenge (Güteprämie).

iii. Weitere Lohnformen

Häufig wird neben Zeitlohn (Mindestvergütung, Fixum) eine Umsatzbeteiligung (sog. Provision) gezahlt. Auch die Gewinnbeteiligung (sog. Tantieme) ist eine Lohnform.

d) Gratifikation

Auch die Gratifikation ist eine Lohnform. Sie stellt eine Sonderzuwendung aus bestimmtem Anlass dar, ein zusätzliches Entgelt als Anerkennung für geleistete Dienste und als Anreiz für weitere Dienstleistungen z. B. Weihnachtsgratifikation. Das 13 Monatsgehalt gehört nicht hierher. Der Unterschied ist wichtig, weil beim Ausscheiden vor dem 31.12 das 13. Gehalt anteilig ausbezahlt wird, die Gratifikation in der Regel nicht.

Ein Rechtsanspruch auf Weihnachtsgratifikation kann folgen aus Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung, Einzelarbeitsvertrag und betrieblicher Übung. Die Höhe der Gratifikation muss nicht für alle Arbeitnehmer gleich sein. Nur darf die Unterscheidung nicht unsozial sein. Nach Ansicht des BAG ist auch eine Differenzierung nach der Anzahl der entschuldigten Fehltage erlaubt!

Problematisch ist die Frage, ob der Arbeitgeber die Rückzahlung einer (Weihnachts-) Gratifikation verlangen kann, wenn der Arbeitnehmer aus dem Betrieb ausscheidet.

Grundsätzlich nicht. Der Arbeitgeber kann die ganze Weihnachtsgratifikation oder einen Teil der Weihnachtsgratifikation nur dann zurückverlangen, wenn er sich einen Rückzahlungsanspruch für den Fall des Ausscheidens ausdrücklich vorbehält. Der Hinweis auf die Freiwilligkeit der Zahlung genügt hierfür nicht.

Aber selbst wenn der Arbeitgeber sich einen Rückzahlungsanspruch für den Fall des Ausscheidens ausdrücklich vorbehalten hat, ist diese nur wirksam, wenn sich das Maß der Bindung des Arbeitnehmers an der Höhe der Gratifikation orientiert.

Merke: ist die Kündigung durch ein schuldhaftes Verhalten des Arbeitgebers veranlasst worden (Beleidigung des Arbeitnehmers durch Arbeitgeber) oder wird der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber betriebsbedingt gekündigt, so besteht in keinem Falle eine Rückzahlungspflicht.

Wird das Arbeitsverhältnis durch Aufhebungsvertrag beendet, so besteht grundsätzlich ebenfalls keine Rückzahlungspflicht, es sei denn, dass etwas anderes vereinbart worden ist. Dies ist aber bereits dann der Fall, wenn die Rückzahlungsklausel die Rückzahlungspflicht von der "Beendigung" des Arbeitsverhältnisses abhängig macht (anders, wenn von "Kündigung" die Rede ist).

Die Rückzahlungsklausel kann in einem Tarifvertrag, einer Betriebsvereinbarung oder einer arbeitsvertraglichen Regelung enthalten sein und Rückzahlungsvoraussetzungen und Bindungszeitraum eindeutig regeln, sonst entfaltet sie keinerlei Rechtswirksamkeit⁴². Sie unterliegt zudem richterlicher Kontrolle im Hinblick darauf, dass eine Rückzahlungsklausel keine unzumutbare Kündigungserschwerung für den Arbeitnehmer beinhalten darf, da das Grundrecht des Arbeitnehmers auf freie Wahl des Arbeitsplatzes nach Art 12 Abs. 1 GG betroffen ist. Das BAG⁴³ hat hierfür folgende Grundsätze aufgestellt:

- Kleingratifikationen (1978: 200 DM) dürfen keiner Rückzahlung unterworfen werden⁴⁴.
- Bindungsfristen über den 30. 6. des Folgejahres hinaus sind unzulässig.
- Bei Weihnachtsgratifikationen von weniger als einem Monatsgehalt ist eine Bindungsfrist bis zum 31. 3. des Folgejahres zulässig.
- Beträgt die Weihnachtsgratifikation ein volles Monatsgehalt oder mehr, ist eine Bindung bis maximal zum 30. 6. des Folgejahres zulässig.

Ist die Bindung bis zum 31.3. des Folgejahres zulässig, muss die Rückzahlungsklausel ein Ausscheiden am 31. 3. des Folgejahres ermöglichen, andernfalls ist sie unwirksam. Die Rückzahlung einer Jahresleistung in Höhe eines halben Monatsgehaltes kann daher nicht verlangt werden, wenn der Arbeitnehmer zum 31. 3. des Folgejahres kündigt⁴⁵.

Die zuvor dargestellten Grundsätze können für Weihnachtsgelder i. H. eines Monatsgehalts oder mehr angesichts der Neuregelung der Kündigungsfristen nicht unverändert aufrecht erhalten werden. Die Grundsätze waren an den früher für Angestellte geltenden Quartalskündigungsfristen orientiert und forderten von dem Angestellten, der ein Monatsgehalt oder mehr erhalten hatte und die Rückzahlung vermeiden wollte, die erste Kündigungsmöglichkeit (zum 31. 3. des Folgejahres) auszulassen und auf die zweite (zum 30. 6.) zu warten. Selbst wenn man für diese Fälle als Ausgangspunkt nach wie vor akzeptiert, dass der Arbeitnehmer die Kündigungs-

möglichkeit zum 31. 3. verstreichen lassen muss, wäre die nächste Kündigungsmöglichkeit zum Monatsende der 30. 4., der damit zugleich der geeignete Anknüpfungspunkt für die maximal zulässige Bindungsfrist wäre.

Beruhet die Rückzahlungsklausel auf einem Tarifvertrag, belässt die Rechtsprechung den Tarifvertragsparteien aufgrund der Tarifautonomie einen größeren Spielraum. Die Rückzahlungsklausel kann so formuliert werden, dass sie nicht nur die arbeitnehmerseitige Kündigung erfasst, sondern auch die arbeitgeberseitige Kündigung, die der Arbeitnehmer durch sein Verhalten verschuldet hat. In letzterem Fall entsteht ein Rückzahlungsanspruch nur, wenn das schuldhaft Verhalten des Arbeitnehmer unmittelbar ausschlaggebend für die Arbeitgeberkündigung ist⁴⁶. Das BAG hat angedeutet, dass die Rückzahlung auch für den Fall der betriebsbedingten Kündigung vereinbart werden kann⁴⁷. Soweit eine - tarifvertragliche - Rückzahlungsklausel existiert, kann ihr nicht der Entreicherungseinwand des § 818 Abs. 3 BGB entgegengesetzt werden⁴⁸.

e) Ruhegeld

Auf die umfangreiche Probleme der betrieblichen Altersversorgung kann hier nicht eingegangen werden. Diesbezüglich wird auf die Fachliteratur verwiesen.

f) Vermögensbildung

Das Vermögensbildungsgesetz sieht eine Beteiligung des Arbeitgebers nicht vor, aber viele Tarifverträge.

g) Zeit und Ort der Lohnauszahlung

Der Arbeitnehmer ist vorleistungspflichtig, § 614 BGB. Die Auszahlung erfolgt bei Angestellten monatlich, bei Arbeitern gelegentlich noch wöchentlich. Der Arbeitslohn ist Holschuld. Nach Ansicht des BAG ist der Arbeitnehmer verpflichtet, auf Verlangen des Arbeitgebers ein Girokonto einzurichten. Die Kosten hierfür muss der Arbeitgeber tragen, wenn das Girokonto ausschließlich zum Zwecke des Lohnempfanges eingerichtet wird.

h) Rückzahlung von Lohn

Hat der Arbeitnehmer versehentlich zuviel Lohn erhalten, muss er diesen gem. § 812 BGB zurückzahlen.

i) Lohnzahlung bei Nichtleistung

i. Urlaub

Der Arbeitnehmer bezieht während des Urlaubs seinen bisherigen Verdienst weiter (Urlaubsentgelt).

ii. Annahmeverzug des Arbeitgebers

Nimmt der Arbeitgeber die vom Arbeitnehmer angebotene Arbeitsleistung nicht an, so hat er gleichwohl Lohn zu zahlen, § 615 BGB. Allerdings muss sich der Arbeitnehmer anrechnen lassen, was er anderweitig verdient hat oder was er anderweitig hätte verdienen können.

iii. Vom Arbeitgeber zu vertretende Unmöglichkeit

Hat der Arbeitgeber die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung selbst verschuldet, muss er natürlich Lohn zahlen.

iv. Mutterschaftsurlaub

Eine schwangere Arbeitnehmerin ist 6 Wochen vor der Geburt von der Arbeit unter Vergütungsfortzahlung freizustellen. Hierauf kann sie - jederzeit widerruflich - verzichten. Nach der Niederkunft ist sie acht (bei Frühgeburten: zwölf) Wochen bezahlt freizustellen. Diese Freistellung ist zwingend.

v. Betriebsratstätigkeit

Die Zeit, die der Arbeitnehmer mit Betriebsratstätigkeiten verbringt, ist gleichfalls zu vergüten.

vi. Lohnzahlung an Feiertagen

Ist bei 5-Tage Woche wegen Feiertag in der Woche am Samstag gearbeitet worden, so muss der Feiertag und der Samstag bezahlt werden, auch wenn z. B. eine Teilzeitbeschäftigte nur an bestimmten Tagen in der Woche arbeitet. Der Anspruch auf Feiertagslohn entfällt, wenn Arbeitnehmer am Tag vor oder nach dem Feiertag unentschuldigt fehlt, bei Kurzarbeit besteht nur Anspruch auf entsprechenden Feiertagslohn. Der Arbeitgeber trägt in diesem Fall die Sozialversicherungsbeiträge allein. Feiertagsarbeit ist nach § 9 ArbZG grundsätzlich verboten

(evtl. Ausnahmegenehmigung). Anspruch auf Feiertagszuschlag muss in Arbeitsverhältnis oder Tarifvertrag vereinbart worden sein, da nicht gesetzlich vorgeschrieben.

vii. Lohnzahlung bei vorübergehender Verhinderung

Hierzu gehören Eheschließung, Geburt, Erkrankung oder Tod eines nahen Angehörigen, Gerichtstermin, Umzug, Arztbesuch (wenn kein anderer Termin möglich), § 616 BGB. Die Dauer der bezahlten Freistellung ergibt sich nicht aus dem Gesetz. Viele Tarifverträge enthalten hierzu Regelungen.

Bei der Verhinderung wegen Pflege eines erkrankten Kindes ist § 616 BGB ebenfalls anwendbar. Daneben gilt § 45 SGB: Versicherte erhalten Krankengeld, wenn es nach ärztlichem Zeugnis erforderlich ist, dass sie zur Versorgung ihres erkrankten Kindes der Arbeit fernbleiben, eine andere im Haushalt lebende Person die Versorgung nicht übernehmen kann und das Kind das 12. Lebensjahr noch nicht vollendet hat. Dieser Anspruch besteht in jedem Kalenderjahr für jedes Kind grundsätzlich 10, bei Alleinerziehenden 20, höchstens 25/50 Arbeitstage. In dem entsprechenden Zeitraum hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer unbezahlt freizustellen. Soweit § 616 BGB anwendbar ist, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf bezahlte Freistellung und das Krankengeld entfällt.

viii. im Krankheitsfall

Der Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall ergibt sich für alle Arbeitnehmer aus dem Entgeltfortzahlungsgesetz.

Während der Arbeitsunfähigkeit ist der Verdienst fortzuzahlen, den der Arbeitnehmer erzielt hätte, wenn er gearbeitet hätte. Es gilt das Lohnausfallprinzip. Dies bedeutet für Angestellte mit festem Monatsgehalt, dass das Monatsgehalt weiter zu zahlen ist. bei Arbeitern, die auf Stundenlohnbasis entlohnt werden, sind die infolge der Krankheit ausgefallenen Arbeitsstunden zu vergüten, wobei von der konkreten Arbeitszeit auszugehen ist.

Hat ein Arbeitnehmer individuell mehr als die tariflich vorgesehene Arbeitszeit gearbeitet, etwa 39 Stunden pro Woche statt der tarifvertraglich vorgesehenen 37 Stunden, ist diese tatsächlich geleistete Arbeit für die Berechnung maßgebend.

Wenn der Arbeitnehmer in dem Zeitraum der Erkrankung Überstunden oder Mehrarbeit geleistet hätte, gehörte die zusätzliche Vergütung zum Lohnfortzahlungsanspruch. Indiz ist, dass der Arbeitnehmer in einem Zeitraum von mindestens 3 Monaten und mehr vor der Erkrankung Überstunden erbracht hatte.

Erhält der Arbeitnehmer eine Akkordlohn- oder Provisionsvergütung, die leistungsbezogen ist, dann ist für die Höhe des Lohnfortzahlungsanspruches von dem Durchschnittsverdienst auszugehen, den er im Erkrankungszeitraum erzielt hätte. Dem Arbeitnehmer soll während der Arbeitsunfähigkeit sein volles Einkommen, also auch laufende Leistungsprämien oder Zulagen, erhalten bleiben.

Demgegenüber sind Zulagen, die an eine tatsächliche Erbringung der Arbeitsleistung geknüpft sind, etwa Schmutzzulagen, Essens- oder Fahrkostenzuschüsse, für die Berechnung des Lohnfortzahlungsanspruches nicht heranzuziehen⁴⁹.

In allen Fällen der Lohn- oder Gehaltsfortzahlung gilt: Kein Anspruch auf Fortzahlung besteht, wenn die Arbeitsunfähigkeit selbstverschuldet ist.

Selbstverschuldet ist die Arbeitsunfähigkeit, wenn der Arbeitnehmer sie dadurch verursacht hat, dass er gröblich gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartende Verhalten verstoßen hat⁵⁰.

Schaubild 4: Selbstverschuldete Arbeitsunfähigkeit

Selbstverschuldete Arbeitsunfähigkeit	
Selbstverschuldet	nicht selbstverschuldet
<ul style="list-style-type: none">• Unfall bei Nebentätigkeit• Unfall der durch Verstoß gegen Arbeitszeitvorschriften bedingt ist• Teilnahme an Schlägereien, gleichgültig, ob provoziert oder nicht• grobe Verkehrsverstöße• Verletzungen wegen Nichtanschnallens• Verletzungen wegen Trunkenheit• Verstoß gegen Unfallverhütungsvorschriften• Sportverletzungen bei Risiko-Sportarten	<ul style="list-style-type: none">• Selbstmordversuch• Sportverletzungen• alle übrigen Krankheiten und Verletzungen

Das BAG hat folgende Sportarten ausdrücklich **nicht** als Risikosportarten angesehen: Fußball (BAG DB 1976, 1367), beim Amateurboxen (BAG AP Nr. 42 zu § 1 LohnFG), Drachenfliegen (BAG AP Nr.45 zu § 1 LohnFG), Fingerhakeln (auch das kann Sport sein; LAG Baden-Württemberg NZA 1987, 852) oder Motorradfahren (BAG AP Nr.18 zu § 1 LohnFG) auftreten.

ix. bei Betriebsstörung

Nach der Lehre vom Betriebsrisiko trägt dieses grundsätzlich der Arbeitgeber.

Eine Lohnzahlungspflicht besteht daher z. B. In den folgenden Fällen:

Abtrennen der Fabrikanlagen, Mangel an Energie oder an Material bzw. Vorprodukten, Versagen von Maschinen, Ausfall anderer Arbeitnehmer, ohne die die Arbeit nicht fortgeführt werden kann, strenger Frost, Naturkatastrophen.

Also: Wird deswegen nicht gearbeitet, weil Störungen im Produktionsablauf dies unmöglich machen, so erhält der Arbeitnehmer Lohn dann, wenn die Störungen weder vom Arbeitgeber noch von den Arbeitnehmern verschuldet worden sind.

Anders ist es hingegen, wenn die Störung aus der Sphäre der Arbeitnehmer stammt. Dazu folgendes

Beispiel: Bei der Firma Reich haben die Kommissionierer die Arbeit niedergelegt. Aus diesem Grunde können die Verkaufsfahrer der Firma ihre Fahrzeuge nicht mehr mit Waren beladen. Gleichwohl verlangen diese ihren Lohn von Reich. Zu Recht?

Nein. Da die Betriebsstörung aus der Sphäre der Arbeitnehmer stammt, braucht Reich keinen Lohn an die Verkaufsfahrer zu zahlen. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um einen von der Gewerkschaft getragenen oder um einen sogenannten "wilden" Streik handelt.

Beruhet die Störung auf einem Streik in einem anderen Betrieb so gilt Folgendes:

Die Arbeitnehmer in dem mittelbar von dem Streik betroffenen Betrieb haben keinen Anspruch auf Lohn, wenn die Fernwirkungen eines Streiks das Kräfteverhältnis der kämpfenden Parteien beeinflussen können. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn zwischen dem mittelbar von Streik betroffenen und dem kämpfenden Unternehmen wirtschaftliche Abhängigkeit (Konzern) besteht oder wenn die für den mittelbar betroffenen Betrieb zuständigen Verbände mit den unmittelbar kämpfenden Verbänden identisch oder eng verbunden sind.

Beispiel: Bei der Firma „Perpedes Lenz“, einem im Tarifgebiet Nordwürttemberg/Nordbaden gelegenen Unternehmen der Automobilindustrie, wird gestreikt. Die von der bayrischen Firma "Blau-Weiß-Metall" hergestellten Spritzgussteile können daher von der Firma „Perpedes Lenz“ nicht abgenommen werden. Aus diesem Grund ruht die Arbeit bei "Blau- Weiß-Metall" für eine Woche. Können die bei "Blau-Weiß-Metall" beschäftigten Arbeiter ihren Lohn verlangen?

Nein. Beide Unternehmen gehören dem Metallbereich an und stehen derselben Gewerkschaft gegenüber, so dass mit einer Ausdehnung der in dem einen Tarifgebiet erkämpften Verbesserungen der Arbeitsbedingungen auf die anderen Gebiete zu rechnen ist. Die bei "Blau-Weiß-Metall" beschäftigten Arbeiter können daher für die Zeit des streikbedingten Arbeitsausfalls keinen Lohn verlangen.

Da die Arbeitnehmer des mittelbar vom Streik betroffenen Betriebes darüber hinaus kein Kurzarbeitergeld oder Arbeitslosengeld erhalten (vgl. § 146 SGB III) und sie nach den Satzungen der Gewerkschaften meist keine gewerkschaftlichen Unterstützungszahlungen erhalten, bleibt oft nur die Sozialhilfe.

j) Verfristung, Verwirkung und Verjährung des Lohnanspruches

In Tarifverträgen finden sich sehr oft Ausschlussfristen, wonach Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis innerhalb von drei oder sechs Monaten schriftlich geltend gemacht werden müssen. Tarifgebundene Arbeitnehmer müssen also innerhalb dieser tarifvertraglichen Ausschlussfrist ihre Ansprüche geltend machen.

Darüber hinaus gilt auch bei nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern:

Ansprüche können verwirkt werden, wenn

- (1.) ein gewisser Zeitablauf
- (2.) aufgrund des Verhaltens des Gläubigers der Leistung kann der Schuldner davon ausgehen, dass dieser den Anspruch nicht mehr geltend macht.

Beispiel: Ein Arbeitnehmer verlangt 11 Monate nach seinem Ausscheiden vom Arbeitgeber ein Arbeitszeugnis.

Daneben gelten die allgemeinen Verjährungsfristen des BGB. Hiernach verjähren Lohnansprüche nach § 195 BGB in drei Jahren beginnend ab dem 1. Januar des Folgejahres.

k) Lohnsicherung

i. Beschränkung der Lohnpfändung

Die §§ 850 ff. ZPO beschränken die Pfändung, Aufrechnung (es sei denn vorsätzliche unerlaubte Handlung § 823 BGB), Zurückbehaltungsrecht, Abtretung

ii. bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers

Entscheidend verändert gegenüber der bisherigen Rechtslage wurde die insolvenzrechtliche Behandlung der Arbeitnehmeransprüche: abgeschafft wurde die Privilegierung der Ansprüche auf rückständiges Arbeitsentgelt aus der Zeit vor Eröffnung des Konkursverfahrens. Dies betrifft zum einen die Einordnung der Entgeltansprüche für die letzten sechs Monate vor Konkurseröffnung als Masseschulden gem. § 59 Abs. 1 Nr. 3 a KO und zum anderen die Einordnung der Entgeltansprüche für das letzte Jahr vor Konkurseröffnung als bevorrechtigte Konkursforderungen gem. § 61 Abs. 1 Nr. 1 a KO.

Sämtliche Forderungen auf rückständiges Arbeitsentgelt sind nunmehr einfache Insolvenzforderungen i.S.d. § 38 InsO. Lohn- und Gehaltsansprüche für die Zeit nach Verfahrenseröffnung sind dagegen Masseverbindlichkeiten gem. § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO, und zwar auch dann, wenn der Insolvenzverwalter die Arbeitsleistung nicht mehr in Anspruch nehmen will und die Arbeitnehmer nach einer Kündigung bis zum Wirksamwerden der Kündigung freigestellt⁵¹. Die freigestellten Arbeitnehmer stehen sich allerdings gem. § 209 InsO rangmäßig schlechter im Fall der Masseunzulänglichkeit⁵². Die durch die Abschaffung der Konkursvorrechte bedingte Schlechterstellung der Arbeitnehmer wird in zweifacher Hinsicht mehr als kompensiert: einmal wird Insolvenzausfallgeld, welches an die Stelle des bisherigen KAUG tritt, für die letzten drei Monate vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens auch dann gezahlt, wenn es sich um eine Insolvenz mit anschließender Sanierung handelt. Zum anderen sind Sozialplanansprüche, soweit der Sozialplan nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nicht früher als drei Monate vor dem Eröffnungsantrag aufgestellt worden ist, anders als nach altem Recht (§ 4 SozPlG) Masseforderungen.

2) Die Fürsorgepflicht

a) Schutz für Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers

Die Pflicht Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers zu schützen folgt aus § 618 BGB.

Bei Schäden, die der Arbeitnehmer durch eine Verletzung dieser Schutzpflicht erleidet, erhält er aber wegen § 104 SGB VII keinen Schadensersatz (also auch kein Schmerzensgeld), wenn Arbeitgeber den Arbeitnehmer physisch schädigt, es sei denn, die Schädigung geschah vorsätzlich.

b) Schutz des Eigentums des Arbeitnehmers

Der Arbeitgeber hat für die sichere Aufbewahrung der Gegenstände, die der Arbeitnehmer notwendiger- oder üblicherweise zur Arbeit mitbringt (Uhren, Kleidung, Fahrräder, Werkzeuge) zu sorgen. Er muss zumutbare

Sicherungsmaßnahmen ermöglichen (abschließbare Spinde, Abstellmöglichkeit für Fahrräder und Krafträder). Eine Verpflichtung zur Schaffung von Parkplätzen besteht nicht, es sei denn die Bereitstellung ist ohne großen Kostenaufwand möglich.

c) Beachtung sozialversicherungsrechtlicher Vorschriften

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, Sozialversicherungsbeiträge richtig zu berechnen und diese abzuführen. Bei Fehlern muss er dem Arbeitnehmer den daraus entstehenden Schaden nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung ersetzen.

d) Richtige Berechnung und Abführung der Lohnsteuer

Hat der Arbeitgeber aber Lohnsteuer zu niedrig berechnet und nimmt ihn deswegen das Finanzamt in Anspruch kann er grundsätzlich volle Erstattung der nachträglich gezahlten Steuern von dem betreffenden Arbeitnehmer verlangen. Ausnahme: durch die Verletzung der Pflicht zur richtigen Berechnung der Lohnsteuer ist ein besonderer Nachteil entstanden.

Beispiel: Bei einer Betriebsprüfung durch das Finanzamt stellt sich heraus, dass Reich über Jahre hinweg zu wenig Lohnsteuer für Arm gezahlt hat. Reich zahlt nach und wendet sich an Arm wegen der Erstattung. Arm könnte die Miete für seine Wohnung nicht mehr zahlen, wenn er die Forderung des Reich erfüllen würde.

Hier muss Reich die Differenz zwischen der Miete die Arm auch bei Erfüllung der Ansprüche des Reich zahlen könnte und seiner jetzigen Miete zahlen.

e) Erläuterung der Lohnberechnung

Der Arbeitgeber ist verpflichtet dem Arbeitnehmer die Berechnung des Lohnes bzw. Gehaltes zu erklären, bzw. erklären zu lassen, ihm die erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen und Akteneinsicht zu gewähren (§§ 82 Abs. 2 und 83 BetrVG).

3) Beschäftigungspflicht

Die Pflicht, einen Arbeitnehmer, mit dem der Arbeitgeber einen Arbeitsvertrag geschlossen hat, auch zu beschäftigen, folgt aus Art. 1 und 2 GG.

4) Pflicht zur Gleichbehandlung

Sie folgt aus Art. 3 GG und § 75 BetrVG. Diese Pflicht enthält ein Diskriminierungsverbot. Hinsichtlich der Diskriminierung von Frauen wird auf das Arbeitsrecht der Frau (S. 41) verwiesen.

5) Die Pflicht zur Gewährung von Erholungsurlaub

a) Rechtsgrundlage des Erholungsurlaubes

Die Pflicht zur Gewährung von Erholungsurlaub folgt zunächst aus gesetzlichen Bestimmungen wie dem Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) oder dem Schwerbehindertengesetz. Sonderregelungen für einzelne Arbeitnehmergruppen ergeben sich auch aus dem Jugendarbeitsschutzgesetz und dem Seemannsgesetz. Tarifverträge enthalten häufig, Betriebsvereinbarungen selten, ergänzende Regelungen.

Merke: Tarifverträge können mit Ausnahme der §§ 1, 2, 3, I BUrlG vom Bundesurlaubsgesetz auch zum Nachteil des Arbeitnehmers abweichen.

b) Urlaubsanspruch

Gem. § 2 BUrlG haben alle Arbeitnehmer Anspruch auf Erholungsurlaub, auch Teilzeitkräfte.

c) Urlaubsdauer

Die Urlaubsdauer beträgt nach § 3 I BUrlG 24 Werktage. Jugendliche und Schwerbehinderte haben einen höheren Urlaubsanspruch. Die Dauer des Urlaubes kann durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung, und Einzelarbeitsvertrag verlängert, aber nicht verkürzt werden.

d) Wartezeit, voller Urlaub, anteiliger Urlaub

Bei Neubeginn eines Arbeitsverhältnisses besteht eine Wartezeit von sechs Monaten, § 4 BUrlG. In den Folgejahren entsteht der Anspruch auf den vollen Jahresurlaub bereits am Jahresanfang.

Ein Anspruch auf den vollen Jahresurlaub besteht auch dann, wenn der Arbeitnehmer nach erfüllter Wartezeit in der zweiten Hälfte des Kalenderjahres aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet.

Beispiel: Bruno Ballermann hat am 1. März bei Herrn Fleißig angefangen. Am 1. Oktober erhält er seinen vollständigen Jahresurlaub, den er auf Mallorca verbringt. Nach seiner Rückkehr kündigt er zum 1. Dezember. Nach dem Bundesurlaubsgesetz hat Ballermann zu recht seinen ganzen Jahresurlaub erhalten.

Diese Regelung ist in Tarifverträgen oft durch eine Regelung ersetzt, nach der es in einem solchen Fall nur anteiligen Urlaub gibt.

Hat ein Betrieb Betriebsferien eingeführt und haben einzelne Mitarbeiter bei Ferienbeginn die Wartezeit noch nicht erfüllt, muss der Arbeitgeber die Möglichkeit zur Arbeit geben, andernfalls gerät er in Annahmeverzug und muss das Entgelt fortzahlen. Alternativ kann er diesen Mitarbeitern während der Betriebsferien auch Urlaub – wie allen anderen – gewähren. Sollte hierdurch aber zuviel Urlaub gewährt werden (etwa bei vorzeitigem Ausscheiden des Mitarbeiters) hat der Arbeitgeber keine Ansprüche auf ‚Erstattung des Urlaubs‘.

Bei einem Ausscheiden in der ersten Hälfte des Kalendervierteljahres (nach erfüllter Wartezeit) entsteht nur anteiliger Urlaub (§ 5 I c BUrlG). Ist zu diesem Zeitpunkt bereits der gesamte Jahresurlaub gewährt worden, kann Arbeitgeber aber das Urlaubsgeld nicht zurückfordern, § 5 III BUrlG.

Anteiligen Urlaub gibt es auch, wenn der Arbeitnehmer im laufenden Kalenderjahr einen vollen Urlaubsanspruch deswegen nicht erwerben kann, weil der die Wartezeit in diesem Jahr nicht erfüllen kann, § 5 I a BUrlG.

z. B. Bei Beginn des Arbeitsverhältnisses am 15.8. des Jahres.

Auch dieser Teilurlaubsanspruch kann erst nach Ablauf der Wartezeit genommen werden. Er ist daher auf das nächste Kalenderjahr zu übertragen und kann gemeinsam mit dem für dieses Jahr anfallenden Jahresurlaub genommen werden, vgl. § 7 III S. 4 BUrlG.

Anteiliger Urlaub auch, wenn das Arbeitsverhältnis beendet wird, bevor die Wartezeit erfüllt ist, § 5 I b BUrlG.

z. B.: Beginn des Arbeitsverhältnisses am 3.4. Ende am 12.6.

Hat der Arbeitgeber vor dem Ausscheiden den gesamten Urlaubsanspruch gewährt, kann der Arbeitnehmer bei dem neuen Arbeitgeber keinen Urlaub mehr beanspruchen, § 6 I BUrlG. Hat er anteiligen Urlaub erhalten, so hat er nach Erfüllung der Wartezeit gegen den neuen Arbeitgeber nur Anspruch auf anteiligen Urlaub.

Der Arbeitgeber muss dem ausscheidenden Arbeitnehmer eine Bescheinigung über den im laufenden Kalenderjahr gewährten oder abgegoltenen Urlaub aushändigen, § 6 II BUrlG.

e) Zeitpunkt des Urlaubs

Urlaub muss im laufenden Kalenderjahr genommen aber auch gewährt werden. Grundsätzlich bestimmt der Arbeitgeber den Urlaubszeitpunkt unter Berücksichtigung der Wünsche des Arbeitnehmers. Existiert ein Urlaubsplan, so sind Abweichungen vom Urlaubsplan (vgl. hierzu auch § 87 I Nr. 5 BetrVG) nur mit Einverständnis des Arbeitnehmers oder bei Notfällen möglich. Betriebsferien können festgelegt werden, wenn dies aus betriebsbedingten Gründen erforderlich ist.

f) Zusammenhängender Urlaub

Der Urlaub ist grundsätzlich zusammenhängend zu gewähren (mindestens zwölf aufeinanderfolgende Werktage) § 7 II BUrlG.

g) Erwerbstätigkeit während des Urlaubs

Grundsätzlich darf der Arbeitnehmer während des Erholungsurlaubs keine Erwerbstätigkeit für einen anderen Arbeitgeber ausüben. Eine Ausnahme hiervon gilt dann, wenn der Urlaubszweck durch die Tätigkeit nicht gefährdet wird, § 8 BUrlG. Dies bedeutet aber nur, dass der Arbeitnehmer keiner Beschäftigung nachgehen darf, für die eine dem Wert der Arbeit entspr. Gegenleistung in Geld oder Sachwerten versprochen ist oder regelmäßig erwartet wird. Aus diesem Grund stellt es keine Pflichtwidrigkeit dar, wenn der Arbeitnehmer während des Urlaubs zu seinem Nutzen an seinem Eigentum arbeitet, Gefälligkeitstätigkeiten bei Verwandten und Nachbarn gegen Kost und Logis ausübt oder auf Grund familienrechtlichen und öffentlich-rechtlicher Verpflichtung gegen eine Aufwandsentschädigung tätig ist.

h) Urlaubsentgelt

Durch das Urlaubsentgelt wird der Arbeitnehmer so gestellt, als beziehe er den bisherigen Verdienst weiter. Die Berechnung erfolgt nach dem Verdienst in den letzten Wochen.

i) **Krankheit und Urlaub**

Krankheitstage werden nicht auf den Urlaub angerechnet, wenn ein ärztliches Attest über die Arbeitsunfähigkeit vorgelegt wird, § 9 BUrlG. Dies berechtigt den Arbeitnehmer nicht zur eigenmächtigen Urlaubsverlängerung.

j) **Anrechnung von Kur- und Heilverfahren auf den Urlaub**

Soweit die Pflicht zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall besteht (6 Wochen), dürfen Kuren und Schonzeiten nicht auf den Urlaub angerechnet werden, § 10 BUrlG. Dies gilt nicht für Erholungskuren.

k) **Übertragung des Urlaubs**

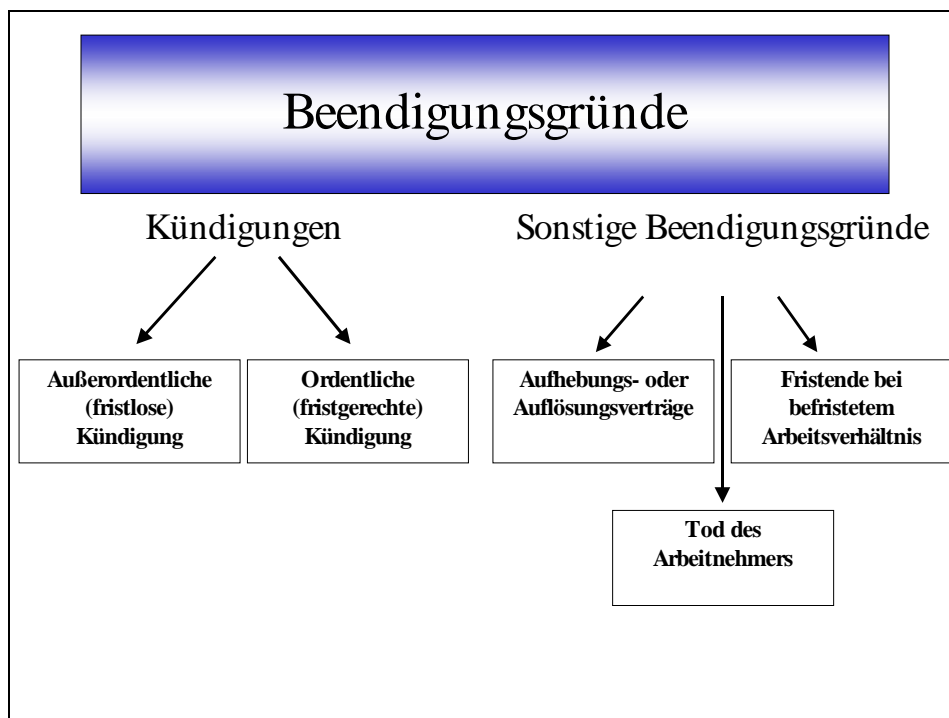
Grundsätzlich ist keine Urlaubsübertragung auf das Folgejahr möglich. Ausnahme: dringende betriebliche Gründe (Arbeitnehmer wird dringend benötigt, weil andere Arbeitnehmer durch Krankheit ausgefallen sind, überraschend starker Arbeitsanfall, Waren drohen zu verderben) oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe (Arbeitnehmer war krank, Krankheitsfall in der Familie, Wartezeit erst spät im Jahr erfüllt), § 7 BUrlG.

l) **Abgeltung des Urlaubs**

Grundsätzlich ist die Abgeltung von Urlaub verboten, § 7 IV BUrlG. Einzige Ausnahme: Der Urlaub kann wegen der vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr genommen werden, was grundsätzlich nur bei der fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Fall sein kann. Das BAG hat sogar entschieden, dass ein Arbeitnehmer, der unzulässigerweise eine Urlaubsabgeltung erhalten hat, gleichwohl seinen Anspruch auf Erholungsurlaub gerichtlich durchsetzen kann, ohne dass er die unzulässige Urlaubsabgeltung zurück zahlen muss.

3. Abschnitt: Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Ein Arbeitsverhältnis kann auf verschiedene Weise enden. Prägen Sie sich hierzu die nachfolgende Übersicht ein.



A. Die Kündigung

Die Kündigung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Einer Annahme bedarf es nicht. Vielmehr kann eine "angenommene" Kündigung den Abschluss eines Aufhebungsvertrages darstellen. (Dann: kein Kündigungsschutz und evtl. Sperre vom Arbeitsamt: 12 Wochen).

1) Die wesentlichen Regelungen des Kündigungsrechtes

a) Vertretung der Vertragspartner

Es gelten die allgemeinen Regeln über die Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB). Minderjährige bedürfen zur Kündigung grundsätzlich der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (Eltern, Vormund). Bei der Kündigung gegenüber einem Minderjährigen ist diese an den gesetzlichen Vertreter zu richten. Merke aber: Hat der gesetzliche Vertreter den Minderjährigen ermächtigt, in Dienst oder Arbeit zu treten, kann der minderjährige Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis selbst wirksam kündigen, eine vom Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung wird in diesem Falle wirksam, wenn sie dem Minderjährigen zugeht. Im übrigen ist § 174 BGB von Bedeutung.

b) Form der Kündigung

Gemäß § 623 BGB besteht bei allen Arbeitsverhältnissen für eine Kündigung ein Schriftformgebot. Bei Ausbildungsverhältnissen ergibt sich dies aus § 15 III BBiG.

c) Kündigung vor Arbeitsaufnahme

Grundsätzlich ist die Kündigung auch vor Arbeitsaufnahme möglich. Problematisch ist in diesem Falle die Berechnung der Kündigungsfrist. Beginnt sie mit der Kündigung oder erst mit der Arbeitsaufnahme? Nach Auffassung des BAG entscheidet in einem solchen Falle die Auslegung des Arbeitsvertrages. Nur, was gilt, wenn der Arbeitsvertrag zu dieser Frage nichts regelt?

d) Inhalt der Kündigungserklärung

Aus dem Inhalt muss sich der eindeutige Wille ergeben, das Vertragsverhältnis beenden zu wollen. Auch muss der Zeitpunkt deutlich werden, zu dem die Kündigung wirksam werden soll. Hierbei sind Wendungen wie „... zum nächstmöglichen Zeitpunkt“ zulässig.

e) Angabe des Kündigungsgrundes

Die Angabe des Kündigungsgrundes ist grundsätzlich keine Wirksamkeitsvoraussetzung. Etwas anderes gilt gem. § 15 BBiG für Auszubildende oder wenn ein Tarifvertrag oder eine Betriebsvereinbarung ausdrücklich eine Angabe des Kündigungsgrundes vorschreiben. Allerdings soll dem Gekündigten gemäß § 626 II Satz 3 BGB bei der außerordentlichen Kündigung der Kündigungsgrund mitgeteilt werden. Bei unterlassener Angabe kann ein Schadensersatzanspruch entstehen, wenn der Gekündigte (erst) im Prozess den Kündigungsgrund erfährt und dessen Berechtigung anerkennt.

f) Kündigung unter Bedingungen

Eine Kündigung unter Bedingungen ist grundsätzlich unzulässig, es sei denn, der Eintritt der Bedingung hängt nur vom Willen des Gekündigten ab.

g) Die Änderungskündigung

Eine Änderungskündigung liegt vor, wenn das bestehende Arbeitsverhältnis gekündigt wird und zugleich der Abschluss eines neuen Arbeitsverhältnisses angeboten wird. Es gilt § 102 I BetrVG. Da es sich bei der Änderungskündigung um eine echte Kündigung handelt, sind die Kündigungsfristen zu beachten.

h) Die vorsorgliche Kündigung

Ist eine echte - unbedingte - Kündigung.

i) Zugang der Kündigung

Die Kündigung geht zu, wenn sie so in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass nach gewöhnlichen Umständen mit Kenntnisnahme gerechnet werden konnte. Krankheit oder Abwesenheit (Urlaub) verhindern den Zugang nicht. Die Beweislast für den Zugang trägt derjenige, der sich auf die Kündigung beruft.

j) Mängel der Kündigung

Die Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründe des allgemeinen Teils des BGB (§§ 119, 123, 138 und 134 BGB) sind auf die Kündigung anwendbar. Bei werdenden Müttern (§ 9 MuSchG) und bei Schwerbehinderten (§§ 85, 90 SGB IX) ist zur außerordentlichen Kündigung z.B. die Zustimmung der Aufsichtsbehörde erforderlich. Die Kündigung wegen Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft verstößt gegen Art. 9 III GG, die Kündigung wegen

Kandidatur zu Betriebsrat oder Jugendvertretung ist gleichfalls unzulässig. Auch kann die Kündigung wegen Geschäftsunfähigkeit des Kündigenden unwirksam sein usw.

k) Beteiligung des Betriebsrates

Der Betriebsrat ist vor jeder Kündigung anzuhören. Er kann unverzüglich, spätestens jedoch bis zum dritten Tag, Bedenken mitteilen (außerordentliche Kündigung). Bei der ordentlichen Kündigung kann er Widerspruch erheben. Bei leitenden Angestellten besteht keine Pflicht zur Anhörung des Betriebsrates.

2) Die außerordentliche Kündigung

a) Begriffliches Vorliegen einer außerordentlichen Kündigung

Zunächst muss begrifflich eine außerordentliche Kündigung vorliegen. Das kann auch dann der Fall sein, wenn die Kündigung mit einer sog. sozialen Auslaufzeit erklärt wird.

b) Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne des § 626 BGB

Entscheidend ist, ob dem anderen Vertragsteil die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist oder nicht.

i. bei Kündigung durch den Arbeitgeber

Zu unterscheiden sind Vertragsverletzungen aus dem Leistungsbereich, dem betrieblichen Bereich dem Vertrauensbereich und dem Unternehmensbereich.

Beispiele für das Vorliegen eines wichtigen Grundes: Abwerbung, Strafanzeigen gegen den Arbeitgeber, Tätlichkeiten oder erhebliche Ehrverletzungen gegenüber dem Arbeitgeber; Diebstahl, Betrug, Untreue, Sachbeschädigung zum Nachteil des Arbeitgebers, aktive und passive Bestechung; Arbeitsverweigerung, Arbeitsunfähigkeit durch Trunkenheit während der Arbeitszeit, Verrat von Betriebsgeheimnissen, unter Umständen unerlaubte private Telefongespräche, Handlungen, die die Heilung während der Arbeitsunfähigkeit beeinträchtigen; Trunkenheit eines Kraftfahrers mit Führerscheinentzug; eigenmächtiger Urlaubsantritt und unbefugte Urlaubsüberschreitung. Verstoß gegen Verschwiegenheitspflicht oder Wettbewerbsverbot;

Einen Sonderfall stellt die sog. Druckkündigung dar: Hierbei wird von Dritten (Belegschaft, Gewerkschaft, Betriebsrat, Kunden usw.) unter Androhung von Nachteilen für den Arbeitgeber die Entlassung eines bestimmten Arbeitnehmers verlangt. Hier hat sich der Arbeitgeber grundsätzlich schützend von den Arbeitnehmer zu stellen. Hat der Arbeitgeber trotzdem nur die Wahl, den Arbeitnehmer zu entlassen oder schwere wirtschaftliche Nachteile hinzunehmen, so kann eine außerordentliche Kündigung gerechtfertigt sein.

Ein weiteres Sonderproblem ist die sog. Verdachtskündigung: Eine Kündigung wegen des Verdachts einer strafbaren Handlung ist daher nur wirksam, wenn es sich um einen dringenden Verdacht⁵³ handelt und die strafbare Handlung, deren der Gekündigte verdächtig ist, ihrer Art nach die Interessen des Kündigenden derart berührt, dass ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann⁵⁴.

Darüber hinaus ist erforderlich, dass der Kündigende alles Zumutbare zur Aufklärung des Sachverhaltes getan hat und er dem anderen Vertragsteil Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat⁵⁵.

