

Skripten von Alpmann Schmidt – das komplette Examenswissen, systematisch und klausurtypisch aufbereitet

Arbeitsrecht 21. Auflage 2016

Inhalt

Allgemeine Lehren: Anwendungsbereich und Grundbegriffe; rechtssystematische Einordnung; Rechtsschutz; Arbeitsgerichtsbarkeit.

Individualarbeitsrecht: Arbeitsverhältnis: Begründung und Mängel; Rechte und Pflichten; Pflichtverletzungen und deren Folgen, insbesondere Lohn ohne Arbeit; Beendigung, insbesondere Kündigung; Wechsel des Betriebsinhabers; Berufsausbildungsverhältnis.

Kollektives Arbeitsrecht im Überblick: Koalitionen, Koalitionsfreiheit; Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände; Tarifvertragsrecht; Arbeitskampfrecht; Streik und Aussperrung; Betriebsverfassungsrecht.

Höchste Aktualität – Neuheiten

Neue Gesetze, insbes. Mindestlohngesetz und Tarifeinheitsgesetz. Änderungen des Pflegezeit- und des Familienpflegezeitgesetzes.

Rechtsprechung und Literatur auf dem neuesten Stand, insbes. zu Formularvertragsklauseln, zur Bedeutung des AGG und insbes. des Verbots der Altersdiskriminierung im Arbeitsrecht, zum Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsanspruch sowie zum Kündigungsrecht

Schmidt Alpmann

Arbeitsrecht

Skripten

Marschollek

Arbeitsrecht

21. Auflage 2016





ARBEITSRECHT

2016

Günter Marschollek Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht Zitiervorschlag: Marschollek, Arbeitsrecht, Rn.

Marschollek, Günter

Arbeitsrecht
21., neu bearbeitete Auflage 2016
ISBN: 978-3-86752-431-5

Verlag Alpmann und Schmidt Juristische Lehrgänge Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Münster

Die Vervielfältigung, insbesondere das Fotokopieren der Skripten, ist nicht gestattet (§§ 53, 54 UrhG) und strafbar (§ 106 UrhG). Im Fall der Zuwiderhandlung wird Strafantrag gestellt.

Unterstützen Sie uns bei der Weiterentwicklung unserer Produkte. Wir freuen uns über Anregungen, Wünsche, Lob oder Kritik an: feedback@alpmann-schmidt.de.

INHALTSVERZEICHNIS

1.	Te	eil: Allgemeine Lehren	1
1.	Αk	bschnitt: Anwendungsbereich des Arbeits Arbeitsvertrag, Arbeitsverhältni Arbeitgeber, Angestellte und Ar	_
	A.	a. Der vom Arbeitsrecht geregelte Lebenssach	verhalt1
	В.	Der Anwendungsbereich des Arbeitsrechts, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis I. Einleitung	4
		II. Der Begriff des Arbeitnehmers	
		Fall 1: Kündigung des Orchestermusike III. Der Begriff des Arbeitgeber	
		IV. Anwendbarkeit des Arbeitsrechts auf bei Die arbeitnehmerähnlichen Personei	esondere Personengruppen 14
			14
		2. Die in Heimarbeit Beschäftigten	18
		3. Die Organmitglieder juristischer Pers	
		Fall 3: Kündigung eines GmbH-Gesch	näftsführers19
	C.	. Die Einteilung der Arbeitnehmer in Arbeitei	
		die Rechtsstellung der leitenden Angestellt	
		I. Die Unterscheidung zwischen Angestel	
		II. Die Rechtsstellung der leitenden Anges	tellten26
		Zusammenfassende Übersicht: Das Arbeitsrec Schutzrecht) der Arbeitnehmer	
2.	ΑŁ	bschnitt: Das Arbeitsrecht im Rechtssyste Rechtsquellen und Gestaltungsf	m; die arbeitsrechtlichen aktoren28
	A.	a. Das Arbeitsrecht im Rechtssystem	28
		I. Die Stellung des Arbeitsrechts in der Re	
		II. Die Gliederung des Arbeitsrechts	28
		1. Das Individualarbeitsrecht	29
		2. Das kollektive Arbeitsrecht	
		3. Sonstige für das Arbeitsrecht bedeut	same Gesetze31
	В.	. Die arbeitsrechtlichen Rechtsquellen und G	estaltungsfaktoren
		sowie deren Rangfolge	
		I. Die arbeitsrechtliche Rechtsquellenlehr	
		1. Die Rangfolge der arbeitsrechtlichen	_
		2. Die Rangregeln für die Lösung der Ko	
		mehreren Gestaltungsfaktoren	33

	II.	Die einzelnen arbeitsrechtlichen Gestaltungsfaktoren	34
		1. Europäisches Gemeinschaftsrecht und internationales	
		Arbeitsrecht	34
		2. Das Verfassungsrecht, insbesondere die Grundrechte	36
		Fall 4: Der radikale Bankangestellte	37
		3. Die arbeitsrechtlichen Gesetze einschließlich des Gewohn-	
		heitsrechts	40
		4. Der Tarifvertrag	
		5. Die Betriebsvereinbarung	
		6. Der Arbeitsvertrag	
		a) Allgemeine Arbeitsbedingungen	
		b) Die betriebliche Übung	
		Fall 5: Weihnachtsgeld ohne Vorbehalt	
		c) Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz Fall 6: Gleichbehandlung bei rückwirkender Lohnerhöhung	
		7. Das dispositive Recht	
		8. Das Direktionsrecht	
		Fall 7: Forschung und Gewissen	
	7usai	mmenfassende Übersicht: Einstellung des Arbeitsrechts	
3.		nnitt: Der Rechtsschutz im Arbeitsrecht – Arbeitsgerichtsbarkeit	82
		fgabenbereich der Arbeitsgerichte	
		I ArbGG: "Gerichte für Arbeitssachen")	
	l.	Maßgebliche Zuständigkeitsnormen	
		1. Die Zulässigkeit des Rechtsweges zu den Arbeitsgerichten	
		2. Vorabentscheidung über den Rechtsweg	
	II.	Zuständigkeit der Arbeitsgerichte in Sonderfällen	84
	B. Ins	tanzenzug der Arbeitsgerichtsbarkeit	84
	C. Zu	sammensetzung der Arbeitsgerichte	84
	D. Vei	fahren vor den Arbeitsgerichten	84
2.	Teil:	Das Individualarbeitsrecht	87
1.	Absch	nitt: Begründung und Mängel des Arbeitsverhältnisses	87
	A. Da	s Prinzip der Vertragsfreiheit im Arbeitsvertragsrecht	87
	I.	Grundsatz der Abschlussfreiheit	
	II.	Zustimmung Dritter grds. keine Wirksamkeitsvoraussetzung des	
		Arbeitsvertrages	89
	III.	Verbot der Diskriminierung im Zusammenhang mit einer Einstellung	
		nach § 7 Abs. 1 AGG aus den in § 1 AGG genannten Gründen	90
		Fall 8: Ablehnung der Einstellung wegen einer Behinderung	
	1\/	Grundsatz der Formfreiheit	97

		standekommen des Arbeitsverhältnisses.	
	Ve	rtrags- und Eingliederungstheorie	98
	Fa	l 9: Kündigung vor Arbeitsantritt	98
	C. Di	e Besonderheiten von Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis	100
	D. De	r fehlerhafte Arbeitsvertrag	102
	l.	Grundfall; faktisches Arbeitsverhältnis	102
		Fall 10: Eine gelungene Überraschung	102
	II.	Das Arbeitsverhältnis bei Geschäftsunfähigkeit oder beschränkter	
		Geschäftsfähigkeit der Arbeitsvertragsparteien	104
		1. Bedeutung für die Wirksamkeit des Arbeitsvertrages	104
		2. Rechtsfolgen der Unwirksamkeit bei erbrachter	
		Arbeitsleistung	
	III.	Die Anfechtung des Arbeitsvertrages	
		Fall 11: Verfehlte Personalpolitik	106
	IV.	Teilweise Nichtigkeit des Arbeitsvertrags; Anwendung	
		des § 139 BGB	
		Fall 12: Vertraglicher Ausschluss des Mutterschutzgesetzes?	113
	Zusa	mmenfassende Übersicht: Begründung und Mängel des	
	Arbe	itsverhältnisses	115
2.	Absc	nnitt: Die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis	116
_		e Arbeitspflicht des Arbeitnehmers	
	A. Di	Inhalt der Arbeitspflicht	
	II.	Die Arbeitszeit.	110
	11.	Die geschuldete Arbeit und Bezahlung von Überstunden	116
		Fall 13: Überstunden, und das am Freitag	
	III.	Anspruch des Arbeitnehmers auf Verkürzung bzw. Verlängerung	110
	1111.	der vertraglich vereinbarten regelmäßigen Arbeitszeit,	
		§§ 8, 9 TzBfG	121
		Anspruch auf Verkürzung und Neuverteilung der Arbeitszeit	
		Anspruch auf Verkulzung und Neuverteilung der Arbeitszeit Anspruch auf Verlängerung der Arbeitszeit	
	IV	Die Durchsetzung des Anspruchs auf Arbeit.	123
	1 .	Schadensersatzpflicht des vertragsbrüchigen Arbeitnehmers	123
		Fall 14: Nichtantritt der neuen Stelle	
	D Da		
		r Anspruch des Arbeitnehmers auf Beschäftigung	
	l.	Der allgemeine Beschäftigungsanspruch	
	II.	Der Weiterbeschäftigungsanspruch	
		Voraussetzungen Die Rechtsnatur und die Rechtsfolgen der Weiter-	130
			101
		beschäftigung	131