Kein wichtiger Grund wurde von der Rechtsprechung in folgenden Fällen angenommen: Teilnahme an rechtmäßigem Streik; Betriebsveräußerung; Betriebsstillegung; Konkurs; auffällige Frisur; regelmäßig auch nicht lange andauernde Krankheit, es sei denn Arbeitnehmer kann nur noch außerordentlich gekündigt werden; sachliche Kritik; grundsätzlich auch nicht Lohnpfändungen und Schulden, Mitgliedschaft in einer politischen Partei oder Gewerkschaft (Ausnahme: Tendenzbetriebe); Schwangerschaftsabbruch (Ausnahme: Tendenzbetriebe, konfessionelle Krankenhäuser); vgl. Auch Kündigung wegen Weigerung eines Mediziners, an Abbruch mit zu wirken (BAG: kein Kündigungsrecht); sittliche Verfehlungen (Büroliebelei), nur nach Abmahnung und nur in schwerwiegenden Fällen

Zur Vertiefung folgender Fall: Der Kläger leidet an einer Psychose paranoider Form. Er hatte bei dem Beklagten als Staplerfahrer gearbeitet. Eines Tages griff er einen Arbeitskollegen unvermittelt mit einem Teppichmesser an und verletzte ihn dabei schwer. Das Opfer musste ins Krankenhaus gebracht werden und war zwei Wochen lang arbeitsunfähig. Der Arbeitgeber kündigte dem Kläger am Folgetag fristlos. In der hiergegen gerichteten Kündigungsschutzklage machte der Kläger geltend, dass er wegen der attestierten Psychose zum Tatzeitpunkt nicht steuerungsfähig gewesen sei. Die Klage wurde abgewiesen.

Ausnahmsweise kann ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung auch bei einem nicht schuldhaften Fehlverhalten des Arbeitnehmers vorliegen. Voraussetzung hierfür ist, dass das Fehlverhalten die betriebliche Ordnung derart nachhaltig gestört hat, dass dem Arbeitgeber eine Aufrechterhaltung dieses Zustandes selbst dann nicht zumutbar ist, wenn der Arbeitnehmer seine Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Ein solcher Ausnahmefall liegt hier vor. Der Arbeitgeber durfte fristlos kündigen, um eine weitere Gefährdung der Mitarbeiter durch den Kläger auszuschließen und deutlich zu machen, dass tätliche Angriffe auf Arbeitskollegen nicht geduldet werden. Angesichts der Schwere der Verletzung konnte dem Arbeitgeber eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auch nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht mehr zugemutet werden.

ii. bei Kündigung durch den Arbeitnehmer

Hier gelten grundsätzlich die gleichen Maßstäbe.

Beispiele für einen wichtigen Grund: Arbeitgeber zahlt fällige Vergütung nicht aus, oder er zahlt sie zwar aus aber wiederholt zu spät, verletzt vorsätzlich oder grob fahrlässig die ihm obliegende Fürsorgepflicht, sorgt nicht für Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen, Tätlichkeiten, Ehrverletzungen.

Kein wichtiger Grund wurde angenommen bei: Angebot eines besseren Arbeitsplatzes bei anderem Arbeitgeber; Eheschließung

c) Ausschluss, Beschränkung und Erweiterung des Rechts zur außerordentlichen Kündigung

Weder durch Tarifvertrag noch durch Betriebsvereinbarung kann das Recht zur außerordentlichen Kündigung ausgeschlossen werden. Auch Vereinbarungen, nach der (nur) bestimmte Kündigungsgründe eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen sollen, sind unwirksam. Ihr Inhalt kann aber als Anhaltspunkt bei der Interessenabwägung dienen.

Grundsätzlich muss der Kündigungsgrund bereits zum Zeitpunkt der Kündigung vorgelegen haben. Gründe die erst nach Zugang der Kündigung entstehen können nur zur Rechtfertigung einer neuen Kündigung herangezogen werden. Gründe, die bereits vor der Kündigung entstanden, aber dem Arbeitgeber erst danach bekannt geworden sind, können grundsätzlich nachgeschoben werden. Allerdings ist dabei die Zwei-Wochen-Frist zu beachten. Daher können solche Gründe, die dem Kündigenden schon länger als zwei Wochen bekannt waren, nicht nachgeschoben werden. Kollektivarbeitsrechtlich können aber stets nur solche Kündigungsgründe nachgeschoben werden, zu denen der Betriebsrat angehört worden ist.

d) Einhaltung der Zwei-Wochen Frist des § 626 II BGB

Die außerordentliche Kündigung muss innerhalb von 2 Wochen erklärt werden (§ 626 II BGB). Die Kündigung muss innerhalb der Frist zugehen. Die Frist kann weder einzel- noch kollektivvertraglich verlängert werden. Die Frist beginnt mit Kenntnis vom wichtigen Grund, grob fahrlässige Unkenntnis reicht nicht. Sind Ermittlungen und/oder die Anhörung des Arbeitnehmers erforderlich, so beginnt die Frist erst mit Abschluss der Ermittlungen. Die Frist endet mit Ablauf desjenigen Tages der zweiten Woche, welcher durch seine Benennung dem Tage entspricht, in den die Kenntniserlangung fällt, es sei denn, dass dies ein Sonnabend, Sonntag oder ein staatlich anerkannter Feiertag ist. In diesem Falle endet sie mit dem Ablauf des ersten folgenden Werktages. Der Kündigende muss die Einhaltung der Frist darlegen und beweisen.

e) Verwirkung der außerordentlichen Kündigung

Daneben kann auf die Kündigung verzichtet werden, oder der wichtige Grund kann verziehen werden. So gibt nach der Rechtsprechung des BAG die jeweilige Vertragspartei mit der Abmahnung konkludent zu erkennen, dass sie auf eine Kündigung wegen des mit der Abmahnung gerügten Verstoßes verzichtet⁵⁶.

f) Prozessuales

Arbeitnehmer, für die der Schutz des KSchG gilt, können die Unwirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung nur geltend machen, wenn sie innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 KSchG Klage erheben. Andere Arbeitnehmer können auch noch nach Ablauf der Frist eine auf § 256 ZPO gestützte Klage erheben. Hier ist allerdings Verwirkung zu beachten.

g) Umdeutung in eine ordentliche Kündigung?

Eine Umdeutung (§ 140 BGB) einer außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche ist grundsätzlich möglich, nicht aber umgekehrt. Der Kündigende kann vom anderen Teil den Ersatz des sog. Vertrauensschadens verlangen, § 628 II BGB. Merke aber: Besteht ein Betriebsrat, so kann die Anhörung (§ 102 BetrVG) zur außerordentlichen Kündigung nicht in die Anhörung zu einer ordentlichen umgedeutet werden. Also: will der Arbeitgeber später im Prozess umdeuten, so muss er den Betriebsrat bereits vor der (außerordentlichen) Kündigung auch zur ordentlichen anhören.

h) Die ordentliche Kündigung

Die Kündigungsfristen für Arbeiter und Angestellte ergeben sich aus § 622 BGB. Während eines vereinbarten Probearbeitsverhältnisses kann die Kündigungsfrist auf zwei Wochen verkürzt werden. Bei Schwerbehinderten beträgt sie mindestens 4 Wochen, § 16 SchwbG. In einem Aushilfsarbeitsverhältnis ist die Kündigungsfrist frei vereinbar, maximal 3 Monate. Im Berufsausbildungsverhältnis kann vom Auszubildenden jederzeit gekündigt werden, § 15 I BBiG. Hinsichtlich der Berechnung der Kündigungsfristen gilt, dass der Tag des Zuganges und der Tag an dem Frist abläuft bei Wochenfristen den gleichen Wochentagsnamen haben, § 186 ff. BGB.

Merke: Arbeitnehmer benötigen keinen Grund, wenn sie ordentliche kündigen wollen. **Arbeitgeber benötigen nur dann einen Kündigungsgrund (so genannte „soziale Rechtfertigung“), um einen Arbeitnehmer ordentlich zu kündigen, wenn das Kündigungsschutzgesetz gilt..**

3) Der Kündigungsschutz

a) Der allgemeine Kündigungsschutz

i. Anwendbarkeit des KSchG

Anspruch auf Kündigungsschutz nach dem KSchG besteht nur wenn mehr als 10 Arbeitnehmer (§ 23 KSchG) im Betrieb beschäftigt sind und der gekündigte Arbeitnehmer seit mindestens 6 Monaten (§ 1 KSchG) im Betrieb beschäftigt ist. Für Arbeitnehmern, die vor dem 31.12.2003 eingestellt worden sind gilt eine Grenze von 5 Arbeitnehmern.

ii. Die sozial gerechtfertigte Kündigung

Eine Kündigung ist nach dem Kündigungsschutzgesetz nur dann sozial gerechtfertigt und wirksam, wenn für sie ein personenbedingter, verhaltensbedingter oder betriebsbedingter Grund besteht.

iii. Die personenbedingte Kündigung

Personenbedingt sind alle Kündigungsgründe, die in der Person, den persönlichen Verhältnissen und Eigenschaften des Arbeitnehmers ihren Grund haben.

Ein personenbedingter Grund rechtfertigt nur dann die Kündigung, wenn sie unter Abwägung der Interessen des Arbeitnehmers am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses und den Interessen des Arbeitgeber an der anderweitigen Besetzung des Arbeitsplatzes in den Augen eines verständig und gerecht denkenden Arbeitgebers die Beendigung des Arbeitsverhältnisses das sozial angemessene und zutreffende Mittel ist.

Beispiele: Fehlende Arbeiterlaubnis, Wichtigster personenbedingter Grund: Krankheit

Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen

1. Negative Prognose des Gesundheitszustandes = Besorgnis, dass der Arbeitnehmer auch künftig weitere häufige Krankheitsfehlzeiten aufweisen werde

Bei Kurzerkrankungen ist es zunächst ausreichend, wenn der Arbeitgeber häufige Fehlzeiten in der Vergangenheit darlegt. Häufig bedeutet mehr als 6 Wochen. Im übrigen ist es entscheidend, wie viel durchschnittlich in der jeweiligen Abteilung an Fehlzeit anfällt.

Bei einer Kündigung wegen einer lang andauernder Erkrankung reicht Darlegung der bisherigen Arbeitsunfähigkeit aus.

Der Arbeitnehmer muss dann die Prognose bestreiten und seinen Arzt von Schweigepflicht entbinden. Merke: Die Beweislast liegt beim Arbeitgeber, Zweifel an Prognose wirken sich daher zugunsten des Arbeitnehmers aus.

2. Beeinträchtigung betrieblicher Interessen

Erforderlich sind unzumutbare betriebliche oder wirtschaftliche Belastungen.

Wesentliche Störungen im Arbeitsablauf, Maschinenstillstände, Produktionsausfall, Verlust von Aufträgen, Materialverlust

Hohe Lohnfortzahlungskosten (Vergleich mit anderen Arbeitnehmern des Betriebes, die Ausfallquote muss höher sein als der Durchschnitt), Kosten für teureres Ersatzpersonal, Überstunden, sogar Verschlechterung des Betriebsklimas.

Eine ausreichende Personalreserve mindert die Anforderungen an Überbrückungsmaßnahmen. Bei Ersatzkräften ist auch von Bedeutung, dass diese nach 6 Monaten selber Kündigungsschutz haben können.

Auch hier findet zusätzlich eine Interessenabwägung statt, bei der die Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Zahl der Unterhaltsverpflichtungen, Erkrankungsursache, Schwierigkeiten, einen neuen Arbeitsplatz zu finden, etc. zugunsten des Arbeitnehmers berücksichtigt werden.

Erhebliche ungünstige Auswirkung des Arbeitsausfalls, schwierige wirtschaftliche Lage des Betriebes werden zugunsten des Arbeitgebers berücksichtigt.

iv. Die verhaltensbedingte Kündigung

Bei der verhaltensbedingten Kündigung geht es um Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers.

Bei Störungen im Leistungsbereich muss regelmäßig eine Abmahnung vorausgehen. Durch die Abmahnung gibt der Arbeitgeber zu erkennen, dass er ein bestimmtes Verhalten des Arbeitnehmers missbilligt. Außerdem werden durch die Abmahnung Rechtsfolgen für den Fall angedroht, dass der Arbeitnehmer sein Verhalten nicht ändert. Die Abmahnung hat also drei Funktionen:

- (1.) Hinweiskfunktion: der Arbeitnehmer soll auf sein vertragswidriges Verhalten hingewiesen werden
- (2.) Androhungsfunktion: für den Wiederholungsfall wird dem Arbeitnehmer die Kündigung angedroht
- (3.) Dokumentationsfunktion: das vertragswidrige Verhalten wird durch die Abmahnung festgehalten.

Abmahnungsberechtigt ist jeder, der gegenüber dem jeweiligen Arbeitnehmer weisungsberechtigt ist.

Der Arbeitnehmer kann auch im Kündigungsschutzprozess die einer früheren Abmahnung zugrunde liegenden Tatsachen bestreiten⁵⁷

Der Zugang der Abmahnung reicht nicht aus. Der Arbeitnehmer muss vielmehr Kenntnis von der Abmahnung erlangt haben. Das zum Anlass für die Kündigung genommene Verhalten muss zu dem abgemahnten eine sachliche Ähnlichkeit aufweisen.

Eine Abmahnung kann ausnahmsweise entbehrlich sein, wenn der Arbeitnehmer auch ohne Abmahnung davon ausgehen musste, dass der Arbeitgeber sein Fehlverhalten in keinem Fall billigen werde, wenn der Arbeitnehmer sich ohnehin nicht an Abmahnung halten würde, wenn ein bestimmtes Fehlverhalten trotz Abmahnung nicht abgestellt werden kann oder wenn es sich um schwerwiegende Pflichtverstößen insbesondere mit nicht wieder gutzumachenden Folgen handelt.

Die Wirkung der Abmahnung verliert sich - von besonders gravierenden Fällen abgesehen - nach etwa 2 Jahren.

Bei Störungen im Vertrauensbereich ist keine Abmahnung erforderlich, es sei denn der Arbeitnehmer konnte ausnahmsweise annehmen, sein Verhalten sei nicht vertragswidrig oder werde vom Arbeitgeber nicht als erhebliches Fehlverhalten angesehen.

Aus der Abmahnung folgt, dass wegen dieses Fehlverhaltens nicht die Kündigung ausgesprochen werden kann. Erst bei Wiederholung.

Selbst, wenn alle vorstehenden Voraussetzungen erfüllt sind, prüft das Arbeitsgericht zusätzlich, ob bei einer Interessenabwägung das Interesse des Arbeitnehmers oder das des Arbeitgebers vorrangig ist.

v. Die betriebsbedingte Kündigung

Sie ist gerechtfertigt, wenn eine unternehmerische Entscheidung vorliegt, durch die aufgrund inner- oder außerbetrieblicher Ursachen eine veränderte Arbeitsmenge im Betrieb erledigt wird und die Kündigung dringlich ist, d. h. durch andere Maßnahmen nicht ersetzt werden konnte.

Die unternehmerische Entscheidung wird grundsätzlich nicht von Arbeitsgericht überprüft. Die Kündigung muss nur auf einer Entscheidung beruhen, die darauf abzielt, die Struktur des Betriebes, den Betriebsablauf oder das Produktionsziel zu ändern. Ausnahmsweise erfolgt einer gerichtliche Kontrolle im Hinblick auf offenbar unsachliche, unvernünftige oder willkürliche Entscheidungen (Beweislast: Arbeitnehmer).

Bei der betrieblichen Gründen kann man innerbetriebliche Gründe

Beispiele: Rationalisierung, Umstellung oder Einstellung der Produktion

und außerbetriebliche Gründe

Beispiele: Rückgang der Auftragsmenge, Umsatzrückgang, Gewinnverfall, Unrentabilität

unterscheiden. Die betrieblichen Gründe müssen Auswirkungen auf den konkreten Arbeitsplatz haben. Der Arbeitgeber muss die den betrieblichen Gründen zugrunde liegenden Tatsachen darlegen und beweisen (Bilanzvorlage)

Hinzukommen muss der Wegfall des Arbeitsplatzes. Hier wird überprüft, ob die Auftragsmenge, die der Arbeitgeber zur Erledigung übernimmt (steht in seinem Belieben) ausreicht, eine bestimmte Zahl von Arbeitnehmern zu beschäftigen, also ob die vorhandenen Betriebsfaktoren die weitere Besetzung des Arbeitsplatzes ermöglichen.

Das Arbeitsgericht prüft auch, ob eine Weiterbeschäftigung auf einem anderen - auch schlechteren - Arbeitsplatz möglich ist. Hierbei wird auch die Möglichkeit einer Umschulung berücksichtigt! Gegebenenfalls sind Überstundenabbau abzubauen, die Arbeit ist zu strecken, Versetzungsmöglichkeit in anderen Betrieb des Unternehmens sind zu prüfen.

Erst wenn darüber hinaus eine Interessenabwägung ergibt, dass das Interesse des Arbeitgebers an der Kündigung überwiegt, wird weiter geprüft, ob die sog. Sozialauswahl (§ 1 III 1 KSchG) in Ordnung war:

Die Sozialauswahl vollzieht sich in drei Stufen

- (1.) Arbeitnehmerkreis aus vergleichbaren Arbeitnehmern bilden.
- (2.) Feststellung und Gewichtung der Sozialdaten
- (3.) Feststellung der Arbeitnehmer, deren Weiterbeschäftigung, insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes, im berechtigten betrieblichen Interesse liegt

zu 1) vergleichbar sind nur Arbeitnehmer, die der gleichen Berufsgruppe (Arbeiter/Angestellte) angehören, dem gleichen Ausbildungsberuf (Maurer/Schlosser), der gleichen Ebene (Meister/Geselle) und dem gleichen Betrieb (nicht anderer Betrieb des gleichen Unternehmens)

zu 2) zu den Sozialdaten gehören: die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Unterhaltspflichten und die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers.

zu 3) Arbeitnehmer sind nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen, deren Weiterbeschäftigung, insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes, im berechtigten betrieblichen Interesse liegt.

vi. Beweise der Tatsachen, die zur Kündigung führen

Gründe in der Person des Arbeitnehmers, verhaltensbedingte Gründe und betriebsbedingte Gründe muss der Arbeitgeber beweisen; Fehlerhafte Sozialauswahl muss Arbeitnehmer beweisen, allerdings muss Arbeitgeber die Gründe angeben, die zu der getroffenen Sozialauswahl geführt haben.

vii. Die Kündigungsschutzfrist des § 4 KSchG

Will ein Arbeitnehmer geltend machen, dass eine Kündigung sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist, so muss er gem. § 4 KSchG innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist. Wird die Rechtsunwirksamkeit einer Kündigung nicht rechtzeitig geltend gemacht (§ 4 Satz 1, §§ 5 und 6), so gilt die Kündigung gem. § 7 KSchG als von Anfang an rechtswirksam, es sei denn sie war nicht schriftlich.

viii. Auflösung des Arbeitsverhältnisses

Der Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung ist begründet, wenn die Kündigung unwirksam war und dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Dies ergibt sich für die ordentliche Kündigung aus den §§ 9, 10 KSchG, für die außerordentliche Kündigung aus § 13 Abs. 1 Satz 3 i. V. m. den §§ 9, 10.

Checkliste: Durchführung einer betriebsbedingten Kündigung

Allgemeiner Kündigungsschutz nach dem KSchG

Sind mehr als 5 Mitarbeiter regelmäßig in Ihrem Betrieb beschäftigt?	Ja	Nein
Ist der Mitarbeiter, dem gekündigt werden soll, länger als 6 Monate bei Ihnen beschäftigt?		
Nur dann, wenn Sie beide Fragen mit JA beantworten, ist das Kündigungsschutzgesetz anwendbar und Sie brauchen einen Kündigungsgrund. Falls Sie eine Frage mit NEIN beantworten konnten, gilt das Kündigungsschutzgesetz nicht. In diesem Fall sind Sie bei Ausspruch einer ordentlichen Kündigung grundsätzlich frei, es sei denn, dass besonderer Kündigungsschutz (Schwangere, Schwerbehinderte, Betriebsratsmitglieder etc.) eingreift.		
2. Kommt eine betriebsbedingte Kündigung in Betracht? Entscheidend sind die Verhältnisse, die bei Ausspruch der Kündigung bestehen.		
Liegen inner- oder außerbetriebliche Umstände vor, auf die Sie mit einer unternehmerischen Entscheidung reagiert haben?		
Sind diese Umstände ein betriebsbedingter Kündigungsgrund (Absatzschwierigkeiten, Auftragsmangel, Betriebs- oder Teilbetriebsstilllegung, Fremdvergabe, Gewinnrückgang / fehlende Rentabilität/Lohneinsparungen, Rationalisierungsmaßnahmen, Umsatzrückgang, Wetter/Witterung; jeweils unter bestimmten Voraussetzungen)?		
Führt Ihre unternehmerische Entscheidung zum Wegfall eines Arbeitsplatzes?		
Ist eine Versetzung Ihres Mitarbeiters an einen freien und vergleichbaren Arbeitsplatz in Ihrem Betrieb oder Unternehmen nicht möglich (freier Arbeitsplatz auch, wenn in absehbarer Zeit nach Kündigung frei oder nach Umschulung/Fortbildung besetzbar)?		
Besteht kein schlechterer Arbeitsplatz in Ihrem Betrieb oder Unternehmen, den Sie Ihrem Mitarbeiter anbieten müssen (Falls NEIN und Mitarbeiter unter Vorbehalt oder unter anderen Bedingungen annimmt: Änderungskündigung)?		
Trifft es zu, dass Sie keine Arbeitsabläufe umgestaltet haben, bei denen die Arbeit gleich bleiben und wegen Umorganisation höher vergütet wird?		
Trifft es zu, dass Sie bei bestehender Kurzarbeit keine Kündigung ausgesprochen haben, ohne dass weitere inner- oder außerbetriebliche Umstände hinzugetreten sind?		

Sind in Ihre Sozialauswahl alle vergleichbaren (= austauschbaren) Mitarbeiter in Ihrem Betrieb miteinbezogen worden? (Nicht einzubeziehen: befristete Arbeitsverhältnisse, Betriebsratsmitglieder, Mitarbeiter im Erziehungsurlaub oder im Mutterschutz, Schwerbehinderte, Wehr- und Zivildienstleistende, Mitarbeiter mit tariflichem Sonderkündigungsschutz, Teilzeitkräfte bei unternehmerischer Entscheidung. Einzubeziehen: Mitarbeiter im Mutterschutz oder Schwerbehinderte bei Zustimmung der zuständigen Behörde (zuständige oberste Landesbehörde, zum Beispiel das Gewerbeaufsichtsamt beim Mutterschutz oder die Hauptfürsorgestelle beim Schwerbehinderten), Teilzeitkräfte beim Abbau von Arbeitsstunden.)		
Haben Sie die sozialen Kriterien ausreichend berücksichtigt und gewichtet (Betriebszugehörigkeit, Alter, Unterhaltspflichten, Chancen auf dem Arbeitsmarkt, Familienstand (Doppelverdiener-Ehe), Gesundheitszustand sowie Ursachen einer Gesundheitsbeeinträchtigung (Arbeitsunfall, Berufskrankheit), Pflege von Angehörigen, etwaige Schwerbehinderung / Auswahlrichtlinie/Punkteschema)?		
Ist Ihre Einordnung, dass bestimmte Mitarbeiter wegen dringender betrieblicher Bedürfnisse aus der Sozialauswahl auszunehmen sind, richtig?		
Konnten Sie alle Fragen mit JA beantworten, kommt eine betriebsbedingte Kündigung in Betracht. Mussten Sie hingegen auch nur eine Frage mit NEIN ankreuzen, sollten Sie die erforderlichen Voraussetzungen für eine betriebsbedingte Kündigung nachholen .		

b) Der besondere Kündigungsschutz

i. Nach dem Mutterschutzgesetz

Nach § 9 MuSchG ist eine Kündigung während Schwangerschaft und bis 4 Monate nach der Entbindung unzulässig. Voraussetzung hierfür ist, dass der Arbeitgeber von der Schwangerschaft bei Zugang der Kündigung oder bis 2 Wochen danach Kenntnis hat. Auch eine Kündigung während des Erziehungsurlaubs ist verboten.

ii. Nach dem Schwerbehindertengesetz

sind Kündigungen von Schwerbehinderten nur mit Zustimmung des Integrationsamtes möglich, wenn das Arbeitsverhältnis seit mindestens sechs Monaten besteht, §§ 90, 85 SGB IX.

iii. Für Mitglieder des Betriebs- bzw Personalrates

§ 15 I KSchG, auch für Ersatzmitglieder, Wahlvorstand. Er verbietet auch eine sogenannte Änderungskündigung, da es sich bei ihr um eine echte Kündigung handelt. § 15 KSchG gilt nicht für die außerordentliche Kündigung, hier gilt aber § 103 BetrVG (beide lesen!).

iv. Für Wehrpflichtige

Für Wehrpflichtige und Zivildienstleistende gilt gleichfalls gem. § 2 I ArbeitsplatzschutzG ein besonderer Kündigungsschutz.

4) Kündigung in der Insolvenz

Es ist zunächst danach zu unterscheiden, ob die Arbeitnehmer ihre Arbeit vor Insolvenzeröffnung bereits aufgenommen haben oder nicht. Hat ein Arbeitnehmer seine Tätigkeit vor Insolvenzeröffnung noch nicht begonnen, hat der Insolvenzverwalter ein Wahlrecht gem. § 103 InsO. Wählt der Insolvenzverwalter die Nichterfüllung, so steht dem Arbeitnehmer lediglich ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, aber kein Erfüllungsanspruch zu⁵⁸. Die Erfüllungsablehnung kommt damit hinsichtlich ihrer Rechtswirkung einer fristlosen Kündigung gleich.

Für in Vollzug gesetzte Arbeitsverhältnisse gilt grundsätzlich der allgemeine Kündigungsschutz. Insbesondere kann also eine ordentliche Kündigung grundsätzlich nur dann ausgesprochen werden, wenn hierfür ein betriebs-, personen- oder verhaltensbedingter Kündigungsgrund i.S.d. § 1 Abs. 2 KSchG vorliegt. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens allein rechtfertigt eine betriebsbedingte Kündigung nicht⁵⁹. Dringende betriebliche Erfordernisse i.S.d. § 1 Abs. 2 KSchG liegen erst dann vor, wenn der Insolvenzverwalter insolvenzspezifische Entscheidungen, wie die Rationalisierung oder Stilllegung unrentabler Betriebe oder Betriebsabteilungen, trifft⁶⁰.

Kündigungserleichterungen bestehen allerdings im Hinblick auf die Kündigungsfrist. Gemäß § 113 Abs. 1 InsO beträgt die Kündigungsfrist drei Monate zum Monatsende, wenn nicht eine kürzere Frist maßgeblich ist. Diese verkürzte Kündigungsfrist setzt sich gegenüber sämtlichen längeren Kündigungsfristen, Befristungen oder Unkündbarkeitsregelungen durch, gleichgültig, ob diese auf Gesetz, Tarifvertrag oder Einzelarbeitsvertrag beruhen. Bei einer Kündigung im Rahmen der verkürzten Kündigungsfrist ist der andere Teil berechtigt, Ersatz des ihm durch die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses entstehenden Schadens zu verlangen. § 113 Abs. 1 Satz 2 InsO stellt klar, dass der Schadensersatzanspruch als Insolvenzforderung geltend zu machen ist. Die verkürzte Kündigungsfrist gem. § 113 Abs. 1 InsO gilt auch für Änderungskündigungen.

Die Kündigungsschutzklage eines gekündigten Arbeitnehmer muss zwingend innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung erhoben werden. Um dem besonderen Bedürfnis nach einer zügigen Klärung von Streitigkeiten um die Wirksamkeit von Kündigungen im Insolvenzverfahren Rechnung zu tragen, gilt dies nicht nur

für die Geltendmachung der Sozialwidrigkeit einer Kündigung, sondern für sämtliche Gründe, die zur Unwirksamkeit der Kündigung führen können. Kommt es im Zuge einer Insolvenz zu einer Betriebsänderung i.S.d. § 111 BetrVG, erweitern sich die Möglichkeiten des Insolvenzverwalters erheblich, den notwendigen Personalabbau vorzunehmen

B. Weitere Möglichkeiten zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses

1) Aufhebungsvertrag

a) Grundsätzliches

Arbeitnehmer und Arbeitgeber können das Arbeitsverhältnis durch eine vertragliche Vereinbarung beenden. Das kann auch durch schlüssiges Handeln geschehen, etwa dadurch, dass der Arbeitnehmer die Kündigung annimmt. Da es sich beim Aufhebungsvertrag um keine Kündigung handelt, findet das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung. Aus demselben Grund muss weder der Betriebsrat angehört werden, noch müssen die bei einer Kündigung eventuell erforderlichen behördlichen Genehmigungen (z.B. bei Schwangeren oder Schwerbehinderten) eingeholt werden. Als Folge eines Aufhebungsvertrages kann eine Sperrfrist verhängt werden. Unter Umständen können Abfindungen auf das Arbeitslosengeld angerechnet werden. Dies ist dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer die Abfindung (1) wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erhält und (2) das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung einer der ordentlichen Kündigungsfrist des Arbeitgebers entsprechenden Frist beendet worden ist. Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages gehört zu den gefährlichsten Gebieten des Arbeitsrechts und sollte stets wohl überlegt erfolgen. Hier ist meist professioneller Rat erforderlich.

b) Bedingte Aufhebungsverträge

Der Auflösungsvertrag kann gemäß §§ 134, 138 BGB wegen Gesetzes- und Sittenwidrigkeit nichtig sein. Zu beachten ist, dass die Nichtigkeit nicht bereits ohne weiteres aus einer Umgehung der grundsätzlich gerade nicht anwendbaren Kündigungsschutzvorschriften folgt. Allenfalls im Einzelfall kann sich aus dem Zweck einzelner gesetzlicher oder tariflicher Kündigungsverbote etwas anderes ergeben.

Bedingte Aufhebungsverträge, die die Bedingung von einem zukünftigen, ungewissen Ereignis abhängig machen, sind grundsätzlich *unwirksam*, es sei denn, es besteht dafür ein sachlicher Grund.

Als unwirksam wurde z. B. ein Aufhebungsvertrag angesehen, in dem festgelegt wurde, dass das Arbeitsverhältnis aufgehoben ist, wenn der Arbeitnehmer nicht rechtzeitig aus dem Urlaub zurückkehrt⁶¹.

Unzulässig ist es insbesondere, einen bedingten Aufhebungsvertrag als Ersatz für ein sonst erforderliche außerordentliche Kündigung vorzusehen. Darin liegt eine objektive Umgehung von Kündigungsschutzbestimmungen, insbesondere des § 626 BGB⁶².

Wegen der Umgehung zwingender Kündigungsschutzbestimmungen ist deshalb z. B. ein Vertrag von Anfang an unwirksam.

– wenn ein bestimmter Grund (z. B. die nicht fristgerechte Rückkehr aus dem Urlaub) als aufschiebende Bedingung für einen Aufhebungsvertrag festgelegt und damit der Nachprüfung entzogen wird, ob er auch als wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung ausreicht⁶³;

– durch den das Arbeitsverhältnis zum Urlaubsende aufgelöst wird, wenn dem Arbeitnehmer gleichzeitig die Wiedereinstellung bei Wahrung des Besitzstandes zugesagt und dafür nicht nur die termingerechte Rückkehr, sondern auch die Zustimmung des Betriebsrats und eine günstige Beschäftigungslage als Bedingung vereinbart wird, der Arbeitgeber aber bei Vertragsschluss die Beschäftigung des Arbeitnehmers nach Urlaubsende aus betrieblichen Gründen für notwendig erachtet und ihm deshalb einen zusätzlichen unbezahlten Urlaub verweigert⁶⁴;

– wenn eine einzelvertragliche Vereinbarung vorsieht, dass ein Berufsausbildungsverhältnis ohne weiteres endet, wenn das Zeugnis des Auszubildenden für das nächste Berufsschulhalbjahr in einem von bestimmten in der Vereinbarung aufgeführten Fächern die Note »Mangelhaft« aufweist⁶⁵, ferner dann,

– wenn Gleiches beim Genuss von Alkoholika bei einem alkoholgefährdeten Arbeitnehmer⁶⁶ oder

– bei Fehlzeiten wegen Krankheit eintreten soll⁶⁷.

c) Anfechtbarkeit

Der Auflösungsvertrag kann gemäß §§ 119, 123 BGB wegen Irrtums, Täuschung oder Drohung anfechtbar sein.

i. Anfechtung wg. Irrtums

Irrt sich eine schwangere Arbeitnehmerin über die mutterschutzrechtlichen Folgen eines Aufhebungsvertrages, so berechtigt dieser Rechtsfolgenirrtum grundsätzlich nicht zu einer Anfechtung gemäß § 119 BGB. Zwar kann ausnahmsweise ein Irrtum über die Rechtsfolgen einer Willenserklärung zur Anfechtung berechtigen, wenn diese selbst Inhalt der Willenserklärung geworden sind und dem Erklärenden über diesen Inhalt ein Irrtum unter-

läuft. Eine auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzielende Willenserklärung einer schwangeren Arbeitnehmerin enthält aber nicht zugleich die Erklärung des Verzichts auf die mutterschutzrechtlichen Ansprüche, so dass ein Irrtum über die Folgen des Verzichts darauf zur Anfechtung gemäß § 119 Abs. 1 BGB nur berechtigt, wenn ein dahingehender Verzicht ausdrücklich oder stillschweigend Inhalt der Willenserklärung war und ein Irrtum über den Inhalt des erklärten Verzichts vorlag⁶⁸.

Wenn eine werdende Mutter bei Abschluss des Aufhebungsvertrags nichts von ihrer Schwangerschaft wusste, dann stellt dies kein Grund für eine Anfechtung des Aufhebungsvertrags wegen Irrtums gem. § 119 Abs. 1 oder 2 BGB dar. Zur Anfechtung ist die werdende Mutter auch nicht berechtigt, wenn sie sich über die mutterschutzrechtlichen Folgen des Aufhebungsvertrags geirrt hat⁶⁹.

ii. Anfechtung wg. Drohung/Täuschung

Zweifelhaft ist, unter welchen Voraussetzungen der Arbeitnehmer einen abgeschlossenen Aufhebungsvertrag wegen widerrechtlicher Drohung gemäß § 123 Abs. 1 BGB anfechten kann, wenn der Arbeitgeber z. B. ein Fehlverhalten des Arbeitnehmers festgestellt hat oder festgestellt zu haben glaubt und ihn vor die Alternative einer außerordentlichen Kündigung oder des Abschlusses eines Aufhebungsvertrages gestellt hat.

Wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine fristlose Kündigung in Aussicht stellt, falls der Arbeitnehmer den Aufhebungsvertrag nicht unterschreibt und die Vertragspartner daraufhin einen Aufhebungsvertrag schließen, ist die **Androhung einer fristlosen Kündigung dann keine widerrechtliche Drohung im Sinne des § 123 BGB, wenn ein verständiger anderer Arbeitgeber eine solche Kündigung ernsthaft in Erwägung gezogen hätte**⁷⁰.

Das BAG hat seine Rechtsprechung in einer weiteren Entscheidung⁷¹ bestätigt, nach der die *Anfechtung* eines abgeschlossenen Aufhebungsvertrages dann möglich ist, wenn der Arbeitgeber gleichzeitig mit der *Vorlage des Aufhebungsvertrages* mit einer *Kündigung gedroht hat*, die ein *verständiger Arbeitgeber* jedoch *nicht ausgesprochen* hätte.

Nach der Rechtsprechung des BAG⁷² ist die Androhung einer fristlosen Kündigung also dann nicht widerrechtlich i. S. von § 123 BGB, wenn ein verständiger (nicht ein „idealer“, mit ganz hervorragenden Arbeitsrechtskenntnissen und einem hohen sozialen Engagement ausgestatteter) Arbeitgeber eine außerordentliche Kündigung ernsthaft in Erwägung gezogen hätte; unerheblich ist demgegenüber, ob eine fristlose Kündigung letztlich wirksam gewesen wäre. Ausreichend ist es z. B., wenn der Arbeitnehmer in 3 Jahren gefälschte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vorgelegt hat⁷³.

Eine *Strafanzeige* ist jedoch bei *bestehendem Anfangsverdacht* grundsätzlich ein rechtmäßiges Mittel der Drohung zur Herbeiführung eines Aufhebungsvertrags, solange vom drohenden Arbeitgeber keine unwahren oder verfälschenden Angaben gegenüber den Strafverfolgungsbehörden in Aussicht gestellt werden. Ein Aufhebungsvertrag oder ein diesem gleichkommendes Rechtsgeschäft ist auch kein rechtswidriger Zweck einer Drohung, wenn das Rechtsgeschäft weder verboten noch sittenwidrig ist. Das Fehlen eines Rechtsanspruchs auf den mit der Drohung erstrebten Zweck macht diese noch nicht rechtswidrig⁷⁴.

Aufgrund dieser Rechtsprechung des BAG sollte der Arbeitgeber *bei einer Verhandlung* über einen Aufhebungsvertrag *nicht* mit einer außerordentlichen Kündigung *drohen*, da die Anfechtungsmöglichkeit durch den Arbeitnehmer ungewiss ist, obwohl dem Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast für die widerrechtliche Drohung trifft.

Verschiedentlich ist in Tarifverträgen den Arbeitnehmern das Recht eingeräumt worden, innerhalb einer bestimmten Frist von einem Aufhebungsvertrag zurückzutreten⁷⁵. Auf das Rücktrittsrecht kann verzichtet werden⁷⁶.

2) Fristablauf

Befristete Arbeitsverträge bedürfen der Schriftform. Ein mündlicher befristeter Arbeitsvertrag ist nicht etwa völlig unwirksam. Unwirksam ist dann lediglich die Befristung. Es liegt dann also ein unbefristetes Arbeitsverhältnis vor. Die Voraussetzungen, unter denen eine Befristung zulässig ist, ergeben sich im wesentlichen aus dem Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG). Hiernach kann eine befristete Einstellung bei Vorliegen eines sachlichen Grundes oder bei Neueinstellungen erfolgen.

3) Tod des Arbeitnehmers

Selbstverständlich endet das Arbeitsverhältnis mit dem Tod des Arbeitnehmers. Alle noch bestehenden Ansprüche gegen den Arbeitgeber (mit Ausnahme der Ansprüche auf Urlaub und Urlaubsabgeltung) gehen auf die Erben über.

C. Keine Beendigungsgründe

- Tod des Arbeitgebers
- Betriebsübergang
- Betriebsstillegung
- Konkurs des Arbeitgebers

4. Abschnitt: Pflichten bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses

A. Pflichten des Arbeitgebers

1) Freizeitgewährung zur Arbeitssuche

Der Arbeitgeber muss den Arbeitnehmer nach Zugang der Kündigung auf Wunsch in angemessenem Umfang (2-3 Stunden pro Tag) unter Entgeltfortzahlung von der Arbeit freistellen, damit sich der Arbeitnehmer eine neue Arbeitsstelle suchen kann, § 629 BGB.

2) Zeugniserteilung

Der Anspruch auf Erteilung eines Zeugnisses ergibt sich aus den §§ 109 GewO und 16 BBiG. Der Anspruch entsteht mit Zugang der Kündigung, spätestens mit Beginn der Kündigungsfrist. Bei befristeten Arbeitsverhältnissen entsteht der Anspruch mit Beginn einer gedachten Kündigungsfrist. Es gibt einfache und qualifizierte Zeugnisse.

Hinsichtlich des Zeugnisses gelten vier Zeugnis-Grundsätze:

Schaubild 5: Zeugnisgrundsätze



Das Rationalisierungskuratorium der Deutschen Wirtschaft hat folgende Abstufungen als üblich bezeichnet:

sehr gut	"Er hat die ihm übertragenen Arbeiten stets zu unserer vollsten Zufriedenheit erledigt"
gut	"Er hat die ihm übertragenen Arbeiten stets zu unserer vollen Zufriedenheit erledigt"
befriedigend	"Er hat die ihm übertragenen Arbeiten zu unserer vollen Zufriedenheit erledigt"
ausreichend	"Er hat die ihm übertragenen Arbeiten zu unserer Zufriedenheit erledigt"
mangelhaft	"Er hat die ihm übertragenen Arbeiten im großen und ganzen zu unserer Zufriedenheit erledigt"
ungenügend	"Er hat sich bemüht, die ihm übertragenen Arbeiten zu unserer Zufriedenheit zu erledigen"

Arbeitsrechtlich zu beachten ist im Übrigen, dass prinzipiell jeder Arbeitnehmer Anspruch auf ein "befriedigendes" Zeugnis hat. Beschwerd sich der Arbeitnehmer über ein schlechteres Zeugnis, so hat der Arbeitgeber darzu-

legen und notfalls zu beweisen, dass der Arbeitnehmer, trotz des Grundsatzes des Wohlwollens, schlechter war. Umgekehrt hat der Arbeitnehmer, sofern er ein besseres als befriedigendes Zeugnis wünscht, darzulegen und zu beweisen, dass seine Arbeit mehr als befriedigend war.

Merke: Bei einem bewusst unrichtigem Zeugnis hat der zukünftige Arbeitgeber einen Schadensersatzanspruch gegen den Arbeitgeber, der das falsche Zeugnis ausgestellt hat (§ 826 BGB).

Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts kann eine Verwirkung des Anspruches auf Zeugniserteilung bereits dann eintreten, wenn der Arbeitnehmer das Zeugnis erst 11 Monate nach Beendigung verlangt.

3) Auskunftserteilung

Der Arbeitgeber muss Dritten wahrheitsgemäß Auskunft erteilen, wenn Arbeitnehmer dies verlangt.

4) Aushändigung der Arbeitspapiere

Hinsichtlich der Arbeitspapiere steht dem Arbeitgeber kein Zurückbehaltungsrecht zu. Der Arbeitnehmer kann diese durch einstweilige Verfügung heraus verlangen, zudem steht ihm ein Schadensersatzanspruch zu. Grundsätzlich sind Arbeitspapiere Holschuld. In Ausnahmefällen besteht aber eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Übersendung z.B. wenn die Papiere bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch nicht fertig waren oder der Arbeitnehmer sie aus wichtigem Grund nicht abholen kann (Krankheit).

Die wichtigsten Arbeitspapiere sind Arbeitszeugnis, Lohnsteuerkarte, § 39 EStG, Sozialversicherungsnachweis, Versicherungskarte mit Entgeltbescheinigung, § 1401 RVO, Versicherungsausweis, Arbeitsbescheinigung, § 133 AFG, Urlaubsbescheinigung, § 6 II BUrlG, Gegebenenfalls Gesundheitszeugnis (wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber ein solches ausgehändigt hatte und Unterlagen des Lohnnachweisverfahrens (z.B. Lohnnachweis-karte) im Baugewerbe

B. Pflichten des Arbeitnehmers

Die Verschwiegenheitspflicht wirkt fort. Ein vom Arbeitgeber gewünschtes Wettbewerbsverbot muss vereinbart werden. Der Arbeitnehmer kann hierfür eine angemessene Vergütung verlangen. Er ist zur Rückgabe von überlassenen Gegenständen verpflichtet.

5. Abschnitt: Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang

Bei einem Wechsel des Betriebsinhabers durch Vertrag (z.B. Veräußerung oder Verpachtung des Betriebes) tritt der neue Arbeitgeber nach § 613 a BGB (lesen!) in alle Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Überganges bestehenden Arbeitsverhältnissen voll ein. Der Arbeitnehmer hat allerdings ein **Recht zum Widerspruch** gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den neuen Betriebsinhaber. Das BAG hat dies damit begründet, dass dem Arbeitnehmer ein Schuldnerwechsel nicht aufgezwungen werden kann (vgl. § 415 I 1 BGB), ein „Verkauf“ des Arbeitnehmers gegen seinen Willen gegen die Menschenwürde verstieße (Art. 1 GG) und zudem das Grundrecht auf freie Arbeitsplatzwahl (Art. 12 GG) verletzt werden würde. Allerdings kann der alte Arbeitgeber in einem solchen Fall eine **betriebsbedingte Kündigung** aussprechen, wenn deren Voraussetzungen vorliegen.

A. Wirkungen des Betriebsüberganges

Der neue Arbeitgeber haftet für den künftigen Lohn und für rückständige Lohnansprüche aus der Zeit vor dem Betriebsübergang. Für Ansprüche die vor dem Betriebsübergang entstanden sind und vor Ablauf eines Jahres nach dem Übergang fällig werden haftet *daneben* der alte Arbeitgeber. Eine Ausnahme gilt, wenn der Betrieb im Rahmen eines Insolvenzverfahrens übernommen wird, trifft den Erwerber keine Haftung für Ansprüche, die vor Betriebsübergang entstanden sind.

Der Erwerber haftet für Versorgungsansprüchen, die aufgrund einer Zusage des ehemaligen Arbeitgebers entstanden sind. Bei eigenen Versorgungszusagen des neuen Arbeitgebers wird jedoch die frühere Beschäftigungszeit nicht angerechnet.

Auch der Betriebsrat besteht fort.

B. Voraussetzungen des § 613 a I 1 BGB

Werden nur einzelne Maschinen oder Teile der Arbeitnehmerschaft ohne organisatorische Zusammenfassung übernommen, so kann nicht von einem Betriebsübergang gesprochen werden. Andererseits ist es auch nicht erforderlich, dass alle Wirtschaftsgüter, die bisher zum Betrieb gehörten, vom Erwerber übernommen werden. Bei der Übernahme eines Einzelhandelsgeschäfts ist zusätzlich zu beachten, dass ein Betriebsübergang nach §

613 a BGB nur dann vorliegt, wenn der Erwerber dasselbe Warensortiment wie sein Vorgänger weiterführt und die gleiche Betriebsform beibehält.⁷⁷

Der Betriebsübergang fällt nur unter § 613 a BGB, wenn er durch Rechtsgeschäft (also z.B. durch Vertrag) erfolgt. Ein Übergang durch Erbschaft fällt daher nicht unter § 613 a BGB.

C. Fortgeltung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen

Nach § 613 a I 2-4 BGB werden Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen Inhalt des Arbeitsverhältnisses mit dem Erwerber. Sie dürfen vor Ablauf eines Jahres nach Betriebsübergang nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers geändert werden. Gilt beim neuen Arbeitgeber ein anderer Tarifvertrag oder eine andere Betriebsvereinbarung, so sind diese anzuwenden. Dies gilt sogar dann, wenn in dem ursprünglichen Arbeitsvertrag ausdrücklich ein bestimmter Tarifvertrag in Bezug genommen worden ist.

D. Kündigung wegen Betriebsüberganges

Grundsätzlich kann *wegen* des Betriebsüberganges nicht gekündigt werden. Sonstige Kündigungsgründe – insbesondere betriebsbedingte – können allerdings eine Kündigung rechtfertigen. Zu beachten ist, dass ein betriebsbedingt vom alten Arbeitgeber gekündigter Arbeitnehmer sich nicht darauf berufen kann, er könne im Betrieb des Erwerbers den Arbeitsplatz eines sozial weniger schutzwürdigen Arbeitnehmers übernehmen. Bei der sozialen Auswahl ist nur der übergehende Betrieb zu berücksichtigen.

E. Die Neuregelungen seit 1.4.2002

1) Unterrichtungspflicht

Wenn ein Betriebsübergang vorliegt ist völlig unabhängig von der Betriebsgröße und auch unabhängig von dem Vorhandensein eines Betriebsrates die Unterrichtung der betroffenen Beschäftigten vor dem Übergang zwingend vorgesehen. Ist diese Unterrichtung fehlerhaft oder erfolgt sie gar nicht, beginnt die Frist zum Widerspruch gegen den Betriebsübergang nicht zu laufen. Sinn der Unterrichtung ist nämlich, dass die Betroffenen die erforderlichen Informationen als Entscheidungsgrundlage für die Ausübung ihres Widerspruchsrechtes erhalten.

2) Infos über den neuen Arbeitgeber

Informiert werden muss über die Identität des neuen Betriebsinhabers, sei es eine Person oder ein anderes Unternehmen. Dabei ist üblich, dass die Unternehmensgröße, die Geschäftsfelder und eine vorhandene Konzernzugehörigkeit dargestellt wird.

3) Geplanter Zeitpunkt

Es ist über den tatsächlich vorgesehenen Zeitpunkt des Überganges, oder falls dieser nicht konkret feststeht, weil beispielsweise die Zustimmung der Kartellbehörde oder die Eintragung ins Handelsregister nicht definitiv vorhersehbar sind, über den geplanten Zeitpunkt zu unterrichten. Die Beschäftigten sollen erkennen können, ab wann sie aller Voraussicht nach bei einem neuen Arbeitgeber angestellt sein werden.

4) Übergangsgrund

Zu unterrichten ist über den Rechtsgrund der Übertragung also beispielsweise durch Kaufvertrag oder Abspaltung. Da die Formulierung im Gesetz jedoch nicht nur auf den "Rechtsgrund" abstellt, sondern auf dem Grund allgemein, ist auch über die Motive des Betriebsüberganges auf der Unternehmensseite Auskunft zu geben.

5) Folgen des Übergangs

Den größten Teil der Unterrichtung dürfte die Beschreibung der rechtlichen, wirtschaftlichen sozialen Folgen umfassen. Auf der individualrechtlichen Ebene wäre dabei festzustellen, dass arbeitsvertragliche Bindungen und eine bestehende betriebliche Übung bei dem neuen Erwerber fortbestehen.

Auf der kollektivrechtlichen Ebene kann es jedoch zu erheblichen Änderungen kommen. So gelten Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge grundsätzlich unverändert fort, wenn der Betrieb als Ganzes veräußert wird. Bestehen jedoch beim einem aufnehmenden Erwerber bereits Betriebsvereinbarungen oder ist er in anderer Weise tarifgebunden, gilt dies bereits nicht mehr. Das ist völlig unabhängig von der Frage, ob die bestehenden Regelungen besser oder schlechter sind.

Daraus folgt, dass bei Betriebsübergängen, bei denen sofort mit dem Übergang andere Regelungen in Bezug auf Betriebsvereinbarungen oder Tarifvertrag gelten, diese bezüglich der inhaltlichen Unterschiede darzulegen sind.

Auch die weiteren geplanten Maßnahmen auf Seiten des Erwerbers sind darzulegen. Insbesondere dann, wenn Betriebsveränderungen oder Personalabbau vorgesehen sind. Beispielsweise wäre mitzuteilen, ob diese Änderungen dazu führen, dass der Betrieb oder ein Teilbetrieb künftig weniger als 20 Arbeitnehmer beschäftigt und damit die Sozialplanpflichtigkeit verliert.

Schließlich ist noch auf die kollektivrechtliche Vertretung einzugehen und die Frage zu beantworten, ob diese unverändert fortbesteht oder der Betriebsrat untergeht, weil im aufnehmenden Unternehmen bereits ein Betriebsrat besteht.

Sind anlässlich des Übergangs ein Interessenausgleich und ein Sozialplan vereinbart worden, so sind diese spätestens mit der Information über den Betriebsübergang bekannt zugeben.

Schließlich sind auch Haftungsfragen zu beantworten. Es dürfte zu erklären sein, dass der Erwerber für alle rückständigen und zukünftigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis haftet und daneben eine, wenn auch nur zeitanteilig beschränkte, Haftung des Veräußerers besteht.

Auch auf den Kündigungsschutz ist hinzuweisen. Danach sind Kündigungen anlässlich des Betriebsübergangs unwirksam. Kündigungen aus anderen Gründen bleiben allerdings davon unberührt.

6) Die in Aussicht genommenen Maßnahmen

Dieser Punkt umfasst alle Regelungen, die sich auf die Beschäftigten auswirken. Es soll Auskunft gegeben werden über die Frage, wie entstehende Nachteile aufgefangen werden.

Aus der Gesetzesbegründung kann man entnehmen, dass insbesondere Weiterbildungsmaßnahmen im Zusammenhang mit einer geplanten Produktionsumstellung oder Umstrukturierung zu Unterrichtungspflicht gezählt werden. Dabei soll also Auskunft gegeben werden, über die erkennbaren Veränderungen der Arbeitsplätze der Beschäftigten und die daraus resultierenden Qualifikationsanforderungen.

7) Formen der Unterrichtung

Die Unterrichtung kann sowohl durch den Erwerber als auch durch den Veräußerer erfolgen. Sie muss in der sogenannten Textform (§ 126 b BGB) gestaltet sein. Damit kann die Information also über Telefax, Intranet oder E-Mail erfolgen. Eine ausdrücklich schriftliche Information ist nicht vorgesehen.

Die Frage, wann die Unterrichtung zugegangen ist, liegt im Risikobereich des Arbeitgebers. Im Zweifel muss dieser beweisen, dass er zu einem bestimmten Zeitpunkt im erforderlichem Umfang unterrichtet hat.

8) Recht zum Widerspruch, Form und Frist

Die betroffenen Beschäftigten können im Übergang ihres Arbeitsverhältnis gegenüber dem Veräußerer oder gegenüber dem Erwerber schriftlich innerhalb eines Monats nach der Unterrichtung widersprechen.

Der Widerspruch muss schriftlich abgegeben werden. Hier hat der Gesetzgeber also nicht die Textform eingeführt, sondern die alte Schriftform. Damit muss ich Papier bemühen und mein Widerspruch persönlich unterschreiben.

Die Frist zum Widerspruch von einem Monat beginnt mit der vollständigen ordnungsgemäßen Unterrichtung. Ist also über den Betriebsübergang gar nicht unterrichtet worden oder nicht im gesetzlich vorgeschriebenen Umfang, beginnt die Frist nicht zu laufen.

Die Folge ist, dass auch noch Jahre später gegen den Betriebsübergang widersprochen werden könnte.

Die Frist beginnt mit dem Zugang der Unterrichtung zu laufen. Ist der Arbeitnehmer beispielsweise über E-Mail erreichbar und ist die E-Mail mit der Unterrichtung mit dem Betriebsübergang bei ihm eingegangen, ist dies der Zeitpunkt für die vollständige Unterrichtung. Auf die Frage, wann der Arbeitnehmer die E-Mail zur Kenntnis nimmt, kommt es nicht an. Es ist so wie mit einem Brief, der mit dem Einwurf in den Briefkasten zugegangen ist und nicht mit der Leerung des Briefkastens.

9) Überleitungsvereinbarung

Mit allen betroffenen Beschäftigten kann eine Überleitungsvereinbarung geschlossen werden. In dieser könnte bestätigt werden, dass die Beschäftigten mit dem neuen Arbeitgeber zum Übergangszeitpunkt den Arbeitsvertrag fortführen. In einer solchen Vereinbarung liegt gleichzeitig die Erklärung, dass gegen den Betriebsübergang nicht widersprochen wird.

10) Folgen des Widerspruchs

Bekanntermaßen bedeutet ein Widerspruch gegen einen Betriebsübergang nicht, dass damit der Arbeitsplatz gerettet ist. Der Widerspruch hat zur Folge, dass der Arbeitnehmer bei dem alten Arbeitgeber bleibt. Wenn dieser den Arbeitnehmer nicht weiterbeschäftigen kann, käme es zur betriebsbedingten Kündigung. Daran knüpfen sich wiederum viele Fragen an (Sozialauswahl ja oder nein etc.).

6. Abschnitt: Der Schutz besonderer Personengruppen

A. Das Arbeitsverhältnis der Frau

1) Öffentlich-rechtlicher Frauenarbeitsschutz

Hier bestehen

- Verbote für bestimmte Arbeiten (z.B. Verbot der Beschäftigung im Bergbau unter Tage, § 64a BergG)
- Gebote für die Einrichtung von Betrieben (z.B. getrennte Toiletten, § 6 II ArbStättV)
- Gebote zum Erlass bestimmter Arbeitszeitschutzvorschriften

2) Privatrechtlicher Arbeitsschutz für Frauen

Ein Schutz vor Diskriminierung soll durch den Gleichberechtigungsgrundsatz gesichert werden. Dieser folgt arbeitsrechtlich aus Art. 3 III GG, §§ 611 a f. BGB und Art. 119 EWG-Vertrag. Besonders wichtig ist insbesondere § 611 a BGB. Nach § 611 a I 1 BGB gilt: Keine Diskriminierung bei Begründung des Arbeitsverhältnisses, beruflichem Aufstieg, Weisungen oder Kündigungen

Verboten sind unmittelbare und mittelbare Diskriminierung.

Bei der unmittelbaren Diskriminierung wird eine Person eines Geschlechts schlechter behandelt als Person eines anderen Geschlechts. Sie kann offen oder verdeckt sein.

- offen: Geschlecht dient als Auswahlmerkmal
- verdeckt: Regelung knüpft an Merkmale an, die nur oder überwiegend von Personen eines Geschlechts erfüllt werden (Mindestgröße oder Mindestgewicht)

Unter mittelbarer Diskriminierung werden folgende Sachverhalte verstanden:

- Es besteht eine Regelung, durch die eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern von etwas ausgeschlossen wird.
- Von der Regelung werden wesentlich mehr Personen eines Geschlechts betroffen.
- Die nachteilige Regelung ist nur durch Geschlecht zu erklären
- dies stellt aber keine Diskriminierung dar, wenn wirkliches Bedürfnis des Arbeitgebers und Regelung geeignet und erforderlich

Beispiele: Diskriminierung wurde bejaht bei: Ausschluss der Teilzeitbeschäftigten von der betrieblichen Altersversorgung oder vom Bewährungsaufstieg im öffentlichen Dienst; Ausschluss von geringfügig Teilzeitbeschäftigten von Lohnfortzahlung im Krankheitsfall

Die Rechtsfolge bei Diskriminierung ergibt sich aus § 611 a BGB.

Der Grundsatz der Lohngleichheit ergibt sich aus § 612 III BGB. Danach ist eine Entgeltdifferenzierung nur ausnahmsweise zulässig, wenn

- (1.) ein bestimmtes Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die Tätigkeit ist, § 611 a I 2 BGB oder
- (2.) ein sachlicher Grund dafür besteht, dass Frauen die Arbeit nicht verrichten dürfen (z. B. gesetzliches Verbot) oder
- (3.) nicht auf das Gesetz bezogene sachliche Gründe bestehen

B. Mutterschutzrecht

Der Mutterschutz ist im Mutterschutzgesetz geregelt. Nach diesem besteht für die Schwangere eine Anzeigepflicht, (§ 5 MuSchG). Der Verstoß hiergegen ist aber sanktionslos. Die Wirkungen der Anzeige der Schwangerschaft sind:

- (1.) der Arbeitgeber muss Beschäftigungsverbote prüfen und beachten
- (2.) der Arbeitgeber muss Mitteilung an Gewerbeaufsichtsamt machen (sonst § 21 MuSchG: Geldstrafe bis 2.500,- EUR)

Eine Unterrichtung Dritter kann nur erfolgen, wenn sie im Interesse der Arbeitnehmerin liegt. Dies wird beim Betriebsarzt bejaht und ist für den Betriebsrat umstritten. Der Arbeitgeber ist auch dann nicht zur Geheimhaltung verpflichtet, wenn die Arbeitnehmerin ihre Schwangerschaft selbst im Betrieb bekannt macht oder ohne die Unterrichtung anderer Mitarbeiter eine Störung der betrieblichen Ordnung zu befürchten ist.

Der Arbeitgeber kann jederzeit ein ärztliches Attest verlangen. Eine Verpflichtung hierzu besteht zwar nur in bestimmten begründeten Fällen, es liegt aber im Interesse der Arbeitnehmerin, dem Arbeitgeber ein von ihm verlangtes Attest rasch zu übergeben. Die Kosten für das Attest trägt immer der Arbeitgeber (auch bei falsch vermuteter Schwangerschaft).

Hinsichtlich der Gestaltung des Arbeitsplatzes (dazu gehören auch Kantinen, Zugangswege, Maschinen und Werkzeuge) gilt § 2 I MuSchG.

Für schwangere Arbeitnehmerinnen bestehen zahlreiche Sonderregelungen hinsichtlich der Durchführung der Arbeit und des Arbeitsablaufes, der Art, Dauer, Lage, Tempo, Schichtenteilung und Schutzkleidung.

So müssen bei überwiegend stehenden Tätigkeiten (z. B. in Verkaufsstellen) Sitzgelegenheiten bereitgestellt werden; bei überwiegend sitzenden Tätigkeiten muss Gelegenheit zu Ausgleichsbewegungen gegeben werden. In den Pausen muss eine Liegemöglichkeit zur Verfügung stehen, § 31 ArbStättVO. Schließlich muss der Arbeitgeber besondere Maßnahmen des Gewerbeaufsichtsamtes beachten.

Beschäftigungsverbote ergeben sich aus § 3 I MuSchG bei ärztlichem Attest. Die Gefährdung muss sich nicht aus der Art der Beschäftigung ergeben (auch Gesundheitszustand). Auch keine Beschäftigung mit Zustimmung der Arbeitnehmerin; auch teilweises Beschäftigungsverbot möglich

Daneben gilt

- ein Beschäftigungsverbot in den letzten sechs Wochen vor der Entbindung, § 3 II; Ausnahme: ausdrückliche jederzeit widerrufliche Erklärung der Arbeitnehmerin. Den durch das Beschäftigungsverbot entstehenden Lohnausfall ersetzt die gesetzliche Krankenkasse den Arbeitnehmerinnen (auch den nicht versicherten Arbeitnehmerinnen), aber nur bis zu 13 EUR pro Kalendertag. Ist dieser Betrag geringer als der Nettolohn, den die Arbeitnehmerin in den letzten 3 Monaten durchschnittlich erzielte, muss der Arbeitgeber die Differenz durch einen Zuschuss ausgleichen, § 14 MuSchG.
- ein Verbot schwerer oder schädlicher Arbeiten, § 4 MuSchG muss Arbeitgeber von sich aus beachten, beispielhafte Aufzählung im Gesetz
- ein Verbot von Akkordarbeiten oder ähnlichem (§ 4 III MuSchG); Ausnahme: Gewerbeaufsicht
- ein acht- oder (bei Früh- oder Mehrlingsgeburten) zwölfwöchiges absolutes Beschäftigungsverbot, § 6 I MuSchG nach der Geburt. Auch den durch dieses Beschäftigungsverbot entstehenden Lohnausfall ersetzt die gesetzliche Krankenkasse den Arbeitnehmerinnen (auch den nicht versicherten Arbeitnehmerinnen), aber nur bis zu 13,- EUR pro Kalendertag. Ist dieser Betrag geringer als der Nettolohn, den die Arbeitnehmerin in den letzten 3 Monaten durchschnittlich erzielte, muss der Arbeitgeber die Differenz durch einen Zuschuss ausgleichen, § 14 MuSchG.

C. Das Arbeitsrecht der Jugendlichen und Auszubildenden

Die Regelungen für Arbeits- und Ausbildungsverhältnisse ergeben sich aus dem Berufsbildungsgesetz und dem Jugendarbeitsschutzgesetz. Bezüglich der Einzelheiten wird auf die einschlägige Literatur verwiesen.

D. Schwerbehinderte

1) Kompensatorische Privilegierung

Der Schwerbehindertenschutz soll die Eingliederung Schwerbehinderter in den Arbeitsprozess erleichtern und ihnen Arbeitsplätze verschaffen, die sie wegen ihrer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderungen gegen die Konkurrenz gesunder Arbeitnehmer nicht erhalten würden. Nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG darf niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden. Der Schutz vor einer Benachteiligung von Behinderten wird durch ihre bewusste *Bevorzugung* gegenüber anderen Arbeitnehmern verwirklicht. Er besteht für Personen, die um mindestens 50 % durch körperliche, geistige oder seelische Behinderung in ihrer Erwerbsfähigkeit gemindert sind (§ 2 SGB IX), sowie für die ihnen Gleichgestellten (§ 2 III SGB IX). Personen, die um mindestens 30 % in ihrer Erwerbsfähigkeit behindert sind, können auf ihren Antrag den Schwerbehinderten gleichgestellt

werden, wenn sie infolge ihrer Behinderung ohne diese Hilfe einen geeigneten Arbeitsplatz nicht erlangen oder nicht behalten können. Eine Aussage über die Leistungsfähigkeit des jeweiligen Schwerbehinderten als Arbeitnehmer ist damit nicht verbunden. Das *Schwerbehindertengesetz* schützt sämtliche Behinderte, ohne Rücksicht auf die Entstehungsursache der Behinderung.

2) Quotenregelung

Ein Arbeitgeber muss prüfen, ob er einen freien Arbeitsplatz mit einem Schwerbehinderten besetzen kann (§ 81 SGB IX). Öffentliche und private Arbeitgeber, die über mindestens **20 Arbeitsplätze** verfügen, sind verpflichtet, **5 % der Arbeitsplätze mit Schwerbehinderten zu besetzen** (§ 71 SGB IX). Genügt ein Arbeitgeber dieser Einstellungspflicht nicht, so muss er eine Ausgleichsabgabe zahlen. Die Ausgleichsabgabe beträgt gemäß § 77 SGB IX Die Ausgleichsabgabe beträgt je unbesetzten Pflichtarbeitsplatz 105 Euro bei einer jahresdurchschnittlichen Beschäftigungsquote von 3 Prozent bis weniger als dem geltenden Pflichtsatz, 180 Euro bei einer jahresdurchschnittlichen Beschäftigungsquote von 2 Prozent bis weniger als 3 Prozent, 260 Euro bei einer jahresdurchschnittlichen Beschäftigungsquote von weniger als 2 Prozent.

3) Förderpflicht

Der Arbeitgeber muss einen Schwerbehinderten so beschäftigen, dass dieser seine Fähigkeiten und Kenntnisse optimal einsetzen und verwerten sowie weiterentwickeln kann (§ 81 Abs. 4 SGB IX). Geschieht das nicht, so hat der Schwerbehinderte einen Schadensersatzanspruch.

Schwerbehinderte (nicht Gleichgestellte) haben Anspruch auf einen bezahlten Zusatzurlaub von 5 Arbeitstagen (§ 125 SGB IX).

4) Kündigungsbeschränkungen

Nach sechsmonatigem Bestehen (§ 90 SGB IX) des Arbeitsverhältnisses eines Schwerbehinderten ist die ordentliche oder außerordentliche Kündigung nur mit Zustimmung Integrationsamtes zulässig (§ 85 SGB IX).. In den ersten 6 Monaten seines Bestehens kann dagegen auch das Arbeitsverhältnis von Schwerbehinderten ohne Angabe eines Grundes gekündigt werden. Mit dieser Kündigungsmöglichkeit hat aber zugleich die außerdem bestehende Möglichkeit der Anfechtung des mit einem Schwerbehinderten geschlossenen Arbeitsvertrages wegen Irrtums oder wegen arglistiger Täuschung über die Schwerbehinderteneigenschaft ihre praktische Bedeutung verloren.

Zu beachten ist, dass im Falle der Zustimmung der Hauptfürsorgestelle die Kündigung nur innerhalb eines Monats möglich ist.

Im Falle einer außerordentlichen Kündigung hat das Integrationsamt eine verkürzte Entscheidungsfrist von zwei Wochen (§ 91 SGB IX). Erfolgt in dieser Zeit keine Entscheidung, so gilt die Zustimmung als erteilt.

Im übrigen ist bei der Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers auch der Vertrauensmann der Schwerbehinderten zu unterrichten und anzuhören.

E. Das Praktikantenverhältnis

Praktikant ist, wer sich einer bestimmten Tätigkeit und Ausbildung in einem Betrieb unterzieht, weil er dies im Rahmen einer Gesamtausbildung, z.B. um die Zulassung zum Studium oder zur Hochschulprüfung zu erlangen, nachweisen muss.

Das Praktikantenverhältnis kann rechtlich unterschiedlich ausgestaltet sein.

- (1.) Es kann Bestandteil des Studiums sein. Insoweit findet alsdann Arbeitsrecht keine Anwendung.
- (2.) Das Praktikantenverhältnis kann als Ausbildungsverhältnis nach § 19 BBiG ausgestaltet sein. Alsdann gelten grundsätzlich nach § 3 II BBiG die für den Arbeitsvertrag geltenden Rechtsvorschriften und Rechtsgrundsätze wie das BUrlG, BetrVG, JArbSchG usw. Kennzeichnend für den Praktikanten ist, dass der Arbeitgeber nur verpflichtet ist, ihm Gelegenheit zu geben, sich das erforderliche Wissen zu verschaffen. Ihn trifft keine Ausbildungspflicht, sondern lediglich die Verpflichtung, betriebliche Informationen, die Personaleinweisung, Unterlagen und Material zu vermitteln.

F. Leiharbeiternehmer

1) Arbeitsleistung in Drittbetrieben

Arbeitnehmer werden häufig gar nicht im Betrieb oder Unternehmen ihres Arbeitgebers, sondern in Betrieben anderer Unternehmer beschäftigt. Ein Arbeitgeber kann zur Erfüllung seiner dienst- oder werkvertraglichen

Verpflichtungen die von ihm eingestellten Arbeitnehmer in einem Drittbetrieb einsetzen, in dem sie dann weiterhin seinen Weisungen unterstehen. Arbeitnehmer können auch aufgrund von Maschinenüberlassungsverträgen mit Wartungsarbeiten in Drittbetrieben beschäftigt werden. Auch die bei Personalführungsgesellschaften angestellten Arbeitnehmer erbringen ihre Arbeitsleistung in den angeschlossenen Drittbetrieben.

Die wichtigste und zugleich die umstrittenste Form des Einsatzes in Drittbetrieben ist die Leiharbeit, bei der Arbeitnehmer auf Weisung ihres Arbeitgebers im Betrieb eines anderen Unternehmers nach dessen Weisungen tätig werden, ohne ihr altes Arbeitsverhältnis zu beenden und ohne ein neues zu begründen. Die Leiharbeitnehmer erfüllen mit ihrer Tätigkeit beim Entleiher ihre Arbeitspflicht gegenüber ihrem ursprünglichen Arbeitgeber. Dieser erfüllt damit seine Verpflichtung aus dem mit dem Entleiher geschlossenen Arbeitnehmerüberlassungs- bzw. Personalleasingvertrag. Durch Einsatz von Leiharbeitern können die entleihenden Unternehmen ihren kurzfristigen erhöhten Personalbedarf ohne Begründung von (bestandsgeschützten) Arbeitsverhältnissen decken.

Eine Verpflichtung zur Leistung von Leiharbeit besteht nach § 613 Satz 2 BGB grundsätzlich nur bei Zustimmung des davon betroffenen Arbeitnehmers, die allerdings schon beim Abschluss des Arbeitsvertrages erteilt werden kann. Von den Gewerkschaften wird wegen der Gefahr illegaler Beschäftigung und zur Erhaltung von Stammbeslegschaften ein generelles Verbot jeglicher Leiharbeit und insbesondere der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung gefordert. Tatsächlich erfassen betriebsverfassungsrechtliche und tarifliche Regelungen wegen der Besonderheiten von Arbeitnehmerüberlassungsverträgen Leiharbeitnehmer nicht oder nicht ausreichend.

2) Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung

Breibt ein Unternehmer die Arbeitnehmerüberlassung gewerbsmäßig und als Unternehmenszweck, so stellt er Arbeitnehmer als Leiharbeiter nur ein, um sie anderen Unternehmern gegen Entgelt zu überlassen (unechte Leiharbeit). Der Verleiher schließt mit wechselnden Entleihern Dienstverschaffungsverträge und weist die von ihm eingestellten Leiharbeitnehmer nur an, bei den Entleihern nach deren Weisungen tätig zu werden. Im übrigen werden Leiharbeitnehmer voll in den Betrieb des jeweiligen Entleihers eingegliedert und führen dort ihre Arbeit allein nach dessen Weisungen aus. Bei der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung setzt also der Entleiher die ihm vom Verleiher zur Verfügung gestellten Arbeitskräfte wie eigene ein. 1991 waren ca. 146 000 Leiharbeitnehmer bei gewerblichen Verleihern beschäftigt.

Diese Form der Leiharbeit ist durch das *Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung* (AÜG) näher ausgestaltet und im März 1997 durch Art. 63 AFRG wesentlich liberalisiert worden. Der Verleiher benötigt für die Ausübung seiner Verleihtätigkeit eine besondere Erlaubnis der Bundesanstalt für Arbeit. Er gilt als Arbeitgeber der Leiharbeitnehmer (§§ 1, 9 AÜG). Der Verleiher muss mit dem Leiharbeitnehmer ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis begründen. Zulässig sind neuerdings ununterbrochene Kettenarbeitsverhältnisse (§ 9 Nr. 2 AÜG). Zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer besteht also ein befristetes oder unbefristetes Dauerarbeitsverhältnis, das nicht auf die einzelne Überlassung an einen Entleiher beschränkt ist. Die Höchstdauer der einzelnen Überlassungsverträge ist von 9 auf 12 Monate erhöht worden. Leiharbeitnehmer haben ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn sie für einen Entleiher tätig werden sollen, der durch einen Arbeitskampf unmittelbar betroffen ist. Sie sind also nicht verpflichtet, Streikarbeit zu leisten. Darauf hat sie der Verleiher besonders hinzuweisen (§ 11 Abs. 5 AÜG).

Durch § 10 AÜG wird erreicht, dass auch der Entleiher ein erhebliches Interesse an der Einhaltung der zum Schutze von Leiharbeitnehmern geschaffenen Regelungen durch den Verleiher hat und von sich aus darauf hinwirkt. Ist der Überlassungsvertrag zwischen Verleiher und Entleiher wegen Missachtung der zwingenden Regelungen über seinen Inhalt unwirksam oder hat der Verleiher gar keine Verleiherlaubnis, so gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer zu den mit dem Verleiher vereinbarten Arbeitsbedingungen als zustande gekommen.

Keine Erlaubnis für die Arbeitnehmerüberlassung benötigen Arbeitgeber, die weniger als 50 Arbeitnehmer beschäftigen und diese zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen einem anderen Arbeitgeber bis zur Dauer von 12 Monaten überlassen. Sie müssen die Überlassung dann lediglich anzeigen (§ 1a AÜG). Auch der vorübergehende Personalaustausch innerhalb von Konzernunternehmen ist von den Beschränkungen des AÜG befreit (§ 1 Abs. 3).

In Betrieben des Baugewerbes ist die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung generell unzulässig und nur ausnahmsweise dann gestattet, wenn Verleiher- und Entleiherbetrieb von denselben Rahmen- oder Sozialkassentariften oder von deren Allgemeinverbindlichkeit erfasst werden (§ 1b AÜG).

3) Kollegenhilfe (echte Leiharbeit)

Bei der echten Leiharbeit in Form der Kollegenhilfe wird der Arbeitnehmer überwiegend von seinem eigentlichen Arbeitgeber beschäftigt und nur gelegentlich - z. B. wegen Arbeitsmangels - mit seinem Einverständnis bei einem anderen Unternehmer tätig. Sieht ein Tarifvertrag die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Arbeitgebern

desselben Wirtschaftszweiges zur Vermeidung von Kurzarbeit oder von Entlassungen vor, so ist darauf das AÜG nicht anzuwenden.

4) Abgrenzungskriterien

Wegen des fingierten Arbeitsvertrages zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer bei verbotener Arbeitnehmerüberlassung (§ 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG) ist die Entscheidung bedeutsam, ob die Beschäftigung bei einem Drittunternehmen aufgrund eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages oder aufgrund von Rechtsbeziehungen dienst- oder werkvertraglicher Art erfolgte. Arbeitnehmerüberlassung ist dadurch gekennzeichnet, dass dem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in seinen Betrieb eingegliedert sind und nach seinen Weisungen tätig werden sollen. Demgegenüber werden bei einem Werk- oder Dienstvertrag die geschuldeten Leistungen bei dem Betriebsinhaber von einem Unternehmer nach dessen Vorstellungen unter Einsatz von Mitarbeitern erbracht, die seiner Weisungsbefugnis unterliegen. Keine Leiharbeit sind Ausgestaltungen, bei denen ein Arbeitgeber selbst eine Werk- oder Dienstleistung schuldet, die er im Betrieb eines Dritten erbringt und bei der er seine Arbeitnehmer als Erfüllungsgehilfen einsetzt und auch eigenverantwortlich anweist. Dann sind die bei dem Dritten eingesetzten Arbeitnehmer Erfüllungsgehilfen im Sinne von § 278 BGB. Auch Wartungsarbeiten im Rahmen von Maschinenüberlassungsverträgen werden jedenfalls dann nicht als Arbeitnehmerüberlassung qualifiziert, wenn die Vermietung z.B. von EDV-Anlagen oder Baumaschinen gegenüber der Wartung und Bedienung durch das vom Vermieter gestellte Personal ganz im Vordergrund steht. Auf Arbeitsverhältnisse mit nicht erwerbswirtschaftlich tätigen Personalführungsgesellschaften (z.B. Gesamthafenbetrieben), die eine fortlaufende Beschäftigung der Arbeitnehmer durch wechselnden Einsatz bei den ihnen angeschlossenen Unternehmen gewährleisten sollen, ist das AÜG ebenfalls nicht anwendbar.

Zeitarbeitnehmer haben also nur einen einzigen Arbeitgeber, das Zeitarbeitsunternehmen. Es leiht die sog. "Zeitarbeitnehmer" jedoch an andere Unternehmen aus.

Die Zeitarbeit, oder, um den korrekten juristischen Begriff zu nennen, die "Arbeitnehmerüberlassung" basiert also auf einem Dreiecksverhältnis, bestehend aus Zeitarbeitsunternehmen, Zeitarbeitnehmer und Entleiher.

Zeitarbeit ist gesetzlich im "Arbeitnehmerüberlassungsgesetz" (AÜG) geregelt.

Häufig stellt sich die Frage, ob überhaupt Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, also das AÜG anzuwenden ist, oder ob nicht nur ein Werkvertrag vorliegt, der nicht unter das AÜG fällt.

Die Reinigungskraft Clothilde Clar geht Woche für Woche in den Betrieb der Fa. Clever & Smart und massiert dort den Boden solange bis er glänzt. Ihren Arbeitsvertrag hat sie mit der Fa. „Potzblitz“ geschlossen. Herr Clever, der stets zuletzt das Haus verlässt, kontrolliert jedes Mal den Boden. Wenn er auch nur ein Staubkörnchen entdeckt, muss Frau Clar „noch mal drüber“. Frau Clar fragt sich, ob für sie das AÜG gilt.

Läge ein Werkvertrag zwischen der Fa. Clever & Smart und der Fa. Potzblitz vor, so wäre Frau Clar ausschließlich den Weisungen der Fa. Potzblitz unterworfen. Herr Clever müsste sich also bei Potzblitz beschweren, wenn er mit der Putzleistung unzufrieden wäre. Die Fa. Potzblitz könnte dann Frau Clar anweisen, gründlicher zu putzen.

Da Frau Clar aber offenbar den Weisungen der Fa. Clever & Smart unterliegt, liegt Arbeitnehmerüberlassung vor.

Merke: In beiden Fällen wäre Frau Clar ausschließlich bei der Fa. Potzblitz beschäftigt. Nur das eben im letzten Fall das AÜG gilt.

Für die Zeitarbeitnehmer gelten die gesetzlichen Bestimmungen wie das Lohnfortzahlungsgesetz, Bundesurlaubsgesetz, Schwerbehindertengesetz usw. Zeitarbeitnehmer haben die normalen Arbeitnehmerrechte, also Mutterschutz und Kündigungsschutz.

Auch für Zeitarbeitnehmer gelten die üblichen Bestimmungen wie Renten-, Kranken-, Arbeitslosen-, Unfallversicherung, Arbeitsschutz etc.

Der Zeitarbeitnehmer hat auch dann Anspruch auf Lohn, wenn das Zeitarbeitsunternehmen ihn eine Zeitlang nicht an ein externes Unternehmen vermitteln kann. In der Praxis kann der Arbeitnehmer dann einen oder mehrere Tage hintereinander einfach zu Hause bleiben, allerdings abrufbereit.

Zeitarbeitnehmer werden grundsätzlich unbefristet angestellt; so bestimmt es zumindest das AÜG. Der Grund: Die Zeitarbeitnehmer sollen nicht nur für einen einzigen Auftrag eines externen Unternehmens angeheuert werden. Die entsprechende Regelung nennt sich Verbot der Deckungsgleichheit: Der erste Einsatz darf nicht genauso lang sein wie die Vertragszeit mit dem Zeitarbeitsunternehmen.

Nur ausnahmsweise dürfen die Zeitarbeitsunternehmen befristete Verträge abschließen, z.B. bei Studenten, die nur in den Semesterferien arbeiten können.

Bei Beginn eines Arbeitsverhältnisses bei einem Zeitarbeitsunternehmen muss dem Arbeitnehmer ein Merkblatt der Bundesanstalt für Arbeit ausgehändigt werden, in dem Rechte und Pflichten genau erläutert sind.

Die Tarifverträge der einzelnen Branchen gelten für die Zeitarbeitnehmer nicht.

3. Teil: Kollektivarbeitsrecht

Die Rechte und Pflichten der Vertragspartner eines Arbeitsvertrages ergeben sich nicht nur aus den gesetzlichen Bestimmungen und den Vereinbarungen zwischen ihnen. Auch aus Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen können sich arbeitsrechtliche Rechte und Pflichten ergeben.

1. Abschnitt: Das Recht der Koalitionen

A. Die Koalition

Nur Koalitionen können Tarifverträge abschließen. Koalitionen sind Zusammenschlüsse von Arbeitnehmern oder Arbeitgebern zur Wahrung und Förderung ihrer Interessen bei der Gestaltung der von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen.

Koalitionen müssen folgende Voraussetzungen genügen:

- sie müssen Vereinigungen von Arbeitnehmern *oder* Arbeitgebern sein
- sie müssen vom Mitgliederwechsel unabhängig sein, also Vereine
- sie müssen freiwillig gebildet sein
- sie müssen von der Gegenseite unabhängig sein
- parteipolitisch neutral
- von Kirche und Staat unabhängig
- auf überbetrieblicher Grundlage organisiert
- sie müssen sich zur Aufgabe gesetzt haben, Tarifverträge abzuschließen
- das geltende Schlichtungsrecht anerkennen
- und Druck ausüben können

B. Die Koalitionsfreiheit

Art. 9 GG schützt das Recht zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden⁷⁸. Dabei sind folgende Aspekte dieser so genannten Koalitionsfreiheit zu unterscheiden:

- (1.) Die Positive Koalitionsfreiheit ist das Recht des einzelnen, einer Koalition beizutreten. Art. 9 ist dritt-schützend, d.h. Abreden, tatsächliche oder rechtliche Maßnahmen durch die in die Koalitionsfreiheit eingegriffen wird sind nichtig (Art. 9 III 2 GG, § 134 BGB). Das Recht der Koalition, Beitritt, Verbleiben und Austritt der Mitglieder zu regeln, bleibt unberührt.
- (2.) Negative Koalitionsfreiheit bedeutet die Freiheit des einzelnen sich keiner Koalition anzuschließen
- (3.) Die individuelle Koalitionsfreiheit gewährleistet das Recht des einzelnen, sich koalitionsmäßig zu betätigen und am Koalitionsleben teilzunehmen. Hierzu gehört jede Tätigkeit, die sich auf die Erfüllung der in Art. 9 III GG gestellten Aufgaben bezieht. Der einzelne darf also an Koalitions-handlungen teilnehmen, sich also z.B. an einem Streik seines Verbandes beteiligen oder sich werbend für seinen Verband einsetzen.
- (4.) Durch die kollektive Koalitionsfreiheit sind die Verbände auch in ihrem Bestand geschützt (auch gegen Dritte). Dieser Bestandsschutz wird verwirkt, wenn Koalitionsfreiheit zum Kampf gegen die FDGO missbraucht wird.

C. Die Aufgaben der Koalitionen

Die Aufgaben der Koalitionen können in drei Bereiche unterteilt werden:

- (1.) Aufgaben die sie selbständig, außerhalb der staatlichen Verwaltung wahrnehmen. Hierzu gehören die Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, der Abschluss von Tarifverträgen, das Schlichtungswesen, der Arbeitskampf, die Beteiligung an der Betriebsverfassung, die Mitbestimmung in der Unternehmensverfassung sowie die Festsetzung von Arbeitsschutzvorschriften §§ 7, 9 AZO

- (2.) Anhörungs- und Antragsrechte gegenüber Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung. In diesem Bereich sind insbesondere zu nennen das Antragsrecht bei der Allgemeinverbindlichkeitserklärung, Anhörungsrechte bei der Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen, Anhörungs- und Mitwirkungsrechte bei dem Erlass von Durchführungsverordnungen und Verwaltungsvorschriften zu Gesetzen (z. B. § 11 TVG, 16 MindestarbeitsbedingungG, 33 HAG, 11 ArbNErfG), Mitwirkungsrechte im Rahmen der Betriebs- und Unternehmensverfassung, Prozessführungsbefugnisse vor den Arbeitsgerichten § 11 ArbGG, Mitwirkungsrechte bei der Errichtung und Organisation der Arbeitsgerichte (§§ 14, 15, 34, 36 ArbGG)
- (3.) Benennungs- und Entsendungsrechte gegenüber staatlicher Gerichtsbarkeit und Verwaltung. Hierzu gehören auf dem Gebiet des Arbeitsrechts das Recht zur Benennung von ehrenamtlichen Richtern für die Arbeitsgerichte aller Instanzen und Beratungsrecht bei der Bestellung des Arbeitsgerichtsvorsitzenden. Auf dem Gebiet des Sozialversicherungsrechts besteht gleichfalls ein Recht zur Benennung und Entsendung von ehrenamtlichen Richtern zu den Sozialgerichten § 14 II SGG. Schließlich existieren auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts Benennungs- und Entsendungsbefugnisse zu den verschiedensten Einfuhr- und Vorratsstellen.

D. Die Mitgliedschaft in den Koalitionen

Die Mitgliedschaft in einer Koalition wird durch Beitritt begründet, der nicht erschwert werden darf. Das Recht der Koalition, die Voraussetzungen und das Verfahren des Beitritts zu regeln bleibt hiervon unberührt.

2. Abschnitt: Das Recht des Arbeitskampfes

A. Der Arbeitskampf

Der Arbeitskampf dient der Durchsetzung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Mittel des Arbeitskampfes sind

- der Streik, d.h. die von einer größeren Anzahl von Arbeitnehmern planmäßig und gemeinschaftlich durchgeführte Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten zur Erreichung eines gemeinschaftlichen Zieles⁷⁹. Hierzu gehört die Arbeitseinstellung, die Nicht- oder Schlechterfüllung der Arbeitspflicht (Bummelstreik) und die übergenaue Befolgung von Ordnungs- oder Sicherheitsbestimmungen, die den Betrieb zum Erliegen bringen („Dienst nach Vorschrift“). Merke: Bereits die Einleitung der Urabstimmung ist Arbeitskampfmaßnahme, da sie den Verhandlungspartner bewusst und gewollt unter den unmittelbaren Druck eingeleiteter Arbeitskämpfe setzen und damit seine Entschließungsfreiheit beeinträchtigen sollen⁸⁰.
- die Aussperrung, d.h. die von einem oder mehreren Arbeitgebern planmäßig erfolgte Arbeitsausschließung mehrerer Arbeitnehmer unter Verweigerung der Lohnfortzahlung zur Erreichung bestimmter Ziele⁸¹. Die Aussperrung hat für die bereits streikenden Arbeitnehmer keine Rechtswirkungen, die über die - durch den Streik bereits bewirkte - Suspendierung der Hauptpflichten hinausgeht. Bei Arbeitnehmern die sich am Streik nicht beteiligt haben, führt erst die Aussperrung zur Suspendierung der Hauptpflichten.
- der Boykott, bei dem ein Boykottierer einen bestimmten Personenkreis, die Boykottanten, dazu auffordert, die Beziehungen zu einem Dritten ganz oder teilweise abzubrechen.

B. Die Bewertung des Arbeitskampfes in der Rechtsordnung

Das GG setzt die Zulässigkeit des Arbeitskampfes voraus. Nach der Rechtsprechung des BAG besteht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass ein von einer Gewerkschaft geführter Streik zur Regelung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen geführt wird. Ein derartiger Streik soll dann weiter die Vermutung der Rechtmäßigkeit für sich haben⁸².