(Die Lohnzahlungspflicht	133
	I. Anspruchsgrundlage und Höhe des Arbeitslohnes	133
	1. Einzelvertraglicher oder tariflicher Lohnanspruch	133
	2. Zwingende gesetzliche Regelungen der Lohnhöhe	133
	II. Formen der Lohnzahlung	137
	III. Fälligkeit des Lohnanspruchs	140
	IV. Lohnschutz	140
[Erholungsurlaub	141
	I. Gesetzlicher Mindesturlaub	141
	Fall 15: Der Urlaub des Orchestermusikers	141
	II. Voraussetzungen des Urlaubs- und Urlaubsab-	
	geltungsanspruchs	
	Fall 16: Resturlaub bei Vertragsbeendigung	143
	III. Erwerbstätigkeitsverbot während des Urlaubs	
	IV. Weitere Besonderheiten des Urlaubsrechts	
	Inhalt und Befristung des Urlaubsanspruchs	
	2. Folgen der Nichtgewährung trotz Urlaubsverlangen	
	3. Vorrang des Urlaubs vor der Urlaubsabgeltung	
	4. Selbstbeurlaubung durch den Arbeitnehmer und Erf	•
	des Urlaubsanspruchs durch den Arbeitgeber	
	5. Rechtsnatur des Urlaubs- und des Urlaubsabgeltung	•
	und deren Rechtsfolgen	
	6. Unabdingbarkeit der gesetzlichen Urlaubsansprüche	
	7. Doppelurlaubsansprüche beim Arbeitgeberwechsel	
	8. Urlaubsgeld	151
E	Die Nebenpflichten der Arbeitsvertragsparteien, § 241 Abs.	2 BGB151
	I. Die Treuepflicht des Arbeitnehmers	151
	II. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers	152
_	usammenfassende Übersicht: Rechte und Pflichten	
	us dem Arbeitsverhältnis – Teil 1	156
3. <i>F</i>	oschnitt: Zusammenhang zwischen Lohn und Arbeit.	
	Innerbetrieblicher Schadensausgleich	157
1	Fallgruppen "Lohn ohne Arbeit"	
	I. Grundsätzlich zu den Ausnahmen ("Lohn ohne Arbeit")	157
	Fall 17: Arbeitsausfall wegen smogbedingten Verkehrs	verbots157
	II. Übersicht der Fallgruppen "Lohn ohne Arbeit"	
	Prüfung des Lohnanspruchs ohne Arbeitsleistung	161
E	Vom Arbeitgeber zu vertretende Unmöglichkeit der Arbeits	sleistung163
	Fall 18: Unachtsames Reinigungspersonal	163

	C.	ntgeltfortzahlung im Krankheitsfall	164
		Entgeltfortzahlung bei Arbeitern und Angestellten	164
		Fall 19: Messerstecherei in der Lila Eule	164
		. Rückgriffsanspruch des Arbeitgebers	167
	D.	nnahmeverzug des Arbeitgebers	168
		all 20: Der Herr im Hause	168
	E.	ie Lehre vom Betriebsrisiko und vom Wirtschaftsrisiko	172
		Lohnzahlungspflicht beim Betriebsrisiko	172
		Fall 21: Betriebsverbot bei Smog (Fortführung von Fall 17)	
		. Lohnzahlungspflicht und Wirtschaftsrisiko	
		I. Umgehung der Grundsätze des Betriebs- und Wirtschaftsrisikos	175
	F.	nnerbetrieblicher Schadensausgleich	175
		Schlechtleistung des Arbeitnehmers	175
		Fall 22: Vergütung für unbrauchbare Arbeitsleistung?	175
		. Sachschaden des Arbeitgebers bei betrieblich veranlasster	
		Tätigkeit	4=0
		Personenschaden des Arbeitnehmers beim Arbeitsunfall	
		Fall 23: Möbelwagen auf Ölspur I. Haftung des Arbeitgebers für Vermögensschäden	1/8
		des Arbeitnehmersdes Arbeitnehmers des Ar	105
		Verschuldensabhängige Haftung	
		Verschuldensunabhängige Ersatzansprüche	103
		des Arbeitnehmers wegen Eigenschäden	185
		3. Drittschadenshaftung	
_	7.	ammenfassende Übersicht: Rechte und Pflichten	
		dem Arbeitsverhältnis – Teil 2	100
	au	delli Albeitsverilaitilis – Tell Z	100
4.	Αb	chnitt: Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses	189
	A.	ie einzelnen Beendigungstatbestände – Übersicht	189
	В.	ie ordentliche Kündigung	192
		Die ordentliche Kündigung durch den Arbeitnehmer;	
		Kündigungsfristen	192
		Fall 24: Erschwerte Arbeitnehmerkündigung?	192
		. Die ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber –	
		Allgemeiner Kündigungsschutz nach dem KSchG	196
	Pr	fungsschema für die Kündigung durch den Arbeitgeber	196
		Der Grundsatz der Kündigungsfreiheit	
		Anwendbarkeit des KSchG nach §§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 KSchG	
		Personenbedingte Kündigung – Kündigungsfristen	
		Fall 25: Der leistungsunfähige Walzwerker	

		4. Verhaltensbedingte Kündigung; Abmahnung	209
		Fall 26: Voreilige Kündigung	209
		5. Betriebsbedingte Kündigung; soziale Auswahl	214
		Fall 27: Personalabbau	214
C.	Die	e außerordentliche Kündigung	223
		l 28: Verdachtskündigung	
D		e Änderungskündigung gemäß § 2 KSchG	
υ.		l 29: Abteilungswechsel	
_		sonderer Kündigungsschutz	
∟.	l.	Kündigungsschutz von Mitgliedern oder Wahlbewerbern der	234
	1.	Betriebsverfassungsorgane	23/
		Ordentliche Kündigung	
		Außerordentliche Kündigung	
	II.	Besonderer Kündigungsschutz bei Mutterschutz und Elternzeit	
		Besonderer Kündigungsschutz nach MuSchG	
		Besonderer Kündigungsschutz nach BEEG (bisher BErzGG)	
	III.	Besonderer Kündigungsschutz bei Wehr- und Zivildienst	
		Besonderer Kündigungsschutz für Wehr- und	
		Zivildienstleistende	236
		2. Besonderer Kündigungsschutz für freiwillig	
		Wehrdienstleistende	237
	IV.	Besonderer Kündigungsschutz schwerbehinderter Menschen	237
		Fall 30: Nachträgliche Anerkennung der Schwerbehinderung	237
	٧.	Sonstige Fälle des besonderen Kündigungsschutzes	241
F.	An	hörung des Betriebsrats;Nachschieben von Kündigungsgründen	242
	l.	Grundsätze der ordnungsgemäßen Anhörung des Betriebsrates	
	II.	Nachschieben von Kündigungsgründen	
G	Da	s Verhältnis zwischen der ordentlichen und	
u.		Berordentlichen Kündigung; Umdeutung einer Kündigung	245
	l.	Unterscheidung zwischen ordentlicher und außerordentlicher	
		Kündigung	245
	II.	Umdeutung der Kündigung gemäß § 140 BGB	
	•••	Umdeutung der außerordentlichen in ordentliche Kündigung	
		Umdeutung einer Kündigungserklärung in andere	
		Beendigungstatbestände	247
Ц	V.		
П.		ndigungsschutzklage; deutung der Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG	247
	l.	Klage gegen eine ordentliche Kündigung	
	1.	Fall 31: Späte Klageerhebung	
		1 411 3 1. 3 PAIL MAULLING PULL	

	II.	Klagefrist bei einer außerordentlichen Kündigung und bei	
		Nichtanwendbarkeit des KSchG	253
		Fall 32: Kurze Vertragsdauer	253
	I. A	uflösung des Arbeitsverhältnisses im Kündigungsschutzprozess	
	dı	urch Gerichtsurteil	254
	Fa	all 33: Pauschale Beschuldigungen im Prozess	254
	J. Be	efristete Arbeitsverhältnisse	258
	I.	Einleitung	258
	II.		
	Ш		
	IV		
		1. Schriftform	
		2. Beendigung des befristeten Arbeitsverhältnisses	
		3. Folgen unwirksamer Befristungsvereinbarung	
		4. Einhaltung der Klagefrist	264
		eendigung des Arbeitsverhältnisses durch Eintritt einer	
	aı	uflösenden Bedingung i.S.d. § 158 Abs. 2 BGB, § 21 TzBfG	264
	L. Ze	eugniserteilung	267
	Fa	all 34: Zeugnisinhalt	267
	Zusa	ammenfassende Übersicht: Beendigungsgründe eines	
		eitsverhältnisses	272
_	۸ .	.hwitte Day Washaal das Batwish sinhahays (5 612 a BCB)	272
Э.		:hnitt: Der Wechsel des Betriebsinhabers (§ 613 a BGB)	
		unächst ein Fall zur Einführung	
		all 35: Betriebsveräußerung an die Amerikaner	
		er Zweck des § 613 a BGB	
	l.	Schutz der bestehenden Arbeitsverhältnisse	
	II.		275
	III		275
		und Pflichten des Veräußerers	
	C. U	berblick über weitere Probleme des § 613 a BGB	276
6	Abso	hnitt: Das Berufsausbildungsverhältnis	276
	A. Re	echtsgrundlagen	276
	B. Be	egründung und Inhalt des Berufsausbildungsverhältnisses	277
	C. D	ie Beendigung des Ausbildungsverhältnisses	278
		erufsfortbildung und berufliche Umschulung	
		J ····························	