Aber nicht jede Arbeitskampfmaßnahme ist rechtmäßig. Sie ist rechtswidrig, wenn

- die Gewerkschaft nicht das satzungsmäßig vorgesehene Verfahren eingehalten hat. Sofern eine Urabstimmung satzungsmäßige Voraussetzung ist (z. B. bei der IG-Metall) muss diese durchgeführt werden. Allerdings muss in der Satzung keine Urabstimmung vorgesehen sein.
- der Bekämpfte die gestellten Forderungen rechtlich nicht erfüllen kann. Aus diesem Grunde sind z.B. politische Arbeitskämpfe rechtswidrig. Dies sind solche, bei denen die Kampfparteien Maßnahmen in der Absicht ergreifen, den Hoheitsträger unter Druck zu setzen und zu einem bestimmten hoheitlichen Handeln zu zwingen⁸³. Auch Sympathiearbeitskämpfe sind rechtswidrig, weil der Bekämpfte die Streikforderung nicht erfüllen kann⁸⁴, es sei denn, der Bekämpfte hat Unterstützungsleistungen geleistet. Warnstreiks sind während Tarifverhandlungen hingegen zulässig.

- sie gegen das Beamtenrecht verstößt⁸⁵. Nach BAG und BVerwG dürfen Beamte auf bestreikten Arbeitsplätzen eingesetzt werden⁸⁶. Streikrecht von Auszubildenden strittig. Jedenfalls kein Streik um eigene Arbeitsbedingungen.
- sie nicht der Durchsetzung tariflich regelbarer Ziele dient⁸⁷. Werden teilweise rechtswidrige Ziele verfolgt, so ist der ganze Arbeitskampf rechtswidrig⁸⁸.
- sie nicht von einer Gewerkschaft getragen wird⁸⁹. Daher sind spontane, wilde Streiks rechtswidrig⁹⁰. Arbeitnehmer, die nicht gewerkschaftlich organisiert sind, können sich aber einem von der Gewerkschaft geführten rechtmäßigen Arbeitskampf anschließen⁹¹
- kein Verhandlungsgleichgewicht besteht.
- der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht gewahrt ist.
- die Maßnahme um tariflich bereits geregelte Arbeitsbedingungen geführt wird⁹².

Fall: Die Frauen-AG der Gewerkschaft HBV ist der Ansicht, dass die in ihrer Branche beschäftigten Frauen selbst bestimmen könnten, ob sie ein Kind bekommen sollen oder nicht. Dies ergebe sich aus den Artikeln 1 und 2 des Grundgesetzes, nach dem jedermann und jede Frau eine Menschenwürde habe und ein Recht zur Selbstbestimmung. Zur Durchsetzung dieser Auffassung starten sie eine Kampagne innerhalb ihres Verbandes, die schließlich dazu führt, dass sich alle Gewerkschaftsangehörigen mit den Forderungen der Frauen solidarisch erklären. Die Gewerkschaft ruft nach Durchführung des in der Satzung vorgesehenen Verfahrens zum Streik auf. Erklärtes Ziel des Streiks ist die ersatzlose Streichung des § 218 StGB (strafrechtliches Verbot des Schwangerschaftsabbruches). Ist der Streik rechtmäßig?

C. Der Einfluß des Arbeitskampfes auf das Arbeitsverhältnis

Die Teilnahme an einem rechtmäßigen Arbeitskampf ist keine rechtswidrige Arbeitsvertragsverletzung. Durch die Teilnahme am rechtmäßigen Arbeitskampf tritt daher nur eine Suspendierung der Hauptpflichten ein. Das bedeutet, dass kein Anspruch auf Vergütung und Beschäftigung besteht (§§ 275, 323 BGB). Die Streikenden erhalten aber Streikunterstützung aus der Gewerkschaftskasse, die nicht einkommensteuerpflichtig ist⁹³

Die Nebenpflichten bestehen fort.

3. Abschnitt: Schlichtung

Vor oder während eines Arbeitskampfes wird häufig ein Schlichtungsverfahren durchgeführt. Tarifverträge pflegen jedoch regelmäßig Schlichtungsklauseln zu enthalten, die das Schlichtungsverfahren und die Besetzung der Schlichtungsstelle regeln.

4. Abschnitt: Das Tarifrecht

A. Bedeutung und Rechtsnatur des Tarifvertrages

Der Tarifvertrag ist ein von tariffähigen Parteien abgeschlossener Vertrag zur Regelung der Pflichten und Rechte der Tarifvertragsparteien (schuldrechtlicher oder obligatorischer Teil) und zur Festlegung von Rechtsnormen, insbesondere über den Abschluss, den Inhalt und die Beendigung der erfassten Arbeitsverhältnisse (normativer Teil).

Der Tarifvertrag hat im wesentlichen drei Funktionen:

- Schutzfunktion: Der Tarifvertrag soll den einzelnen Arbeitnehmer davor schützen, dass der wirtschaftlich stärkere Arbeitgeber bei der Festlegung der Arbeitsbedingungen einseitig eine Forderung durchsetzt. Er dient damit der Chancengleichheit zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite
- Ordnungsfunktion: Tarifverträge führen zu einer Typisierung der Arbeitsverträge, zu einer Überschaubarkeit der Personalkosten und damit zu einer autonomen Ordnung des Arbeitslebens
- Friedensfunktion: Der Tarifvertrag schließt während seiner Laufzeit Arbeitskämpfe und neue Forderungen hinsichtlich der in ihm geregelten Gegenstände aus.

Der Tarifvertrag hat rechtlich eine Doppelnatur:

Der obligatorische Teil ist ein gegenseitiger, schuldrechtlicher Vertrag mit arbeitsrechtlichem Inhalt. Der normative Teil ist ein für Dritte rechtsverbindlicher zweiseitiger korporativer Normenvertrag. Der Tarifvertrag ist daher Gesetz im materiellen Sinne⁹⁴. Es gelten die Vorschriften des BGB, sofern sich aus dem TVG oder dem kollektivrechtlichen Charakter des Tarifvertrag nichts anderes ergibt. Die Regeln der §§ 116, 139, 142 und 305 BGB scheiden allerdings von vornherein aus. Ebenso ist eine Anfechtung mit rückwirkender Wirkung ausgeschlossen. Der Anfechtungsgrund ist aber regelmäßig Grund für eine außerordentliche Kündigung. Darüber hinaus ist zu

beachten, dass sich daraus, dass der normative Teil ein Gesetz im materiellen Sinne ist einige Besonderheiten ergeben. So ist der normative Teil wie ein Gesetz objektiv auszulegen.

Aus der verfassungsrechtliche Gewährleistung der Tarifverträge ergibt sich, dass ein Verbot von Tarifverträgen oder deren Ersetzung durch staatliche Lohnfestsetzung verfassungswidrig wäre.

B. Arten von Tarifverträgen

Tarifverträge lassen sich nach verschiedenen Kriterien einteilen:

1) Entgelttarifverträge und Rahmentarifverträge

Nach dem Inhalt kann man Entgelttarifverträge (Lohn- und Gehaltstarifverträge, auch Zahltarifverträge genannt) einerseits und Rahmentarifverträge (auch Manteltarifverträge genannt) andererseits unterscheiden.

a) Entgelttarifverträge

Entgelttarifverträge werden meist für ein bis zwei Jahre vereinbart und enthalten Lohnsätze für die verschiedenen Lohn- und Gehaltsgruppen, in welche die Arbeitnehmer nach Vorbildung und Art der Arbeit eingeteilt sind. Grundlage für die tarifliche Eingruppierung einer Tätigkeit ist vielfach eine mittlere Lohngruppe (=100%). Durch Zu- oder Abschläge werden die Tariflöhne der übrigen Lohngruppen errechnet.

b) Rahmentarifverträge

Rahmentarifverträge gelten meist für einen längeren Zeitraum. Sie können insbesondere grundsätzliche Bestimmungen enthalten über

- Eingruppierungen in Lohn- oder Gehaltsklassen
- Lohnfortzahlung bei Krankheit, Unfall und bei Beurlaubungen (z.B. wegen Heirat oder Umzug)
- Zulagen und Zuschläge für Erschwernis, Schmutz, Gefahren, Mehrarbeit, Schichtarbeit, Nacharbeit, Sonn- und Feiertagsarbeit
- Lohnformen, also Zeit- und Leistungslohn
- Prämien, Erfolgsbeteiligungen, 13. Monatseinkommen
- vermögenswirksame Leistungen
- Arbeitszeit
- Urlaub, Urlaubsentgelt und Urlaubsgeld
- Haftungsbeschränkungen

2) Verbandstarifverträge und Firmentarifverträge

Tarifverträge lassen sich auch danach einteilen, wer sie abgeschlossen hat. Während der Verbandstarifvertrag von einem Arbeitgeberverband abgeschlossen wird, wird der Firmentarifvertrag (auch Werkstarifvertrag oder Haustarifvertrag genannt) von einem einzelnen Arbeitgeber abgeschlossen.

3) Bundes- Landes- und Regionaltarifvertrag

Nach dem räumlichen Geltungsbereich können Tarifverträge für das gesamte Bundesgebiet, ein Bundesland oder einzelne in ihm bestimmte Regionen unterschieden werden.

C. Abschluß, Beginn und Ende des Tarifvertrages

1) Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit

Tariffähigkeit ist die Fähigkeit, Partei eines Tarifvertrages zu sein⁹⁵. Tariffähig können sein:

- Gewerkschaften
- Vereinigungen von Arbeitgebern, § 2 TVG
- einzelne Arbeitgeber.

Der Arbeitgeber verliert seine Tariffähigkeit nicht dadurch, dass er einem Verband beitrifft. Eine Gewerkschaft kann also grundsätzlich auch von einem solchen Arbeitgeber den Abschluss eines Firmentarifvertrages verlan-

gen, der Mitglied eines Arbeitgeberverbandes ist, egal ob die Verbandssatzung dies untersagt oder nicht (Folgen sind aber im Innenverhältnis Arbeitgeber - Verband möglich). Dies ist nur dann unzulässig, wenn noch ein Verbandstarifvertrag besteht (wegen Friedenspflicht) oder der Arbeitgeber zum Austritt aus dem Arbeitgeberverband gezwungen werden soll (wegen Art. 9 III GG). Andererseits kann ein Verband auch einen Arbeitsvertrag abschließen, der nur für den Betrieb oder die Unternehmen eines Arbeitgebers gilt.

Innungen und Innungsverbände sind nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift tariffähig, §§ 54 III 1, 82 Nr. 3, 85 II HandwO. Hierin liegt eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass öffentlich-rechtliche Verbände grundsätzlich nicht tariffähig sind.

Die Spitzenorganisationen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände sind gleichfalls tariffähig.

Mit dem Begriff Tarifzuständigkeit wird beschrieben, dass die Tarifpartner nur zur Regelung solcher Arbeitsbedingungen zuständig sind, die in ihren sachlichen (industriellen) und räumlichen Aufgabenbereich fallen. Die Tarifzuständigkeit richtet sich nach der Satzung der Koalition. Ein Tarifvertrag der ohne Tarifzuständigkeit abgeschlossen wird ist unwirksam.

2) Abschluss von Tarifverträgen

Für den Abschluss von Tarifverträgen gelten die §§ 145 ff. BGB. Beim Verbandstarifvertrag muss der Vertragsabschluss durch das zur Vertretung befugte Organ erfolgen (Vorstand, § 24 BGB, Sondervertreter § 30 BGB, Bevollmächtigter § 164 BGB). Tarifverträge bedürfen der Schriftform, § 1 II TVG

Mit dem Abschluss eines Tarifvertrages entstehen folgende Pflichten, deren Verletzung aber den Tarifvertrag nicht unwirksam macht:

Dem Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung muss innerhalb eines Monats nach Abschluss oder Änderung - die Urschrift, eine beglaubigte und zwei weitere Abschriften übersandt werden. Außerdem müssen die obersten Arbeitsbehörden der Länder, auf die sich der Tarifvertrag erstreckt, drei Abschriften erhalten.

3) Beginn des Tarifvertrages

Das Tarifverhältnis beginnt mit dem schriftlichen Abschluss des Tarifvertrages. Ab dann besteht für die Beteiligten die Friedenspflicht und die Einwirkungspflicht. Der Beginn der Tarifwirkungen richtet sich aber nach dem Inhalt des Tarifvertrages. Eine Rückwirkung ist möglich, nicht aber in den Zeitraum eines früheren Tarifvertrages hinein. Die Rückwirkung kann sich indes auf den Nachwirkungszeitraum eines Tarifvertrages erstrecken.

4) Ende des Tarifvertrages

Ein Tarifvertragsverhältnis endet

- durch Zeitablauf
- mit Eintritt der auflösenden Bedingung
- durch Aufhebungsvertrag
- durch ordentliche Kündigung
- durch außerordentliche Kündigung bei wichtigem Grund (Irrtum, erheblicher Vertragsbruch, wesentliche unzumutbare Änderungen der Umstände, Wegfall der Tariffähigkeit oder -zuständigkeit einer Partei)
- wenn Tarifvertrag gegenstandslos wird (Betrieb ist weggefallen)

Endet der Tarifvertrag so verliert er die schuldrechtlichen Wirkungen. Es besteht auch keine Friedens- und Einwirkungspflicht mehr. Der normative Teil wirkt aber nach (§ 4 TVG). Die in ihm enthaltenen Regelungen können aber jetzt einzelvertraglich zum Nachteil der Arbeitnehmer geändert werden.

D. Die obligatorischen Bestimmungen des Tarifvertrages

1) Rechtsnatur

Der obligatorische oder schuldrechtliche Teil des Tarifvertrages enthält schuldrechtliche Vertragsabreden im Sinne des BGB. Die relative Friedenspflicht und die Einwirkungspflicht sind obligatorische Pflichten, die dem Tarifvertrag immanent sind. Diese müssen also nicht ausdrücklich geregelt werden. Die Einordnung von Bestimmungen über Inkrafttreten, Laufdauer und Kündigungen ist schwierig. Nach überwiegender Ansicht werden derartige Bestimmungen aber vorwiegend dem obligatorischen Teil zugeordnet. Zu beachten ist, dass durch obligatorische Bestimmungen nicht auf Arbeitsverhältnisse zu Lasten von Außenseitern eingewirkt werden kann.

2) Schuldner und Gläubiger der obligatorischen Verpflichtungen

Schuldner und Gläubiger des obligatorischen Teils sind nur die Tarifvertragsparteien, nicht deren Mitglieder.

3) Die wichtigsten obligatorischen Pflichten

Die schuldrechtlichen Verpflichtungen lassen sich in Selbstpflichten, die nur von den Tarifvertragsparteien selbst erfüllt werden können (z.B. die Friedenspflicht) und Einwirkungspflichten, die durch Einwirkung auf die Mitglieder erfüllt werden, unterteilen. Die wichtigsten obligatorischen Pflichten sind:

die Friedenspflicht. Das ist die Pflicht, für die Einhaltung des Wirtschaftsfriedens durch sich und die eigenen Mitglieder zu sorgen und sich von jeder Kampfmaßnahme zu enthalten. Als relative Friedenspflicht wird sie bezeichnet, wenn sie nur die Verpflichtung enthält Arbeitskämpfe um tariflich geregelte Punkte zu unterlassen. Diese relative Friedenspflicht ist jedem Tarifvertrag immanent. Eine relative Friedenspflicht besteht also auch dann, wenn der Tarifvertrag über sie nichts aussagt. Die sog. absolute Friedenspflicht bedeutet, dass jegliche Arbeitskämpfe während der Laufzeit eines Tarifvertrags zu unterlassen sind. Sie besteht nur, wenn sie im Tarifvertrag besonders vereinbart wurde.

die Einwirkungspflicht ist die Pflicht, mit verbandsmäßigen Mitteln dafür sorgen, dass die Verbandsmitglieder sich tarifmäßig verhalten.

sonstige obligatorische Verpflichtungen, wie die Pflicht zur Einrichtung von Sozialeinrichtungen, zur Mitwirkung bei der Beantragung von Allgemeinverbindlichkeitserklärungen oder zur Errichtung von Schiedskommissionen.

4) Unzulässige obligatorische Bestimmungen

Unzulässig und unwirksam sind insbesondere

Differenzierungsklauseln, nach denen Tarifgebundene von den Arbeitgebern besser behandelt werden sollen, als Nichttarifgebundene.

Außenseiterklauseln, bei denen Nichttarifgebundene von den Arbeitgebern nicht schlechter behandelt werden sollen, als Tarifgebundene.

die Festlegung von Höchsttarifbedingungen:

Beispiel: Kein Angestellter darf mehr als 3.000,- EUR brutto verdienen.

Organisations- und Absperrklauseln

Beispiel: Eine Klausel nach der Arbeitgeber keine Arbeitnehmer beschäftigen dürfen, die nicht Mitglieder einer Gewerkschaft sind.

5) Rechtsfolgen bei Verletzung der obligatorischen Bestimmungen

Bei einer Verletzung der obligatorischen Bestimmungen hat die Gegenseite folgende Ansprüche:

- (1.) Leistungsanspruch, gerichtet auf das Unterlassen tarifwidrigen Handelns (Vollstreckung nach § 890 ZPO) oder auf die Vornahme der geschuldeten Handlung (Vollstreckung nach §§ 887, 888 ZPO)
- (2.) bei Leistungsstörungen, die in den §§ 320-326 BGB bezeichneten Ansprüche, aber kein Rücktrittsrecht. Anstelle des Rücktrittsrechtes besteht statt dessen ein Recht zur außerordentlichen Kündigung.
- (3.) bei Verletzung der Friedenspflicht Anspruch auf Schadensersatz.

E. Die normativen Bestimmungen des Tarifrechtes

1) Begriff

Unter den normativen Bestimmungen des Tarifvertrages werden alle Bestimmungen verstanden, die eine unmittelbare und zwingende Wirkung für die Tarifbeteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer schaffen. Ein Tarifvertrag ohne normativen Teil ist kein Tarifvertrag. Typische normative Regelungen sind

- Inhaltsnormen. Sie beziehen sich auf den Inhalt von Arbeitsverträgen. Sie dürfen keinen Eingriff in die Privatsphäre der ihnen unterworfenen Arbeitgeber oder Arbeitnehmer enthalten.
- Abschlussnormen, die den Abschluss neuer, die Wiederaufnahme alter oder die Durchsetzung unterbrochener Arbeitsverhältnisse regeln. Hierzu gehören auch Formvorschriften, Abschlussverbote und -gebote

- Betriebsnormen enthalten Regeln, die der gesamten Belegschaft oder bestimmten Gruppen von Arbeitnehmern dienen. Hier sind beispielhaft Regeln über Entlüftung und Heizung von Räumen, Arbeitsschutzeinrichtungen, Errichtung von Sozialeinrichtungen, Lage der Arbeitszeit oder über Lohnzahlungszeiträume zu nennen. Der einzelne Arbeitnehmer hat keinen einklagbaren Anspruch auf ihre Einhaltung, wohl aber die Gewerkschaften und der Betriebsrat (§ 80 I 1 BetrVG). Diese Normen gelten bereits dann, wenn nur der Arbeitgeber tarifgebunden ist. Sie können zugleich Inhaltsnormen sein, wenn dem einzelnen Arbeitnehmer gleichzeitig Rechte und Pflichten eingeräumt werden.
- Normen über betriebsverfassungsrechtliche Fragen sind rechtlich problematisch. Ob § 87 BetrVG erweiterbar ist, ist daher auch strittig. Bei allgemeinen personellen Angelegenheiten i.S.d. §§ 92 ff BetrVG wurde eine Regelung durch die Tarifpartner für zulässig gehalten, bei wirtschaftlichen Angelegenheiten nicht.
- Normen über gemeinsame Einrichtungen z.B. Lohnausgleichskassen und Urlaubsmarkenregelungen

F. Der Geltungsbereich der normativen Bestimmungen

Damit die normativen Bestimmungen ein Arbeitsverhältnis unmittelbar ändern, müssen Arbeitnehmer und Arbeitgeber in den persönlichen und sachlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages fallen.

1) Persönlicher Geltungsbereich

Ein Arbeitsverhältnis fällt nur dann in den persönlichen Geltungsbereich eines Tarifvertrages wenn

- der Arbeitnehmer Mitglied der vertragsschließenden Gewerkschaft ist. Ist das der Fall besteht ein Anspruch auf Beschäftigung zu tarifvertraglichen Bedingungen auch dann, wenn die Gewerkschaftszugehörigkeit zunächst verschwiegen worden ist. Wechselt der Arbeitnehmer den Wirtschaftszweig, so ist er in dem neuen Betrieb nicht mehr tarifgebunden. Er muss hierzu zunächst der zuständigen Gewerkschaft beitreten. Merke: betriebsverfassungsrechtliche Normen gelten bereits dann, wenn allein der Arbeitgeber tarifgebunden ist.
- der Arbeitgeber Mitglied des vertragsschließenden Arbeitgeberverbandes ist oder er selbst den Tarifvertrag abgeschlossen hat (Firmentarifvertrag).

Waren Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei Wirksamwerden des Tarifvertrages tarifgebunden, so bleiben sie es, bis der Tarifvertrag endet, § 3 III TVG. Bestimmte Personengruppen können ausgenommen sein (leitende Angestellte, Arbeiter, Angestellte).

Ist ein Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt worden, kommt es auf die Mitgliedschaft in der jeweiligen Koalition nicht an.

2) Sachlicher Geltungsbereich

Der sachliche Geltungsbereich bestimmt sich in der bundesdeutschen Tarifvertragspraxis nach dem Wirtschaftszweig. Abzustellen ist dabei auf die von den Belegschaftsangehörigen überwiegend ausgeübte und den Charakter des Betriebes prägende Tätigkeit. Der Maurer in der chemischen Industrie untersteht also dem Chemietarifvertrag. Nach der geltenden Tarifpraxis werden selbständige Betriebsabteilungen zunehmend wie selbständige Betriebe behandelt.

3) Zeitlicher Geltungsbereich

Der zeitliche Geltungsbereich ergibt sich aus dem Tarifvertrag selbst.

4) Räumlicher Geltungsbereich

Auch für den räumlichen Geltungsbereich ist der Inhalt des Tarifvertrag entscheidend (Bezirk, Bundesland, gesamtes Bundesgebiet). Für die Geltung entscheidet der Ort an dem die Arbeitsleistung erbracht wird; wird ein Arbeitnehmer außerhalb des Betriebssitzes eingesetzt (Montagearbeiter) so ist im Regelfall weiterhin der Tarifvertrag des Betriebssitzes anzuwenden, es sei denn, der Arbeitnehmer wird von vornherein für eine bestimmte außerhalb des Betriebssitzes liegende besondere Betriebsstätte eingestellt. Bei Betriebsverlegung außerhalb des räumlichen Geltungsbereiches endet der Tarifvertrag, es besteht aber Nachwirkung.

G. Die Wirkungsweise der normativen Bestimmungen des Tarifvertrages

1) Allgemeines

Der Tarifvertrag entfaltet unmittelbare Rechtswirkungen für Arbeitsverhältnisse nur, wenn

- (1.) der Tarifvertrag selbst rechtswirksam ist. Dies ist der Fall, wenn er den Voraussetzungen der §§ 1, 2 TVG genügt, eine Materie regelt, die den Koalitionen zur eigenen Regelung überlassen ist, sich im Rahmen der Tarifzuständigkeit der Tarifparteien hält und nicht gegen materielles Recht verstößt.
- (2.) die zu regelnden Arbeitsverträge rechtswirksam sind. Eine Ausnahme gilt beim faktischen Arbeitsverhältnis.
- (3.) die Parteien des Arbeitsvertrages tarifgebunden sind. Bei Inhalts- und Abschlussnormen müssen beide Vertragspartner Mitglied der entsprechenden Koalition sein, bei betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen reicht es, wenn nur der Arbeitgeber in dem entsprechenden Verband ist.
- (4.) die Arbeitsverträge dem Geltungsbereich der Tarifverträge unterfallen.

2) Die Unabdingbarkeit

Sind die vorstehend beschriebenen Voraussetzungen gegeben, so können die im Tarifvertrag festgelegten Arbeitsbedingungen nicht unterschritten werden.

H. Verfallfristen

Nach § 4 IV 3 TVG können Tarifverträge Verfallfristen vorsehen. Dies sind Ausschlussfristen, Verwirkungsfristen oder Präklusivfristen für die Geltendmachung von tariflichen Ansprüchen.

I. Die Tarifbindung

Zusammenfassend lassen sich sechs Gruppen von tarifgebundenen Personen unterscheiden

- (1.) der Arbeitgeber, der selbst Partei des Tarifvertrages ist.
- (2.) die Mitglieder der Tarifvertragsparteien im Zeitpunkt der Feststellungen der Tarifwirkungen
- (3.) Arbeitgeber und Arbeitnehmer die im Zeitpunkt des Wirksamkeitsbeginns des Tarifvertrages Mitglieder der Tarifvertragsparteien waren, es aber im Zeitpunkt der Feststellung der Tarifvertragswirkungen nicht mehr sind
- (4.) Mitglieder der Verbände, die Spitzenorganisationen angehören, wenn die Spitzenorganisationen den Tarifvertrag im eigenen Namen abgeschlossen haben
- (5.) Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die infolge Allgemeinverbindlichkeitserklärung an den Tarifvertrag gebunden sind
- (6.) wenn ein Tarifvertrag gemeinsame Einrichtungen vorsieht § 4 II TVG sind alle unter 1-5 aufgezählten daran gebunden.

Merke auch: bei tarifvertraglicher Regelung von betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Normen genügt Tarifgebundenheit des Arbeitgebers § 3 II TVG

J. Die Allgemeinverbindlichkeitserklärung

Durch die Allgemeinverbindlichkeitserklärung kann der Anwendungsbereich des Tarifvertrages auch auf nicht tarifgebundene Arbeitnehmer und Arbeitgeber erstreckt werden, § 5 TVG. Zur Zeit sind etwa 540 Tarifverträge allgemeinverbindlich.

Das Verfahren der Allgemeinverbindlichkeitserklärung vollzieht sich folgendermaßen: Auf Antrag einer der beiden Tarifvertragsparteien wird die Allgemeinverbindlichkeitserklärung durch den Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung bzw. durch die oberste Arbeitsbehörde eines Landes im Einvernehmen mit einem paritätisch mit je drei Vertretern der Spitzenorganisationen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber besetzten Tarifausschuss ausgesprochen. Lehnt dieser eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung ab, so ist die Arbeitsbehörde daran gebunden, eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung entfällt.

Die Allgemeinverbindlichkeitserklärung setzt voraus, dass

- die tarifgebundenen Arbeitgeber wenigstens 50 % der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallenden Arbeitnehmer beschäftigen,
- die Allgemeinverbindlichkeitserklärung im öffentliche Interesse geboten ist, insbesondere weil anderenfalls in einem Tarifbereich unter das sozial angemessene Niveau sinken würden.

Der zuständige Minister hat bei der Beurteilung der vorstehenden Punkte einen weiten Ermessensspielraum.

Die Wirkung der Allgemeinverbindlichkeitserklärung endet

- mit Ablauf des Tarifvertrages, wobei auch ein allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag nachwirkt oder
- wenn der Bundesminister die Allgemeinverbindlichkeitserklärung eines Tarifvertrages im Einvernehmen mit dem Tarifausschuss aufhebt.

K. Individualrechtliche Bezugnahme des Tarifrechtes

Auch wenn keine Tarifgebundenheit besteht, können Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbaren, dass die tarifvertraglichen Bestimmungen für ihr Arbeitsverhältnis zur Anwendung kommen sollen. Dies kann auch stillschweigend, insbesondere auch durch betriebliche Übung, erfolgen. Dabei kann Geltung des jeweiligen Tarifvertrages oder des derzeitigen Tarifvertrages vereinbart werden. Die Parteien des Arbeitsvertrages können später einvernehmlich auch zum Nachteil des Arbeitnehmers vom Tarifvertrag abweichen. Durch eine Betriebsvereinbarung kann die Erstreckung eines Tarifvertrages auf nicht tarifgebundene Arbeitnehmer eines Betriebes nur erfolgen, wenn der Tarifvertrag eine Öffnungsklausel enthält.

5. Abschnitt: Betriebsverfassungsrecht

Verstöße gegen das BetrVG können nach § 23 III BetrVG ein Ordnungsgeld nach sich ziehen.

A. Anwendungsbereich

Das BetrVG findet keine Anwendung auf sogenannte leitende Angestellte, § 5 III BetrVG. Diese können weder wählen noch Mitglied des Betriebsrates sein, bei ihrer Kündigung ist der Betriebsrat nicht anzuhören.

Es findet auch keine Anwendung auf Religionsgemeinschaften und deren karitative und erzieherische Einrichtungen, § 118 II BetrVG. Auf Tendenzbetriebe finden nur Teile des BetrVG Anwendung, § 118 I BetrVG. Schließlich gilt das BetrVG nicht für Verwaltungen und Betriebe des Bundes, der Länder, Gemeinden und sonstige Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, § 130 BetrVG.

B. Der Betriebsbegriff

Der Begriff Betrieb ist für das Betriebsverfassungsrecht von entscheidender Bedeutung. Leider kann von einem klaren Betriebsbegriff nicht die Rede sein. Das Bundesarbeitsgericht bezeichnete als Betrieb die "organisatorische Einheit, innerhalb derer der Unternehmer allein oder in Gemeinschaft mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe von sachlichen und im materiellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt"⁹⁶. Dabei handelt es sich nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts um einen Betrieb, wenn die Unternehmensleitung selbst eine oder mehrere Arbeitsstätten (Produktions- oder Dienstleistungsstätten) in arbeitstechnischer Hinsicht leitet, und um mehrere Betriebe, wenn die Leitung insoweit jeweils in der Arbeitsstätte ausgeübt wird. Das Kriterium liegt also nicht in der Verschiedenheit des arbeitstechnischen Zwecks, der in der Arbeitsstätte verfolgt wird, sondern in einer Verselbstständigung der Organisation durch einen einheitlichen Leitungsapparat, der Arbeitgeberfunktionen gegenüber den Arbeitnehmern ausübt. Erforderlich ist nicht, dass die Leitung der einzelnen Arbeitsstätte immer die Kompetenz für alle betriebsverfassungsrechtlich relevanten Maßnahmen hat, sondern es genügt, dass die Unternehmensleitung "die Entscheidung in personellen und sozialen Angelegenheiten im wesentlichen der Leitung der einzelnen Produktionsstätte überlässt".

Die Zusammenarbeit von Unternehmen bei gemeinsamen Projekten, Unternehmensaufspaltungen und die Erfüllung bestimmter Arbeitsaufgaben für mehrere Unternehmen in einem Konzern können zur Folge haben, dass zwei oder mehrere Unternehmen gemeinsam eine arbeitstechnische Organisation, also einen gemeinsamen Betrieb, bilden.

Beispiele: Hauptverwaltung und Filialdirektionen von Versicherungsgesellschaften, die aus Gründen des Versicherungsaufsichtsrechts die verschiedenen Sparten des Versicherungsgeschäfts getrennt betreiben müssen; das gemeinsame Büro bei verschiedenen Buchverlagen; die Arbeitsgemeinschaften, die im Baugewerbe von mehreren Bauunternehmen für ein gemeinsames Bauprojekt gebildet werden (ARGE).

In § 1 Abs. 2 BetrVG wurden nunmehr Kriterien für die Vermutung eines gemeinsamen Betriebes normiert.

C. Wahl des Betriebsrates

Entgegen des Wortlautes des § 1 BetrVG besteht keine Pflicht zur Wahl eines Betriebsrates. Vielmehr kann ab einer bestimmten Betriebsgröße ein Betriebsrat gewählt werden. Für die Wahlvorstandsmitglieder und die Kandidaten besteht nach § 15 BetrVG ein besonderer Kündigungsschutz.

Die Größe des Betriebsrates ergibt sich aus § 9 BetrVG. Ab einer Größe von 3 Mitgliedern müssen in ihm Arbeiter und Angestellte entsprechend ihrem zahlenmäßigen Verhältnis vertreten sein (Gruppenprinzip, § 10 BetrVG).

Die Amtszeit des Betriebsrates beträgt vier Jahre (§ 21 BetrVG).

D. Die Organe der Betriebsverfassung

Zunächst ist auf die zahlreichen Möglichkeiten des §§ 3 BetrVG hinzuweisen. Hiernach können insbesondere betriebsunabhängige und zusätzliche Arbeitnehmervertretungen gebildet werden.

Mit dem Reformgesetz ist die Trennung von Arbeitern und Angestellten auch in der Betriebsverfassung aufgegeben worden. Die seit 1920 bestehende Gruppenregelung ist damit entfallen. Für Kleinbetriebe ist nunmehr ein vereinfachtes Wahlverfahren vorgesehen. Das Geschlecht, das in der Belegschaft in der Minderheit ist, muss mindestens entsprechend seinem zahlenmäßigen Verhältnis im Betriebsrates vertreten sein.

1) Der Betriebsratsvorsitzende

Gem. § 26 I BetrVG hat der Betriebsrat aus seiner Mitte einen Vorsitzenden und dessen Stellvertreter zu wählen. Der Vorsitzende vertritt den Betriebsrat im Rahmen der von ihm gefassten Beschlüsse („Sprachrohr des Betriebsrates“). Überschreitet der Vorsitzende seine Kompetenz ist seine Erklärung für den Betriebsrat nicht bindend, es sei den, der Betriebsrat muss sich ausnahmsweise die Erklärung des Vorsitzenden nach Vertrauensgrundsätzen zurechnen lassen.

Das Betriebsratsgremium kann dem Vorsitzenden und/oder einzelnen anderen Betriebsratsmitgliedern einzelne Aufgaben zur selbständigen Entscheidung im Rahmen vorgegebener Richtlinien übertragen. Überschreitet der Vorsitzende, die durch die Richtlinien gesetzten Grenzen, so sind seine Erklärungen ungültig, sofern sie nicht nachträglich vom Betriebsrat genehmigt werden.

2) Der Betriebsausschuss

Ein Betriebsausschuss muss gem. § 27 I BetrVG gebildet werden, wenn der Betriebsrat neun oder mehr Mitglieder hat. Der Betriebsratsvorsitzende und dessen Stellvertreter müssen dem Ausschuss angehören. Der Betriebsausschuss ist für die Erledigung der laufenden Geschäfte (interne Arbeiten des Betriebsrates wie Abwicklung des Schriftverkehrs, Vorbereitung von Betriebsratsitzungen und Betriebsversammlungen, Zusammenstellung von Unterlagen für die Beschlussfassung des Betriebsratsgremiums, Durchführung von Sprechstunden des Betriebsrates, Vorklärung bestimmter Fragen mit dem Arbeitgeber, nicht: Vertretung nach außen) zuständig. Er kann durch Mehrheitsbeschluss aller Betriebsratsmitglieder weitere Aufgaben zur selbständigen Erledigung übertragen erhalten (z.B. Übertragung der Beteiligungsrechte des Betriebsrates bei Umgruppierungen und Versetzungen, nicht aber das Recht zum Abschluss von Betriebsvereinbarungen). Die Aufgabendelegation darf auch nicht so weit gehen, dass der Betriebsrat überflüssig wird. Bei zulässiger Übertragung ersetzt der Beschluss des Ausschusses die Entscheidung des Betriebsrates. Der Betriebsrat kann einen Beschluss des Betriebsausschusses aber jederzeit mit der Mehrheit seiner Stimmen aufheben, solange dieser noch nicht nach außen wirksam geworden ist.

3) Der Fachausschuss

Ein Fachausschuss kann gem. § 28 fakultativ unter den gleichen Voraussetzungen wie beim Betriebsausschuss gebildet werden. Der Betriebsratsvorsitzende und dessen Stellvertreter müssen dem Fachausschuss nicht angehören. Es ist keine bestimmte Mitgliederanzahl vorgeschrieben. Auch der Fachausschuss kann Aufgaben lediglich zur Vorbereitung oder auch zur selbständigen Erledigung übertragen bekommen. Hat der Fachausschuss Aufgaben zur selbständigen Erledigung übertragen bekommen, so tritt er insoweit an die Stelle des Betriebsrates, das heißt, der Fachausschuss ist berechtigt und verpflichtet Mitbestimmungsrecht in einer für den Betriebsrat bindenden Form auszuüben. Nur Betriebsvereinbarungen darf der Fachausschuss nicht abschließen. Die Unterrichtung des zuständigen Fachausschusses ist für die Erfüllung von Unterrichtspflichten des Arbeitgebers ausreichend.

4) Der gemeinsame Ausschuss

Der gemeinsame Ausschuss wird in der betrieblichen Praxis auch paritätischer Ausschuss oder paritätische Kommission genannt. Er kann gemäß § 28 III BetrVG in Betrieben mit mehr als 300 Arbeitnehmern gebildet werden. Er ist in der Regel je zur Hälfte mit Betriebsratsmitgliedern und Arbeitgebervertretern besetzt.

Es bestehen keine gesetzlichen Regelungen über Besetzung oder Beschlussfassung. Daher ist eine gemeinsame Regelung dieser Fragen durch Arbeitgeber und Betriebsrat zweckmäßig, insbesondere sollte zur Beschlussfassung mindestens die Mehrheit der Stimmen der Betriebsratsmitglieder erforderlich sein, da der gemeinsame Ausschuss ja Beteiligungsrechte des Betriebsrates wahrnimmt. Könnte ein Beschluss bereits mit der Mehrheit der Arbeitgebervertreter und der Minderheit der Betriebsratsmitglieder zustande kommen, könnte von einer echten Mitbestimmung nicht mehr gesprochen werden.

Auch der gemeinsame Ausschuss kann Aufgaben lediglich zur Vorbereitung oder auch zur selbständigen Erledigung übertragen bekommen. Hat der Fachausschuss Aufgaben zur selbständigen Erledigung übertragen bekommen, so tritt er an die Stelle des Betriebsrates, das heißt der Fachausschuss ist berechtigt und verpflichtet Mitbestimmungsrechte in einer für den Betriebsrat bindenden Form auszuüben. Haben Arbeitgeber und Betriebsrat Aufgaben und Befugnisse eines gemeinsamen Ausschusses in einer Betriebsvereinbarung festgelegt, so wird durch eine Entscheidung des Ausschusses der Inhalt der Arbeitsverträge jedes einzelnen Arbeitnehmers in der gleichen Weise wie durch eine Betriebsvereinbarung geregelt. Der Fachausschuss selbst darf keine Betriebsvereinbarungen abschließen. Im übrigen gelten die Regeln über den Fachausschuss.

5) Arbeitsgruppen

Nach der Neuregelung in § 28 a BetrVG besteht in Betrieben mit mehr als 100 Arbeitnehmern die Möglichkeit, Aufgaben des Betriebsrats auf Arbeitsgruppen zu übertragen. Dies ist nur „nach Maßgabe einer mit dem Arbeitgeber abzuschließenden Rahmenvereinbarung“ möglich.

Arbeitsgruppen können aus Gruppenarbeit hervorgegangen sein, die Übertragung kommt aber auch bei sonstiger Team- und Projektarbeit in Frage. Die Bildung einer Arbeitsgruppe und die personelle Zusammensetzung wird vom Arbeitgeber bestimmt. Die Mitglieder der Arbeitsgruppe erhalten nicht die Stellung von Betriebsratsmitgliedern.

Die Arbeitsgruppe kann mit dem Arbeitgeber Vereinbarungen im Sinne des § 77 schließen.

6) Der Gesamtbetriebsrat

a) Zusammensetzung und Stimmenverteilung

Der Gesamtbetriebsrat wird nicht von den Arbeitnehmern gewählt, sondern die einzelnen Betriebsräte entsenden je 2 Vertreter in den Gesamtbetriebsrat (vgl. § 47 BetrVG). Abgestimmt wird nicht nach Köpfen. Vielmehr hat jedes Gesamtbetriebsratsmitglied so viele Stimmen, wie es wahlberechtigte Arbeitnehmer aus seinem Betrieb vertritt.

b) Zuständigkeit

Der Gesamtbetriebsrat ist gemäß § 50 BetrVG für die Behandlung mitwirkungspflichtiger überbetrieblicher Angelegenheiten zuständig. Hierfür genügt, dass „bei vernünftiger Würdigung eine zwingende sachliche Notwendigkeit für eine unternehmenseinheitliche Regelung besteht“,

z.B. unternehmenseinheitliche Altersversorgung, unternehmenseinheitliche Richtlinie zur Darlehensvergabe, Stilllegung sämtlicher Betriebe oder unternehmenseinheitliche Dienstreiseordnung.

Liegt diese Voraussetzung nicht vor, so ist nur (!) der Betriebsrat zuständig, nicht der Gesamtbetriebsrat. Die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrates erstreckt sich nicht auf solche betriebsratsfähigen Betriebe eines Unternehmens, in denen kein Betriebsrat gewählt worden ist. Die vom Gesamtbetriebsrat abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen sind für diese Betriebe unbeachtlich.

Er hat kein Weisungsrecht gegenüber Einzelbetriebsräten, diese können aber den Gesamtbetriebsrat beauftragen, Angelegenheiten für sie zu verhandeln oder verbindlich zu regeln.

7) Der Konzernbetriebsrat

Der Konzernbetriebsrat ist geregelt in § 54 BetrVG. Der Begriff Konzern ist in § 18 I AktG definiert. Nach dieser Vorschrift ist Konzern die Bezeichnung für eine Gruppe juristisch selbständiger Unternehmen unter einer einheitlichen Leitung. Die wirtschaftliche Eigenständigkeit der beteiligten Unternehmen wird dabei völlig aufgegeben. Die Konzernleitung bestimmt allein.

8) Die Betriebsversammlung

Die Betriebsversammlung besteht aus allen Arbeitnehmern des Betriebes. Sie ist das schwächste Organ der Betriebsverfassung. Sie hat keine Vertretungsmacht oder sonstige Funktion nach außen. Ihr steht auch kein Weisungsrecht gegenüber dem Betriebsrat zu.

Der Arbeitgeber kann Belegschaftsversammlungen abhalten, diese sind aber keine Betriebsversammlung im Rechtssinne.

Teilnahmeberechtigt an der Betriebsversammlung sind die Arbeitnehmer des Betriebes, der nicht selbständigen Nebenbetriebe und Betriebsteile sowie der nach § 3 I Nr. 3 BetrVG zugeordneten Nebenbetriebe und Betriebsteile. Eine Teilnahmeberechtigung besteht auch für die in den §§ 5 I, 6 BetrVG genannten Personenkreise. Auch die im Betriebe beschäftigten Leiharbeiter sind teilnahmeberechtigt (str.). Ebenso im Außendienst

beschäftigte Arbeitnehmer. Nicht teilnahmeberechtigt sind die in § 5 II, III BetrVG genannten Personen, da auf sie das BetrVG keine Anwendung findet.

Die Betriebsversammlung wird von dem Vorsitzenden und im Falle seiner Verhinderung von dessen Stellvertreter geleitet. Sie Betriebsversammlung ist nicht öffentlich, § 42 BetrVG. Andere Personen können zugelassen werden, wenn dies sachdienlich ist. Wenn wegen der Eigenart des Betriebes zum gleichen Zeitpunkt keine Vollversammlung abgehalten werden kann (und nur dann), sind Teilversammlungen zulässig

Die ordentliche Betriebsversammlung ist in jedem Kalendervierteljahr einzuberufen. Der Arbeitgeber ist unter Mitteilung der Tagesordnung zu laden. Er kann das Wort ergreifen und einen Vertreter seines Arbeitgeberverbandes hinzuziehen, § 43 II BetrVG. Diesem ist auf Verlangen des Arbeitgebers das Wort zu erteilen. Mindestens einmal in jedem Kalenderjahr hat der Arbeitgeber über die wirtschaftliche Lage und Entwicklung des Betriebes zu berichten, § 43 BetrVG. Der Bericht erstreckt sich auf die Personalplanung und die wirtschaftliche Lage und Entwicklung des Betriebes. Der Arbeitgeber soll einen groben Überblick über die voraussichtliche Entwicklung, Produktions- und Investitionsvorhaben geben. Der Betriebsrat hat einen Tätigkeitsbericht zu erstatten., § 43 I BetrVG.