3. Teil	: Überblick über das kollektive Arbeitsrecht	280
1. Abs	chnitt: Koalitions- und Tarifvertragsrecht	280
A. E	inführung	280
В. С	Das Koalitionsrecht	280
I.		
II	. Die Koalitionsfreiheit	282
	Fall 36: Information und Mitgliederwerbung	282
C. [as Tarifvertragsrecht	283
I.	Begriff des Tarifvertrags	283
II	. Arten von Tarifverträgen	283
II	I. Das Günstigkeitsprinzip	
	Fall 37: Mehr Lohn und weniger Urlaub	283
	 V. Die Grenzen der Tarifmacht (Tarifautonomie) 	
	Einzelne wichtige Tarifvertragsklauseln	285
	1. Verhältnis von Tariflohnerhöhungen zur übertariflichen	
	Bezahlung, Effektivklauseln	
	Fall 38: Aufsaugung einer übertariflichen Zulage	
	Zulässigkeit sonstiger Tarifklauseln	28/
2. Abs	chnitt: Das Arbeitskampfrecht	288
A. E	inführung	288
В. С	Die Rechtsgrundlagen des Arbeitskampfrechts	289
C. E	Der Streik	290
l.		
	sowie Rechtsfolgen für die daran Beteiligten	290
	Fall 39: Unterstützung einer gesetzlichen Rente mit 60 Jahren	
II		
	Fernwirkungen des Streiks	294
	Fall 40: Streik im Zulieferbetrieb	294
D. [Die Aussperrung	296
I.	Begriff der Aussperrung	296
II	. Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen einer Abwehraussperrung	296
II	I. Die Rechtsfolgen der Aussperrung	297
3. Abs	chnitt: Betriebsverfassungsrecht	298
A. E	inführung	298
В. С	Per Anwendungsbereich des BetrVG	298
l.		
II	-	

C	Der Betriebsrat	300
	I. Zusammensetzung und Wahl des Betriebsrats	300
	II. Allgemeine Grundsätze für die Tätigkeit des Betriebsrats	300
	1. Betriebsrat als Repräsentant der Belegschaft	300
	2. Zusammenarbeit zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber	301
	3. Kosten der Betriebsratstätigkeit	302
	III. Die persönliche Stellung der Betriebsratsmitglieder	302
D	Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats	303
	I. Allgemeine Aufgaben	303
	II. Abgestufte Beteiligungsrechte	303
Ε	Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten nach § 87 § 87	304
	Fall 41: Überstunden am Samstag	
F.	Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten	306
	I. Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers und Rechte des Betriebsrats	
	bei Einstellungen, Versetzungen, Ein- und Umgruppierungen	306
	II. Einstellung und fehlende Zustimmung des Betriebsrates	307
	III. Versetzung und fehlende Zustimmung des Betriebsrates	307
G	Beteiligungsrechte in wirtschaftlichen Angelegenheiten	308
	I. Wirtschaftsausschuss	
	II. Betriebsänderungen	308
Ct:-	wowtwow-oleh wie	211
Stic	tichwortverzeichnis	

QUELLENVERZEICHNIS

LITERATUR

Lehrbücher, Handbücher, Grundrisse, Fallsammlungen

Brox/Rüthers/Henssler Arbeitsrecht

18. Auflage 2010 (zit.: B/R/H)

Brox/Rüthers Arbeitskampfrecht

2. Auflage 1982

(zit.: Brox/Rüthers, AK)

Däubler Das Arbeitsrecht 1: Die gemeinsame Wahrung von

Interessen im Betrieb. Leitfaden für Arbeitnehmer,

2006

(zit.: Däubler)

Arbeitsrecht-Ratgeber für Beruf,

Praxis und Studium 11. Auflage 2015

(zit.: Däubler, Ratgeber)

Arbeitskampfrecht 3. Auflage 2011

(zit.: Bearbeiter in Däubler, AK)

Dütz/Thüsing Arbeitsrecht

20. Auflage 2015

Hanau/Adomeit Arbeitsrecht

14. Auflage 2007

Kissel Arbeitskampfrecht

1. Auflage 2002

Münchener Handbuch Arbeitsrecht, 2. Auflage,

Bd. 1, IndividualarbeitsR I, 2009

Bd. 2, Kollektives Arbeitsrecht/Sonderformen,

2009

(zit.: MünchArbR/Bearbeiter)

Preis Arbeitsrecht

Bd. I, Individualarbeitsrecht, 4. Auflage 2012 Bd. II, Kollektives Arbeitsrecht, 3. Auflage 2012

Richardi/Annuß Arbeitsrecht, Fälle und Lösungen nach

höchstrichterlichen Entscheidungen

7. Auflage 2000

Schaub Arbeitsrechtshandbuch

16. Auflage 2015

(zit.: Schaub/Bearbeiter)

Waltermann Arbeitsrecht

16. Auflage 2012

Zöllner/Loritz/Hergenröder Arbeitsrecht

7. Auflage 2015 (zit.: Z/L/H)

KOMMENTARE

Adomeit/Mohr Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

2. Auflage 2011

Anzinger/Koberski Kommentar zum Arbeitszeitgesetz

4. Auflage 2014

Bauer/Krieger Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

4. Auflage 2015

Däubler Kommentar zum Tarifvertragsgesetz

3. Auflage 2012

(zit.: Däubler/Bearbeiter)

Däubler/Bonin/Deinert AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht.

Kommentierung zu den §§ 305–310 BGB

4. Auflage 2014

(zit.: Däubler/Bearbeiter)

Däubler/Kittner/Klebe/

Wedde

Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung,

Kommentar für die Praxis

14. Auflage 2014 (zit.: D/K/K/Bearbeiter)

Däubler/Bertzbach Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

3. Auflage 2013

(zit.: Bearbeiter in Däubler/Bertzbach)

Erfurter Kommentar Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht

16. Auflage 2016 (zit.: ErfK/Bearbeiter)

Betriebsverfassungsgesetz

Fitting/Engels/Schmidt/

Trebinger/Linsenmaier 27. Auflage 2014

(zit.: F/E/S/T/L)

Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und sonstigen

kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften

10. Auflage 2013 (zit.: KR/Bearbeiter)

Germelmann/Matthes/ Arbeitsgerichtsgesetz Prütting/Müller-Glöge

8. Auflage 2013

(zit.: Bearbeiter in G/M/P/M-G)

Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von

> Arbeitsverhältnissen 4. Auflage 2012 (zit.: GK/Bearbeiter)

Kempen/Zachert Tarifvertragsgesetz

5. Auflage 2014

(zit.: Kempen/Bearbeiter)

Lakies/Malottke Berufsbildungsgesetz

4. Auflage 2011

(zit.: Bearbeiter in Lakies/Malottke)

Meinel/Heyn/Herms Teilzeit- und Befristungsgesetz

> 5. Auflage 2015 (zit.: M/H/H)

Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch,

> Allgemeiner Teil, Bd. 1 §§ 1-240 BGB, ProstG, AGG

7. Auflage 2015

Schuldrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2 (§§ 241-432 BGB),

7. Auflage 2016

Schuldrecht Besonderer Teil,

Bd. 4 (§§ 611–704 BGB, EFZG, TzBfG, KSchG),

6. Auflage 2012

(zit.: MünchKomm/Bearbeiter)

Neumann/Biebl Arbeitszeitgesetz

16. Auflage 2013

Neumann/Fenski Bundesurlaubsgesetz

10. Auflage 2011

Palandt Bürgerliches Gesetzbuch

76. Auflage 2016

(zit.: Palandt/Bearbeiter)

Richardi Betriebsverfassungsgesetz

14. Auflage 2014

(zit.: Richardi/Bearbeiter)

Schmitt Entgeltfortzahlungsgesetz

7. Auflage 2012

Staudinger Bürgerliches Gesetzbuch,

Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse

Dienstvertragsrecht 1 (§§ 611–613)

Neubearbeitung 2016

Dienstvertragsrecht 2 (§§ 613a - 619a)

Neubearbeitung 2011

Dienstvertragsrecht 3

(Vorbem. zu §§ 620 ff.; §§ 620-630)

Neubearbeitung 2011

(zit.: Staudinger/Bearbeiter)