Die außerordentliche Betriebsversammlung kann vom Betriebsrat einberufen werden. Sie ist ferner auf Wunsch des Arbeitgebers oder mindestens $\frac{1}{4}$ der wahlberechtigten Arbeitnehmer einzuberufen, § 43 III BetrVG.

Für den Zeitpunkt, an dem Betriebsversammlungen abgehalten werden sollen, gilt:

Die vierteljährliche regelmäßig abzuhaltenden Betriebsversammlung, die zusätzliche Betriebsversammlung nach § 43 I 4 BetrVG, die Betriebsversammlung zur Bestellung des Wahlvorstandes und die auf Antrag des Arbeitgebers einberufene außerordentliche Betriebsversammlung hat während der Arbeitszeit stattzufinden. Die außerordentliche Betriebsversammlung, die der Betriebsrat auf Antrag der Arbeitnehmer oder aus eigener EntschlieÙung einberuft hat außerhalb der Arbeitszeit stattzufinden.

Die Betriebsversammlung kann dem Betriebsrat Anträge unterbreiten und zu seinen Beschlüssen Stellung nehmen, § 45 BetrVG. Auf Betriebs-, Teil- und Abteilungsversammlungen können alle Themen behandelt werden, die den Betrieb, das Verhältnis zum Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer untereinander betreffen. Eingeschlossen sind Themen tarifpolitischer, sozialpolitischer und wirtschaftlicher Art, die den Betrieb oder eine Arbeitnehmer unmittelbar betreffen. Es gilt der Grundsatz der Betriebsbezogenheit. Es darf nicht zum betrieblichen Arbeitskampf aufgefordert werden oder der betriebliche Arbeitsablauf oder der Frieden des Betriebes beeinträchtigt werden, § 74 II BetrVG. Keine allgemeinpolitischen Fragen.

An allen Betriebs- und Abteilungsversammlungen können Beauftragte der im Betrieb vertretenen Gewerkschaften teilnehmen, § 46 BetrVG. Zum Vergütungsanspruch der Teilnehmer vgl. § 44 BetrVG.

9) Die Jugendvertretung

Ist in § 60 BetrVG geregelt. Nach dieser Vorschrift besteht eine Pflicht zur Bildung von Jugend- und Auszubildendenvertretung. Das aktive Wahlrecht ist § 60 I BetrVG, das passive Wahlrecht in § 60 II geregelt. Die Amtszeit beträgt nach § 64 II BetrVG zwei Jahre. Merke: Wer über 18 Jahre alt ist kann statt dessen auch in den Betriebsrat gewählt werden. Zur Größe der Vertretung vgl. § 62 BetrVG. Die allgemeinen Aufgaben ergeben sich aus § 70 BetrVG. Die Durchsetzung ihrer Vorstellungen ist der Jugendvertretung regelmäßig nur über den Betriebsrat möglich.

Die wesentlichen Rechte der Jugendvertretung sind

- Teilnahmerecht eines Vertreters an allen Betriebsratssitzungen (§ 67 I BetrVG). Bei Behandlung von Angelegenheiten, die die Belange der Jugendlichen oder Auszubildenden betreffen, dürfen alle Vertreter teilnehmen, § 67 I 2 BetrVG.
- Recht der Aussetzung von Betriebsratsbeschlüssen, die Belange der Jugendlichen oder Auszubildenden beeinträchtigen, 67 III BetrVG
- Stimmrecht bei Jugendangelegenheiten, 67 II BetrVG
- Recht zur Teilnahme an Besprechungen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber bei Jugendangelegenheiten, 68 BetrVG
- Recht auf Einberufung einer Jugend- und Auszubildendenversammlung, § 71 BetrVG. Dieses Recht besteht vor oder nach jeder Betriebsversammlung. Der Arbeitgeber ist einzuladen, 43 II 1 und 2 BetrVG
- Recht Sprechstunden abzuhalten, 69 BetrVG
- Recht auf Schulungsmaßnahmen und Bildungsurlaub (1. Amtsperiode: 4 Wochen, danach 3 Wochen)

Die Kosten der Jugendvertretung trägt der Arbeitgeber.

10) Die Vertretung des Arbeitgebers

Die Vertretung des Arbeitgeber ist nicht im BetrVG geregelt. Es gelten daher die allgemeinen Regeln (§ 164 ff BGB, 48 ff. HGB). Insoweit ist es auf Seiten des Arbeitgebers sinnvoll, dem Betriebsrat mitzuteilen, wer für bestimmte Fragen vertretungsberechtigt ist.

E. Grundzüge der Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat

1) Der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit

Ergibt sich aus § 2 I BetrVG. Es handelt sich um eine Auslegungsregel für die unbestimmten Rechtsbegriffe im BetrVG. Aus dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit kann sich eine Pflicht zur Verschwiegenheit hinsichtlich solcher Tatsachen ergeben, an deren vertraulicher Behandlung der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse hat, in denen der Arbeitgeber dem Betriebsrat aber keine Geheimhaltungspflicht gemäß § 79 BetrVG auferlegen kann, der Arbeitgeber aber gleichwohl eine Verbreitung bestimmter Tatsachen (zunächst) noch verhindern möchte (z.B. beabsichtigte Einführung neuer Fertigungsmethoden).

2) Das Recht auf Unterrichtung

a) Das Recht auf Selbstinformation

Jedes Betriebsratsmitglied darf zur Erledigung seiner Aufgaben seine Arbeit unterbrechen, § 37 II BetrVG. Der Arbeitgeber hat kein Überwachungs- und Kontrollrecht hinsichtlich der Amtsführung des Betriebsrates. Gleichwohl muss sich ein Betriebsratsmitglied aber wie jeder andere Arbeitnehmer auch beim Verlassen des Arbeitsplatzes abmelden. Hierzu gehört die stichwortartige Beschreibung des Gegenstandes der Betriebsratstätigkeit nach Art, Ort und Zeit.

Muss ein Betriebsratsmitglied aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der Arbeitszeit tätig werden, so besteht Anspruch auf Freizeitausgleich, § 37 III BetrVG.

b) Recht auf Unterrichtung durch den Arbeitgeber, § 80 II BetrVG

Die Pflicht, den Betriebsrat zu unterrichten ist nicht von einer Aufforderung durch den Betriebsrat abhängig. Die Vorschrift beschränkt nicht die Möglichkeit des Betriebsrates sich auf andere Weise Erkenntnisse zu beschaffen, etwa durch Besichtigung von Arbeitsplätzen.

Worüber ist der Betriebsrat zu unterrichten?

Der Betriebsrat ist von all jenen Dingen zu unterrichten, die seine allgemeinen Aufgaben (Überwachung geltender Gesetze z.B. Bundesdatenschutzgesetz) oder spezielle Beteiligungsrechte (z.B. Gestaltung des Arbeitsplatzes, § 90 BetrVG, Personalplanung, § 92 BetrVG, Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden, § 111 BetrVG) berühren.

Wann ist der Betriebsrat zu unterrichten?

Hier ist zu trennen zwischen der Unterrichtungspflicht und der Pflicht zur Vorlage von Unterlagen. "Rechtzeitig" bedeutet die Einschaltung des Betriebsrates in einem Stadium, in dem dieser noch auf bevorstehende Entscheidungen des Arbeitgebers Einfluss nehmen kann⁹⁷. (Nicht erst vollendete Tatsachen schaffen). Wird die Pflicht zur rechtzeitigen Unterrichtung des Betriebsrates wie in § 90 BetrVG mit der Auflage zu einer anschließenden Beratung mit dem Betriebsrat gekoppelt, so muss die Unterrichtung so frühzeitig erfolgen, dass der Betriebsrat sich auf diese Beratung vorbereiten kann⁹⁸.

Wie ist der Betriebsrat zu unterrichten?

Das Gesetz schreibt keine Form vor, daher mündlich oder schriftlich, ausdrücklich oder schlüssig möglich. Auf Verlangen sind dem Betriebsrat die erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen, d. h. auszuhändigen.

Nur die vorhandenen Unterlagen und hiervon auch nur in dem erforderlichen Umfang. Als Faustregel gilt: alles was der Arbeitgeber selbst an Unterlagen hat und benötigt, um alle für und gegen den entworfenen Plan sprechenden Erwägungen nachvollziehen zu können, muss ausgehändigt werden. Entwürfe und Studien, die bedeutungslos geblieben sind, brauchen nicht vorgelegt zu werden⁹⁹.

Die Unterrichtung hat so zu erfolgen, dass der Betriebsrat die erhaltenen Informationen auch verstehen kann¹⁰⁰, notfalls muss sie auch wiederholt erfolgen.

3) Die Geheimhaltungspflicht

Da dem Betriebsrat auch Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse anvertraut werden müssen, soweit deren Kenntnis zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben des Betriebsrates erforderlich ist, obliegt diesem gemäß § 79 BetrVG eine Geheimhaltungspflicht.

Diese besteht unter 3 Voraussetzungen:

- (1.) Es muss sich um ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis handeln.
- (2.) Der Arbeitgeber muss die Tatsache gegenüber dem Betriebsrat ausdrücklich als geheimhaltungsbedürftig bezeichnet haben. Wegen der Strafbarkeit des Geheimnisverrats (§ 120 BetrVG) reicht der bloße Hinweis auf die Vertraulichkeit einer Mitteilung nicht aus.
- (3.) Der Arbeitgeber muss ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung haben¹⁰¹.

Die Geheimhaltungspflicht gilt nicht gegenüber anderen Betriebsratsmitgliedern, aber gegenüber dem in § 79 II BetrVG genannten Personenkreis (z. B. Gewerkschaftsvertretern).

4) Die Kostentragungspflicht

Die durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstehenden Kosten trägt der Arbeitgeber (§ 40 Abs. 1 BetrVG). Hierzu gehören auch die Kosten von Rechtsstreitigkeiten.

Der Arbeitgeber hat für die Sitzungen, Sprechstunden und die laufende Geschäftsführung in erforderlichem Umfang Räume, sachliche Mittel, Informations- und Kommunikationstechnik sowie Büropersonal zur Verfügung zu stellen (§ 40 II BetrVG).

5) Der Schulungsanspruch des Betriebsrates

Schulungsanspruch des Betriebsrates gemäß § 37 VI BetrVG besteht unter drei Voraussetzungen:

- (1.) Die Schulung muss erforderlich sein. Die Schulung ist erforderlich, wenn die zu vermittelnden Kenntnisse unter Berücksichtigung des vorhandenen Wissens des Betriebsrates zur Erledigung der Betriebsratsarbeit notwendig sind. Dabei muss es sich um konkret anstehende Betriebsratsarbeit handeln.
- (2.) Die Kosten der Schulung müssen in angemessenem Verhältnis zu deren Nutzen stehen.
- (3.) Die Teilnahme eines Betriebsratsmitglieds muss vom Betriebsrat beschlossen worden sein¹⁰².

Liegen diese Voraussetzungen vor, so sind die Reisekosten - ggf. nach einer bestehenden Reisekostenrichtlinie - vom Arbeitgeber zu tragen. Gleiches gilt für die Übernachtungskosten. Auch die Lehrgangsgebühren muss der Arbeitgeber erstatten.

6) Das Recht auf Zuziehung von Gewerkschaftsvertretern

Gewerkschaftsvertreter haben gemäß § 2 II BetrVG ein Recht, den Betrieb zu betreten, wenn

- (1.) Der Betriebsrat den Gewerkschaftsvertreter unterstützend zur Lösung seiner betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben hinzuzieht und
- (2.) Ein Aufsuchen bestimmter Punkte des Betriebes durch den Gewerkschaftsvertreter erforderlich ist, damit sich dieser ein Urteil bilden kann.

7) Das Recht auf Zuziehung von Sachverständigen

Der Betriebsrat kann gemäß § 80 BetrVG unter drei Voraussetzungen einen Sachverständigen hinzuziehen:

- (1.) die zu behandelnde Frage muss zum Aufgabengebiet des Betriebsrates gehören
- (2.) die Zuziehung des Sachverständigen muss erforderlich sein
- (3.) vor der Hinzuziehung des Sachverständigen müssen die Modalitäten mit dem Arbeitgeber vereinbart werden. Hierzu gehören Vereinbarung der Frage(n), zu der der Sachverständige gehört werden soll, Person des Sachverständigen, Höhe der Honorarzusage, Zeitpunkt der Zuziehung¹⁰³.

8) Die Friedenspflicht

Für die Klärung von Meinungsverschiedenheiten zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat sind das Arbeitsgericht (bei Rechtsfragen) oder die Einigungsstelle (bei Zweckmäßigkeitfragen) zuständig. Arbeitskämpfe zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber sind daher gemäß § 74 II BetrVG verboten.

F. Formen der Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat

1) Allgemeines

Die Beteiligungsrechte des Betriebsrates sind unterschiedlich stark ausgeprägt. Der Kernbereich unternehmerischer Entscheidung bleibt von den Beteiligungsrechten des Betriebsrates unberührt, damit der Arbeitgeber die ihm zustehende Organisationsgewalt behält. Dabei lässt sich im Grundsatz festhalten, dass die Beteiligungsrechte des Betriebsrates um so stärker werden, je mehr die Frage, in der Meinungsverschiedenheiten bestehen, von dem Kernbereich unternehmerischer Entscheidungen in Richtung auf bloße Zweckmäßigkeitserwägungen hin entfernt ist.

2) Die Unterrichtung

Die Unterrichtung ist die schwächste Beteiligungsform. Sie meist Vorstufe eines weitergehenden Beteiligungsverfahrens. Die Unterrichtung ist Voraussetzung für die sachgemäße Ausübung der darauf aufbauenden Beteiligungsrechte. Sie muss daher alle Tatsachen umfassen, deren Kenntnis für die Arbeit des Betriebsrates erforderlich ist. Unterrichtungsrechte stehen dem Betriebsrat vorwiegend im Zusammenhang mit Planungsvorhaben des Arbeitgebers zu. z.B. bei Planung von Arbeitsplätzen sowie Arbeitsverfahren und Arbeitsabläufen (§ 90 BetrVG), in Bezug auf die Personalplanung § 92 BetrVG und bei Betriebsänderungen, § 111 BetrVG.

3) Die Anhörung

Die Anhörung ist nur bei Ausspruch einer Kündigung vorgesehen, § 102 BetrVG. Sie muss gemäß § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG erfolgen, **bevor** die Kündigung ausgesprochen wird.

Eine ordnungsgemäße Anhörung setzt die umfassende Unterrichtung des Betriebsrates von der Kündigung voraus. Der Arbeitgeber muss den Betriebsrat mündlich oder schriftlich zu Händen des Betriebsratsvorsitzenden von der vorgesehenen Kündigung unterrichten¹⁰⁴. Dabei sind neben den Personalien des Arbeitnehmers¹⁰⁵ die Art der Kündigung¹⁰⁶, die Kündigungsfrist bzw. der Kündigungstermin¹⁰⁷ sowie die Kündigungsgründe anzugeben¹⁰⁸. Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat alle Tatsachen mitteilen, auf die er die Kündigung stützen will. Hierzu zählen bei einer betriebsbedingten Kündigung auch die für die soziale Auswahl maßgeblichen Umstände¹⁰⁹.

Hierbei ist zu beachten, dass die Mitteilung von Werturteilen oder stichwortartigen Angaben nicht ausreichend ist, sondern der Arbeitgeber vielmehr gehalten ist, konkrete Tatsachen anzugeben¹¹⁰. Allerdings sind dem Betriebsrat lediglich die Tatsachen mitzuteilen, die nach Auffassung des Arbeitgebers die Kündigung rechtfertigen, auf die er seine Kündigung also stützen will¹¹¹. Eine bloße Unterrichtung reicht nicht. Der Arbeitgeber muss sich vielmehr die Argumente des Betriebsrates anhören d.h. nach einer vorangegangenen Unterrichtung muss der Betriebsrat die Möglichkeit haben, Einwendungen zu erheben. Eine Erörterung des Für und Wider muss der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat nicht durchführen. Unterbleibt die Anhörung des Betriebsrates vor einer Kündigung, so ist die Kündigung schon deshalb unwirksam. Teilt der Arbeitgeber dem Betriebsrat nur einen Teil der Kündigungsgründe mit, so kann er sich auf sonstige Gründe zur Rechtfertigung der Kündigung später nicht mehr berufen¹¹².

Schaubild 6

Der Betriebsrat
der Firma ...

An die Geschäftsleitung
der Firma

Beabsichtigte Kündigung des Herrn ...

Sehr geehrte Damen und Herren,

der Betriebsrat hat in seiner Sitzung am 8.11.1996 beschlossen, der beabsichtigten Kündigung des Herrn ... zu widersprechen.

Begründung: Herr ... ist seit dem 1.6.1978 in unserem Betrieb beschäftigt. Er ist verheiratet und hat drei Kinder im schulpflichtigen Alter. Beanstandungen gegen die von Herrn ... verrichtete Arbeit sind dem Betriebsrat auch nach Befragung des Fuhrparkleiters nicht bekannt. Der Betriebsrat verkennt nicht, dass die momentane Auftragslage unbefriedigend ist und der gegenwärtige Personalbestand nicht gehalten werden kann. Der Betriebsrat ist jedoch der Auffassung, dass gerade Herr ... auf keinen Fall entlassen werden kann, wie Sie die nur Ihnen obliegende Sozialauswahl vernachlässigt haben. Der Personalkartei ist nämlich zu entnehmen, dass mehrere Kraftfahrer bei Ihnen tätig sind, die aber im Gegensatz zu Herrn ... wesentlich später in den Betrieb eingetreten sind und auch für weniger Familienangehörige zu sorgen haben.

Da Sie bei Ihrer Kündigungsauswahl die sozialen Gesichtspunkte nicht berücksichtigt haben, musste der Betriebsrat der beabsichtigten Kündigung widersprechen. Eine andere Entscheidung wäre nicht gerechtfertigt gewesen.

Mit freundlichen Grüßen

(Unterschrift des Betriebsratsvorsitzenden) .

4) Die Beratung

Wichtigster Fall der Beratung ist § 90 BetrVG. Danach hat der Arbeitgeber sämtliche Auswirkungen einer der in § 90 I BetrVG genannten Maßnahme auf die Arbeitnehmer mit dem Betriebsrat zu beraten. Dazu gehören auch personelle Konsequenzen, wie die Notwendigkeit von Bildungsmaßnahmen und Versetzungen und soziale Aspekte, wie der Übergang vom Zeitlohn zum Leistungslohn. Schließlich sind wirtschaftliche Folgen, wie sie in § 111 BetrVG aufgeführt sind zu behandeln. Ebenso ergonomische Gesichtspunkte. Einer Einigung mit dem Betriebsrat bedarf es nicht. Der Arbeitgeber muss die Initiative für die Beratung ergreifen. Der Betriebsrat kann mit allen Mitgliedern oder nur mit einem Teil seiner Mitglieder erscheinen.

5) Die Zustimmung

Zustimmung heißt, dass der Arbeitgeber eine Maßnahme nicht ohne das Einverständnis des Betriebsrates durchführen darf. Der Betriebsrat kann keinen bindenden Alternativvorschlag unterbreiten.

Wichtigster Fall der Zustimmungspflicht ist die beabsichtigte Versetzung oder Umgruppierung eines Mitarbeiters (§ 99 BetrVG). Bedarf es zur Wirksamkeit der beiden vorgenannten Maßnahmen zusätzlich einer Änderungskündigung, so ist zu bedenken, dass die Anhörung des Betriebsrat zur Änderungskündigung nicht zugleich den Antrag auf Zustimmung nach § 99 BetrVG enthält¹¹³.

6) Die Mitbestimmung im engeren Sinne

Die Mitbestimmung im engeren Sinne ist die stärkste Form der Beteiligung. Sie bedeutet, dass eine Angelegenheit durch beide Betriebspartner einvernehmlich geregelt wird¹¹⁴. Die Wirksamkeit einer Maßnahme hängt also auch hier von der Zustimmung des Betriebsrates ab. Die Zustimmung steht im pflichtgemäßen Ermessen des Betriebsrates. Bei Nichteinigung kann eine Einigung über die Einigungsstelle erzwungen werden.

Ein Mitbestimmungsrecht besteht insbesondere bei

- (1.) sozialen Angelegenheiten, § 87 BetrVG
- (2.) bei der Durchführung betrieblicher Bildungsmaßnahmen, § 98 BetrVG
- (3.) bei Personalfragebögen und Formularverträgen, § 94 BetrVG

- (4.) bei Auswahlrichtlinien, § 95 BetrVG
- (5.) bei Aufstellung von Beurteilungsgrundsätzen, § 94 II BetrVG
- (6.) bei Kündigungen, wenn dies durch eine Betriebsvereinbarung verabredet ist, § 102 VI BetrVG
- (7.) bei außerordentlichen Kündigungen von Mitgliedern der Betriebsverfassungsorgane, § 103 BetrVG

außer in den Fällen der §§ 94 I, 95 II, 99 IV, 103 II BetrVG hat der Betriebsrat auch ein Initiativrecht, das heißt, er kann selbst verlangen und gegebenenfalls erzwingen, dass eine Regelung getroffen wird.

7) Das Initiativrecht

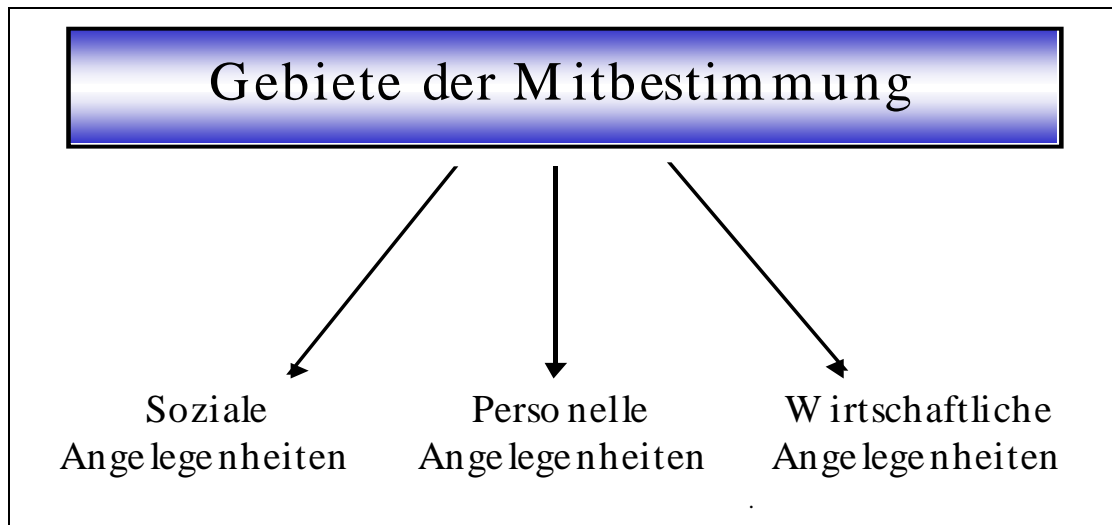
Ein Initiativrecht wird dem Betriebsrat in einigen Vorschriften (z.B. § 91 BetrVG) ausdrücklich zuerkannt. Es folgt im übrigen aus Mitbestimmungsrecht. Die Grenzen des Initiativrechtes können folgen aus dem jeweiligen Mitbestimmungstatbestand selbst oder aus anderen gesetzlichen Vorschriften, z.B. Unfallverhütungsvorschriften. Sie können sich auch aus dem Sinnzusammenhang des Betriebsverfassungsgesetzes ergeben, z.B. dem Grundsatz der Freiwilligkeit zusätzlich zum Tariflohn gewährter Leistungen, wonach dem Betriebsrat bei der Einführung einer freiwilligen Prämie lediglich ein Vetorecht zusteht, wohingegen ihm hinsichtlich der beabsichtigten Ausgestaltung ein volles Mitbestimmungsrecht zusteht.

G. Gebiete der Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat

1) Allgemeines

Stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls welches Beteiligungsrecht dem Betriebsrat zusteht, so beginnt die Suche nach der Antwort zweckmäßigerweise damit, das einschlägige Beteiligungsgebiet herauszuarbeiten.

Nach dem BetrVG bestehen Beteiligungsrechte des Betriebsrates bei sozialen, personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten.



2) Soziale Angelegenheiten

a) Allgemeines

Sie sind vor allem in den §§ 87 - 89 BetrVG geregelt. Daneben sind aber auch die §§ 77 III und 90, 91 BetrVG zu beachten. "Soziale Angelegenheiten" sind solche, die die Gemeinschaft der Arbeitnehmer betreffen.

Beispiele: Fragen der Betriebsordnung, der Arbeitszeit, der Lohngestaltung und des Unfallschutzes; auch Gestaltung von Arbeitsabläufen, Arbeitsverfahren und Arbeitsplätzen

Die Mitbestimmungsrechte im Bereich der sozialen Mitbestimmung bilden den Kernbereich der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrat. Zu unterscheiden sind die notwendige (§ 87 BetrVG) und die freiwillige (§ 88 BetrVG) Mitbestimmung.

b) Einzelne Beteiligungsrechte des Betriebsrates auf sozialem Gebiet

i. Die Mitbestimmung des Betriebsrates nach § 87 I Nr. 1 BetrVG

Hierzu der folgende Fall:

Im Betrieb der Firma "Recht und Ordnung" ist durch Betriebsvereinbarung eine Arbeitsordnung erlassen worden. Danach können u. a. Diebstähle und unbefugter Gebrauch von Werkseigentum mit Verwarnungen, Verweisen oder Geldbußen bis zur Höhe eines Brutto-Tagesverdienstes geahndet werden. Für die Festsetzung der Betriebsbußen ist ein von der Firmenleitung und vom Betriebsrat paritätisch besetzter Betriebsausschuss zuständig. Gegen den Mitarbeiter Klaus Klau, der wiederholt Werkzeug aus dem Betrieb mit nach Hause genommen hat, wird aufgrund der Arbeitsordnung eine Geldbuße in Höhe eines halben Tagesverdienstes festgesetzt und vom Lohn abgezogen. Zu Recht?

Ja. Es handelt sich um eine Regelung des Verhaltens im Betrieb.

Der Betriebsrat hat mitzubestimmen in Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. Die Vorschrift betrifft generelle Regelungen der äußeren Ordnung des Betriebes (Torkontrollen, Pünktlichkeitskontrollen, Passierscheine, Werksausweise, Alkohol- und Rauchverbote (soweit sie nur der betrieblichen Ordnung dienen), Betriebsbußen, Betriebshandel, Benutzung betrieblicher Telefone, Radioverbot, Parkplatzordnung, Kleiderordnung, Benutzungsregelung für Wasch- und Umkleieräume), also Sicherung des Arbeitsablaufes und des reibungslosen Zusammenwirkens der Arbeitnehmer, nicht die arbeitstechnisch organisatorische Gestaltung des Betriebsablaufes, also das Arbeitsverhalten (dieses wird allenfalls von § 90 BetrVG erfasst).

Gemeint ist das kollektive „Ordnungsverhalten“, nicht das „Arbeitsverhalten“. Unter Ordnung des Betriebes ist nicht die unternehmerische Einrichtung und Organisation des Betriebes zu verstehen, sondern die „innere soziale Ordnung“.

Das Unternehmen Brutus will Führungsrichtlinien einführen. Als der Betriebsrat hiervon „Wind bekommt“ teilt er dem Arbeitgeber mit, die Einführung von Führungsrichtlinien sei gem. § 87 I Nr. 1 BetrVG nur mit Zustimmung des Betriebsrates möglich. Stimmt das?

Das BAG¹¹⁵ hat hierzu ausgeführt: Regeln Führungsrichtlinien, in welcher Weise Mitarbeiter allgemein ihre Arbeitsaufgaben und Führungskräfte ihre Führungsaufgaben zu erledigen haben, so wird damit lediglich das Arbeitsverhalten der Mitarbeiter geregelt. Die Einführung solcher Führungsrichtlinien unterliegt nicht der Mitbestimmung des Betriebsrates. Die Antwort lautet also: Nein, es sei denn aus dem Inhalt der Führungsrichtlinien ergeben sich andere Mitbestimmungstatbestände.

ii. Lage der Arbeitszeit, § 87 I Nr. 2 BetrVG

Die Vorschrift gibt dem BR ein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich Beginn und Ende der Arbeitszeit, hinsichtlich der Festlegung der Pausen und hinsichtlich der Verteilung auf die Woche. Sie gilt auch für Teilzeitkräfte.

Zu den mitbestimmungspflichtigen Tatbeständen gehören beispielsweise: Rahmenbedingungen von bedarfsorientierter variabler Arbeitszeit; Job-Sharing; Einführung arbeitsfreier Tage gegen Verlängerung der Arbeitszeit in anderen Wochen; Einführung und Abbau von Schichtarbeit; Gleitzeit, einschließlich der Gleitspannen und der Kernarbeitszeit, sowie die Aufstellung der Schichtpläne; Einführung und Festlegung der zeitlichen Lage von Rufbereitschaft¹¹⁶; Bereitschaftsdienst

Nicht mitbestimmungspflichtig ist die Dauer der Arbeitszeit.

Nur unbezahlte Pausen, die die Arbeitszeit unterbrechen, sind Pausen im Sinne der Vorschrift. Bezahlte Lärmpausen oder Verteilzeiten, sind mitbestimmungsfrei.

iii. Vorübergehende Verkürzung oder Verlängerung der Arbeitszeit, § 87 I Nr. 3 BetrVG

Dieses Mitbestimmungsrecht greift bei einer mehrere Arbeitnehmer betreffenden vorübergehenden Veränderung der Dauer der Arbeitszeit ein. Hingegen besteht weder bei der Verlängerung der Arbeitszeit eines einzelnen Arbeitnehmers noch bei dauernder Veränderung der Arbeitsdauer aller Arbeitnehmer ein Mitbestimmungsrecht nach dieser Vorschrift. Hauptfall der Verkürzung der betriebsüblichen Arbeitszeit ist Kurzarbeit. Diesbezüglich hat der Betriebsrat auch ein Initiativrecht. Hauptfall der Verlängerung sind Mehrarbeit oder Überstunden. Das Mitbestimmungsrecht des BR besteht auch in Eilfällen. Hier kann der BR bei immer wieder auftretenden Eilfällen die Zustimmung jedoch im voraus erteilen¹¹⁷. Der generelle Abbau von Überstunden unterliegt nicht der Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 3 BetrVG, weil er nicht vorübergehend ist.

Auch die Einlegung einer einzigen Sonder- oder Feierschicht¹¹⁸ ist erfasst. Demgegenüber wird die dauerhafte Veränderung der regelmäßigen Arbeitszeit nicht erfasst¹¹⁹.

Sowohl die Anordnung von Überstunden als auch von Mehrarbeit bzw. der Arbeitszeitverlängerung gemäß § 3 EFZG unterliegt der Mitbestimmung. Dies gilt auch für die vorübergehende Verlängerung der Arbeitszeit von Teilzeitbeschäftigten¹²⁰, und zwar auch, wenn nach einer tariflichen Regelung Mehrarbeit der Teilzeitbeschäftigten nur diejenige Arbeitszeit sein soll, die über die regelmäßige Arbeitszeit Vollzeitbeschäftigter hinausgeht¹²¹.

Hinweis: In der Praxis wird häufig übersehen, dass nicht nur die Anordnung, sondern auch die Duldung von Überstunden dem Mitbestimmungsrecht unterliegt. Unter Duldung werden dabei die Entgegennahme der Arbeitsleistung und die Bezahlung der Überarbeit verstanden¹²².

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht auch dann, wenn der Arbeitgeber nur für einen Arbeitnehmer Überstunden anordnen will. Es entfällt nicht deshalb, weil ein Arbeitnehmer auf Wunsch des Arbeitgebers freiwillig Überstunden leistet, soweit ein kollektiver Tatbestand mit einem betrieblichen Regelungsbedürfnis vorliegt¹²³.

Eine Verkürzung der Arbeitszeit im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ist bei jeder Senkung der betriebsüblichen Arbeitszeit gegeben, gleichgültig, ob sie Stunden, Tage, einzelne Schichten oder einzelne Wochen betrifft¹²⁴.

iv. Zeit, Ort und Art der Auszahlung der Entgelte, § 87 I Nr. 4 BetrVG

Hierunter fallen Zeitpunkt, Zeitabschnitte, Abschlagszahlungen, Ort der Auszahlung des Arbeitsentgelts.

v. Die Mitbestimmung des Betriebsrates nach § 87 I Nr. 5 BetrVG

Der Betriebsrat hat nach dieser Vorschrift bei der Aufstellung allgemeiner Urlaubsgrundsätze und des Urlaubsplanes mitzubestimmen. Das Mitbestimmungsrecht gilt auch für Bildungsurlaub und jeder Art von bezahlter oder unbezahlter Freistellung, wenn ein kollektives Regelungsbedürfnis besteht. Bei Nichteinigung entscheidet die Einigungsstelle. Dieses Mitbestimmungsrecht ist z.B. bei der Einführung von Betriebsferien zu beachten. Der Betriebsrat hat insoweit auch ein Initiativrecht.

vi. Die Mitbestimmung des Betriebsrates nach § 87 I Nr. 6 BetrVG

Der Betriebsrat hat gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, ein Mitbestimmungsrecht bei der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen.

Das Mitbestimmungsrecht dient dem Persönlichkeitsschutz der Arbeitnehmer gegenüber technischen Kontroll-einrichtungen.

Dem Mitbestimmungsrecht kommen drei Ziele zu:

- vorbeugender Schutz vor rechtlich unzulässigen Eingriffen,
- Mitbeurteilungsrecht bei der oft schwierigen Ermittlung der Grenze zwischen zulässigem und unzulässigem Eingriff,
- Mitgestaltung im Rahmen zulässiger Eingriffe.

Bei der Ausübung des Mitbestimmungsrechts müssen Arbeitgeber und Betriebsrat gemäß § 75 Abs. 2 BetrVG die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer schützen und fördern.

Das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG erfasst technische Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen.

Dazu gehört auch die „bloße“ technische Auswertung von manuell erhobenen Informationen durch eine technische Einrichtung¹²⁵.

Gegenstand der Überwachung muss das **Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer** sein. Leistung im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ist nicht im naturwissenschaftlich-technischen Sinne als Arbeit pro Zeiteinheit zu verstehen, sondern jedes vom Arbeitnehmer in Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten geleistete Arbeiten. Deshalb ist bereits die bloße Information über die gefertigten Stücke eine Information über die Leistung des Arbeitnehmers, ohne dass ein Bezug zur verbrauchten Zeit hergestellt werden müsste.

Mit Verhalten wird ein jedes Tun oder Unterlassen im betrieblichen und außerbetrieblichen Bereich gekennzeichnet, das für das Arbeitsverhältnis von Bedeutung sein kann¹²⁶.

Ist ein Verhalten ohne Relevanz für das Arbeitsverhältnis, besteht nach dem Bundesdatenschutzgesetz ein Speicherungsverbot, da dem Arbeitgeber das erforderliche berechnete Interesse nicht zukommt. Für eine Mitbestimmung über die Erhebung oder Verarbeitung eines derartigen Datums ist daher wegen des Vorranges des BDSG kein Raum.

Bei EDV-Anlagen genügt es, dass Daten erhoben werden, die zwar für sich allein noch keine Aussage über die Leistung oder das Verhalten eines Arbeitnehmers zulassen, jedoch in Verknüpfung mit anderen Statusdaten (z. B. Name, Geschlecht, Geburtstag, Familienstand, Kinderzahl, Schulbildung, berufliche Ausbildung) oder Be-

etriebsdaten (z. B. Materialverbrauch einer Kostenstelle, Wartezeiten) eine Verhaltens- oder Leistungskontrolle ermöglichen¹²⁷.

Dem Mitbestimmungsrecht unterliegen grundsätzlich nur solche Überwachungsmaßnahmen, die **einem bestimmten Arbeitnehmer zugeordnet** werden können. Es reicht aus, wenn diese Personenbezogenheit mittelbar infolge von Rückschlüssen möglich ist, z. B. Feststellung anhand der Anwesenheitsliste, wer eine Maschine zu einem bestimmten Zeitpunkt bedient hat. Ist eine Identifizierung eines bestimmten Arbeitnehmers nicht möglich, besteht infolgedessen kein Mitbestimmungsrecht¹²⁸.

Zu den technischen Überwachungseinrichtungen gehören auch Telefonanlagen, wenn sie Leistungsdaten einzelner Arbeitnehmer erfassen und in Aussagen über Verhalten und/oder Leistung verarbeiten¹²⁹.

Optisch kann die Überwachung durch Filmkameras¹³⁰, Fernsehanlagen oder Videokameras¹³¹ vorgenommen werden.

Daneben sind Fahrtenschreiber technische Überwachungseinrichtungen, deren Einsatz aber nur mitbestimmungspflichtig ist, wenn er nicht gesetzlich vorgeschrieben ist (wo der Arbeitgeber nicht über den Einsatz bestimmen kann, gibt es auch nichts mitzubestimmen).

Eine **EDV-Anlage** ist multifunktional einsatzfähig, z. B. in der Buchhaltung, für Marketingzwecke und im Personalbereich. Sie wird erst dann zu einer technischen Überwachungseinrichtung im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, wenn nach ihrer Software Verhaltensdaten von Arbeitnehmern erfasst, verarbeitet oder programmgemäß Arbeitnehmerdaten zu Aussagen über Verhalten oder Leistung einzelner Arbeitnehmer verarbeitet werden können¹³².

vii. Die Mitbestimmung des Betriebsrates nach § 87 I Nr. 10 BetrVG

Der Betriebsrat hat gem. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, ein Mitbestimmungsrecht bei Fragen der betrieblichen Lohngestaltung, insbesondere bei der Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen und der Einführung und Anwendung neuer Entlohnungsmethoden sowie deren Änderung.

Das Mitbestimmungsrecht beinhaltet nicht die Entgeltgestaltung für einzelne Arbeitnehmer aufgrund individueller Umstände. Es geht vielmehr um abstrakt generelle Tatbestände, die allerdings auch dann gegeben sein können, wenn z. B. nur ein einziger Arbeitsplatz betroffen ist (z.B. ein Betrieb mit nur einem Pförtner)¹³³.

Das Mitbestimmungsrecht bezieht sich auch nicht auf die Entscheidung über die Entgelthöhe, sondern es geht um die abstrakt-generellen Grundsätze der Entgeltfindung und der Struktur des Entgelts, d. h. die Angemessenheit und Durchsichtigkeit des innerbetrieblichen Lohngefüges¹³⁴. Durch die Mitbestimmung soll die innerbetriebliche Lohngerechtigkeit gewährleistet werden¹³⁵.

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats wird wegen des Vorranges des Tarifvertrages verdrängt, soweit die betreffende Frage tariflich geregelt ist. Enthält aber ein Tarifvertrag für einen bestimmten Teilbereich, z. B. Vergütung für Fahrten zwischen Betrieb und Baustellen, keine Festlegung, sondern überlässt er diese der Übereinkunft der Arbeitsvertragsparteien, so unterliegt auch die Bestimmung der Kriterien für die Höhe des Entgelts der Mitbestimmung¹³⁶.

Unter Entlohnungsgrundsätzen sind die allgemeinen Regeln zu verstehen, nach denen die allgemeine Entlohnung (und Gehaltszahlung) für den Betrieb, eine Betriebsabteilung oder bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern geordnet wird. Es geht dabei um die Systeme, nach denen Arbeitsentgelt bemessen werden soll, und um ihre Ausformung¹³⁷. Insbesondere geht es um die Entscheidung der Frage, ob im Betrieb im Zeitlohn (z. B. Stunden- oder festen Monatslohn) oder im Leistungslohn gearbeitet werden soll¹³⁸.

Besonderheiten bestehen bei freiwilligen Leistungen wie der Gewährung oder der Zusage einer betrieblichen Altersversorgung, bei übertariflichen Zulagen und bei deren Anrechnung bei Tariflohnerhöhung.

Trotz „Freiwilligkeit“ kann der Betriebsrat durch die mitbestimmte Ausgestaltung der Leistung, ggf. durch einen Spruch der Einigungsstelle, seine Vorstellungen durchsetzen. Der Arbeitgeber kann dann nur noch prüfen, ob er sie in der mitbestimmten Form überhaupt einführt¹³⁹.

Wird eine betriebliche Altersversorgung durch eine Sozialeinrichtung erbracht, besteht bereits ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG. Besteht keine Sozialeinrichtung, so hat der Betriebsrat für Direktzusagen oder Versorgungszusagen durch Versicherungen ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Der Arbeitgeber entscheidet allein, welche Form für die betriebliche Altersversorgung er wählt, wie viel er zur Verfügung stellt und welchen Arbeitnehmerkreis er versorgen will¹⁴⁰.

Bei der Ausgestaltung dieses Rahmens hat der Betriebsrat mitzubestimmen, insbesondere über die Gestaltung des Leistungsplans. Will er eine Änderung des Leistungsplans erreichen, muss der Betriebsrat darlegen, wie der vom Arbeitgeber vorgegebene Rahmen gewahrt werden kann.

Auch die Gehaltsfindung und Ermittlung weiterer Entgelte für außertarifliche Angestellte (AT) sind mitbestimmungspflichtig. Zur Aufstellung und Ausgestaltung eines betrieblichen Entgeltsystems für AT-Angestellte gehören die Bildung und Umschreibung von Gehaltsgruppen nach Tätigkeitsmerkmalen oder anderen Kriterien¹⁴¹.

Umstritten war in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, ob der Arbeitgeber ohne Zustimmung des Betriebsrats berechtigt ist, Tariflohnerhöhungen auf »freiwillige« übertarifliche Zulagen anzurechnen. Der für die Rechtsvereinheitlichung zuständige große Senat des BAG hat am 3.12.1991¹⁴² entschieden:

1. Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht nicht, wenn der Arbeitgeber das Zulagevolumen auf Null reduziert oder eine Tariflohnerhöhung vollständig und gleichmäßig auf alle übertariflichen (und außertariflichen) Zulagen anrechnet.

2. Sollen die Verteilungsgrundsätze wegen einer teilweisen Anrechnung geändert werden, steht dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht unabhängig davon zu, ob der Arbeitgeber sich arbeitsvertraglich die Anrechnung vorbehalten hat.

3. Das Mitbestimmungsrecht besteht unabhängig davon, ob die Anrechnung auf einer konstitutiven Entscheidung des Arbeitgebers beruht oder Folge einer Automatik ist.

Danach ist davon auszugehen, dass ein Mitbestimmungsrecht nur für den Fall einer beabsichtigten unterschiedlichen Anrechnung besteht.

Beispielsfall: Die Tariflohnerhöhung beträgt 5 %. Arbeitnehmer A hat vor der Tariflohnerhöhung einen Tariflohn von 1.000 EUR monatlich, Arbeitnehmer B einen Tariflohn von 1.500 EUR. Der Arbeitgeber gewährt beiden eine Zulage von je 100 EUR monatlich. Er will die Tariflohnerhöhung, die bei A 50 EUR ausmacht und bei B 75 EUR beträgt, voll anrechnen. Die Zulage bei A würde dann auf 50 EUR und bei B auf 25 EUR abschmelzen.

Lösung: Es besteht kein Mitbestimmungsrecht, da nach der Rechtsprechung des großen Senats ein rechtliches Hindernis für die Mitbestimmung durch die vollständige und gleichmäßige Anrechnung der Tariflohnerhöhung vorliegt. Etwas anderes gilt nur, wenn der Arbeitgeber wegen der A und B unterschiedlich treffenden Teuerungsrate gegenüber B die Tariflohnerhöhung voll und gegenüber A die Tariflohnerhöhung nur teilweise anrechnen wollte.

Widerspricht ein Betriebsrat den vom Arbeitgeber vorgeschlagenen Anrechnungen nicht mit dem Ziel einer anderen Verteilung, sondern weil er insgesamt eine niedrigere Anrechnung anstrebt, ist sein Widerspruch mitbestimmungsrechtlich unbeachtlich (BAG).