Stege/Weinspach

Schiefer

Be triebs ver fassungsges et z

9. Auflage 2002

(zit.: S/W/S)

v. Hoyningen-Huene/Linck

Kündigungsschutzgesetz

15. Auflage 2013

1. Teil: Allgemeine Lehren

1. Abschnitt: Anwendungsbereich des Arbeitsrechts und Grundbegriffe: Arbeitsvertrag, Arbeitsverhältnis, Arbeitnehmer und Arbeitgeber, Angestellte und Arbeiter

A. Der vom Arbeitsrecht geregelte Lebenssachverhalt

- I. Vom Arbeitsrecht wird nicht die menschliche Arbeit schlechthin (z.B. nicht die Arbeit des selbstständigen Rechtsanwalts), sondern nur der Vorgang geregelt, durch den die meisten erwerbstätigen Personen (etwa 90%) in unserer Gesellschaft heute ihren Lebensunterhalt verdienen: Sie arbeiten als **Arbeitnehmer** im Dienste eines anderen, des Arbeitgebers. **Arbeitgeber** kann eine natürliche Person (Betriebsinhaber) sein, ist aber häufig eine juristische Person des Privatrechts (Aktiengesellschaft, GmbH), des öffentlichen Rechts (Bund, Land, Gemeinde, Universität) oder eine Personenhandelsgesellschaft (OHG, KG). Zweierlei ist für diesen Lebenssachverhalt wesentlich:
- 1. Der Arbeitgeber behält sich vor, innerhalb eines gewissen Rahmens Inhalt, Zweck, Art und Weise der Arbeit sowie die Arbeitszeit näher zu bestimmen und zu diesem Zweck **Weisungen zu erteilen**. Der Grund hierfür liegt u.a. darin, dass im normalen, arbeitsteilig organisierten Wirtschaftsbetrieb die Arbeit des Einzelnen nur im Zusammenhang mit anderen sinnvoll ist, und dass irgendjemand die Eingliederung des Einzelnen in den gesamten Arbeitsprozess durch Weisungen organisieren muss.
- 2. Der unmittelbare **Arbeitserfolg** kommt dem **Arbeitgeber** zugute. Der Arbeitnehmer arbeitet also auf fremde Rechnung, seine Tätigkeit ist fremdnützig. Der Arbeitgeber trägt die Verantwortung und das wirtschaftliche Risiko für Produktion und Absatz, also dafür, dass die Arbeit wirtschaftlich effektiv ist. Da somit der Arbeitnehmer den Arbeitsprozess, in den er eingegliedert ist, nicht steuern kann und damit auch keinen unmittelbaren Einfluss auf den wirtschaftlichen Erfolg seiner Arbeit hat, wäre es auch nicht gerechtfertigt, ihn das wirtschaftliche Risiko unmittelbar tragen zu lassen. Diesen Lebenssachverhalt gibt es heute in sämtlichen Ländern mit industriellen Produktionsformen, unabhängig von ihrer Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung. Er wird nicht erst durch die Rechtsordnung geschaffen, sondern von ihr vorgefunden.
- **II.** Das Arbeitsrecht in der Bundesrepublik Deutschland findet darüber hinaus Lebensverhältnisse vor, die durch das **Rechts- und Gesellschaftssystem der Bundesrepublik** geprägt sind. Insoweit ist der vom Arbeitsrecht zu regelnde Lebenssachverhalt nicht unabhängig von der Rechtsordnung, sondern teilweise "rechtserzeugt". Die Übernahme der bundesdeutschen Arbeitsrechtsordnung durch die neuen Bundesländer war deshalb nur bei gleichzeitiger Anpassung der sonstigen rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen möglich.¹
- **1.** Das Rechts- u. Wirtschaftssystem der Bundesrepublik wird durch die Prinzipien der Marktwirtschaft und des Privateigentums an Produktionsmitteln geprägt.

1 Vgl. Art. 17 des Staatsvertrags zwischen der Bundesrepublik und der DDR vom 18.05.1990 und Richardi ZfA 2010, 215; Schliemann ZTR 2010, 110 zur Entwicklung des Arbeitsrechts im Rahmen des deutsch-deutschen Einigungsprozesses. 3

a) Nach dem Prinzip der **Marktwirtschaft** richtet sich der Wirtschaftsprozess (Art und Menge der Produktion, Preise) nach den Regeln des Marktes, insbes. nach Angebot und Nachfrage. Der Gegensatz dazu ist die Planwirtschaft (Zentralverwaltungswirtschaft), in der der Staat die entscheidenden Daten setzt, insbesondere Art und Menge der Produktion sowie die Preise hierfür entweder selbst festlegt oder durch Genehmigungsvorbehalte entscheidend beeinflusst.

In der Marktwirtschaft werden auch die Löhne und Gehälter der Arbeitnehmer als Kosten ("Mensch als Kostenfaktor") angesehen. Wer zu welchen Bedingungen bei wem arbeitet, wird der privaten Entscheidung der Beteiligten (Abschluss- und Gestaltungsfreiheit) und damit marktwirtschaftlichen Regeln überlassen. Die Nachfrage nach und das Angebot an Arbeitskräften bestimmen deshalb darüber, welche Vergütungen gezahlt bzw. erzielt werden können. Dagegen hat der Staat keinen unmittelbaren Einfluss darauf, wer in einem bestimmten Unternehmen arbeitet und was er dort verdient. Will man diese Situation sachgerecht bewerten, muss man berücksichtigen, dass es für den einzelnen Arbeitnehmer lebensnotwendig ist, einen Arbeitsplatz zu finden, und dass dafür in unmittelbarer Nähe meist nur wenige Arbeitgeber in Betracht kommen. Demgegenüber kann der Arbeitgeber zwar nicht auf Arbeitnehmer generell, wohl aber auf einzelne Personen verzichten; im Regelfall hat er zumindest eine weitaus größere Auswahl. Der einzelne Arbeitnehmer ist also der wirtschaftlich und sozial Schwächere, sodass bei Begründung des Arbeitsverhältnisses regelmäßig ein Verhandlungsübergewicht des Arbeitgebers besteht. Würde er allein dem Spiel von Angebot und Nachfrage ausgesetzt, könnte er nur schwer angemessene Arbeitsbedingungen erreichen, da der Arbeitgeber nicht zuletzt aus Wettbewerbsgründen daran interessiert ist, die Personalkosten möglichst niedrig zu halten.

b) Das Privateigentum an Produktionsmitteln führt dazu, dass derjenige, der arbeiten will, dafür aber sachliche Hilfsmittel braucht (Räume, Maschinen, Material, Fahrzeuge), darauf angewiesen ist, dass ein anderer, der über diese Mittel verfügt, sie zur Verfügung stellt. Dadurch erhält der Eigentümer der Produktionsmittel als Arbeitgeber die Macht, die Arbeitsvergütungen der Arbeitnehmer so zu kalkulieren, dass ihm ein Teil der von den Arbeitnehmern mitbewirkten Wertschöpfung als Gewinn zufließt. Da die Produktionsmittel Kapitaleinsatz erfordern – teilweise Eigenmittel, in großem Umfange aber auch von den Banken zur Verfügung gestellte Fremdmittel – und der Gewinn sich teilweise wieder in Form von Kapital niederschlägt, handelt es sich hier um den wesentlichen Zug des kapitalistischen Wirtschaftssystems.

Damit sind die **Interessengegensätze** vorgezeichnet, deren Ausgleich Gegenstand des Arbeitsrechts ist:

- Der Unternehmer ist, um möglichst billig zu produzieren, an einem niedrigen, der Arbeitnehmer an einem möglichst hohen Lohn interessiert.
- Der Unternehmer will ohne Arbeit keinen Lohn zahlen; der Arbeitnehmer will eine Vergütung auch dann erhalten, wenn er einmal nicht arbeiten kann.
- Der Unternehmer möchte sein Personal frei verringern oder auswechseln können; der Arbeitnehmer möchte seinen Arbeitsplatz gesichert sehen.

- Der Arbeitnehmer ist daran interessiert, dass Anlagen und Gerätschaften so beschaffen sind, dass Unfälle ausgeschlossen sind; dem Interesse des Unternehmers laufen Sicherheitsauflagen zuwider, die die Produktion stark verteuern oder erschweren.
- Der Unternehmer möchte zu weitgehenden Weisungen berechtigt sein und insbes. die wirtschaftliche Seite des Unternehmens allein bestimmen; die Arbeitnehmer sind daran interessiert, dass die Weisungsbefugnisse begrenzt werden, und dass sie an wichtigen Entscheidungen beteiligt werden oder diese gar selbst treffen können.
- **2.** Die Prinzipien der Marktwirtschaft und des Privateigentums an Produktionsmitteln sind aber für unsere Rechts- und Gesellschaftsordnung nicht allein entscheidend. Vielmehr sind dafür auch die verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen für Demokratie und Sozialstaat (Art. 20 Abs. 1 GG) inhaltsbestimmend. Aus ihnen ergibt sich der Auftrag zu einem Ausgleich der geschilderten Interessengegensätze.
- a) Das **Prinzip des Sozialstaates** schließt sowohl eine ungehemmte Marktwirtschaft als auch eine freie Verwertung des Produktionskapitals aus, weil sich dies stark zum Nachteil der sozial Schwächeren auswirken würde. Es verlangt zwingend ein Minimum an sozialen Sicherungen. Darüber hinaus werden von der ganz überwiegenden Mehrheit der Bevölkerung weiter gehende soziale Sicherungen verlangt, auch soweit sie vom Sozialstaatsprinzip nicht unbedingt gefordert werden. Daraus leitet sich der Auftrag des Arbeitsrechts zu einem weitgehenden Schutz der Arbeitnehmer ab.
- **b)** Das **Demokratieprinzip** gilt zwar zunächst nur im staatlichen Bereich. Es hat aber zumindest politische Ausstrahlungswirkung auch auf den Bereich der Wirtschaft und legitimiert Forderungen nach Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Bereich der Betriebe und Unternehmen. Dadurch wird die Verfügungsbefugnis der Inhaber der Produktionsmittel begrenzt (Art. 14 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 GG).

III. Der vom Arbeitsrecht zu regelnde Lebenssachverhalt lässt sich also **zusammenfassend** so beschreiben: In der industriellen Gesellschaft sind die meisten Erwerbspersonen Arbeitnehmer, d.h. sie arbeiten im Dienste eines anderen (Arbeitgebers), sind weisungsabhängig und arbeiten für fremde Rechnung; dafür tragen sie nicht das unmittelbare wirtschaftliche Risiko ihrer Arbeit. In der Bundesrepublik Deutschland kommt hinzu, dass sich die Eingliederung von Arbeitskräften in den Arbeitsprozess und deren Bezahlung grundsätzlich nach marktwirtschaftlichen Regeln richten und dass die Eigentümer der Produktionsmittel die maßgeblichen Entscheidungen treffen, was zu den vom Arbeitsrecht zu regelnden Interessengegensätzen führt.

Sozialstaatsprinzip, Demokratieprinzip und darauf aufbauende politische Grundströmungen mit der Folge der sozialen Marktwirtschaft als der Wirtschaftsform der Bundesrepublik verlangen einen Interessenausgleich, der die Interessen der Arbeitnehmer besonders berücksichtigt. Die Aufgabe des Arbeitsrechts ist es also, die aus der Marktwirtschaft resultierenden Nachteile für den wirtschaftlich und sozial schwächeren Arbeitnehmer beim Vertragsabschluss und bei der Vertragsdurchführung auszugleichen oder abzumildern.²

6

² Zur Entwicklung des Arbeitsrechts in der sozialen Marktwirtschaft Kraft ZfA 1995, 419; Kissel NJW 1994, 217; ders. NZA 1994, 586; Hanau DB 1998, 69 und Picker ZfA 2005, 353 sowie Preis § 4: Überblick über die Geschichte des Arbeitsrechts.

B. Der Anwendungsbereich des Arbeitsrechts, Arbeitnehmer und Arbeitgeber, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis

I. Einleitung

8 Nach der üblichen Definition ist das Arbeitsrecht das Sonderrecht (Schutzrecht) der Arbeitnehmer.³

Als **Arbeitsverhältnis** wird allgemein die Gesamtheit der durch einen Arbeitsvertrag begründeten Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber definiert.⁴ Ob ein Arbeitsverhältnis, also die Rechtsbeziehung Arbeitnehmer – Arbeitgeber vorliegt, ist vom Begriff des Arbeitnehmers her zu klären, sodass diesem Begriff für die praktische Rechtsanwendung (Zuständigkeit der Arbeitsgerichte, Bestehen arbeitsvertraglicher Rechte und Pflichten) entscheidende Bedeutung zukommt;⁵ dazu Rn. 9 ff.

Wird im Einzelfall das Bestehen der Arbeitnehmereigenschaft festgestellt, dann bereitet die Bestimmung des Arbeitgebers regelmäßig keine Schwierigkeiten, weil dieser der andere Partner des Arbeitsverhältnisses ist; dazu Rn. 26 ff.

Auf andere Vertragsverhältnisse als Arbeitsverhältnisse sind arbeitsrechtliche Gesetze grds. nicht anwendbar, es sei denn, dass der Anwendungsbereich einzelner Gesetze auf andere Personengruppen ausdrücklich erweitert ist; dazu Rn. 30 ff.

II. Der Begriff des Arbeitnehmers

Fall 1: Kündigung des Orchestermusikers

Der Musiker M ist seit 6 Jahren bei der Orchesterproduktion R-GmbH (im Folgenden R), die ca. 300 Arbeitnehmer beschäftigt, als "Orchesteraushilfe" aufgrund eines Vertrages tätig, wonach M als "freier Mitarbeiter" eingestellt wurde und dem Orchester im Bedarfsfalle zur Verfügung stand. Die Vergütung erfolgte durch Einzelabrechnungen (pro Stunde 22,50 €) anhand von Anwesenheitslisten, in die sich M − ebenso wie die fest angestellten Musiker − bei seinen Einsätzen einzutragen hatte. Aufgrund eines jeweils durch Anschlag am schwarzen Brett bekannt gegebenen Dienstplanes spielte M durchschnittlich etwa 32 Stunden pro Woche, was im Wesentlichen der Arbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Musikers im Angestelltenverhältnis entsprach. Entsprechend der bei "freien Mitarbeitern" üblichen Praxis der R wurden für M weder Personalunterlagen geführt noch Lohnsteuern und Sozialversicherungsbeiträge gezahlt. M möchte wissen, ob die R das Vertragsverhältnis mit ihm nur durch eine nach § 1 KSchG sozial gerechtfertigte Kündigung oder ohne Weiteres ordentlich kündigen.

9 Die ordentliche Kündigung des Vertragsverhältnisses mit M bedarf dann gemäß § 1 Abs. 1 KSchG der sozialen Rechtfertigung, wenn es sich dabei um ein Arbeitsverhältnis

³ Schaub/Vogelsang § 8 Rn. 4 ff.; Däubler 1.1. findet "Sonderrecht" u.a. deshalb unpassend, weil das Arbeitsrecht für eine "große Mehrheit der aktiven Bevölkerung" gelte und es "einen zentralen Bereich der Existenz des Einzelnen" regele.

⁴ Waltermann Rn. 44; Schaub/Linck § 29 Rn. 8 f.; Z/L/H § 4 Rn. 2; Hanau/Adomeit Rn. 506, 580.

⁵ ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 34 ff.; B/R/H Rn. 3; Hanau/Adomeit Rn. 504 ff.

handelt, M also Arbeitnehmer ist. In diesem Fall wäre das KSchG aufgrund der mehr als sechsmonatigen Tätigkeit des M und der Zahl der Beschäftigten (ca. 300) in persönlicher und betrieblicher Hinsicht anwendbar (§§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 S. 2 KSchG). Entscheidend für die Anwendbarkeit des § 1 Abs. 1 KSchG ist somit, ob M Arbeitnehmer der R ist.

I. Der Begriff des Arbeitnehmers wird im KSchG nicht definiert. Vielmehr wird in § 14 Abs. 1 KSchG nur bestimmt, für welche Personen das KSchG keine Anwendung findet. Auch in anderen Gesetzen (z.B. § 2 Abs. 2 ArbZG, § 2 S. 1 BUrlG, § 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG, § 5 Abs. 1 BetrVG) wird der Begriff des Arbeitnehmers nicht genau definiert, sondern lediglich folgendermaßen bestimmt: "Arbeitnehmer i.S.d. Gesetzes sind Arbeiter und Angestellte einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten."

ArbGG, § 5 Abs. 1 BetrVG) wird der Begriff des Arbeitnehmers nicht genau definiert, sondern lediglich folgendermaßen bestimmt: "Arbeitnehmer i.S.d. Gesetzes sind Arbeiter und Angestellte einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten."

Diese Definition ist aber zur Begriffsbestimmung des Arbeitnehmers unbrauchbar.