An einer »Automatik«, die dem Arbeitgeber nach der Rechtsprechung des Großen Senats als eigenes Handeln zuzurechnen ist, fehlt es, wenn die Zulagen im Betrag unverändert bleiben, nur der Anteil der Zulagen am Gesamtentgelt wegen einer Tarifierhöhung sinkt¹⁴³.

Bis zu einer Einigung mit dem Betriebsrat kann der Arbeitgeber das Zulagevolumen und unter Beibehaltung der bisherigen Verteilungsgrundsätze auch die einzelnen Zulagen entsprechend kürzen. Beachtet der Arbeitgeber das Mitbestimmungsrecht (hinsichtlich der innerbetrieblichen Verteilungsgerechtigkeit) nicht, sind nach der vom großen Senat bestätigten »Theorie der notwendigen Mitbestimmung« Anrechnung und Widerruf gegenüber den einzelnen Arbeitnehmern unwirksam¹⁴⁴.

Bei leistungsbezogenen Entgeltformen müssen Bezugsgröße und Bezugsbasis festgelegt werden. Ebenso muss entschieden werden, ob die Entgeltbemessung auf den einzelnen Arbeitnehmer oder auf Arbeitnehmergruppen abgestellt wird¹⁴⁵.

Wird ein Provisionssystem eingeführt, so sind die Art der Provision, ihr Verhältnis zum Fixlohn, das Verhältnis der Provisionen untereinander, die Festsetzung der Bezugsgrößen und die Entscheidung über die Staffelung der Provisionssätze mitbestimmungspflichtig¹⁴⁶. Bei der Einführung eines Provisionssystems, nachdem die Abschlussprovision nach Pfennigsätzen pro Artikel gezahlt werden soll, unterliegt auch die Zuordnung der einzelnen Artikel zu den Provisionsgruppen dem Mitbestimmungsrecht¹⁴⁷.

Betriebliche Regelungen über die Höhe des Aufwendersatzes bei Geschäftsreisen und über entsprechende Pauschalbeträge sind i.d.R. nicht mitbestimmungspflichtig. Nur wenn anlässlich von Geschäftsreisen Beträge gezahlt werden, die nicht mehr den Zweck haben, entstandene Unkosten – wenn auch in pauschalierter Form – abzugelten, handelt es sich um Vergütungsregelungen, die mitbestimmungspflichtig sind¹⁴⁸.

3) Gestaltung von Arbeitsplatz, Arbeitsablauf und Arbeitsumgebung

Die Mitbestimmung bezüglich Gestaltung von Arbeitsplatz, Arbeitsablauf und Arbeitsumgebung ist in den §§ 90, 91 BetrVG geregelt. Hervorzuheben ist hier insbesondere das Unterrichtsrecht nach § 90 Nr. 2 und Nr. 3 BetrVG, dass z.B. bei Einführung eines Personalinformationssystems oder bei der Einführung von Telearbeit beachtet werden muss.

4) Personelle Angelegenheiten

Die personellen Angelegenheiten sind in den §§ 92- 105 BetrVG geregelt. Nach dem Gesetz lassen sich Beteiligungsrechte bei allgemeinen personellen Angelegenheiten wie Personalplanung, Stellenausschreibung, Aufstellung allgemeiner Beurteilungsgrundsätze und den Erlass von Auswahlrichtlinien für Einstellungen und Versetzungen einerseits und Beteiligungsrechte bei **personellen** Einzelmaßnahmen wie Einstellung, Versetzung, Umgruppierung oder Entlassung eines bestimmten Mitarbeiters unterscheiden.

a) Unterrichtung über die Personalplanung, § 92 Abs. 1 BetrVG

Nach § 92 Abs. 1 BetrVG hat der Arbeitgeber den Betriebsrat über die Personalplanung sowie über die sich daraus ergebenden personellen Maßnahmen zu unterrichten und beratend zu beteiligen. Der Betriebsrat kann lediglich Vorschläge unterbreiten (§ 92 Abs. 2 BetrVG), er hat jedoch kein erzwingbares Mitbestimmungsrecht. Die Personalplanung besteht aus der Personalbedarfsplanung (Personalbeschaffung, Personalabbau), der Personalentwicklungsplanung und der Personaleinsatzplanung¹⁴⁹. Die Unterrichtung über die Personalplanung hat den Sinn, den Betriebsrat rechtzeitig über solche Planungen zu informieren, die zu Einstellungen, Versetzungen oder ähnlichen personellen Einzelmaßnahmen im Sinne des § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, zu Kündigungen (§ 102 BetrVG) oder zu Maßnahmen der Berufsbildung (§§ 96 ff. BetrVG) führen können. Dem Betriebsrat soll die Möglichkeit eröffnet werden, Modifikationen der Planung zu initiieren.

Die Unterrichtungspflicht besteht auch dann, wenn der Arbeitgeber keine systematische, methodisch abgesicherte Planung betreibt, sondern wegen einer besonderen wirtschaftlichen Situation Überlegungen anstellt und Entschlüsse fasst, die sich auf den Personalsektor seines Betriebs beziehen. Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat Unterlagen zugänglich machen, die mit der Personal und Personalbeschaffungsplanung in unmittelbarem Zusammenhang stehen

z. B. Stellenpläne, Stellenbesetzungspläne, Stellenbeschreibungen, Personalstatistiken, Schicht und Einsatzpläne, nicht aber Bilanzen, Investitionspläne, Umsatzstatistiken.

Solange der Arbeitgeber aber nur erkunden will, welche Handlungsspielräume ihm zur Verfügung stehen, erreichen seine Überlegungen nicht das Stadium der Planung.

b) innerbetriebliche Ausschreibung von Arbeitsplätzen, § 93 BetrVG

Der Betriebsrat kann nach § 93 BetrVG verlangen, dass Arbeitsplätze, die besetzt werden sollen, innerhalb des Betriebs ausgeschrieben werden. Unterbleibt die Stellenausschreibung, so kann der Betriebsrat nach § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG die Zustimmung zu der vorgesehenen Einstellung oder Versetzung verweigern. Dem Arbeitgeber steht es jedoch frei, für eine innerbetrieblich ausgeschriebene Stelle einen externen Bewerber einzustellen. Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn die Bevorzugung interner Bewerber durch Einstellungsrichtlinien nach § 95 BetrVG vorgeschrieben ist. Form und Inhalt der Stellenausschreibung kann der Arbeitgeber - ungeachtet des Mitbestimmungsrechts aus § 95 Abs. 1 Satz 1 BetrVG - allein bestimmen¹⁵⁰.

c) Personalfragebögen und Beurteilungsgrundsätze, § 94 BetrVG

Nach § 94 Abs. 1 Satz 1 BetrVG hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei der Erstellung von Personalfragebögen (notfalls erzwingbares Einigungsverfahren, § 94 Abs. 1 Satz 2 BetrVG); entsprechendes gilt für persönliche Angaben in arbeitsvertraglichen Einheitsregelungen sowie für die Aufstellung allgemeiner Beurteilungsgrundsätze (§ 94 Abs. 2 BetrVG)¹⁵¹. Das Mitbestimmungsrecht besteht auch, wenn der Bewerber den Bogen nicht selber ausfüllt, sondern die Fragen anhand des standardisierten Fragebogens vom Arbeitgeber mündlich gestellt und die Antworten schriftlich festgehalten werden.



Werden z.B. durch ein Personalinformationssystem Kriterien für Aus- und Weiterbildung ermittelt, so ist die Zustimmung des Betriebsrates einzuholen.

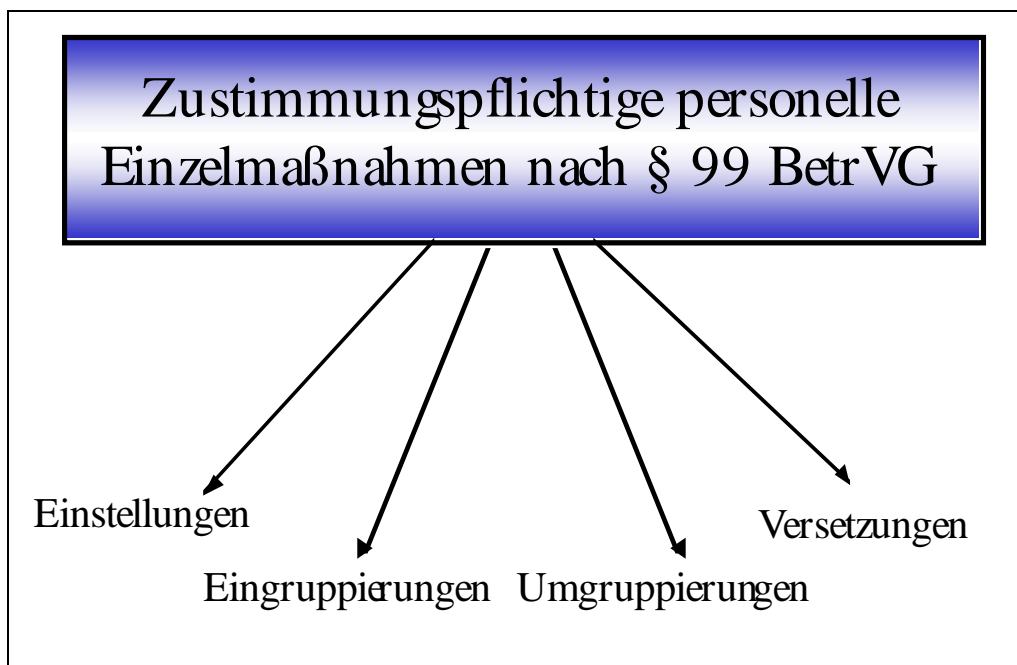
d) Auswahlrichtlinien, § 95 BetrVG

Auswahlrichtlinien für Einstellung, Versetzung, Umgruppierung und Kündigung bedürfen gem. § 95 BetrVG gleichfalls der Zustimmung des Betriebsrates. Wird ein Personalinformationssystem eingeführt, so kommt diese Vorschrift auch zur Anwendung, wenn die im System gespeicherten Daten zur Auswahl von Mitarbeitern herangezogen werden können.

e) Die Mitbestimmung bei betrieblicher Berufsbildung, §§ 96 98 BetrVG

Die Mitwirkung des Betriebsrats bei Maßnahmen der betrieblichen Berufsbildung ist in §§ 96 98 BetrVG geregelt. Bei der Durchführung solcher Maßnahmen hat der Betriebsrat nach § 98 Abs. 1 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht¹⁵².

f) Einstellungen, Eingruppierungen, Umgruppierungen und Versetzungen



In Betrieben mit mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern hat der Betriebsrat nach § 99 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht bei Einstellungen, Eingruppierungen, Umgruppierungen und Versetzungen.

Bei leitenden Angestellten gilt nur ein Informationsrecht aus § 105 BetrVG.

i. Einstellungen

Bei der Einstellung müssen die vollständigen Bewerbungsunterlagen sämtlicher Bewerber, nicht nur der in Frage kommenden, vorgelegt werden. Über sämtliche Bewerber ist Auskunft zu erteilen. Dieses Recht besteht unabhängig davon, ob der Bewerber dem zustimmt oder nicht. Die Bewerbungsunterlagen aller Bewerber sind dem BR auszuhändigen und bis zur Beschlussfassung über den Antrag auf Zustimmung, längstens für eine Woche, zu überlassen.

Unter Einstellung im Sinne von § 99 BetrVG ist die **tatsächliche Eingliederung in den Betrieb** zu verstehen, d.h. die Zuweisung des Arbeitsbereichs, durch die der Arbeitnehmer in die vom Betriebsrat repräsentierte Belegschaft aufgenommen wird¹⁵³. Die Einstellung ist nicht identisch mit dem Abschluss des Arbeitsvertrags.

Deshalb ist auch die **Beschäftigung von Leiharbeitnehmern** eine Einstellung im Sinne von § 99 BetrVG¹⁵⁴. Hiervon zu unterscheiden sind sog. Drittbeschäftigte, die im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrags mit einem anderen Unternehmen als dessen Erfüllungsgehilfen tätig sind (z.B. Einsatz von Wachpersonal einer Fremdfirma¹⁵⁵). Ebenso erfüllt die Weiterbeschäftigung über die Altersgrenze hinaus oder die Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses den betriebsverfassungsrechtlichen Begriff der Einstellung¹⁵⁶; dagegen handelt es sich nicht um eine Einstellung, wenn ein befristetes Probearbeitsverhältnis in ein Dauerarbeitsverhältnis übergeleitet wird¹⁵⁷.

Das Mitbestimmungsrecht bei Einstellung muss vor und bei Abschluss von Verträgen über die Leistung von weisungsgebundener Tätigkeit durch Arbeitnehmer oder Selbständige beachtet werden.

Beabsichtigt der Arbeitgeber die Vornahme von Einstellungen, so muss er vor Durchführung der jeweiligen Maßnahme die Zustimmung des BR einholen. Hierzu bedarf es zunächst der rechtzeitigen und umfassenden Information des BR über die personelle Maßnahme. Der Arbeitgeber hat dem BR unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen Auskunft über die Person der Beteiligten und die Auswirkungen der geplanten Maßnahme zu geben¹⁵⁸. Bei Neueinstellungen müssen die Personalien aller Bewerber mitgeteilt werden¹⁵⁹. Wird die Einstellung durch eine Unternehmensberatung vorbereitet, genügt die Information über die von der Unternehmensbera-

tung nach einer Vorauswahl vorgeschlagenen Bewerber¹⁶⁰. Für die Unterrichtung des BR gelten keine besonderen Formerfordernisse. Aus Beweisgründen empfiehlt sich jedoch eine schriftliche Unterrichtung.

Der BR hat keinen Rechtsanspruch nach § 99 Abs. 1 BetrVG auf Beteiligung an einem Vorstellungsgespräch; eine Vorstellung des Bewerbers beim BR kann allerdings im Einzelfall durchaus sinnvoll sein¹⁶¹.

ii. Eingruppierungen

Eingruppierung ist die **erste Einstufung** des Arbeitnehmer nach der Einstellung oder nach einer Versetzung in eine bestimmte **tarifliche oder betriebliche Lohn- oder Vergütungsgruppe**. Nicht hierher gehören die Fälle, in denen die Vergütung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber individuell vereinbart wird, also nicht nach einer Entgeltgruppe bemessen wird.

Voraussetzung für eine Eingruppierung ist, dass eine für den Betrieb verbindliche Lohn- und Gehaltsgruppeneinteilung, also ein kollektives Entgeltschema¹⁶², existiert. Eine solche kann auf Grund eines Tarifvertrages oder einer Betriebsvereinbarung bestehen. Hierbei ist unerheblich, ob der entsprechende Tarifvertrag kraft Tarifbindung oder auf Grund einer Betriebsvereinbarung oder einer einzelvertraglichen Vereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber gilt. Eine für die Eingruppierung erforderliche Lohn- und Gehaltsgruppeneinteilung kann aber auch auf einer sonstigen betrieblichen Regelung, insbesondere einer Betrieblichen Übung¹⁶³, beruhen.

Soweit für außertarifliche Angestellte betriebliche Gehaltsgruppen bestehen, handelt es sich bei der Zuordnung zu diesen Gehaltsgruppen ebenfalls um Eingruppierung.

Betriebsverfassungsrechtlich ist der Arbeitgeber verpflichtet, eine Eingruppierung vorzunehmen, wenn die vom Arbeitnehmer zu verrichtende Tätigkeit von einer im Betrieb anzuwendenden Lohn- oder Gehaltsgruppenordnung erfasst wird¹⁶⁴. Er kann sich dieser Pflicht nicht dadurch entziehen, dass er eine Eingruppierungsentscheidung unterlässt und den neu eingestellten Arbeitnehmer besser als in der vorhandenen Vergütungsordnung vorgesehen bezahlt. Allerdings liegt **keine mitbestimmungspflichtige Eingruppierung vor, wenn außerhalb des tariflichen Vergütungsschemas die Arbeitsvergütung frei vereinbart wird**.¹⁶⁵

Die Pflicht zur Eingruppierung besteht auch für geringfügig Beschäftigte¹⁶⁶. Sofern eine Vergütungsordnung, etwa ein Tarifvertrag, geringfügig Beschäftigte nicht von seinem Anwendungsbereich ausnimmt, sind diese wie alle anderen Arbeitnehmer zu behandeln. Dem steht nicht entgegen, dass geringfügig Beschäftigte häufig auf Nettolohnbasis tätig werden. Die Pflicht zur Eingruppierung schließt es nicht aus, eine Nettolohnvereinbarung zu treffen, die gegenüber der Bruttovergütung, die sich aus der Eingruppierung ergibt, günstiger ist. Die Eingruppierung erleichtert es dem BR, zu erkennen, ob im Einzelfall die individuell vereinbarte Vergütung über derjenigen liegt, die aus der Lohn- und Gehaltsgruppeneinteilung folgt.

Die Eingruppierung richtet sich nach den in der Vergütungsordnung vorgesehenen Tätigkeitsmerkmalen und den ggf. dort aufgeführten Beispielstätigkeiten. Sind in der Vergütungsordnung im Anschluss an allgemeine Tätigkeitsmerkmale Beispielstätigkeiten aufgeführt, so reicht es, wenn der Arbeitnehmer die Beispielstätigkeit erfüllt. Erfüllt er diese nicht, so bleibt ihm die Möglichkeit, die Erfüllung der allgemeinen Tätigkeitsmerkmale nachzuweisen¹⁶⁷. Tätigkeitsmerkmale, die einen Bewährungs- oder Zeitaufstieg vorsehen, bezwecken typischerweise die Honorierung der zurückgelegten längeren Beschäftigungszeit und der dabei erworbenen Kenntnisse und Erfahrungen¹⁶⁸. Üblicherweise ist von der überwiegend ausgeübten Tätigkeit des Arbeitnehmer auszugehen, mithin von der Tätigkeit, die mehr als die Hälfte der Gesamtarbeitszeit des Arbeitnehmer in Anspruch nimmt¹⁶⁹. Die Vergütungsordnung ist gerichtlich nicht auf ihre Zweckmäßigkeit zu überprüfen¹⁷⁰, muss sich aber im Rahmen des höherrangigen Rechts halten. Gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verstößt es, wenn nach einer Vergütungsordnung der höher qualifizierte Arbeitnehmer schlechter als der niedriger qualifizierte Arbeitnehmer vergütet wird¹⁷¹. Die Eingruppierung in eine Vergütungsgruppe kann von der Erfüllung von tariflich festgelegten Ausbildungsvoraussetzungen abhängig gemacht werden¹⁷².

Nach § 99 BetrVG hat der BR bei jeder Eingruppierungsentscheidung ein Mitbestimmungsrecht. Zweck dieses Mitbestimmungsrechts ist es zum einen, dem BR die **Kontrolle der Richtigkeit der Eingruppierungsentscheidung** des Arbeitgeber zu ermöglichen. Zum anderen dient das Mitbestimmungsrecht auch der Verwirklichung der Vergütungstransparenz im Betrieb und damit der Lohngerechtigkeit. Denn der BR kann durch sein Beteiligungsrecht unter Zuhilfenahme seines Einblickrechts in die Bruttolohn- und Gehaltslisten feststellen, ob und in welchem Umfang der Arbeitgeber einzelne Arbeitnehmer übertariflich entlohnt. Sind bei einer Vergütungsordnung die Vergütungsgruppen in Fallgruppen unterteilt, erstreckt sich die Mitbestimmung hierauf¹⁷³. Die Mitbestimmungspflichtigkeit entfällt nicht deshalb, weil der Arbeitgeber sich auf den Standpunkt stellt, die Tätigkeit übersteige die Qualifikationsmerkmale der obersten Vergütungsgruppe¹⁷⁴. Keine mitbestimmungspflichtige Eingruppierung liegt bei der Bewertung von Arbeitsplätzen vor, die mit Beamten besetzt sind¹⁷⁵.

a) Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers. Der Arbeitgeber hat den BR vor jeder Eingruppierung nach § 99 Abs. 1 BetrVG im einzelnen zu unterrichten und Auskunft über die Person des Beteiligten zu geben. Hierbei hat er dem BR auch die erforderlichen Unterlagen vorzulegen. Voraussetzung für die Mitbestimmung nach § 99

BetrVG ist allerdings, dass im Betrieb ständig mehr als 20 wahlberechtigte Arbeitnehmer (d.h. Arbeitnehmer über 18 Jahre gem. § 7 BetrVG) beschäftigt sind. Kurzfristige Schwankungen der Belegschaftsstärke haben auf das Mitbestimmungsrecht keinen Einfluss. Das Mitbestimmungsrecht entfällt jedoch, wenn die Belegschaftsstärke dauerhaft unter zwanzig Arbeitnehmer abgesunken ist.

Der Arbeitgeber muss den BR über alle Umstände unterrichten, die für die vorgesehene Eingruppierung von Bedeutung sind. Hierzu gehören der Name, die genauen Personalien des Arbeitnehmer ebenso wie alle Umstände, die für Beurteilung der Tätigkeitsmerkmale erforderlich sind. Die Unterrichtung muss so rechtzeitig erfolgen, dass der BR sich vor Realisierung der Maßnahme über eine qualifizierte Stellungnahme schlüssig werden kann. Aufgrund der Frist des § 99 Abs. 3 BetrVG muss der Arbeitgeber den BR daher spätestens eine Woche vor der geplanten Maßnahme unterrichten. Die Unterrichtung hat der Arbeitgeber mit dem Antrag an den BR zu verbinden, der vorgesehenen Eingruppierung zuzustimmen.

b) Gründe für die Zustimmungsverweigerung. Die Gründe für eine Zustimmungsverweigerung sind **abschließend** in § 99 Abs. 2 BetrVG aufgeführt. Für die Eingruppierung findet sich der wichtigste Zustimmungsverweigerungsgrund in § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG. Danach kann der BR seine Zustimmung unter anderem dann verweigern, wenn die vorgesehene Eingruppierung gegen eine Bestimmung in einem Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung verstößt. **Eine unrichtige Eingruppierung ist also ein Zustimmungsverweigerungsgrund**¹⁷⁶. Gerade in diesem Zustimmungsverweigerungsrecht kommt die Funktion der Richtigkeitskontrolle durch den BR zum Ausdruck.

Die Eingruppierung ist in aller Regel mit einer weiteren mitbestimmungspflichtigen personellen Einzelmaßnahme verbunden, nämlich einer Einstellung oder einer Versetzung. Der BR hat gleichwohl hinsichtlich Eingruppierung auf der einen Seite und Einstellung bzw. Versetzung auf der anderen Seite jeweils getrennt zu prüfen, ob ein ausreichender Zustimmungsverweigerungsgrund vorliegt. So kann der BR, wenn er die für einen Bewerber vom Arbeitgeber vorgesehene Eingruppierung für falsch hält, nicht die Zustimmung zur Einstellung verweigern¹⁷⁷. Der BR muss vielmehr in diesem Fall der Einstellung zustimmen, der geplanten Eingruppierung hingegen unter Hinweis auf § 99 Abs. 2 Ziffer 1 BetrVG widersprechen. Will der BR der geplanten Eingruppierung widersprechen, so muss er dies nach § 99 Abs. 3 BetrVG unter Angabe von Gründen innerhalb einer Woche tun.

Die Wochenfrist beginnt freilich nur zu laufen, wenn der Arbeitgeber zuvor seine Informationspflichten ordnungsgemäß erfüllt hat¹⁷⁸. Hinsichtlich der Eingruppierung beginnt die Wochenfrist daher erst, wenn der Arbeitgeber dem BR alle für die Eingruppierung relevanten Daten mitgeteilt hat. Die Zustimmungsverweigerung des BR muss schriftlich erfolgen. Dabei muss auf einen der im Gesetz aufgeführten Zustimmungsverweigerungsgründe Bezug genommen werden.

Die Verweigerung der Zustimmung des BR zu einer personellen Einzelmaßnahme ist schon dann ausreichend begründet, wenn die vom BR für die Verweigerung seiner Zustimmung vorgetragene Begründung es als möglich erscheinen lässt, dass einer der in § 99 Abs. 2 BetrVG abschließend genannten Zustimmungsverweigerungsgründe geltend gemacht wird.

Nur eine Begründung, die offensichtlich auf keinen der Verweigerungsgründe Bezug nimmt, ist unbeachtlich mit der Folge, dass die Zustimmung des BR als erteilt gilt¹⁷⁹. Die Wiederholung des Gesetzeswortlautes reicht insoweit nicht.

Da bei der Zustimmungsverweigerung Schriftform vorgesehen ist, muss das Schreiben des BR, in dem die Zustimmung verweigert wird, vom Vorsitzenden des BR bzw. vom Vorsitzenden des zuständigen Betriebsratsausschusses unterzeichnet sein. Wird die Zustimmung vom BR form- und fristgerecht verweigert, muss der Arbeitgeber das nach § 99 Abs. 4 BetrVG vorgeschriebene gerichtliche Zustimmungsersetzungsverfahren einleiten. Er muss hierzu beim zuständigen Arbeitsgericht beantragen, die Zustimmung des BR zu der geplanten Eingruppierung zu ersetzen. Die Feststellung, ob die Zustimmungsverweigerung rechtmäßig war oder die Zustimmung des BR zu der geplanten Eingruppierung zu ersetzen ist, trifft das Arbeitgeber im Beschlussverfahren nach §§ 80ff ArbGG. Das Beschlussverfahren ist gerichtskostenfrei nach § 12 Absatz 5 ArbGG, jedoch hat der Arbeitgeber die dem BR hierbei erforderlich werdenden Kosten als notwendige Kosten der BR-Tätigkeit nach § 40 BetrVG zu übernehmen.

Das Zustimmungsersetzungsverfahren hat nur beschränkte Rechtskraft, es bindet den an dem Beschlussverfahren nicht beteiligten, einzugruppierenden Arbeitnehmer nicht. Der Arbeitnehmer, der eingruppiert werden soll, kann daher unabhängig von einem gerichtlichen Zustimmungsersetzungsverfahren die seines Erachtens nach richtige Lohn- oder Gehaltsgruppe im arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren geltend machen.

c) Rechte des Betriebsrats bei Missachtung des Mitbestimmungsrechtes. Ignoriert der Arbeitgeber das Mitbestimmungsrecht bei personellen Einzelmaßnahmen des § 99 BetrVG, so ordnet § 101 BetrVG an, dass der BR die Aufhebung derjenigen personellen Maßnahme verlangen kann, die der Arbeitgeber ohne Beachtung des Mitbestimmungsrechtes des BR durchgeführt hat. Dies gilt hinsichtlich der personellen Einzelmaßnahmen Eingruppierung und Umgruppierung jedoch nur eingeschränkt. Da die Eingruppierung kein konstitutiver Rechtsakt

ist, kann der BR insoweit nicht die Aufhebung der Eingruppierung verlangen. Er kann nur verlangen, dass der Arbeitgeber das erforderliche Mitbestimmungsverfahren nachholt¹⁸⁰.

Hat der Arbeitgeber den BR an der geplanten Eingruppierung überhaupt nicht beteiligt, so kann der BR daher die nachträgliche Einholung der Zustimmung des BR verlangen. Hat der Arbeitgeber sich über eine Zustimmungsverweigerung des BR hinweggesetzt, ohne das gerichtliche Zustimmungseretzungsverfahren zu betreiben, kann der BR die Durchführung dieses Zustimmungseretzungsverfahrens nach § 99 Abs. 4 BetrVG erzwingen. Hat der Arbeitgeber die Eingruppierung eines neu eingestellten Arbeitnehmer pflichtwidrig unterlassen, kann der BR im Beschlussverfahren beantragen, dem Arbeitgeber aufzugeben, den Arbeitnehmer einzugruppieren¹⁸¹. Hat der Arbeitgeber ein erstes Zustimmungseretzungsverfahren erfolglos betrieben, weil er von der falschen Vergütungsgruppe ausgegangen ist, kann der BR eine Wiederholung des Eingruppierungsverfahrens verlangen¹⁸².

Personelle Maßnahmen können, wenn dies aus sachlichen Gründen dringend geboten ist, unter den Voraussetzungen des § 100 BetrVG vorläufig durchgeführt werden. Bei Ein- und Umgruppierungen wird dies jedoch nicht praktisch werden, da diese grundsätzlich nicht unaufschiebbar sind.

Die Lohn- und Gehaltszahlung an den betroffenen Arbeitnehmer kann insoweit unter Vorbehalt der richterlichen Entscheidung über die zutreffende Eingruppierung geleistet werden. Daher kommt eine vorläufige Ein- oder Umgruppierung nach § 100 BetrVG nicht in Betracht¹⁸³.

iii. Umgruppierungen

Umgruppierung ist jede Änderung der Einstufung eines Arbeitnehmer in eine tarifliche oder betriebliche Lohn- oder Vergütungsgruppenordnung. Sowohl die Höher- oder Herabgruppierung bei unveränderter Tätigkeit als auch die Änderung der Eingruppierung nach Zuweisung oder Übernahme einer anderen Tätigkeit fallen hierunter. Eine Umgruppierung liegt nicht vor, wenn der Arbeitgeber mit einem einzelnen Mitarbeiter eine individuell vereinbarte Vergütung durch eine neue Vergütung ersetzen will.

Der Begriff Umgruppierung setzt voraus, dass überhaupt eine tarifliche oder betriebliche Lohn- oder Vergütungsgruppeneinteilung besteht, in die der Arbeitnehmer einzugruppiert war und dass hinsichtlich der Eingruppierung des Arbeitnehmer eine Änderung eingetreten ist. Deshalb fehlt es an den Voraussetzungen für eine Umgruppierung, wenn der Arbeitgeber eine übertarifliche Zulage ändern will, etwa durch Erhöhung oder Anrechnung auf eine Tariflohnerhöhung.

Nach § 99 Abs. 1 BetrVG hat der Arbeitgeber den BR vor der geplanten Umgruppierung im einzelnen zu informieren und um Zustimmung zu bitten. Der BR kann alsdann schriftlich binnen einer Woche die Zustimmung aus den in § 99 Abs. 2 BetrVG abschließend aufgeführten Gründen verweigern, andernfalls gilt die Zustimmung gem. § 99 Abs. 3 BetrVG als erteilt. Verweigert der BR form- und fristgerecht die Zustimmung, muss der Arbeitgeber das gerichtliche Zustimmungseretzungsverfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG betreiben. Das Mitbestimmungsrecht des BR ist identisch mit dem Mitbestimmungsrecht bei der Eingruppierung.

Beachtet der Arbeitgeber das Mitbestimmungsrecht des BR nicht, kann der BR zwar nicht die Aufhebung der Umgruppierung gem. § 101 BetrVG verlangen, wohl aber kann er den Arbeitgeber gerichtlich zwingen, das Mitbestimmungsverfahren ordnungsgemäß durchzuführen, wozu auch die Verpflichtung des Arbeitgeber gehört, das gerichtliche Zustimmungseretzungsverfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG zu betreiben, wenn der Betriebsrat die Zustimmung zur Umgruppierung verweigert hat¹⁸⁴. Da die Korrektur einer irrtümlich fehlerhaft erfolgten Eingruppierung ebenfalls eine Umgruppierung ist, muss auch in diesem Fall das Mitbestimmungsrecht des BR gewahrt werden.

Der BR kann allerdings aus §§ 99, 101 BetrVG kein Initiativrecht ableiten. Er kann nicht geltend machen, der Arbeitnehmer müsse umgruppiert werden, weil sich das Tätigkeitsbild oder die Wertigkeit geändert haben und deshalb eine andere Vergütungsgruppe gerechtfertigt sei¹⁸⁵. Der BR kann insoweit nicht stellvertretend für den Arbeitnehmer vorgehen, der betroffene Arbeitnehmer muss vielmehr in diesem Fall seine Rechte selbst durchsetzen und ggf. die Zahlung der zutreffenden Vergütung durch eine Eingruppierungsfeststellungsklage geltend machen.

iv. Versetzungen

Zweck der Beteiligung des BR ist der Schutz des von der Personalmaßnahme betroffenen Arbeitnehmer wie auch der Schutz der Belegschaft, deren Interessen durch personelle Veränderungen beeinträchtigt sein können. § 95 Abs. 3 BetrVG definiert die betriebsverfassungsrechtliche Versetzung als "**Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs**, die voraussichtlich die Dauer von einem Monat übersteigt oder die mit einer **erheblichen Änderung der Umstände** verbunden ist, unter denen die Arbeit zu leisten ist". Zwei Voraussetzungen müssen damit erfüllt sein: Es muss ein anderer Arbeitsbereich übertragen werden, und die Umstände der Arbeit müssen sich

erheblich ändern. Die erhebliche Änderung wird unwiderleglich vermutet, wenn die Versetzung die Dauer von einem Monat voraussichtlich übersteigt.

Der **Arbeitsbereich** wird inhaltlich ausgefüllt durch die Aufgabe und Verantwortung des Arbeitnehmers, die Art seiner Tätigkeit und deren Einordnung in den Arbeitsablauf des Betriebs (vgl. §§ 81 Abs. 1 und 2 BetrVG). Er wird somit räumlich-funktional bestimmt und umfasst den konkreten Arbeitsplatz und seine Beziehungen zur betrieblichen Umgebung in räumlicher, technischer und organisatorischer Hinsicht. Abgehoben wird für die Frage nach dem Vorliegen einer Versetzung, ob sich für einen außenstehenden, mit den betrieblichen Verhältnissen vertrauter Beobachter das **Gesamtbild der Tätigkeit** erheblich ändert oder ob sich die Veränderung im normalen Schwankungsbereich der täglichen Arbeit und der technischen Entwicklung bewegt¹⁸⁶.

Arbeitsinhalt. Maßgebend sind die **tatsächlichen Verhältnisse**. Nicht genügt z.B. eine andere Art der Erledigung der sonst unveränderten Arbeitsaufgabe

(BAG 10.4.84 DB 84, 2198: Erfassung von Fließtexten über Bildschirmtextverarbeitung statt Kugelschreibmaschine). Beispiel einer nur geringfügigen Änderung s BAG 28.4.93 DB 94, 151: Wegfall einer zu schlachtenden Tierart. Der vom Arbeitgeber angeordnete Wechsel von einem vierachsigen Sattelschlepper im Fernverkehr auf einen dreiachsigen Lkw im Nahverkehr kann eine Versetzung darstellen (BAG 26.5.88 DB 88, 2158).

Nach dem **objektiven Bild** richtet sich auch, ob eine nur teilweise Entziehung von Aufgaben oder deren zusätzliche Übertragung die Beteiligung des BR erfordern.

Beispiele: Wegen der besonderen Verantwortung des Datenschutzbeauftragten ist der BR bei seiner Bestellung auch dann zu beteiligen, wenn seine Arbeitszeit mit dieser Aufgabe nur zu etwa 20% ausgefüllt wird (LAG München 16.11.78 DB 79, 1561; vgl. auch BAG 22.3.94 DB 94, 1678). Der Entzug der Aufgaben des Zivildienstbeauftragten ist mitbestimmungspflichtig, wenn die entzogene Tätigkeit der Gesamttätigkeit derart prägt, dass nach ihrem Wegfall insgesamt von einer anderen Tätigkeit auszugehen ist (BAG 12.9.96 NZA 97, 381). Je nach den Umständen kann die Zuweisung eines neuen Verkaufsgebiets bei einem Angestellten im Außendienst mitbestimmungspflichtig sein (LAG Köln 24.10.89 NZA 90, 534 [LS]). Gleiches gilt, wenn einem Autoverkäufer, der bisher als sog Gebietsverkäufer und mit einem zeitlichen Anteil von 25% als Ladenverkäufer eingesetzt war, der Ladendienst entzogen wird (BAG 2.4.96 DB 96, 1880).

Verschiebt sich der Anteil qualifizierter Tätigkeiten innerhalb des Aufgabenbereichs des Arbeitnehmers, erscheint es gerechtfertigt, jedenfalls solche Schwankungen als erheblich zu bewerten, die mehr als die Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit betragen oder zu einem höheren Tarifentgelt führen.

Organisationsänderungen stellen nur dann eine Versetzung dar, wenn sie für den betroffenen Arbeitnehmer zu einer ihn berührenden Änderung der Arbeitsumwelt führen.

Nicht ausreichend ist die Zuordnung seiner betrieblichen Einheit zu einer anderen Leitungs- oder Kostenstelle¹⁸⁷.

Die mit einem **Ortswechsel** verbundene Zuweisung von Arbeit ist immer dann zustimmungspflichtig, wenn sie voraussichtlich die Dauer eines Monats überschreitet. Bleibt sie zeitlich dahinter zurück, kommt es auf die Umstände an, unter denen die Arbeit zu leisten ist. Zu berücksichtigen sind Anfahrtsweg und -zeit, Arbeitszeitverkürzungen, Beanspruchungsgrad u.ä. (BAG 18.10.88 DB 89, 530: Vorübergehender Einsatz bei Filialeröffnung). Unerheblich ist, ob der Arbeitnehmer bei seiner Auswärtsbeschäftigung in einen anderen Betrieb eingegliedert wird. Auch **Dienstreisen** können deshalb der Zustimmungspflicht unterliegen (BAG 1.8.89 DB 90, 382: Entsendung eines Croupiers zur Spieldemonstration bei einer Messe). Ist dem Arbeitnehmer ein fester Arbeitsplatz im Betrieb zugewiesen und wird er nur gelegentlich bei auswärtigen Betrieben eingesetzt, ist der BR zu beteiligen¹⁸⁸.

Ausnahme: Nicht als Versetzung gilt die Zuweisung des Arbeitsortes, wenn der ständig wechselnde Arbeitsplatz für das Arbeitsverhältnis typisch ist (§ 95 Abs. 3 Satz 2 BetrVG). Das gilt für Bau- und Montagearbeiter, Revisoren, Reisende, Springer, Mitarbeiter von Messegesellschaften mit Betreuungsaufgaben. Vorausgesetzt wird, dass der Arbeitnehmer auch tatsächlich wechselnd eingesetzt wird. Nicht erfasst werden auch betriebliche Umsetzungen, die im Rahmen der Berufsausbildung ausbildungsbedingt turnusmäßig erfolgen¹⁸⁹.

Keine Versetzung stellt eine bloße **Freistellung** des Arbeitnehmer dar, um ihm die Möglichkeit zu geben, bei einem anderen Arbeitgeber zu arbeiten. Vorausgesetzt wird, dass es dem Arbeitnehmer überlassen bleibt, ob er die andere Tätigkeit aufnimmt oder nicht. **Zuweisung** von Arbeit und keine Freistellung liegt deshalb vor, wenn der Arbeitnehmer auf Initiative des Arbeitgeber die Arbeit bei einem Dritten aufnimmt, der mit dem Arbeitgeber unternehmens- oder konzernrechtlich verbunden ist und er mit seiner Arbeit bei dem Dritten gleichzeitig seine Arbeitspflicht gegenüber seinem Arbeitgeber erfüllt¹⁹⁰.

Verlegung des gesamten Betriebs ist keine Versetzung, sondern eine nach §§ 111ff BetrVG mitbestimmungspflichtige Betriebsänderung¹⁹¹.

Arbeitszeit. Bloße Veränderungen in der Lage der Arbeitszeit sind regelmäßig keine Versetzung.

Eine Umsetzung von Normal- in Wechselschicht ist deshalb nur mitbestimmungspflichtig nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG, nicht nach § 99 BetrVG192. Das gilt auch für die Umsetzung von Tag- in Nachtschicht193. Dementsprechend ist auch die Verlängerung oder Verkürzung der Wochenarbeitszeit keine zustimmungspflichtige Versetzung. Das gilt auch bei Teilzeitkräften mit variabler Arbeitszeit194.

Die Lage der Arbeitszeit gewinnt daher nur dann an Bedeutung, wenn sich gleichzeitig weitere erhebliche Änderungen ergeben.

Mitbestimmungsfrei sind mithin Umsetzungen innerhalb des Betriebs, die voraussichtlich die Dauer eines Monats nicht überschreiten wie insbesondere bei Urlaubs- oder Krankheitsvertretungen. Vor Übertragung der Arbeit ist abzuschätzen, wie lange voraussichtlich die Arbeitskraft des Arbeitnehmer am anderen Arbeitsplatz benötigt wird. Erweist sich die Prognose als unrichtig, ist die Zustimmung des BR unverzüglich einzuholen.

Während der Einsatz von Leiharbeitnehmern im Entleiherbetrieb für den Verleiher gemäß § 95 Abs. 3 S. 2 BetrVG keine Versetzung darstellt, ist fraglich, ob die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs im Entleiherbetrieb eine Versetzung ist.

Beispiel: Ein Arbeitgeber entleiht von einem Verleiher einen Arbeitnehmer für eine dreimonatige Urlaubsvertretung im Versand. Nach einer Woche entsteht in einer Produktionsabteilung ein Engpass. Der Arbeitgeber setzt den Leiharbeitnehmer nunmehr dort ein. Die Arbeiten im Versand werden durch Mehrarbeit der dort Beschäftigten ausgeglichen.

Da durch die Umsetzung eines Leiharbeitnehmers die Interessen der im Betrieb Beschäftigten erheblich berührt werden können, nämlich durch die Einführung der Mehrarbeit im Versand, dürfte eine Zustimmungspflichtige Versetzung vorliegen, wenn die Zuweisung des anderen Arbeitsbereichs eine voraussichtlichen Dauer von mehr als einem Monat hat. Anders läge der Fall nur, wenn der Leiharbeitnehmer als „Springer“ entliehen worden ist.

In allen Fällen ist die *Zustimmung des Betriebsrats* zu den personellen Einzelmaßnahmen erforderlich, die durch das Arbeitsgericht ersetzt werden kann, wenn sie ohne rechtlich aner kennenswerte Gründe verweigert wird (§ 99 Abs. 3 und Abs. 4 BetrVG). Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen von den geplanten Maßnahmen zu unterrichten. Die einzelnen Gründe, aus denen dieser seine Zustimmung verweigern kann, sind in § 99 Abs. 2 Nr. 1 - 6 aufgezählt. Schweigt der Betriebsrat länger als eine Woche nach seiner Unterrichtung durch den Arbeitgeber, so gilt seine Zustimmung als erteilt (§ 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG). Zur Erlangung der Informationen, die der Betriebsrat benötigt, wenn er seine Mitwirkungsrechte in personellen Angelegenheiten sachgerecht ausüben will, steht ihm ein Einblicksrecht in die dafür bedeutsamen Arbeitgeberunterlagen einschließlich der Lohn- und Gehaltslisten zu (§ 80 Abs. 2 BetrVG).

Bei der Versetzung eines Arbeitnehmer in einen anderen Betrieb des Unternehmens sind grundsätzlich beide BR zu beteiligen. Ein Mitbestimmungsrecht des BR des abgehenden Betriebes entfällt nur dann, wenn der Arbeitnehmer mit der Versetzung einverstanden ist¹⁹⁵. Eine Zustimmung des abgehenden BR bindet den BR des aufnehmenden Betriebes nicht. Er kann gleichwohl die Zustimmung verweigern mit der Folge, dass die Durchführung des gerichtlichen Zustimmungsersetzungsverfahrens erforderlich wird¹⁹⁶.

Ohne Zustimmung des Betriebsrats darf der Arbeitgeber vorläufige personelle Maßnahmen nur ergreifen, wenn das aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist (§ 100 Abs. 1 BetrVG). Wenn der Betriebsrat bestreitet, dass die Maßnahme dringend erforderlich ist, muss der Arbeitgeber das Arbeitsgericht anrufen (§ 100 Abs. 2 BetrVG). Ergeht eine für ihn ungünstige Entscheidung, so darf er die personelle Maßnahme nicht aufrechterhalten (§ 100 Abs. 3 BetrVG). Bei Verstößen oder Missachtung kann nach § 101 BetrVG ein Zwangsgeld gegen ihn festgesetzt werden.