Denn die Begriffe "Arbeiter und Angestellte" sind Einteilungsbegriffe von "Arbeitnehmer" und können deshalb ihrerseits ohne den Begriff des Arbeitnehmers gar

Trotz der fehlenden gesetzlichen Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs wird allgemein angenommen, dass Arbeitnehmer nach dem deutschen Arbeitsrecht derjenige ist, der aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags für einen anderen regelmäßig gegen Entgelt (str.) unselbstständige Dienste leistet.⁷

che Definition des Arbeitnehmerbegriffs im arbeitsrechtlichen Sinne fehlt.⁶

nicht definiert werden. Sie hängen also vom Arbeitnehmerbegriff ab, sodass man nicht umgekehrt den Begriff des Arbeitnehmers von den Begriffen Arbeiter und Angestellte abhängig machen kann. Es ist somit davon auszugehen, dass eine gesetzli-

Der Arbeitnehmer i.S.d. europäischen Arbeitsrechts wird dagegen vom EuGH teilweise weiter ausgelegt, sodass darunter insb. auch Organvertreter fallen können, die nach deutschem Arbeitsrecht grds. keine Arbeitnehmer sind (vgl. unten Rn. 41 ff.). Praktische Bedeutung dürfte der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff für das deutsche Arbeitsrecht haben, das auf das EU-Recht zurückgeht.⁸

Voraussetzungen für die Annahme der Arbeitnehmereigenschaft sind also:

1. Privatrechtlicher Vertrag

Das Rechtsverhältnis muss durch einen privatrechtlichen Vertrag begründet worden sein, sodass keine Arbeitnehmer sind⁹:

- Beamte, Richter und Soldaten, weil ihre Rechtsbeziehungen zum Dienstherrn nicht durch privatrechtlichen Vertrag begründet, sondern durch öffentliches Recht (Bundes- bzw. LandesbeamtenG, DRiG, SoldG) geregelt werden.¹⁰
- Strafgefangene und Sicherungsverwahrte, wenn sie die Arbeit im Rahmen der Anstaltsgewalt leisten, da ein öffentlich-rechtliches Gewaltverhältnis vorliegt.¹¹
- Erwerbsfähige Hilfsbedürftige, die nach § 16 d SGB II zu zusätzlichen, im öffentlichen Interesse liegenden und wettbewerbsneutralen Tätigkeiten herangezogen werden, die auf Erhaltung

10

⁶ Vgl. ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 35; Dütz/Thüsing Rn. 33; Richardi DB 1999, 958.

⁷ BAG, Beschl. v. 17.09.2014 - 10 AZB 43/14, NJW 2015, 572; BGH, Urt. v. 10.07.2003 - III ZB 91/92, WM 2003, 2252; Preis § 8 I.

⁸ Vgl. dazu Thüsing/Stiebert ZESAR 2011, 124 (Befristungsrichtlinie); ders. ZESAR 2011, 24 (Urlaubsrichtlinie) sowie EuGH, Urt. v. 20.11.2010 – C-232/09, NZA 2011, 143; Wank EWiR 2011, 27 und Schubert ZESAR 2013, 5 (Mutterschutzrichtlinie) und EuGH, Urt. v. 09.07.2015 – C-229/14, NZA 2015, 861 (Massenentlassungsrichtlinie) und allg. Pötters NZA 2014, 704.

⁹ Weitere Beispiele bei MünchKomm/Müller-Glöge § 611 BGB Rn. 197, 198; ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 76 ff.

¹⁰ Vgl. B/R/H Rn. 40; Hanau/Adomeit Rn. 523; MünchKomm/Müller-Glöge § 611 BGB Rn. 200 ff. m.w.N.

¹¹ Schaub/Vogelsang § 8 Rn. 13 ff.; Hanau/Adomeit Rn. 530 f.; Müller-Glöge in G/M/P/M-G § 5 ArbGG Rn. 27 m.w.N.

oder Wiedererlangung der Beschäftigungsfähigkeit abzielen, und die nach § 16 d Abs. 7 S. 1 SGB II zusätzlich zum Arbeitslosengeld II eine angemessene Mehraufwandsentschädigung von i.d.R. 1 bis zu 2 € erhalten (sog. "Ein-Euro-Jobs"). Denn in diesen Fällen wird die Arbeitsleistung aufgrund eines Verwaltungsaktes (öffentliches Recht) und nicht aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags erbracht, und zwar auch dann, wenn der Heranziehungsbescheid rechtswidrig ist. Insoweit orientiert sich § 16 d Abs. 7 S. 1 SGB II an den früher geltenden § 16 Abs. 3 SGB II bzw. § 19 Abs. 2 BSHG, sodass auf die Rspr. dazu zurückgegriffen werden kann. 12 Dass kein Arbeitsverhältnis begründet wird, stellt jetzt § 16 d Abs. 7 S. 2 Hs. 1 SGB II ausdrücklich klar. Auf dieses Rechtsverhältnis sind allerdings nach § 16 d Abs. 7 S. 2, Hs. 2, S. 3 SGB II die Arbeitsschutzvorschriften, das BUrlG und die Grundsätze über die Haftungsbeschränkung im Arbeitsverhältnis (vgl. dazu Rn. 400 ff.) entspr. anzuwenden. ¹³ Wird dagegen für den erwerbsfähigen Hilfsbedürftigen Gelegenheit zu gemeinnütziger und zusätzlicher Arbeit geschaffen und dafür vereinbarungsgemäß das übliche Arbeitsentgelt gezahlt (früher § 18 Abs. 2 Hs. 1 Alt. 1 BSHG), dann liegt ein Arbeitsverhältnis vor. ¹⁴ Die gleichen Grundsätze gelten bei einer Beschäftigung eines Hilfebedürftigen aufgrund einer vom zuständigen Träger als Eingliederungsleistung nach § 16 SGB II bewilligten betrieblichen Praxiserprobung.¹⁵

- Ordensleute und Diakonissen, weil sie die T\u00e4tigkeiten i.d.R. nicht aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags bzw. eines Dienstvertrags, sondern aus religi\u00f6sen oder karitativen Motiven aufgrund einer Vereinsmitgliedschaft erbringen, ohne dass zwingende arbeitsrechtliche Schutzvorschriften (objektiv) umgangen werden.\u00e46
- Familienangehörige, wenn die Mitarbeit auf familienrechtlicher Basis (§§ 1353, 1360, 1619 BGB) beruht. Arbeitnehmer sind sie dagegen dann, wenn sie sich privatrechtlich zur Erbringung der Arbeitsleistung verpflichtet haben.¹⁷

Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Musiker M und der R als einer juristischen Person des Privatrechts sind durch einen privatrechtlichen Vertrag begründet worden, sodass diese Voraussetzung erfüllt ist.

Bedienstete juristischer Personen des öffentlichen Rechts (z.B. Bund, Länder, Gemeinden), deren Rechtsverhältnisse nicht durch einen Verwaltungsakt, sondern einen privatrechtlichen Vertrag begründet worden sind, sind Arbeitnehmer (Arbeiter, Angestellte) im öffentlichen Dienst.

12 2. Dienstleistung für einen anderen (i.d.R.) gegen Entgelt, also Dienstvertrag i.S.d. § 611 BGB

Der Arbeitsvertrag ist ein Sonderfall des Dienstvertrags i.S.d. § 611 BGB.¹⁸ Die Annahme der Arbeitnehmereigenschaft setzt also zwingend voraus, dass die Merkmale eines Dienstvertrags i.S.d. § 611 BGB vorliegen. Dies sind:

a) Leistung von Diensten, also Tätigsein. Wird dagegen nicht nur das erfolgsorientierte Tätigsein, sondern der Tätigkeitserfolg selbst geschuldet, so liegt ein Werkvertrag i.S.d. § 631 BGB vor. Im Einzelfall kann die Abgrenzung Dienstvertrag – Werkvertrag Schwierigkeiten bereiten;¹⁹ sie gehört ins Schuldrecht BT.

¹² Vgl. BT-Drs. 15/1516, S. 58; BT-Drs. 15/1749, S. 32; BAG, Urt. v. 20.02.2008 – 5 AZR 290/07, NZA-RR 2008, 401; BVerwG, Urt. v. 21.03.2007 – 6 P 4/06, NZA-RR 2007, 499; Steppler/Denecke NZA 2013, 482, 484; Hanau/Adomeit Rn. 531 m.w.N.

¹³ Vgl. ausführlich zu Rechtsproblemen der "Ein-Euro-Jobs" Steppler/Denecke NZA 2013, 482; Koll/Grolms AiB 2013, 309; v. Koppenfels-Spies NZS 2010, 2; Zwanziger AuR 2005, 8 ff.; Rixen/Panos NJW 2005, 2177 ff.; Bieback NZS 2005, 337 ff.

¹⁴ BAG, Urt. v. 22.03.2000 – 7 AZR 824/98, NZA 2001, 605, 606; 1994, 214, 215; B/R/H Rn. 42 m.w.N.

¹⁵ Vgl. BAG, Urt. v. 19.03.2008 - 5 AZR 435/07, NZA 2008, 760.

¹⁶ BAG NZA 1996, 33 für Rote-Kreuz-Schwester; Müller-Glöge in G/M/P/M-G § 5 ArbGG Rn. 25; Preis § 8 II 2 b dd; Groeger ZTR 2014, 379; vgl. aber auch BAG AP Nr. 10 zu § 611 BGB "Rotes Kreuz" m.Anm. Mayer-Maly für sog. "Gastschwester".

¹⁷ BAG NZA 1994, 121, 123; LAG Schleswig-Holstein DB 2006, 2582; Schaub/Vogelsang § 8 Rn. 20; Müller-Glöge in G/M/P/M-G § 5 ArbGG Rn. 28; ausführlich zu Problemen eines Ehegattenarbeitsverhältnisses Schulz NZA 2010, 75 ff.

¹⁸ Vgl. Schaub/Linck § 29 Rn. 4; vgl. auch §§ 621, 627 BGB: "... Dienstverhältnis, das kein Arbeitsverhältnis ist."

¹⁹ Vgl. dazu BAG, Urt. 25.09.2013 – 10 AZR 282/12, NJW 2013, 3672; ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 12 ff.; Helml JuS 2006, 621 ff.

b) Leistung von Diensten **für einen anderen**. Unter diesem Gesichtspunkt ist zur BGB-Gesellschaft i.S.d. § 705 BGB und zu den Personenhandelsgesellschaften (OHG, KG) abzugrenzen, bei denen gemäß § 706 Abs. 3 BGB die Beitragsleistung des einzelnen Gesellschafters auch in der Leistung von Diensten bestehen kann. Wird der gemeinschaftliche Gesellschaftszweck durch Dienstleistung aufgrund der gemäß § 706 Abs. 3 BGB übernommenen Verpflichtung ohne zusätzliche Vergütung von einem Gesellschafter gefördert, dann liegt keine Dienstleistung für einen anderen und damit kein Arbeitsverhältnis vor. Die bloße Beteiligung an einer Gesellschaft schließt aber den Abschluss eines neben dem Gesellschaftsvertrag bestehenden Arbeitsvertrags nicht aus, was insbes. bei Kommanditisten, die außer der Gewinnbeteiligung für ihre Tätigkeit eine zusätzliche Vergütung erhalten, in der Praxis häufig vorkommt.²⁰

Rechtsgrundlage für die Leistung von Diensten kann auch die **Vereinsmitgliedschaft** sein, da nach § 58 Nr. 2 BGB der Mitgliedsbeitrag auch durch Dienstleistung erbracht werden kann. Hierbei ist aber stets sorgfältig zu prüfen, ob die Begründung vereinsrechtlicher Dienstpflichten, die in persönlicher Abhängigkeit erbracht werden (dazu unten Rn. 15 ff.), nicht zu einer (auch objektiven) Umgehung zwingender arbeitsrechtlicher Schutzbestimmungen führt. Liegt eine solche Umgehung vor, ist ein Arbeitsverhältnis anzunehmen.²¹

Werden die Rechtsbeziehungen in einem sog. Franchise-Vertrag geregelt, schließt das die Arbeitnehmereigenschaft des Franchisenehmers nicht aus, sodass eine einzelfallbezogene Prüfung der "Unselbstständigkeit" (dazu unten Rn. 15 ff.) erforderlich ist.²²

c) Entgeltlichkeit der Dienstleistung, da anderenfalls regelmäßig ein Auftrag i.S.d. § 662 BGB vorliegt. Fehlt eine Vergütungsvereinbarung, so kann nicht bereits deswegen ein unentgeltlicher Auftrag i.S.d. § 662 BGB angenommen werden. Vielmehr muss insoweit § 612 Abs. 1 BGB beachtet werden, wonach eine Vergütung als stillschweigend vereinbart gilt, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.²³

Ob in Ausnahmefällen ein Arbeitsverhältnis trotz Unentgeltlichkeit der Dienstleistung (z.B. Einarbeitung, Kennenlernen des Betriebes) vorliegen kann und damit die Entgeltlichkeit der Dienstleistung Begriffsvoraussetzung ist, ist umstritten. ²⁴

Dieser Meinungsstreit hat aber keine große praktische Bedeutung, da bei vollständiger Unentgeltlichkeit i.d.R. auch die persönliche Abhängigkeit bzw. die Verpflichtung zur Arbeitsleistung fehlt. Denn es kommt nur in krassen Ausnahmefällen vor, dass sich jemand verpflichtet, ohne Entgelt weisungsgebundene Tätigkeit zu verrichten, zumal sich in diesem Fall die Frage nach der Sittenwidrigkeit des vollständigen Lohnverzichts stellt.²⁵ Die **h.M.** geht davon aus, dass die **Entgeltlichkeit keine Begriffsvoraussetzung** ist.²⁶

13

²⁰ BAG, Beschl. v. 19.08.2004 – 1 AS 6/03, NZA 2004, 1116; LAG Hamm ZIP 2007, 2380; Müller-Glöge in G/M/P/M-G § 5 ArbGG Rn. 8, 15 m.w.N.; vgl. auch LAG Hessen NZA-RR 2001, 263: BGB-Gesellschafter wegen Zusammentreffens von Anspruch und Verpflichtung kein Arbeitnehmer.

²¹ BAG NZA 1995, 823, 832: Arbeitsverhältnis bei hauptamtlich tätigen außerordentlichen Mitgliedern von Scientology bejaht; anders aber jetzt BAG NZA 2002, 1412 u. BAG NZA 1996, 33 für Rote-Kreuz-Schwester.

²² Vgl. BAG NZA 1997, 1126; BGH NZA 2000, 390; 1999, 53; ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 29 ff.; Hanau/Adomeit Rn. 538 ff.

²³ Vgl. dazu ErfK/Preis § 612 BGB Rn. 2 ff.; MünchKomm/Müller-Glöge § 612 BGB Rn. 5 ff. m.w.N.

²⁴ Vgl. dazu Z/L/H § 5 Rn. 11; MünchArbR/Richardi § 17 Rn. 8 ff.; jeweils m.w.N.

²⁵ Vgl. Hanau/Adomeit Rn. 522 u. LAG Berlin NZA-RR 1997, 371; vgl. aber LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 05.08.2015 – 7 Sa 170/
15, juris; Barth BB 2009, 2546 zur grds. Zulässigkeit eines sog. Einfühlungsverhältnisses, wonach der AN während einer
"Kennenlernphase" unentgeltlich tätig wird u. Worzalla P&R 2015, 7; Natzel BB 2014, 2490 zu Problemen im Zusammenhang mit Praktikantenverhältnissen, bei denen ein Ausbildungszweck im Vordergrund steht.

²⁶ Vgl. BAG, Urt. v. 29.08.2012 – 10 AZR 499/11, DB 2013, 404 (Telefonische Seelsorge); Schaub/Vogelsang § 8 Rn. 29; MünchArbR/Richardi § 17 Rn. 8 ff.; Z/L/H § 5 Rn. 11; a.A. ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 20; § 612 BGB Rn. 1 m.w.N.

Hier bestehen keine Bedenken dagegen, dass M aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags für einen anderen, nämlich die R, entgeltlich Dienste leistet.

15 3. Unselbstständigkeit der Dienstleistung

Bei den Dienstleistungen i.S.d. § 611 BGB kann es sich um selbstständige Dienstleistungen (z.B. Leistungen des Rechtsanwalts oder Steuerberaters) oder um unselbstständige Dienstleistungen, also um Arbeitsleistungen eines Arbeitnehmers handeln, sodass an dieser Stelle die Abgrenzung Selbstständiger/Arbeitnehmer erfolgen muss. Maßgeblich für diese Abgrenzung ist dabei nach allg. Ansicht nicht, wie der Vertrag bzw. die Vertragsparteien bezeichnet werden, sondern die objektiven Umstände, unter denen die Dienstleistung tatsächlich erbracht wird.²⁷

BAG:²⁸ "Der Status des Beschäftigten richtet sich nicht nach den Wünschen und Vorstellungen der Vertragspartner, sondern danach, wie die Vertragsbeziehung nach ihrem Geschäftsinhalt objektiv einzuordnen ist; denn durch Parteivereinbarung kann die Bewertung einer Rechtsbeziehung als Arbeitsverhältnis nicht abbedungen und der Geltungsbereich des Arbeitnehmerschutzrechts nicht eingeschränkt werden. Der wirkliche Geschäftsinhalt ist aus den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrags zu entnehmen. Wenn der Vertrag abweichend von den ausdrücklichen Vereinbarungen vollzogen wird, ist die tatsächliche Durchführung maßgeblich …". Denn aus ihr lassen sich am ehesten Schlüsse darauf ziehen, von welchen Rechten und Pflichten die Parteien in Wirklichkeit ausgegangen sind.

Für die Unterscheidung Arbeitnehmer/Selbstständiger ist **nicht** die **wirtschaftli- che, sondern die persönliche Abhängigkeit** (Unselbstständigkeit) des Dienstleistenden vom Dienstberechtigten entscheidend.²⁹

Es gibt Versuche, den Arbeitnehmerbegriff unter Berufung auf die Notwendigkeit einer angemessenen Verteilung von unternehmerischen Chancen und Risiken neu zu definieren. Als entscheidendes Abgrenzungsmerkmal wird dabei der unternehmerische Entscheidungsspielraum angesehen und auf die freiwillige Übernahme des Unternehmerrisikos abgestellt.³⁰ Diese Ansicht kommt allerdings trotz des unterschiedlichen Ansatzpunktes i.d.R. zum gleichen Ergebnis.

Das Merkmal "persönliche Abhängigkeit" ist aber selbst nicht definiert und viel zu pauschal, um in schwierigen Grenzfällen eine Abgrenzung des Arbeitnehmers vom Selbstständigen zu ermöglichen. Es ist deshalb bei der Abgrenzung im Einzelfall letztlich auf die einzelnen Vertragsumstände (Indizien) abzustellen, deren Aussagewert von der Eigenart der im Einzelfall ausgeübten Tätigkeit abhängig ist. Denn abstrakte, für alle Dienstverhältnisse geltende Abgrenzungskriterien lassen sich nicht aufstellen.³¹

Das BAG³² führt insoweit aus: "Bei der Frage, in welchem Maße der Mitarbeiter persönlich abhängig ist, ist vor allem die Eigenart der jeweiligen Tätigkeit zu berücksichtigen. Es gibt keine ab-

²⁷ BAG, Urt. v. 17.04.2013 – 10 AZR 272/12, NZA 2013, 903; BGH, Urt. v. 25.06.2002 – X ZR 83/00, NZA 2002, 1086; Schaub/Vogelsang § 8 Rn. 31; Freckmann DB 2013, 459 ff.; Schreiber Jura 2008, 21 ff.; Hromadka NZA 2007, 838 ff.