Die individualrechtliche Wirksamkeit einer personellen Einzelmaßnahme wird durch den betriebsverfassungsrechtlichen Verstoß bei unterlassener Beteiligung des Betriebsrats nicht beeinträchtigt. Zum Schutz des betroffenen Arbeitnehmers ist der Arbeitsvertrag trotz des betriebsverfassungsrechtlichen Verstoßes wirksam. Der Arbeitnehmer kann jedoch ohne Zustimmung des Betriebsrats nicht beschäftigt werden; er erhält also nur sein Arbeitsentgelt. Ebenso kann der mit höherwertiger Tätigkeit beschäftigte Arbeitnehmer das höhere Entgelt selbst dann beanspruchen, wenn die höherwertige Tätigkeit ihm nicht übertragen werden konnte oder wieder entzogen werden muss, weil der Betriebsrat widerspricht oder fordert, dass die Zuweisung wieder rückgängig gemacht wird.

Fall Zustimmung

g) Mitbestimmung bei Kündigungen

Die größte praktische Bedeutung hat das in § 102 BetrVG normierte Mitwirkungsrecht des Betriebsrats bei Kündigungen. Die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats vor jeder Kündigung und die Mitteilung der Kündigungsgründe ist Wirksamkeitsvoraussetzung einer jeden (ordentlichen oder außerordentlichen) Kündigung durch den Arbeitgeber. Der Arbeitgeber muss den Betriebsrat so informieren, dass dieser sich für seine Stellungnahme über die Person des betroffenen Arbeitnehmers und über die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe ohne zusätzliche eigene Nachforschungen ein eigenes Bild machen kann. Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat die Personalien des Arbeitnehmers, die Kündigungsart, den Kündigungstermin, die Kündigungsfrist sowie die Kündigungsgründe mitteilen. Eine Kündigung ist unwirksam, wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat unvollständig informiert hat und die Gründe, auf die er seine Kündigung stützen will, nur pauschal, schlagwort- oder stichwortartig umschrieben oder lediglich ein Werturteil abgegeben hat.

Bedenken gegen eine Kündigung hat der Betriebsrat dem Arbeitgeber mitzuteilen. Geschieht das bei einer ordentlichen Kündigung nicht binnen einer Woche, so gilt seine Zustimmung als erteilt (§ 102 Abs. 2 Satz 2 BetrVG). Widerspricht der Betriebsrat einer ordentlichen Kündigung aus einem der in § 102 Abs. 3 Nr. 1 - 5 genannten Gründe fristgerecht, so kann der Arbeitnehmer seine Weiterbeschäftigung auch nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zur rechtskräftigen Entscheidung über seine Kündigungsschutzklage verlangen (§ 102 Abs. 5 BetrVG).

Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat über die Personalplanung rechtzeitig zu unterrichten, § 92 BetrVG. Der Betriebsrat kann verlangen, dass neue Arbeitsplätze innerhalb des Betriebes ausgeschrieben werden, § 93 BetrVG. Personalfragebögen bedürfen der Zustimmung des Betriebsrates, § 94 BetrVG. Richtlinien über die personelle Auswahl bedürfen der Zustimmung des Betriebsrates.

5) Wirtschaftliche Angelegenheiten

Zu den wirtschaftlichen Angelegenheiten finden sich Regelungen in den §§ 106 - 113 BetrVG. Hier sind Unterrichtsrechte und Beratungsrechte des Betriebsrates in Bezug auf beabsichtigte grundlegende Änderungen der Betriebsorganisation und der Betriebsanlagen sowie bei der Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden und Fertigungsverfahren zu beachten.

a) Der Wirtschaftsausschuss (§§ 106-109 BetrVG)

Nach § 106 Abs. 1 BetrVG ist in Unternehmen mit in der Regel mehr als einhundert ständig beschäftigten Arbeitnehmern zwingend ein *Wirtschaftsausschuss* zu bilden. Die Mitglieder werden vom Betriebsrat und, sofern das Unternehmen aus mehreren Betrieben besteht, vom zwingend zu errichtenden Gesamtbetriebsrat mit einfacher Stimmenmehrheit gewählt.

Auf der Konzernebene ist kein Konzernwirtschaftsausschuss vorgesehen¹⁹⁷. Der Wirtschaftsausschuss ist kein eigenständiges Organ der Belegschaft, sondern ein Hilfsorgan des jeweiligen Betriebsrats¹⁹⁸. Träger der dem Wirtschaftsausschuss gegenüber bestehenden Auskunftsansprüche ist daher der Betriebsrat. Dem Wirtschaftsausschuss können nach § 107 Abs. 1 Satz 2 BetrVG *auch leitende Angestellte* angehören. Auch der Vertrauensmann der Schwerbehinderten ist berechtigt, an den Sitzungen des Wirtschaftsausschusses beratend teilzunehmen.

b) Persönliche Rechtsstellung der Ausschussmitglieder

Die Ausschussmitglieder unterliegen einer besonderen Schweigepflicht (§ 79 BetrVG). Sie genießen *keinen* besonderen Kündigungsschutz. Allerdings sind Kündigungen wegen der Ausschusstätigkeit wegen Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot des § 78 BetrVG gemäß § 134 BGB nichtig.

c) Beratungen

Der Wirtschaftsausschuss soll monatlich einmal zusammentreten, er kann nach Bedarf in kürzeren oder längeren Abständen tagen. Der Unternehmer oder sein Vertreter hat an der Sitzungen teilzunehmen. Zur Vorbereitung einer solchen Sitzung mit dem Unternehmer kann der Wirtschaftsausschuss auch ohne den Unternehmer zusammentreten.

d) Aufgaben

Der Wirtschaftsausschuss hat die Aufgabe, wirtschaftliche Angelegenheiten mit dem Unternehmer zu beraten und den Betriebsrat zu unterrichten (§ 106 I 2 BetrVG). Er soll so die Zusammenarbeit und den Informationsfluss zwischen Unternehmer und Betriebsrat bzw. Gesamtbetriebsrat in wirtschaftlichen Angelegenheiten fördern, damit der Betriebs- bzw. Gesamtbetriebsrat durch die bei der Ausführung der Unternehmenspolitik notwendigen Einzelmaßnahmen nicht überrascht wird. Der Wirtschaftsausschuss ist über die wirtschaftlichen Angelegenheiten rechtzeitig und umfassend unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen zu unterrichten. Zu den wirtschaftlichen Angelegenheiten gehören insbesondere – aber nicht nur – die in § 106 III BetrVG genannten Fälle.

Die *Aufgaben* des Wirtschaftsausschusses werden *beispielhaft* in § 106 Abs. 2 und 3 BetrVG genannt. Zu den wirtschaftlichen Angelegenheiten gehören alle in § 106 Abs. 3 Nr. 1-10 BetrVG genannten Angelegenheiten, die die Interessen der Arbeitnehmer des Unternehmens wesentlich berühren können, z.B. der Übergang sämtlicher Geschäftsanteile einer GmbH auf einen neuen Gesellschafter¹⁹⁹ oder die Einführung von Telearbeit. Informiert der Arbeitgeber den Wirtschaftsausschuss über wirtschaftliche Angelegenheiten des Unternehmens im Sinne von § 106 BetrVG nicht rechtzeitig oder nur ungenügend, so kann der Wirtschaftsausschuss *nach § 109 BetrVG die Einigungsstelle* anrufen (erzwingbares Einigungsverfahren, § 76 Abs. 5 BetrVG²⁰⁰). Auch der Betriebsrat hat nach § 109 BetrVG einen eigenen betriebsverfassungsrechtlichen Anspruch gegen den Unternehmer auf Erfüllung der dem Wirtschaftsausschuss gegenüber obliegenden Auskunftspflichten²⁰¹. Kommt der Arbeitgeber dem

Spruch der Einigungsstelle nicht nach, so kann der Betriebsrat bzw. der Wirtschaftsausschuss diesen Anspruch im Beschlussverfahren verfolgen. Kann ein Wirtschaftsausschuss nicht errichtet werden, weil in dem Unternehmen nicht mehr als einhundert Arbeitnehmer beschäftigt werden, so stehen die Unterrichtsansprüche nach § 106 Abs. 2 BetrVG nicht dem Betriebsrat zu. Dieser ist nach § 80 Abs. 2 BetrVG über wirtschaftliche Angelegenheiten unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen nur zu unterrichten, soweit das zur Durchführung konkreter Aufgaben erforderlich ist²⁰².

In welchem Umfang der Spruch der Einigungsstelle der *gerichtlichen Überprüfung* unterliegt, ist in Rechtsprechung und Lehre umstritten: Im Schrifttum besteht Einigkeit darüber, dass der Spruch der Einigungsstelle in vollem Umfang gerichtlich überprüfbar ist, weil er eine *Rechtsfrage* betrifft. Das Bundesarbeitsgericht²⁰³ beschränkt dagegen den Rechtsschutz des Arbeitgebers, um eine "rechtzeitige" und damit sinnvolle Unterrichtung des Wirtschaftsausschusses zu gewährleisten. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts²⁰⁴ bedeutet der Spruch der Einigungsstelle eine Leistungsbestimmung durch einen Dritten, wobei das Leistungsbestimmungsrecht der Einigungsstelle aus § 109 BetrVG folgt. Gerichtlich ist danach zunächst nur überprüfbar, ob die Einigungsstelle zuständig ist, es also um eine Auskunft über "wirtschaftliche Angelegenheiten des Unternehmens" im Sinne von § 106 BetrVG geht. Ob, wann, und in welcher Weise die Auskunft zu geben ist und welche Unterlagen vorzulegen sind, unterliegt dagegen *keiner* weiteren Rechtskontrolle. Die Einigungsstelle entscheidet auch abschließend darüber, ob eine Auskunft wegen Gefährdung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen verweigert werden kann. Der Spruch der Einigungsstelle unterliegt jedoch der *gerichtlichen Ermessenskontrolle* (§ 76 Abs. 5 Satz 4 BetrVG), für die vor allem der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§ 2 Abs. 1 BetrVG) maßgebend sein soll. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist angreifbar. Denn sie verlagert die Entscheidung über eine Rechtsfrage unzulässig auf eine private Instanz; außerdem billigt das Bundesarbeitsgericht die Ermessenskontrolle, obwohl der Einigungsstelle hier nur ein Beurteilungsspielraum zusteht.

e) Das Mitbestimmungsrecht bei Betriebsänderungen (§§ 111-113 BetrVG)

Bestehen die wirtschaftlichen Angelegenheiten in einer *Betriebsänderung*, die wesentliche Nachteile für die Belegschaft oder erhebliche Teile der Belegschaft zur Folge haben können, so hat der Betriebsrat (in Unternehmen mit in der Regel mehr als 20 Arbeitnehmern²⁰⁵) die Mitwirkungsrechte aus §§ 111-113 BetrVG.

i. Die Betriebsänderung

Die herrschende Lehre sieht zutreffend in § 111 Satz 2 BetrVG einen *abschließenden Katalog* von *Betriebsänderungen*, die das Mitwirkungsrecht des Betriebsrats auslösen²⁰⁶. § 111 Satz 2 BetrVG nennt fünf Fälle einer Betriebsänderung:

Die Einschränkung und Stilllegung des ganzen Betriebs oder von wesentlichen Betriebsteilen. Die Stilllegung bedeutet die Aufgabe des Betriebszwecks und der Betriebsorganisation. Unter der Einschränkung ist die teilweise Herabsetzung der Leistung der Betriebsanlagen unter Weiterverfolgung des Betriebszwecks zu verstehen (z.B. Verminderung der Produktionskapazität).

Die Verlegung des ganzen Betriebs oder von wesentlichen Betriebsteilen.

Der Zusammenschluss mit anderen Betrieben.

Die grundlegende Änderung der Betriebsorganisation (z.B. Einführung von Telearbeit), des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen. Auch die Betriebsaufspaltung kann neben dem Betriebsübergang gemäß § 613a BGB auch eine Betriebsänderung darstellen, wenn sich Auswirkungen auf die Zusammensetzung und die Zusammenarbeit der Belegschaft ergeben.

Die Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden und Fertigungsverfahren.

Daneben enthält § 111 Satz 1 BetrVG *keine Generalklausel*, auf die zurückgegriffen werden kann, wenn sich eine wirtschaftliche Maßnahme des Arbeitgebers nicht unter § 111 Satz 2 BetrVG subsumieren lässt. § 111 Satz 1 BetrVG hat nur die Bedeutung einer *Auslegungshilfe*, wenn über den Inhalt der in § 111 Satz 2 BetrVG verwendeten Rechtsbegriffe Zweifel auftreten. Fällt eine Maßnahme des Arbeitgebers unter den Katalog des § 111 Satz 2 BetrVG, so *unterstellt das Gesetz*, dass diese Maßnahme *wesentliche Nachteile* für die Belegschaft oder erhebliche Teile der Belegschaft zur Folge haben kann. Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats nach den §§ 111, 112 BetrVG entfallen daher nicht, weil die konkrete Betriebsänderung im Einzelfall wesentliche Nachteile nicht befürchten lässt²⁰⁷. Nicht unter den Begriff des wesentlichen Nachteils fällt der sog. Einstellungsstop. Außerdem müssen erhebliche Teile der Belegschaft betroffen sein; die Rechtsprechung²⁰⁸ orientiert sich hierbei an § 17 Abs. 1 KSchG (mind. 5 % der Belegschaft) und nicht an § 112a BetrVG. Nach § 112a BetrVG ist auch die bloße *Personalreduzierung* eine Betriebsänderung. Die *Betriebsaufspaltung* kann eine Betriebsänderung darstellen²⁰⁹. Der *Betriebsübergang* ist *keine Betriebsänderung*²¹⁰, kann aber mit einer solchen verbunden sein. Die Anwendbarkeit von § 111 BetrVG wird nur insoweit nicht durch § 613 a BGB ausgeschlossen.

ii. Die Mitwirkungsrechte des Betriebsrats

(i) Das Informations- und Beratungsrecht

Erfüllt eine wirtschaftliche Maßnahme einen der Tatbestände des § 111 Satz 2 BetrVG, so hat der Unternehmer den Betriebsrat nach § 111 Satz 1 BetrVG rechtzeitig und umfassend zu unterrichten und die geplante Betriebsänderung mit dem Betriebsrat zu beraten. Die *Missachtung des Beteiligungsrechts* führt nicht zur Unwirksamkeit der wirtschaftlichen Maßnahme, der einzelne Arbeitnehmer kann dann aber für die dadurch erlittenen wirtschaftlichen Nachteile einen finanziellen Ausgleich verlangen (§ 113 Abs. 3 BetrVG). Streitigkeiten, ob dem Betriebsrat bei *bevorstehenden* Maßnahmen ein Unterrichts- und Beratungsrecht zusteht, entscheidet das Arbeitsgericht im Beschlussverfahren. Die zwischenzeitliche Durchführung der Betriebsänderung erledigt den Rechtsstreit; der Betriebsrat kann dann nur noch die Verpflichtung zur Durchführung eines Sozialplans beantragen²¹¹. Die vorläufige Unterlassung der Maßnahme zwecks Sicherung seines Verhandlungsanspruchs kann der Betriebsrat nur unter den erschwerten Voraussetzungen des § 23 Abs. 3 BetrVG erwirken²¹². In den neuen Bundesländern stehen dem Betriebsrat bei der Spaltung oder Entflechtung von Unternehmen weitergehende Rechte zu (vgl. § 2 Abs. 4 SpTrUG; § 6b Abs. 1 Satz 4 VermG).

(ii) Der Interessenausgleich

Das Ziel der Beratungen besteht darin, *einvernehmlich* einen *Interessenausgleich* über die organisatorische Durchführung der Betriebsänderung zu erzielen (§ 112 Abs. 1 Satz 1 BetrVG)²¹³. Der Interessenausgleich *beruht auf der unternehmerischen Entscheidung* als solche, d.h. die Fragen, **ob, wann, und wie** (in welchem Umfang und in welcher Form) die geplante Betriebsänderung durchgeführt werden soll. Hierüber können die verschiedensten Regelungen getroffen werden.

statt einer Stilllegung eine Einschränkung des Betriebs; Einführung bestimmter Betriebsanlagen nicht zu dem ursprünglich geplanten Termin, sondern erst später

Der Interessenausgleich ist *nicht erzwingbar*. Der *Interessenausgleich* hat *keine normative Wirkung*. Einigen sich die Betriebspartner nicht, so kann der Präsident des Landesarbeitsamts um Vermittlung ersucht werden (§ 112 Abs. 2 BetrVG). Bleibt die Vermittlung erfolglos, kann die von der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite paritätisch besetzte *Einigungsstelle* (§ 76 Abs. 2 BetrVG) angerufen werden (§ 112 Abs. 3 BetrVG); diese vermag nur Vorschläge zu unterbreiten, aber keine verbindliche Regelung anzuordnen (sog. *freiwilliges Einigungsstellenverfahren*, § 76 Abs. 6 BetrVG). Unterlässt der Arbeitgeber die gesetzlichen Möglichkeiten, auf einen Interessenausgleich hinzuwirken, oder weicht er ohne zwingenden Grund von einem vereinbarten Interessenausgleich ab, so kann **der einzelne Arbeitnehmer die Zahlung eines sog. Nachteilsausgleichs** verlangen (§ 113 Abs. 1 und 2 BetrVG). Der **Betriebsrat kann die Einhaltung eines Interessenausgleichs nicht erzwingen**²¹⁴. Kommt keine Einigung über den Interessenausgleich zustande, nachdem die in § 112 Abs. 2 und 3 BetrVG vorgesehenen Verhandlungsmöglichkeiten ausgeschöpft worden sind, so kann der Arbeitgeber die Betriebsänderung durchführen, ohne zum Nachteilsausgleich nach § 113 BetrVG verpflichtet zu sein.

(iii) Der Sozialplan

Vom Interessenausgleich streng zu unterscheiden ist der - regelmäßig gleichzeitig vereinbarte - Sozialplan, der Regelungen über den *Ausgleich oder die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile* trifft, die den Arbeitnehmern durch die geplante, eingeleitete oder bereits durchgeführte Betriebsänderung entstehen. Die Durchführung der Betriebsänderung wird durch den Sozialplan nicht beeinflusst. Regelungen, die nicht dem Ausgleich oder der Milderung wirtschaftlicher Nachteile dienen, sondern solche Nachteile von vornherein vermeiden sollen (etwa ein Kündigungsverbot), können nicht Gegenstand eines verbindlichen Spruchs der Einigungsstelle sein, sondern können nur in einem einvernehmlichen Interessenausgleich getroffen werden²¹⁵. Die Betriebspartner können den *Inhalt des Sozialplans* im Rahmen billigen Ermessens grundsätzlich frei bestimmen.

Beispiele: Regelungen über die Höhe (!) und den Verteilungsmodus und -schlüssel von Abfindungen, Pensionen oder Beihilfen für Umschulungs- oder Weiterbildungsmöglichkeiten, Umzugszuschüsse, vorzeitige Ruhegeldleistungen.

Der weite Regelungsspielraum wird begrenzt durch die Grundsätze von Recht und Billigkeit (§ 75 Abs. 1 Satz 1 BetrVG). Es ist aber **unzulässig, Leistungen aus dem Sozialplan davon abhängig zu machen, dass der Arbeitnehmer keine Kündigungsschutzklage erhebt**. Der Sozialplan kann aber vorsehen, dass eine Abfindung nach §§ 9, 10 KSchG auf Sozialplanleistungen angerechnet wird²¹⁶. Entlassungsabfindungen sind sozialversicherungsbeitragsfrei, in bestimmten Grenzen auch steuerfrei (§ 3 Nr. 9 EStG; vgl. auch § 34 Abs. 1 EStG). Der Sozialplan ist eine *Betriebsvereinbarung besonderer Art (mit normati-*



ver Wirkung, § 77 Abs. 4 BetrVG), d.h. er wirkt unmittelbar und zwingend (*normativ*) auf die Arbeitsverhältnisse der belegschaftsangehörigen Arbeitnehmer ein (§ 77 Abs. 4 BetrVG) und begründet für den einzelnen Arbeitnehmer klagbare Ansprüche. Der Betriebsrat kann *nicht aus eigenem Recht* (§ 77 Abs. 1 BetrVG - Durchführungspflicht) verlangen, dass der Arbeitgeber die Ansprüche aus dem Sozialplan gegenüber den Arbeitnehmern erfüllt²¹⁷. Nach § 112 Abs. 1 Satz 4 BetrVG gilt die Vereinbarungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG für den Sozialplan nicht. Wird in einem Betrieb mit nicht mehr als 20 Arbeitnehmern ein "Sozialplan" vereinbart, so ist diese Vereinbarung als freiwillige Betriebsvereinbarung nach § 88 BetrVG wirksam, unterliegt aber dem Tarifvorbehalt nach § 77 Abs. 3 BetrVG²¹⁸. Anders als den Interessenausgleich kann der Betriebsrat den Sozialplan erzwingen, im Fall der Betriebsänderung durch Personalreduzierung allerdings nur unter den einschränkenden Voraussetzungen des § 112a BetrVG (geringer Anteil der Entlassenen oder junger Betrieb). Hierzu kann die Einigungsstelle angerufen werden, deren Spruch verbindlich die fehlende Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzt (§ 112 Abs. 4 BetrVG; sog. *erzwingbares Einigungsstellenverfahren*, § 76 Abs. 5 BetrVG). Der Sozialplan soll die sozialen Belange der betroffenen Arbeitnehmer und die wirtschaftlichen Belastungen für das Unternehmen nach billigem Ermessen interessengerecht ausgleichen. Das Gesetz gibt der Einigungsstelle daher entsprechende Ermessensrichtlinien vor (§ 112 Abs. 5 BetrVG); danach dürfen etwa der Fortbestand des Unternehmens und die nach der Durchführung der Betriebsänderung noch verbleibenden Arbeitsplätze durch das Gesamtvolumen der Sozialplanleistungen nicht gefährdet werden. Gegebenenfalls kann auch ein sog. Nullsozialplan geboten sein. Einen Ermessensfehler kann der Arbeitgeber oder der Betriebsrat nur innerhalb von zwei Wochen gerichtlich geltend machen (§ 76 Abs. 5 Satz 4 BetrVG). Die *Regelungen über den Sozialplan* sind auch im Konkurs des Unternehmens anzuwenden²¹⁹. Die *Ansprüche der Arbeitnehmer aus dem Sozialplan* sind bevorrechtigte Konkursforderungen. Für die Berichtigung dieser Forderung darf jedoch nicht mehr als ein Drittel der für die Verteilung an die Konkursgläubiger zur Verfügung stehenden Konkursmasse verwendet werden. Neu gegründete Betriebe unterliegen in den ersten vier Jahren nicht der Sozialplanpflicht (§ 112a Abs. 2 BetrVG), um ihnen die schwierige Anfangsphase des Aufbaus zu erleichtern. Diese Privilegierung ist jedoch auf echte wirtschaftliche Neugründungen beschränkt. Eine bloß rechtliche Neugründung im Zusammenhang mit einer Umstrukturierung, z.B. durch Verschmelzung, Umwandlung oder Aufspaltung bestehender Unternehmen, genügt nicht²²⁰.

iii. Der Nachteilsausgleich

Weicht der Unternehmer von einem (nicht erzwingbaren!) *Interessenausgleich* über eine geplante Betriebsänderung ab oder führt er sie durch, ohne überhaupt einen Interessenausgleich versucht zu haben, so können nach § 113 BetrVG diejenigen Arbeitnehmer, die dadurch entlassen werden bzw. andere wirtschaftliche Nachteile erleiden, vom Arbeitgeber eine Abfindung als *Nachteilsausgleich* verlangen, der je nach Beschäftigungsdauer die Höhe von zwölf bis achtzehn Monatsverdiensten erreichen kann (§ 113 Abs. 1, 2. Hs. BetrVG i.V.m. § 10 KSchG). Wurde ein Interessenausgleich, aber kein Sozialplan vereinbart, so kann der Arbeitnehmer keinen Nachteilsausgleich verlangen, weil der Betriebsrat auch noch nachträglich einen Sozialplan verlangen könnte. Abfindungen für den Verlust des Arbeitsplatzes nach § 113 BetrVG werden auf (nachträglich vereinbarte) Sozialplanansprüche angerechnet²²¹. Ist vorab in einem Beschlussverfahren zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber rechtskräftig darüber entschieden worden, ob die Maßnahme eine Betriebsänderung darstellt, so entfaltet diese Entscheidung nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts²²² *präjudizielle Bindungswirkung* für die Abfindungsklage des Arbeitnehmers.

6. Abschnitt: Die Zuständigkeit und Anrufung der Einigungsstelle

Arbeitgeber und Betriebsrat sollen über die anstehenden Fragen mit dem ernststen Willen zur Einigung verhandeln und sich wechselseitig Vorschläge für die Beilegung von Meinungsverschiedenheiten machen, § 74 I 2 BetrVG. Das Arbeitsgericht ist zuständig für die Entscheidung von Rechtsfragen, dagegen ist die Einigungsstelle zuständig für sogenannte Regelungsstreitigkeiten, das heißt für Streitigkeiten über die zweckmäßige Gestaltung von Arbeitsbedingungen. Nur in gesetzlich vorgesehenen Fällen kann die Einigungsstelle auch Rechtsfragen entscheiden.

Zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, Gesamtbetriebsrat und Konzernbetriebsrat ist bei Bedarf eine Einigungsstelle zu bilden, § 76 I 1 BetrVG. Die Einigungsstelle ist mithin keine ständige Einrichtung, sondern ist nur im Streitfalle zu errichten. Etwas anderes kann jedoch durch Betriebsvereinbarung bestimmt werden, § 76 I 2 BetrVG.

Hinsichtlich der Besetzung gilt, dass eine gleiche Anzahl von Beisitzern, die jeweils vom Arbeitgeber und dem Betriebsrat bestellt werden vorhanden sein müssen. Geleitet wird die Einigungsstelle von einem unparteiischen Vorsitzenden, auf dessen Person sich beide Seiten einigen müssen. Kommt eine Einigung über die Anzahl der Beisitzer und den unparteiischen Vorsitzenden nicht zustande, so entscheidet insoweit das Arbeitsgericht (§ 76 II BetrVG). Keine Seite kann die von der Gegenseite benannten Beisitzer ablehnen. In der Regel werden zwei Beisitzer von jeder Seite benannt.

Die Einigungsstelle wird in den Fällen der erzwingbaren Mitbestimmung auf Antrag einer Seite, in den Fällen der freiwilligen Mitbestimmung nur auf Antrag beider Seiten, tätig.

Die Sitzungen sind nicht öffentlich. Verfahrensvorschriften fehlen (nur das sogenannte Umlaufverfahren ist verboten). Die Einigungsstelle kann Zeugen und Sachverständige vernehmen. Eine Pflicht zur Aussage besteht nicht.

Die Einigungsstelle beschließt nach mündlicher Verhandlung mit Stimmenmehrheit, § 76 II 1 BetrVG. Der Vorsitzende soll sich zunächst der Stimme enthalten, § 76 III 2 BetrVG. Bei erzwingbarer Mitbestimmung ersetzt der Spruch der Einigungsstelle die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat. In den übrigen Fällen nur, wenn sich beide Seiten vorher unterwerfen oder ihn nachträglich anerkennen. Der Spruch ist gerichtlich nachprüfbar. Die Kosten trägt der Arbeitgeber.

7. Abschnitt: Mitbestimmung beim Unternehmensträger

Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf Unternehmensebene erfolgt nicht durch besondere Arbeitnehmervertretungen wie nach den BetrVG oder den Personalvertretungsgesetzen, sondern durch Mitglieder der Arbeitnehmer in den Organen von Kapitalgesellschaften. Die Arbeitnehmer sind auf diese Weise unmittelbar an der Erfüllung der nach Gesellschaftsrecht bestehenden Aufgaben der Unternehmensorgane beteiligt (§§ 4 III, 13 II Montan-MitbestG, §§ 5 IV, 13 MitbestErg, §§ 25, 33 II MitbestG 1976, § 77 I S. 2 BetrVG 1952). Es handelt sich also um "Gesellschaftsrecht mit arbeitsrechtlicher Zielsetzung".

Erfasste Unternehmen sind nur die AG, die KGaA, die GmbH, die Genossenschaft, die bergrechtliche Gewerkschaft und der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit.

Das Montanmitbestimmungsgesetz gilt für Unternehmen der Montanindustrie, also Bergbau, eisen- und stahlerzeugende Industrie (§ 1 I Montan-MitbestG), die in der Rechtsform einer AG, GmbH oder bergrechtliche Gewerkschaft mit Rechtspersönlichkeit betrieben werden und in denen in der Regel mehr als 1000 Arbeitnehmer beschäftigt sind, § 1 II Montan-MitbestG.

Der Aufsichtsrat (bei einer GmbH muss daher eigens hierfür ein Aufsichtsrat gebildet werden, § 3 I Montan-MitbestG) besteht grundsätzlich aus 11 Mitgliedern: 5 Arbeitnehmer 5 Kapital. Zusätzlich ein sogenannter neutraler Mann.

Die Mitbestimmung in den Organen des Unternehmensträgers wird häufig verkürzend und ungenau als Unternehmensmitbestimmung bezeichnet und der im BetrVG geregelten betrieblichen Mitbestimmung gegenübergestellt. Das ist missverständlich, weil auch der Betriebsrat Mitbestimmungsrechte bei wichtigen unternehmerischen Entscheidungen hat. Mitbestimmung in den Unternehmensorganen ist nur bei den körperschaftlich organisierten Unternehmensträgern wie AG, GmbH, KGaA, Genossenschaft möglich. Sie sind juristische Personen, die nur durch ihre gesetzlich vorgesehenen Organe entscheiden und handeln können, während in den Personengesellschaften BGB-Gesellschaft, offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft die Gesellschafter selbst entscheiden, handeln und haften.

A. Drittelbeteiligung (BetrVG 1952)

Eine *Drittelbeteiligung* von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat sehen die §§ 76, 77, 77a des *BetrVG 1952* vor, die nach § 129 BetrVG weitergelten, während alle übrigen Vorschriften des alten, aus dem Jahre 1952 stammenden BetrVG aufgehoben und durch die seit 1972 geltenden Regelungen des neuen BetrVG ersetzt worden sind. Soweit keine spezielleren Mitbestimmungsregelungen anwendbar sind, ist die Drittelbeteiligung für sämtliche Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien vorgesehen (§ 76 Abs. 1 BetrVG 1952). Mitbestimmungsfrei waren bis 1994 nur Familien-AG mit weniger als 500 Arbeitnehmern (§ 76 Abs. 6 BetrVG 1952). Seit der Verabschiedung des Gesetzes für kleine Aktiengesellschaften sind sämtliche neugegründeten Aktiengesellschaften mit weniger als 500 Arbeitnehmern, die nach dem 9. August 1994 in das Handelsregister eingetragen worden sind, mitbestimmungsfrei. Dagegen verbleibt es für die bis zum 9. August 1994 in das Handelsregister eingetragenen Aktiengesellschaften mit Ausnahme der kleinen Familien-AG bei der Drittelbeteiligung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat.

Durch die Novellierung des § 76 Abs. 6 BetrVG ist die Arbeitnehmermitbestimmung bei neugegründeten kleinen Aktiengesellschaften der Rechtslage angeglichen worden, wie sie sich für Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaften und bergrechtliche Gewerkschaften mit mehr als 500 Arbeitnehmern bereits bisher aus § 77 BetrVG ergab. Wenn ein Unternehmensträger in einer dieser Rechtsformen mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt, muss ein Aufsichtsrat gebildet werden, der zu einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern besteht. Es gibt ca. 1 400 derartig mitbestimmte Gesellschaften. Die Wahl der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat erfolgt nach § 76 BetrVG 1952.

B. Mitbestimmungsgesetz 1976

Eine speziellere Regelung für Unternehmen mit mindestens 2.000 Arbeitnehmern in der Rechtsform der AG, KGaA, GmbH, Genossenschaft und bergrechtlichen Gewerkschaft enthält das *Mitbestimmungsgesetz* von 1976. Der Aufsichtsrat dieser Unternehmen ist paritätisch mit Vertretern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer besetzt (§ 7 Abs. 1 MitbestG). Die Arbeitnehmervertreter müssen teilweise dem Unternehmen angehören und aus den Gruppen der Arbeiter und Angestellten stammen (§ 7 Abs. 2, § 15 Abs. 2 MitbestG). Mindestens ein Aufsichtsratsmitglied der Arbeitnehmerseite muss der Gruppe der leitenden Angestellten angehören (§ 15 Abs. 2 Satz 3 MitbestG). Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmerseite werden teilweise auch von den Gewerkschaften vorgeschlagen und müssen nicht dem Unternehmen angehören (§ 7 Abs. 2 und Abs. 4 MitbestG). Die Wahl der Arbeitnehmervertreter erfolgt entweder direkt durch die Unternehmensangehörigen oder durch deren Wahlmänner.

Ergeben Abstimmungen im Aufsichtsrat keine Mehrheit, so gibt die Stimme des Aufsichtsratsvorsitzenden, der von der Anteilseignerseite gestellt wird, den Ausschlag (Stichentscheid, § 29 Abs. 2 MitbestG). Der nach § 33 MitbestG zu wählende Arbeitsdirektor ist gleichberechtigtes Mitglied des zur gesetzlichen Vertretung bestimmten Unternehmensorgans und kann auch gegen den Willen der Arbeitnehmervertreter bestellt werden (§ 33 i.V.m. § 31 Abs. 2 - 4 MitbestG). Im Jahre 1990 fielen insgesamt 544 Unternehmen unter das Mitbestimmungsgesetz 1976.

C. Montanmitbestimmung

Für Unternehmen des Kohle- und Eisenerzbergbaus sowie für die eisen- und stahlerzeugende Industrie in der Rechtsform einer AG, GmbH oder bergrechtlichen Gewerkschaft mit mehr als 1 000 Arbeitnehmern findet das *MontanMitbestG* von 1951 Anwendung. 1990 unterlagen 32 Unternehmen der Montanmitbestimmung. Das MontanMitbestG sieht ebenfalls eine paritätische Besetzung des Aufsichtsrats mit Vertretern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer vor, die sich sodann nach § 8 MontanMitbestG auf ein neutrales Mitglied einigen müssen. Die Wahl der Arbeitnehmervertreter erfolgt zwar durch die Hauptversammlung, die aber an die eingereichten Wahlvorschläge gebunden ist (§ 6 Abs. 6 MontanMitbestG). Direkte Einflussmöglichkeiten der unternehmensangehörigen Arbeitnehmer auf die Auswahl der Aufsichtsratsmitglieder bestehen nicht. Lediglich zwei Arbeitnehmervertreter werden von den Betriebsräten vorgeschlagen (§ 6 Abs. 1 MontanMitbestG). Die Spitzenorganisationen können durch Ausübung ihres Einspruchsrechts auch die Auswahl dieser Arbeitnehmervertreter beeinflussen (§ 6 Abs. 2 MontanMitbestG).

Ein Arbeitsdirektor ist nach § 13 MontanMitbestG Mitglied des zur gesetzlichen Vertretung berufenen Unternehmensorgans. Seine Stellung unterscheidet sich jedoch ganz wesentlich von derjenigen des Arbeitsdirektors nach dem MitbestG; denn er kann nicht gegen die Mehrheit der Stimmen der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bestellt oder abberufen werden.

4. Teil: Schlichtungsverfahren und arbeitsgerichtliches Verfahren

1. Abschnitt: Der Schlichtungsausschuss

Im Regelfall muss eine Streitigkeit um Rechte und Pflichten aus einem noch nicht beendeten *Berufsausbildungsverhältnis* zunächst vor dem Schlichtungsausschuss der zuständigen Stelle verhandelt werden, bevor das Arbeitsgericht angerufen werden kann (§§ 102 BBiG, 111 II ArbGG). Dem Schlichtungsausschuss gehört eine gleiche Zahl von Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertretern an.

2. Abschnitt: Die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte

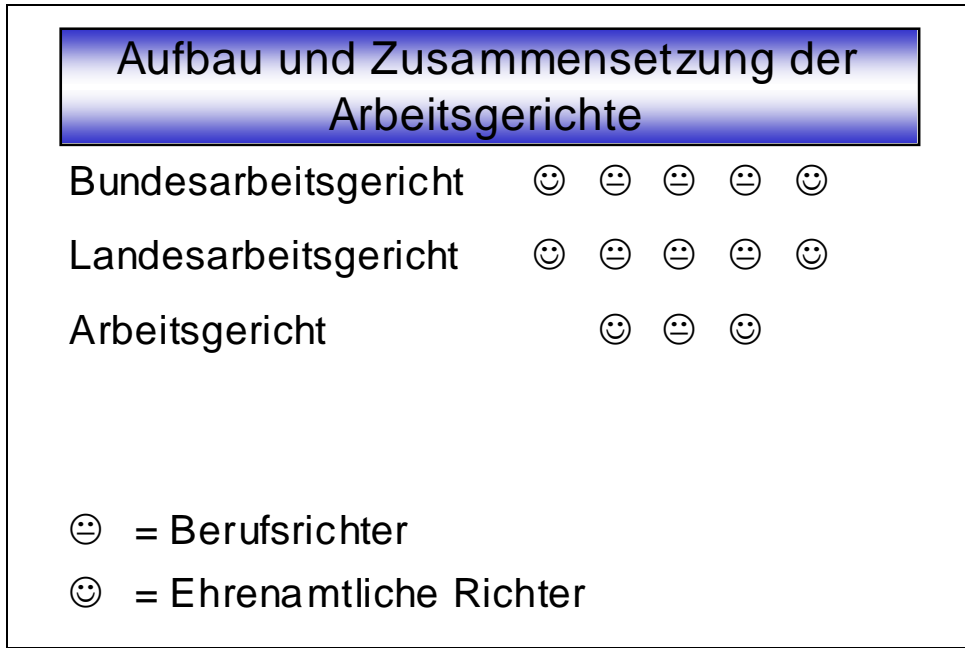
Die Arbeitsgerichte sind zuständig für alle Rechtsstreitigkeiten, die mit einem Ausbildungsverhältnis in Zusammenhang stehen (§§ 2, 2 a ArbGG, Erweiterung der Zuständigkeit in § 3 ArbGG).

3. Abschnitt: Besetzung der Arbeitsgerichte

Arbeitsgerichte sind in sämtlichen Instanzen sog. Kollegialgerichte, also mit mehreren Richtern besetzt. Das Arbeitsgericht (1. Instanz) ist mit einem Berufsrichter und 2 ehrenamtlichen Beisitzern besetzt (1 ArbN-Vertreter und 1 AG-Vertreter). Auch in der Berufungsinstanz, dem Landesarbeitsgericht, und in der Revisionsinstanz, dem Bundesarbeitsgericht, sind Berufsrichter und mehrere ehrenamtliche Richter (½ Arbeitnehmer, ½ Arbeitgeber, werden von den Verbänden der Arbeitnehmer und Arbeitgeber vorgeschlagen; §§ 6, 16, 20 ff) tätig.

Aufbau und Zusammensetzung der Arbeitsgerichte stellen sich wie folgt dar:

Schaubild 7: Aufbau und Zusammensetzung der Arbeitsgerichte

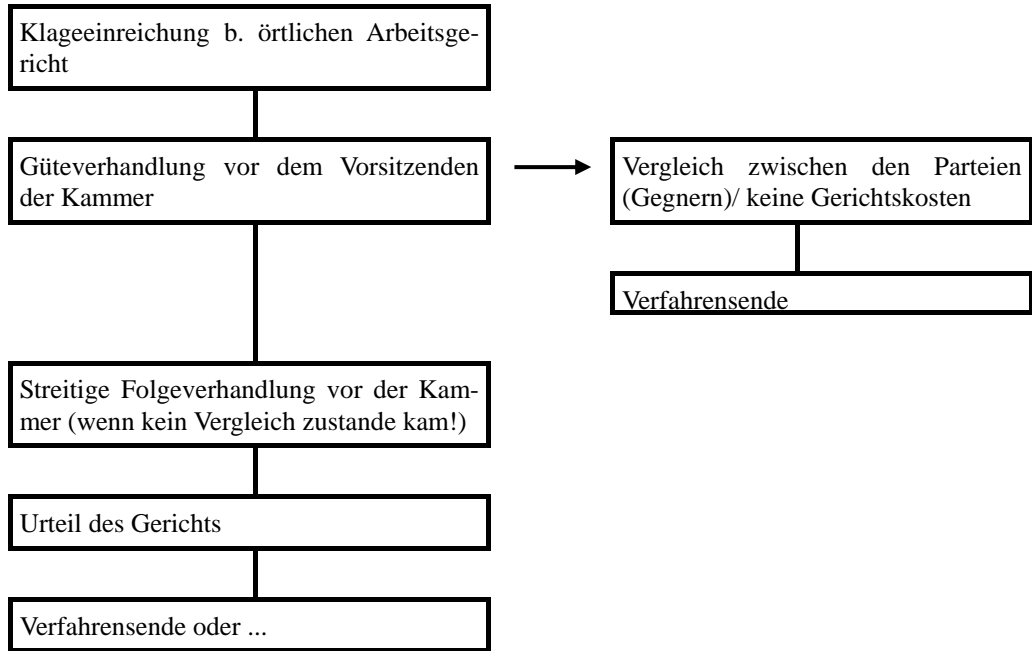


4. Abschnitt: Das arbeitsgerichtliche Verfahren

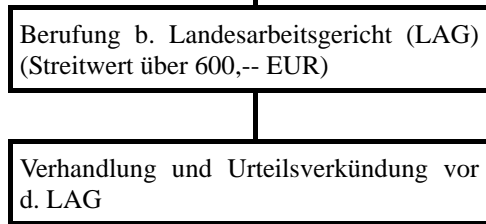
A. Verfahrensgang

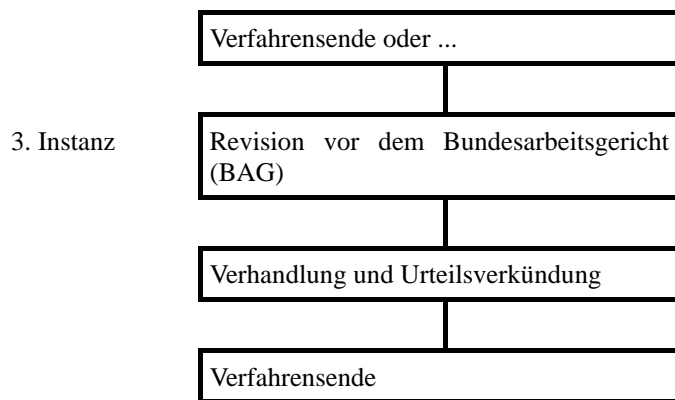
Der Ablauf eines arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahrens stellt sich im wesentlichen wie folgt dar:

1. Instanz



2. Instanz





Merke: Wenn der Betriebsrat gegen den AG klagt, dann kommt es zu einem Beschlussverfahren, das anderen Regeln folgt.

B. Vertretung der Parteien

In der 1. Instanz besteht kein Anwaltszwang. Arbeitnehmer und Arbeitgeber können also selbst auftreten und auf diese Weise Kosten sparen. Arbeitnehmer können sich durch einen Rechtssekretär der Gewerkschaft vertreten lassen, wenn sie Gewerkschaftsmitglied sind. In der 2. und 3. Instanz besteht Anwaltszwang.

C. Kosten

Die Gerichtskosten betragen mindestens 10 EUR und höchstens 500,- EUR. Wird ein Vergleich abgeschlossen, so fallen keine Gerichtskosten (wohl aber Anwaltskosten) an. Anders als bei anderen Gerichten müssen die Gerichtskosten nicht vor Klageerhebung eingezahlt werden. Endet das Verfahren mit einem Vergleich, entstehen keine Gerichtskosten (allenfalls Auslagen wie z.B. Zustellungskosten).

Sehr wichtig ist, dass anders als in anderen Gerichtszweigen der Unterlegene in der 1. Instanz nicht die Kosten des Gewinners tragen muss. Vielmehr trägt jede Seite Ihre Anwaltskosten selbst.

5. Teil: Sonderprobleme

1. Abschnitt: Die Anrechnung übertariflicher Entgelte

A. Allgemeines

Die Frage einer Anrechnung über- oder außertariflicher Entgelte kann sich in unterschiedlichen Fallkonstellationen stellen. Im wesentlichen handelt es sich jedoch in der Praxis entweder um die Anrechnung aus Anlass einer Tariflohnerhöhung oder um Anrechnungen bzw. Verrechnungen, die unabhängig von allgemeinen Lohn- bzw. Gehaltserhöhungen durch den Widerruf von Zulagen oder sonstigen zusätzlichen gewährten Leistungen des Arbeitgebers²²³ erfolgen. Für die Beurteilung des rechtlichen Gestaltungsspielraums des Arbeitgebers muss zunächst zwischen Individual- und kollektivrechtlichem Bereich unterschieden werden.

B. Individualrechtliche Gesichtspunkte

Individualrechtlich ist eine Anrechnung von übertariflichen Zulagen aus Anlass einer Tariflohnerhöhung grundsätzlich zulässig. Im Zweifel ist davon auszugehen, dass die Arbeitsvertragsparteien die Anrechnung von außertariflichen Zulagen zulassen wollten²²⁴. Selbst eine in der Vergangenheit jahrelang geübte entgegengesetzte Praxis kann aus Anlass einer Tariflohnerhöhung ohne weiteres aufgegeben und eine Anrechnung vorgenommen²²⁵ werden. Für die Anrechnung selbst gelten die allgemeinen Grundsätze, u.a. der Gleichbehandlungsgrundsatz²²⁶. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der individuelle Arbeitsvertrag ein **Anrechnungsverbot** enthält. Dies kann z.B. dergestalt geschehen, dass eine Zulage als „tariffest“ oder „nicht anrechenbar“ bezeichnet wird. Hier kann individualrechtlich eine Anrechnung, also eine Verringerung der Zulage, nur im Wege einer Änderungskündigung erfolgen. Das gleiche gilt im Zweifel für **zweckbestimmte Zulagen** (z.B. Leistungs- oder Erschwer-niszulagen), da die Zweckbestimmung als ein schlüssig vereinbartes Anrechnungsverbot zu verstehen ist²²⁷ sowie für die Anrechnung eines Lohnausgleichs der Arbeitszeitverkürzung²²⁸. Eines Rückgriffs auf diese Auslegungsregel bedarf es auch bei zweckbestimmten Zulagen nicht, wenn der Arbeitsvertrag bereits einen ausdrücklichen Anrechnungsvorbehalt enthält²²⁹.

C. Kollektivrechtliche Gesichtspunkte

Kollektivrechtlich ist bei der Anrechnung über- bzw. außertariflicher Zulagen grundsätzlich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates gem. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG betroffen. Danach besteht ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates in sämtlichen Fragen der betrieblichen Lohngestaltung.

Dieses Mitbestimmungsrecht soll nach der ständigen Rechtsprechung des BAG den Arbeitnehmer vor einer einseitig an den Interessen des Arbeitgebers orientierten oder sogar willkürlichen Lohngestaltung schützen. Es soll die Angemessenheit und Durchsichtigkeit des innerbetrieblichen Lohngefüges und die Wahrung der innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit gesichert werden²³⁰. Der Große Senat des BAG hat in seiner Entscheidung vom 3.12.91²³¹ hierzu folgende Grundsätze aufgestellt:

(1) Weder der Tarifvorbehalt nach § 77 Abs. 3 BetrVG noch der Tarifvorrang des § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG stehen grundsätzlich einem Mitbestimmungsrecht entgegen. § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG kann lediglich in Ausnahmefällen zu einem Ausschluss der Mitbestimmung führen, wenn im Tarifvertrag selbst eine inhaltlich einschlägige und abschließende Regelung über den Mitbestimmungstatbestand enthalten ist. Üblicherweise legt der Tarifvertrag jedoch nur ein Mindestentgelt fest, so dass eine Sperrwirkung für die betriebliche Mitbestimmung nicht eintreten kann.

(2) Ein Mitbestimmungsrecht greift ein, wenn sich durch die Anrechnung bzw. den Widerruf von Zulagen die **Verteilungsgrundsätze ändern** und darüber hinaus für eine anderweitige Anrechnung bzw. Kürzung ein **Regelungsspielraum** verbleibt. Dabei ist unerheblich, ob die Anrechnung durch gestaltende Erklärung erfolgt oder sich automatisch vollzieht.

(3) Mitbestimmungsfrei ist der Anrechnungsvorgang bzw. der Zulagenwiderwurf, wenn dadurch das Zulagenvolumen völlig aufgezehrt wird oder die Tariflohnerhöhung vollständig und gleichmäßig auf die über- bzw. außertariflichen Zulagen angerechnet wird²³².

Die Entscheidung des GS des BAG ist im Schrifttum z.T. kritisch aufgenommen worden²³³. Die einzelnen Senate des BAG halten jedoch an der Entscheidung fest und entwickeln die dort formulierten Grundsätze konsequent fort. Dabei sind die nachfolgenden Prüfungsschritte zu beachten.

Damit ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG überhaupt eingreifen kann, muss zunächst ein **kollektiver Tatbestand vorliegen**. Die **individuelle Lohngestaltung** des einzelnen Arbeitsverhältnisses unterfällt **nicht der Mitbestimmung** des Betriebsrates²³⁴. Nicht entscheidend ist insoweit, wie viele Arbeitnehmer von der Maßnahme betroffen sind. Denn selbst wenn eine größere Anzahl von Arbeitnehmern Zulagenkürzungen hinnehmen muss, hat dies nicht zwangsläufig den kollektiven Charakter der Maßnahme zur Folge. Es sind andererseits generelle Regelungsfragen vorstellbar, die vorübergehend nur einen Arbeitnehmer betreffen, andererseits können individuelle Sonderregelungen auf Wunsch der betroffenen Arbeitnehmer gehäuft auftreten²³⁵. Gleichwohl kommt diesem Umstand jedenfalls indizielle Bedeutung zu²³⁶.

Beispiele: Ist - wie bei Kürzungen aus Leistungsgründen - notwendigerweise ein Vergleich mit anderen Arbeitnehmern vorzunehmen, ist der kollektive Bezug stets vorhanden²³⁷. Das gleiche gilt, wenn der Arbeitgeber bei einem Teil der Arbeitnehmer eine Anrechnung vornimmt, weil sie hohe krankheitsbedingte Fehlzeiten aufweisen²³⁸. Ebenfalls kollektiven Charakter hat eine Anrechnung, die bei einer Mehrzahl von Arbeitnehmern vorgenommen wird, deren Tätigkeit nicht mehr der Eingruppierung entspricht²³⁹ oder wenn ein bestehendes Gehaltssystem für AT-Angestellte nach abstrakt generellen Kriterien aus Anlass einer Tarifierhöhung geändert wird²⁴⁰. Gleiches gilt, wenn der Arbeitgeber Steigerungen des Tarifgehalts aufgrund von Alterssprüngen, Höhergruppierungen oder Erhöhungen der tariflichen Leistungszulage anrechnet²⁴¹.

Entscheidend ist letztlich, ob es um die Struktur des Entgelts einschließlich ihrer näheren Vollzugsformen geht²⁴². Letzteres ist bei einer Änderung der Verteilungsgrundsätze (der zweiten Grundvoraussetzung einer Mitbestimmungspflicht) für über-/außertarifliche Zulagen immer der Fall.

Demgegenüber fehlt es an einem kollektiven Tatbestand, wenn der Arbeitgeber eine Anrechnung nur bei einem einzelnen Arbeitnehmer vornimmt, weil dieser trotz einer Umsetzung auf einen tariflich niedriger bewerteten Arbeitsplatz unverändert die bisherige Vergütung erhält²⁴³, oder wenn die Anrechnung auf Wunsch eines Arbeitnehmers zur Vermeidung steuerlicher Nachteile vorgenommen wird²⁴⁴.

Weitere Mitbestimmungsvoraussetzung ist die bereits genannte **Änderung der Verteilungsgrundsätze**, da nur in diesem Fall der Normzweck des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG betroffen ist. Eine solche Änderung der Verteilungsgrundsätze liegt immer dann vor, wenn sich aufgrund der Anrechnung das Verhältnis der Zulagen verschiedener Arbeitnehmer zueinander verändert. Dies ist aufgrund der üblicherweise differenzierten Zulagengestaltung bei einer Anrechnung regelmäßig der Fall²⁴⁵. Selbst bei einer summenmäßig oder prozentual gleichen Anrechnung führt allein eine bislang unterschiedliche Zulagenhöhe bei einzelnen Arbeitnehmern zu einer Änderung des Verteilungsschlüssels im Verhältnis der Zulagen untereinander²⁴⁶.

Unverändert bleiben die Verteilungsgrundsätze nur dann, wenn der Arbeitgeber bislang eine für alle Arbeitnehmer prozentual zum jeweiligen Tariflohn gleiche Zulage gezahlt hat und diese nunmehr in gleichem prozentualen Umfang angerechnet bzw. gekürzt wird. Der GS des BAG führt folgendes Zahlenbeispiel an:

Ein Arbeitgeber zahlt allen Arbeitnehmern eine übertarifliche Zulage von 10% (z.B. A: 2000 €+ 200 € B: 3000 €+ 300 € C: 5000 €+ 500 €). Anlässlich einer Tariflohnerhöhung um 6% rechnet er 4% an: Die Zulage verringert sich damit um den gleichen Prozentsatz auf 6% vom bisherigen Tariflohn (im Beispielfall A: 120 € B: 180 € C: 300 €). Das Verhältnis der Zulagen zueinander (im Beispielfall 2:3:5) bleibt unverändert.

Dabei kann der Arbeitgeber nach der Rechtsprechung des BAG²⁴⁷ auch schrittweise vorgehen, indem er zunächst unter Beibehaltung der Verteilungsrelationen eine mitbestimmungsfreie Kürzung vornimmt, um dann anschließend eine rückwirkende Änderung der Verteilungsrelationen anzustreben. Der Abschluss einer solchen, rückwirkenden Betriebsvereinbarung setzt jedoch voraus, dass der Arbeitgeber seine Belegschaft bereits mit Vornahme der Kürzung über seine weiteren Absichten in Kenntnis setzt und so die Entstehung schutzwürdigen Vertrauens verhindert. Allerdings darf der Arbeitgeber eine in Aussicht gestellte Vollarrechnung gegenüber dem Betriebsrat nicht als Druckmittel verwenden, um dessen Zustimmung zu einer teilweisen und damit mitbestimmungspflichtigen Anrechnung zu erhalten. Ein solches Verhalten stellt einen Verstoß gegen § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG sowie den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit gem. § 2 Abs. 1 BetrVG dar²⁴⁸.

Zu einer Änderung der Verteilungsgrundsätze kann es ausnahmsweise dennoch kommen, wenn nach der bisher geltenden Regelung alle Arbeitnehmer einen bestimmten Sockelbetrag erhalten sollen, die prozentual gleichmäßige Anrechnung aber dazu führt, dass dieser Betrag bei einzelnen Arbeitnehmern unterschritten wird.

Des Weiteren muss trotz der Anrechnung bzw. Kürzung der Zulage ein Regelungsspielraum verbleiben. Dem können Hinderungsgründe tatsächlicher oder rechtlicher Natur entgegenstehen.

In tatsächlicher Hinsicht scheidet ein Mitbestimmungsrecht aus, wenn die Anrechnung so weitgehend ist, dass sie insgesamt zum Wegfall der Zulage führt. Ohne verbleibendes Zulagenvolumen scheidet eine Verteilung und damit gleichzeitig jede dahingehende Mitwirkungshandlung des Betriebsrates aus.

In rechtlicher Hinsicht sind nach der Rechtsprechung des GS die Mitbestimmungsgrenzen dann erreicht, wenn der Arbeitgeber eine Tariflohnerhöhung vollständig auf alle Zulagen anrechnet, unabhängig davon, ob hierdurch eine Änderung der Verteilungsgrundsätze bewirkt wird²⁴⁹. Die individualrechtlichen Vorgaben schränken den Handlungsspielraum des Arbeitgebers ein und verhindern eine andere Verteilungsalternative²⁵⁰. Das gleiche gilt, wenn aufgrund individualrechtlicher Vorgaben ausnahmsweise eine Anrechnung ausgeschlossen ist. Nimmt der Arbeitgeber in einem solchen Fall dennoch eine Anrechnung vor, so ergibt sich aus diesem vertragswidrigen Verhalten kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates²⁵¹.

Diese Rechtsprechung ist im Schrifttum auf beachtliche Kritik gestoßen²⁵².

Zu Recht sieht demgegenüber das BAG einen weiteren rechtlichen Hinderungsgrund bei einer bestehenden mitbestimmten Zulagenregelung²⁵³. Beachtet der Arbeitgeber diese bei der Zulagenänderung und vollzieht er damit letztlich nur diese Kollektivvereinbarung, so scheidet weitere Mitbestimmungsrechte aus. Der bloße Vollzug einer mitbestimmten Regelung kann kein neues Mitbestimmungsrecht auslösen²⁵⁴.

Im Regelfall wird jedoch ein solcher Regelungsspielraum existieren. Es genügt bereits, dass der Arbeitgeber einen oder einzelne Arbeitnehmer von der Anrechnung ausschließt²⁵⁵. Erst recht greift das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates ein, wenn der Arbeitgeber bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern von der Anrechnung ausnehmen will. Gleiches gilt, wenn der Arbeitgeber im Zusammenhang mit der vollständigen Anrechnung die übertariflichen Zulagen neu festsetzt und hierdurch die Anrechnung zum Teil kompensieren will²⁵⁶, sofern dem eine einheitliche Konzeption zugrunde liegt²⁵⁷. Dieselben Grundsätze wendet das BAG in einer weiteren Entscheidung²⁵⁸ an. Hier hatte der Arbeitgeber bei einer zweistufigen Tarifierhöhung nur die zweite Stufe (vollständig) mit der übertariflichen Zulage verrechnet. Auch insoweit ist entscheidend, ob der Anrechnung ein **einheitliches Regelungskonzept** zugrunde liegt²⁵⁹.

Das Mitbestimmungsrecht greift auch ein, wenn die außertariflichen Angestellten von einer Anrechnung ganz oder teilweise ausgenommen werden sollen²⁶⁰, oder wenn bei der Anrechnung zwischen Arbeitern und Angestellten differenziert wird²⁶¹. Es bezieht sich auf die Verteilung des übertariflichen Zulagenvolumens und die diesbezüglichen Verteilungsgrundsätze und erfasst nicht die Frage, ob und in welchem Umfang Mittel für eine übertarifliche Vergütung bereit gestellt werden müssen. Das Mitbestimmungsrecht ist nicht davon abhängig, dass die übertarifliche Vergütung bei den Arbeitnehmer arbeitsvertraglich bzw. abrechnungsmäßig getrennt ausgewiesen wird. Entscheidend ist, dass sich rechnerisch ermitteln lässt in welchem Umfang und mit welcher Verteilungsmasse übertariflich vergütet wird²⁶².

Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn innerhalb eines Betriebes verschiedenartige Entgeltsysteme bestehen, die durch Unterschiede in den Tätigkeiten sachlich bedingt sind. Hier erstreckt sich das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nicht auf das Verhältnis der einzelnen Entgeltsysteme zueinander. Von daher

kann ein Arbeitgeber mitbestimmungsfrei in einem Entgeltsystem eine vollständige Anrechnung vornehmen und das andere Entgeltsystem hiervon unberührt lassen²⁶³.

Diese Mitbestimmungsgrundsätze gelten gleichermaßen für Anrechnungen aus Anlass einer Tariflohnerhöhung wie für Zulagenkürzungen aus sonstigen Gründen bei individualrechtlich vorbehaltenem Widerruf²⁶⁴. Im übrigen kann der Betriebsrat unabhängig von einer Tariflohnerhöhung oder einem beabsichtigten Widerruf seinerseits gem. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG von seinem Initiativrecht Gebrauch machen, sofern er eine Änderung des vorhandenen Zulagensystems erreichen will. Bei einer bestehenden Zulagenregelung auf der Grundlage einer oder mehrerer Betriebsvereinbarungen müssen diese allerdings zunächst gekündigt werden.

4. Rechtsfolgen einer unterlassenen, aber im konkreten Fall erforderlichen Wahrung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates ist die Unwirksamkeit der Anrechnungsmaßnahmen²⁶⁵, denn die ordnungsgemäße Beteiligung des Betriebsrates ist nach der ständigen Rechtsprechung des BAG Wirksamkeitsvoraussetzung einer jeden Maßnahme, die für den Arbeitnehmer nachteilig ist²⁶⁶. Dabei stellt die Unwirksamkeit zugleich eine Sanktionierung der Verletzung des Mitbestimmungsrechts dar. Derjenige, der sich betriebsverfassungswidrig verhält, soll sich Dritten gegenüber nicht auf diese Verletzung berufen können²⁶⁷.

Allerdings kann die Verletzung des Mitbestimmungsrechts selbst keine zusätzlichen Ansprüche begründen, die bislang nicht bestanden. Insbesondere kann der Betriebsrat im Rahmen der Geltendmachung seines Mitbestimmungsrechts keinen Einfluss auf das Zulagenvolumen nehmen²⁶⁸. Derartige Ansprüche können sich allenfalls individualrechtlich aus dem Gleichbehandlungsgebot ergeben²⁶⁹.

	Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit 58
A	I
Abwerbung 18	Individualarbeitsrecht 5, 7
Allgemeinverbindlichkeitserklärung 19, 47, 53, 54	Interessenausgleich 76, 77
Anfechtung 9, 10, 11, 43, 48	
Anhörung 60	J
Anrechnung 81	Jugend- und Auszubildendenvertretung 57
Kollektivrechtliche Gesichtspunkte 82	Jugendvertretung 29, 57
Anrechnungsverbot 81	
Anwaltszwang 81	K
Arbeiter und Angestellten	Koalitionen 46
Abgrenzung 5	Koalitionsfreiheit 46
Arbeitnehmer	Kollektivarbeitsrecht 5, 46
Definition 5	Konzernbetriebsrat 56, 77
Arbeitnehmerüberlassung 44, 45	Kurzerkrankungen 31
Arbeitsbereitschaft 13, 14, 15	
Arbeitsgerichte	M
Besetzung 79	Mängel der Kündigung 28
Arbeitsleistung	Mitbestimmung im engeren Sinne 61
Ort 12	
Zeit 12	N
arglistige Täuschung 10	Nachtarbeit 13, 14, 16, 19, 49
Art und Umfang der Arbeitspflicht 12	Nacharbeitnehmer 13
Attest	Nachteilsausgleich 76, 77
ärztliches 27, 42	Nichterfüllung der Arbeitspflicht 17
und Urlaub 27	Niederschrift 8
Auflösung des Arbeitsverhältnisses 33	
außerbetriebliches Verhalten 18	O
	Ordnung des Betriebes 63
B	
Beratung 61	P
Bereitschaftsdienst 14, 15, 63	Personalinformationssystem 67
Betriebsänderung 75	personenbedingte Kündigung 31
betriebsbedingte Kündigung 32	Praktikant 43
Betriebsübergang 38	
Bewerbungsgespräch 7	R
	Rechtsquellen des Arbeitsrechts 6
D	Rufbereitschaft 14, 15, 16, 63
Differenzierungsklauseln 51	Ruhepausen 13
Diskriminierung 41	Ruhezeit 14, 15
E	S
Eingruppierung 49, 69, 70, 71	Schlechterfüllung 17, 47
Einigungsstelle 60, 61, 64, 74, 75, 76, 77, 78	Schwangerschaft 41
Einstellung 68	Schwerbehinderte 42
befristete 36	Sittenwidrigkeit 8, 9
	Sonn- und Feiertagsruhe 14
F	Sozialplan 76, 77
faktisches Arbeitsverhältnis 11	
Formvorschriften 7, 51	T
Freistellung 21, 22, 72	Tarifvertrag
	Funktionen 48
G	Telearbeit 66, 74, 75
Gesamtbetriebsrat 56, 74, 77	
Geschäftsgeheimnisse 19, 59	
Geschäftsunfähige 8	

TzBfG 36		Vertreter ohne Vertretungsmacht 11
		Vorstellungskosten 17
	U	
Umdeutung 30		W
Umgruppierung 71		Wegezeit 16
Unterrichtung 60		Wirtschaftsausschuss 74
Urlaubsdauer 25		Rechtsstellung der Mitglieder 74
		Wirtschaftsausschuß 74
	V	
Verfallfristen 53		Z
verhaltensbedingte Kündigung 31		Zustimmung 61
Verschwiegenheitspflicht 19		Zustimmungseretzungsverfahren 70, 71
Verstoß gegen gesetzliches Verbot 9		zweckbestimmte Zulagen 81

- 1 BAG, AP 1,2,10 zu § 242 BGB, Betriebliche Übung ; BAG, NZA 1986, S. 521; BAG, NZA 1987, S. 778 ; BGH, NJW 1984, S. 2279
- 2 BAG, Urteil vom 28.02.1996 - 10 AZR 516/95, BB 1996, S. 1387 (Vorinstanzen: LAG Düsseldorf, Urteil vom 08.06.1995 - 12 Sa 510/95; Arbeitgeber Düsseldorf, Urteil vom 22.02.1995 - 10 Ca 4610/94)
- 3 Stüeckemann BB 95, 1846 mwN; Grünberger NJW 95, 2809; Krauß WIB 95, 819; Rehwald AiB 95, 625; Schiefer DB 95, 1910; Richter/Mitsch AuA 96, 7; Wank RdA 96, 21; Höland ArbuR 96, 87; Birk NZA 96, 281; Zwanziger DB 96, 2027; zur praktischen Handhabung s Schwarze ZfA 97, 43; zur Bedeutung für die Praxis s Preis NZA 97, 10. Zur Anwendbarkeit der Richtlinie 91/533/EWG vor Inkrafttreten des NachwG s LAG Hamm DB 96, 1627
- 4 aA Hold AuA 95, 289
- 5 BAG NJW 1976, 1958
- 6 vgl. Schaub § 35 I 4
- 7 BAG 10.10.90 DB 91, 659
- 8 LAG Hamm, ZIP 90, 881
- 9 Schiek BB 97, 310
- 10 LAG Bln 17.2.97 - 9 Sa 124/96
- 11 LAG Bln 26.10.62 AP Nr. 23 zu § 138 BGB
- 12 LAG Bln 3.11.86 LAGE § 138 BGB Nr. 1
- 13 BAG 22.11.73 DB 74, 878, 879
- 14 LAG Hamm 5.10.88 DB 89, 783
- 15 Schaub § 35 Rz. 4
- 16 LAG Köln 28.1.94 ArbuR 95, 158
- 17 BAG 30.8.95 NZA 96, 440; 24.4.96 NZA 97, 104
- 18 BAG AP 6 zu § 2 KSchG 1969
- 19 vgl. BAG in: AP Nr. 5, 8 zu § 7 AZO
- 20 BAG in: AP Nr. 7 zu § 15 BAT = DB: 1987, 995
- 21 BAG vom 10.06.1959, in: DB 1959, 1031
- 22 BAG vom 09.08.1978- 4 AZR 77/77 , in: AP Nr. 5 zu - 17 BAT
- 23 BAG vom 27.02.195- 7 AZR 552/82-, in: AP Nr. 12 zu § 17 BAT
- 24 BAG vom 27.02.1985- 7 AZR 552/82
- 25 BAG vom 13.11.1986, in: NZA 1987, 635
- 26 BAG vom 05.07.1976, in: DB 1976, 1886
- 27 BAG in: AP Nr. 3 zu § 7 AZO
- 28 Arbeitgeber Lübeck in: NZA 1990, 481
- 29 BAG vom 05.07.1976, in: DB 1976, 1886
- 30 BAG vom 26.11.1992, in: DB 1993
- 31 BAG vom 12.02.1991 in: DB 1992, 1632 zu § 15 Abs. 6 BAT, neue Fassung
- 32 BAG vom 16.02.1989, in: DB 1989, 1827
- 33 BAG, in AP Nr. 1, 2 zu § 611 BGB Wegezeit
- 34 vgl. BAG, in: AP Nr. 1 zu § 611 BGB Wegezeit und BAG, in AP Nr. 1 zu § 2 TOA
- 35 LAG Hamm vom 11.01.1989 in: DB 1989, 1422
- 36 BAG vom 11.02.1976, in: DB 1976, 875
- 37 BAG vom 18.01.1990- 6 AZR 386/89 in: DB 1990, 2607 - 2609
- 38 Bayrisches Oberlandesgericht München vom 23.03.1992, in: DB 1992, 997
- 39 BAG, Urteil vom 04.03.2004 - 8 AZR 196/03
- 40 BAG, Urteil vom 09.04.1957, RdA 1958, S. 38
- 41 BAG, Urteil vom 22.11.1973 - 2 AZR 580/72, AP Nr. 67 zu §~626 BGB = BB 1974, 463 = DB 1974, 878 = NJW 1974, 1155 = RzK I 6 a 2 = SAE 1975, 127
- 42 BAG 14.6.95 - 10 AZR 25/94 -
- 43 BAG 10.5.62 , AP Nr. 22 zu § 611 BGB Gratifikation = DB 62, 911; 17.3.82 , DB 82, 1881; Schaub § 79 V
- 44 BAG 17.3.82, BB 82, 1666 = DB 82, 2144 = NJW 83, 67
- 45 BAG 9.6.93 , DB 93, 2135 = BB 93, 1809
- 46 BAG 23.1.92 , BB 92, 922
- 47 BAG 25.4.91 , DB 91, 1574
- 48 LAG Frankfurt a.M. 27.3.92 , NZA 93, 78
- 49 BAG, Urteil vom 28.06.1995 - 7 AZR 1001/94, MDR 1996, S. 394 (Vorinstanzen: LAG Hamm; ArbG Hagen).
- 50 BAG vom 21.4.1982 = DB 1982, 1729 ff. (1730)
- 51 Warrikoff BB 94, 2338, 2345
- 52 näher Warrikoff BB 94, 2338, 2345
- 53 BAG Urteil vom 04.06.1964, AP Nr. 13 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; KR-Hillebrecht, § 626 Rnr. 153 a
- 54 KR-Hillebrecht, § 626 Rnr. 153
- 55 KR-Hillebrecht, § 626; Rnr. 155, 177
- 56 BAG 10. 11. 1988 AP KSchG 1969 § 1 Abmahnung Nr. 3= NZA 1989, 633
- 57 BAG DB 1987, 1494
- 58 so BGH 11.2.88 ZIP 88, 322 zu § 17 KO
- 59 BAG 16.9.82 DB 83, 504 zum Konkurs
- 60 Kuhn/Uhlenbruck § 22 Rz. 15
- 61 BAG, in: AP Nr. 3 und 4 zu § 620 BGB
- 62 KR-Hillebrecht § 626 BGB/Rz. 32
- 63 BAG 19. 12. 1974 EzA § 305 BGB Nr. 6
- 64 BAG 13. 12. 1984 EzA § 620 BGB Bedingung Nr. 3
- 65 BAG 5. 12. 1985 EzA § 620 BGB Bedingung Nr. 5
- 66 LAG München 29. 10. 1987 DB 1988, 348
- 67 vgl. MünchArbR/Wank § 112 Rz. 10

- 68 BAG 16. 2. 1983 EzA § 123 BGB Nr. 21; vgl. auch BAG 6. 2. 1992 EzA § 119 BGB Nr. 16
69 BAG, in: AP Nr. 22 zu § 123 BGB
70 BAG, in: AP Nr. 16 zu § 123 BGB und BAG vom 30.01.1986, in: NZA 1967, S. 91
71 BAG Urteil vom 12.8.1999, in: EzA § 123 BGB Nr. 53
72 Urteil vom 26. 11. 1969 AP Nr. 16 zu § 123 BGB, 16. 11. 1979 EzA § 123 BGB Nr. 19
73 BAG 14. 2. 1996 EzA § 611 BGB Aufhebungsvertrag Nr. 21; 21. 3. 1996 EzA § 123 BGB Nr. 42; zust. Lingemann NJW 1997, 640 f.
74 LAG Köln vom 04.05.1998 - 11 Ta 15/98
75 vgl. BAG, in: AP Nr. 7 zu § 1 TVG Tarifverträge: Einzelhandel
76 BAG, in: AP Nr. 8 zu § 1 TVG Tarifverträge: Einzelhandel
77 BAG vom 30.10.1986 und 26.2.1987
78 dieses Recht wird auch durch den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte geschützt
79 Brox/Rüthers RZ 25 ff; Söllner, Arbeitsrecht, § 11 II 1
80 BAG AP 2 zu § 1 TVG
81 Brox/Rüthers RZ 45 ff.
82 BAG AP 47 zu Art. 9 GG Arbeitskampf
83 Söllner § 12 II 1
84 BAG AP 85 zu Art. 9 GG
85 Söllner § 12 II 2
86 BVerwG Nza 84, 401; BAG AP 86 zu Art. 9 GG
87 BAG AP 44 zu Art 9 GG
88 BAG AP 2 Art. 9 GG Arbeitskampf
89 BAG AP 32, 41, 58 zu Art. 9 GG
90 BAG AP 6, 32, 33, 41 zu Art. 9 GG
91 BAG AP 13 zu Art. 9 GG
92 BAG AP 76 zu Art. 9 GG
93 BFH NZA 1991, 227
94 BVerfG AP 15 zu § 2 TVG; BAG AP 4 und 16 zu Art. 3 GG
95 BAG AP 1 zu § 2 TVG
96 BAG AP Nr. 5 zu § 4 BetrVG 1972
97 BAG vom 17.3.1987 - 1 ABR 59/85
98 BAG vom 20.11.1984 - 1 AZR 64/82
99 BAG vom 19.6.1984 - 1 ABR 6/83
100 BAG vom 4.6.1987 6 ABR 63/85
101 BAG vom 16.3.1982 - 3 AZR 83/79
102 BAG vom 5.4.1984 - 6 AZR 495/81
103 BAG vom 19.4.1989 - 7 ABR 87/87
104 Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither/Engels, § 102 BetrVG Rnr. 14
105 KR-Etzel, § 102 BetrVG, Rnr. 58; Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither/Engels, § 102 BetrVG Rnr. 16
106 BAG Urteil vom 29.08.1991, AP Nr. 58 zu § 102 BetrVG
107 BAG Urteil vom 29.03.1990, AP Nr. 56 zu § 102 BetrVG
108 Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither/Engels, § 102 Rnr. 16; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 123 VIII 3
109 BAG vom 29.3.1984 - 2 AZR 429/83 (A)
110 BAG Urteil vom 28.9.1978, AP Nr. 19 zu § 102 BetrVG 1972
111 BAG Urteil vom 24.03.1977, EzA § 102 BetrVG 1972 Nr. 28; Hess/Schlochauer/Glaubitz, § 102 Rnr. 31; Fitting/Auffarth/ Kaiser/Heither/Engels, § 102 Rnr. 18
112 BAG vom 8.9.1988 - 2 AZR 103/88
113 BAG vom 31.1.1984 - 1 AZR 174/81 -
114 BAG vom 24.2.87 - 1 ABR 18/85
115 Az: BAG 1 ABR 2/83
116 BAG vom 21.12.1982, in DB: 1983, 611
117 BAG vom 2.3.1982, AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit
118 BAG, Urteil vom 13.07.1977, 1 AZR 336/75
119 BAG, Urteil vom 12.02.1986, 7 AZR 358/84
120 BAG, Beschluss vom 16.07.1991, 1 ABR 69/90
121 BAG, Beschluss vom 23.07.1996, 1 ABR 13 /96
122 BAG, Beschluss vom 27.11.1990, 1 ABR 77/89
123 BAG, Beschluss vom 10.06.1986, 1 ABR 61/84
124 BAG, Urteil vom 09.05.1984, 5 AZR 412/81
125 BAG, Beschluss vom 11.03.1986, 1 ABR 12/84
126 BAG, Beschluss vom 11.03.1986, 1 ABR 12/84
127 BAG, Beschluss vom 11.03.1986, 1 ABR 12/84
128 BAG, Beschluss vom 06.12.1983, 1 ABR 43/81
129 BAG, Beschluss vom 11.11.1998, 1 ABR 47/97
130 BAG, Beschluss vom 10.07.1979, 1 ABR 97/77
131 LAG Baden-Württemberg, Beschluss vom 14.04.1988, 6 TaBV 1/88
132 BAG, Beschluss vom 06.12.1983, 1 ABR 43/81; BAG, Beschluss vom 14.09.1984, 1 ABR 23/82
133 BAG, Urteil vom 03.08.1982, 3 AZR 1219/79
134 BAG, Beschluss vom 21.08.1990, 1 ABR 72/89
135 BAG, Urteil vom 26.07.1988, 1 AZR 54/87
136 BAG, Beschluss vom 14.12.1993, 1 ABR 31/93
137 BAG, Beschluss vom 29.03.1977, 1 ABR 123/74
138 BAG, Urteil vom 20.11.1990, 1 AZR 643/89
139 LAG Frankfurt, Beschluss vom 03.10.1989, 4 TaBV 86/89
140 BAG, Urteil vom 18.04.1989, 3 AZR 688/87

- 141 BAG, Urteil vom 20.08.1991, 1 AZR 326/90
142 BAG, Beschluss vom 03.12.1991, GS 2/90
143 BAG, Beschluss vom 28.04.1998, 1 ABR 704/97
144 BAG, Beschluss vom 03.12.1991, GS 2/90
145 BAG, Beschluss vom 08.12.1981, 1 ABR 55/79
146 BAG, Beschluss vom 29.03.1977, 1 ABR 123/74
147 BAG, Urteil vom 26.07.1988, 1 AZR 54/87
148 BAG, Beschluss vom 27.10.1998, 1 ABR 3/98
149 BAG, NZA 1991, 358, 360
150 BAG, SAE 1994, 7 (8f.)
151 dazu BAG AP Nr. 3 zu § 95 BetrVG 1972 = NJW 1984, 1709
152 zum Begriff der betrieblichen Bildungsmaßnahme BAG AP Nr. 7 zu § 98 BetrVG 1972 = NZA 1991, 817; siehe ferner Kraft, NZA 1990, 457-461
153 BAG, NZA 1990, 231, 232
154 BAG AP Nr. 60 zu § 99 BetrVG 1972 = NZA 1989, 358; jetzt § 14 Abs. 3 AÜG
155 BAG AP Nr. 97 zu § 99 BetrVG 1972 = NZA 1992, 1044
156 BAG AP Nr. 54 zu § 99 BetrVG 1972 = NZA 1989, 225; str.
157 BAG AP Nr. 82 zu § 99 BetrVG 1972 = NZA 1991, 150
158 BAG 18.10.88 DB 89, 530
159 BAG 18.7.78 DB 78, 2320; 19.5.81 DB 81, 2384; a.A. Notz BB 96, 2566
160 BAG 18.12.90 DB 91, 969
161 BAG 18.7.78 DB 78, 2320
162 DKKS/Kittner § 99 Rz 62ff
163 BAG 23.11.93 DB 94, 1575
164 BAG 18.6.91 DB 91, 2086; BAG 23.11.93 DB 94, 1575; DKKS/Kittner § 99 Rz 70
165 BAG vom 24.6.1986, AP Nr. 27 zu § 118 BetrVG 1972 mit Anm. Misera
166 BAG 18.6.91 BB 91, 1860; LAG SchlHol 29.8.90 BB 90, 2339; LAG Frankfurt aM 13.3.90 BB 90, 2339
167 BAG 21.7.93 NZA 94, 710
168 BAG 29.9.93 NZA 94, 761
169 BAG 25.9.91 DB 92, 531
170 BAG 15.11.95 ArbuR 96, 231
171 vgl. BAG 24.4.91 BB 91, 1795 [LS]
172 BAG 16.4.97 ArbnR 97, 335 - Rettungssanitäter
173 BAG 27.7.93 NZA 94, 952
174 BAG 31.10.95 NZA 96, 890
175 BAG 12.12.95 NZA 96, 837
176 BAG vom 28.1.1986, AP Nr. 32 zu § 99 BetrVG 1972
177 vgl. BAG 20.12.88 BB 89, 1549; DKKS/Kittner § 99 Rz 69
178 BAG 28.1.86 DB 86, 1077
179 BAG 26.1.88 DB 88, 1167
180 BAG 22.3.83 DB 83, 2319; 20.9.90 BB 91, 420
181 BAG 20.12.88 BB 89, 1549
182 BAG 3.5.94 DB 95, 1669; Hey BB 95, 1587
183 BAG 27.1.87 AP Nr. 42 zu § 99 BetrVG 1972 = DB 87, 2316; aA D/R § 100 BetrVG Rz 9
184 BAG 20.9.90 BB 91, 420; 22.3.83 DB 83, 2319
185 BAG 18.6.91 DB 91, 2086
186 BAG 26.5.88 DB 88, 2158; 2.4.96 - 1 AZR 743/95
187 BAG 10.4.84 DB 84, 2198; vgl. auch LAG Düsseldorf 28.1.87 NZA 88, 69; Versetzung im Einzelhandel in eine andere Verkaufsbteilung; dazu auch LAG Köln 26.10.84 NZA 85, 258
188 BAG 8.8.89 BB 90, 143 [LS] = NZA 90, 198
189 BAG 3.12.85 DB 86, 915
190 BAG 19.2.91 DB 91, 1627
191 LAG Bln 22.11.91 BB 92, 854
192 BAG 19.2.91 DB 91, 1469; kritisch Griese BB 95, 458
193 BAG 23.11.93 DB 94, 735
194 BAG 16.7.91 DB 92, 145
195 BAG 20.9.90 NZA 91, 195
196 BAG 22.1.91 DB 91, 2088
197 BAG AP Nr. 7 zu § 106 BetrVG 1972 = NZA 1990, 863; krit. Nebendahl, DB 1991, 384
198 BAG, NZA 1987, 861
199 BAG, DB 1991, 1176
200 siehe BAG, NZA 1990, 150
201 BAG, NZA 1990, 150, 151
202 BAG AP Nr. 10 zu § 106 BetrVG 1972 = NZA 1991, 644
203 BAG, NZA 1990, 150, 152 f.
204 BAG, NZA 1990, 150, 154
205 vgl. dazu BAG EzA § 111 BetrVG, Nr. 26
206 Dietz/Richardi, BetrVG, Bd. 2, 6. Aufl. 1982, § 111 Rdnr. 17; a.A. Zöllner, Arbeitsrecht, 3. Aufl. 1983, § 49 II 1 c)
207 str., vgl. BAG AP Nr. 11 zu § 111 BetrVG 1972 = BB 1983, 501
208 BAG, NZA 1991, 113
209 BAG AP Nr. 19 zu § 111 BetrVG 1972 = NZA 1987, 671
210 BAG, NZA 1987, 523
211 BAG, AP Nr. 1 zu § 111 BetrVG 1972 = BB 1975, 884
212 LAG Baden- Württemberg, DB 1986, 805; LAG Schleswig-Holstein, BB 1992, 1210; str.
213 BAG AP Nr. 41 zu § 112 BetrVG 1972 = NZA 1988, 203

- 214 BAG AP Nr. 2 zu § 85 ArbGG = NZA 1992, 41
- 215 BAG AP Nr. 2 zu § 85 ArbGG = NZA 1992, 41
- 216 BAG AP Nr. 33 zu § 112 BetrVG 1972 = NZA 1986, 258
- 217 BAG AP Nr. 53 zu § 112 BetrVG 1972 = NZA 1990, 441
- 218 LAG München, NZA 1987, 464
- 219 BAG, GS AP Nr. 6 zu § 112 BetrVG 1972 = DB 1979, 261
- 220 dazu Willemsen, DB 1990, 1405
- 221 BAG, NZA 1989, 894
- 222 BAG EzA § 113 BetrVG, Nr. 16, NZA 1992, 999; krit. Jox, NZA 1990, 424
- 223 Kreitner DStR 96, 1089
- 224 BAG 9.12.97 - 1 AZR 330/97, NZA 98, 609
- 225 BAG 22.9.92 - 1 AZR 235/90, NZA 93, 232; 3.3.93 , DB 93, 1930; 7.2.95 , DB 95, 1769
- 226 ArbG Wiesbaden 6.7.95 , NZA-RR 96, 222
- 227 BAG 23.3.93 , NZA 93, 806
- 228 BAG 7.2.96, DB 96, 1630
- 229 BAG 9.12.97 - 1 AZR 319/97, NZA 98, 661
- 230 BAG 31.1.84, DB 84, 1351; BAG 3.12.91 , DB 92, 1579
- 231 DB 92, 1579
- 232 BAG 22.4.97 - 1 ABR 80/96 – nicht veröffentlicht
- 233 vgl. Richardi NZA 92, 961; Schukai NZA 92, 967; Hromadka DB 92, 1573; Stege-Schneider DB 92, 2346
- 234 BAG 22.9.92 - 1 AZR 459/90, NZA 93, 566; FKHE § 87 Rz 410; DKK/Klebe § 87 Rz 242
- 235 BAG 22.9.92 - 1 AZR 235/90, NZA 93, 232
- 236 BAG 3.12.91 , DB 92, 1579
- 237 BAG 22.9.92 - 1 AZR 459/90, NZA 93, 566; 3.5.94 , DB 94, 2450
- 238 BAG 22.9.92, 1 AZR 460/90 - NZA 93, 568
- 239 BAG 23.3.93 , DB 93, 1931
- 240 BAG 28.9.94 - 1 AZR 870/93 -
- 241 BAG 22.4.97 , DB 97, 2081
- 242 BAG 10.1.79 , DB 79, 2496; 31.1.84 , DB 84, 1353; 23.3.93 , DB 93, 1931; 9.7.96 , DB 97, 332
- 243 BAG 22.9.92 - 1 AZR 461/90, NZA 93, 569; LAG BaWü 10.12.96 , NZA 97, 1125
- 244 BAG 27.10.92 , DB 93, 1143
- 245 vgl. hierzu die Anrechnungstabellen bei Jahna Die Anrechnung von Tariflohnerhöhungen auf über- und außertarifliche Zulagen, 1995 S 151 ff
- 246 BAG 14.2.95 , DB 95, 1917
- 247 19.9.95 - 1 AZR 208/95, DB 96, 1576
- 248 BAG 26.5.98 - 1 AZR 704/97, NZA 98, 1292
- 249 BAG 22.9.92 - 1 AZR 405/90, BB 93, 135; 27.10.92 , DB 93, 1143; 3.3.93 , DB 93, 1930
- 250 BAG 22.9.92 - 1 AZR 235/90, NZA 93, 232
- 251 BAG 7.2.96 , DB 96, 1630
- 252 DKK/Klebe § 87 Rz 258 ff; MünchArbR/Matthes § 333 Rz 38
- 253 BAG 9.12.97 - 1 AZR 319/97, NZA 98, 661
- 254 BAG 22.9.92 - 1 AZR 405/90 - BB 93, 135; BAG 14.2.95 , DB 95, 1917
- 255 BAG 22.9.92 , DB 93, 385
- 256 BAG 3.5.94 , DB 94, 2450
- 257 BAG 17.1.95 , NZA 95, 792; 14.2.95 , DB 95, 1917
- 258 BAG vom 14.2.95 NZA 95, 795
- 259 kritisch Sowka DB 95, 1412; Kreßel SAE 96, 100
- 260 BAG 27.10.92 , BB 93, 1589
- 261 LAG Hamm 18.1.94 , NZA 95, 93
- 262 BAG 22.9.92 - 1 AZR 405/90, BB 93, 135
- 263 BAG 19.9.95 - 1 ABR 20/95, DB 96, 736
- 264 BAG 3.12.91 , DB 92, 1579; BAG 10.11.92 , DB 93, 439
- 265 BAG 11.8.92 , DB 93, 46; 10.11.92 , DB 93, 439; 23.3.93 , DB 93, 1931; 19.9.95 , DB 96, 1576
- 266 BAG 3.12.91 , DB 92, 1579
- 267 BAG 28.9.94 - 1 AZR 870/93, NZA 95, 277
- 268 LAG Frankfurt 12.9.91 , NZA 92, 565 für die gleichbehandlungswidrige Einführung einer Zulage; Sauerbier AR-Blattei Tariflohn-
erhöhung Rz 113; aA DKK/Klebe § 87 Rz 260
- 269 BAG 20.8.91 , DB 92, 687