²⁸ BAG NZA 1994, 169; vgl. auch BAG, Urt. v. 25.09.2013 – 10 AZR 282/12, NZA 2013, 1348 zum "Scheinwerkvertrag" und dazu auch Boemke RdA 2015, 115; Baeck/Winzer NZA 2015, 269.

²⁹ BAG, Urt. v. 15.02.2012 – 10 AZR 111/11, NZA 2012, 733; BGH, Urt. v. 25.06.2002, Fn. 27; Schaub/Vogelsang § 8 Rn. 22; Richardi DB 1999, 958, 961, der aber die Formulierung "persönliche Abhängigkeit" als missglückt ansieht und den Begriff "Leistungsversprechen unselbstständiger Arbeit" vorzieht.

³⁰ Vgl. Wank NZA 1999, 225, 226 m.w.N.; dagegen MünchArbR/Richardi § 16 Rn. 40; Richardi DB 1999, 958, 960; Griebeling NZA 1998, 1137, 1142 f.; krit. dazu auch ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 55 ff., 74 f.; Linnenkohl BB 2002, 622 ff.

³¹ BAG, Urt. v. 25.05.2005 – 5 AZR 347/04, ZTR 2006, 43; NZA 2001, 551; Schaub/Vogelsang § 8 Rn. 23 ff., 31; gegen diese typologische Abgrenzungsmethode ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 53 ff.; Bramsen RdA 2010, 267 ff.

³² BAG DB 1978, 1035.; ablehnend dazu ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 54 m.w.N.

strakten, für alle Arten von Arbeitnehmern schlechthin geltenden Kriterien. Für Dienstverhältnisse eines Akkordarbeiters, eines Kapitäns, einer Tänzerin oder eines Chefarztes kann es bei der Frage, ob sie persönlich abhängig sind oder nicht, kaum einen einheitlichen Maßstab geben."

- a) Bei der Abgrenzung Selbstständiger/Arbeitnehmer ist zunächst auf die nachfolgenden wichtigsten Indizien abzustellen, wobei neben der Eigenart der konkreten Tätigkeit im Einzelfall auch zu berücksichtigen ist, dass dem Vorliegen und dem Nichtvorliegen der einzelnen Merkmale nicht das gleiche Gewicht zukommen muss.³³
 - aa) Ausgangspunkt für die Prüfung der persönlichen Abhängigkeit ist dabei § 84 Abs. 1 S. 2 HGB, wonach selbstständig ist, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. 34

Diese Vorschrift gilt zwar unmittelbar nur für die Abgrenzung des selbstständigen Handelsvertreters vom unselbstständigen Handlungsgehilfen, sie enthält aber nach ständiger Rspr. des BAG eine allgemeine gesetzgeberische Wertung, die auch bei der Abgrenzung Arbeitnehmer – Selbstständiger Beachtung finden muss.³⁵

Erstes sehr wichtiges Indiz ist damit die **Weisungsgebundenheit** des Dienstleistenden bezüglich **Art und Weise**, der **Zeit und Dauer** sowie des **Ortes der Dienstleistung**. Unselbstständig und damit Arbeitnehmer ist damit regelmäßig der Mitarbeiter, dem insoweit überhaupt kein Bestimmungsrecht zusteht. Im Übrigen ist der Grad der Weisungsgebundenheit im Einzelfall hinsichtlich dieser Umstände ein wichtiges Indiz für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit.³⁶

Das Vorliegen einer **fachlichen Weisungsgebundenheit** ist zwar wichtiges Indiz für die persönliche Abhängigkeit, ihr Fehlen spricht aber nicht unbedingt gegen die Arbeitnehmerstellung. Denn die Art der Tätigkeit kann es mit sich bringen, dass dem Dienstverpflichteten ein hohes Maß an Gestaltungsfreiheit, Eigeninitiative und fachlicher Selbstständigkeit verbleibt, was insbesondere bei Diensten höherer Art der Fall ist. Denn bei dieser Art von Dienstleistungen weiß der Dienstleistende aufgrund seiner Ausbildung und Fachkenntnisse regelmäßig selbst, auf welche Art und Weise er die Dienstleistung zu erbringen hat. Darüber hinaus kann auch die Aufgabenstellung selbst (z.B. Abteilungsleiter) weitgehend selbstständiges Handeln erfordern.³⁷

bb)Die **Eingliederung** in einen fremden Produktionsbereich (Betrieb) bzw. eine fremdbestimmte Arbeitsorganisation (sog. arbeitsorganisatorisches Abhängigkeitsmoment) ist ebenfalls ein sehr wichtiges Indiz für die persönliche Abhängigkeit.³⁸

Dass der Dienstleistende die Tätigkeit nur in den zur Verfügung gestellten Räumen im Rahmen eines in fachlicher und zeitlicher Hinsicht vorgegebenen Rahmenplanes (z.B. Volkshochschuldozenten³⁹) verrichten kann und daher insoweit gebunden ist, spricht

17

18

³³ BAG NZA 1992, 407, 408; vgl. auch Preis § 8 II 4 a ff; Dütz/Thüsing Rn. 36; Hromadka DB 1998, 195 ff.

³⁴ Vgl. BAG, Urt. v. 17.04.2013, Fn. 27; BAG, Urt. v. 20.05.2009 – 5 AZR 31/08, NZA-RR 2010, 172; ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 50 ff.; ausführlich zur sog. Statusrechtsprechung des BAG Hochrather NZA-RR 2001, 561 ff.

³⁵ BAG, Urt. v. 09.03.2005 – 5 AZR 493/04, ZTR 2005, 650; BGH NZA 1999, 110; Preis § 8 II 4 a bb.

³⁶ BAG, Urt. v. 15.02.2012 - 10 AZR 301/10, NZA 2012, 731; NZA 1999, 205, 207; ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 64 ff. m.w.N.

³⁷ Vgl. dazu BAG NZA 1998, 874, 875 f.; 1995, 622, 623 f.; 1994, 169; ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 68 m.w.N.

³⁸ Vgl. dazu BAG, Urt. v. 13.03.2008 – 2 AZR 1037/06, NZA 2008, 878; MünchArbR/Richardi § 16 Rn. 22, 24 f.

³⁹ Vgl. dazu BAG, Urt. v. 20.01.2010 – 5 AZR 106/09, ZTR 2010, 424; Urt. v. 09.03.2005 – 5 AZR 493/04, ZTR 2005, 590 und ausführlich zum Status von Lehrkräften/Dozenten Reinecke ZTR 2000, 535; Rohlfing NZA 1999, 1027 ff.

nicht zwingend für die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation, da insoweit die Besonderheiten der zu erbringenden Tätigkeit zu beachten sind. ⁴⁰ Dass die Tätigkeit außerhalb des Betriebes zu erbringen ist, spricht nicht zwingend gegen die Arbeitnehmereigenschaft, da ein Arbeitsverhältnis auch bei einer sog. **Telearbeit** vorliegen kann. ⁴¹

cc) Für die Arbeitnehmerstellung spricht außerdem, wenn der Dienstverpflichtete seine **gesamte Arbeitskraft** für fremdgeplante und fremdnützige Zwecke einsetzt, da er in diesem Fall über die eigene Arbeitskraft nicht mehr frei verfügen kann und daher nicht die Möglichkeit eigener unternehmerischer Teilnahme am Marktgeschehen hat. ⁴²

Dagegen spricht das Vorliegen einer bloßen **Nebenbeschäftigung** mit einer geringen Arbeitszeit grds. **nicht gegen** die Arbeitnehmereigenschaft des Dienstleistenden. 43

Übernimmt der Dienstverpflichtete ein **Arbeitsvolumen**, das er trotz des Einsatzes der gesamten Arbeitskraft in der vorgegebenen Arbeitszeit nicht bewältigen kann, sodass ein **Einsatz weiterer Personen** erforderlich ist, liegt i.d.R. kein Arbeitsverhältnis vor.⁴⁴

- b) Lässt eine Gesamtbetrachtung der o.g. wichtigsten **Indizien** noch keine eindeutige Zuordnung zu, kann auch die Heranziehung der nachfolgenden Indizien im Einzelfall⁴⁵ nützlich sein:
 - Behandlung vergleichbarer Mitarbeiter;⁴⁶
 - **Bezeichnung durch die Vertragsparteien** als Arbeiter/Angestellter oder als freier Mitarbeiter ist nur ein schwacher Anhaltspunkt;⁴⁷
 - Art der Entlohnung, d.h. festes Gehalt bzw. fester Lohn oder vom Erfolg abhängige Vergütung;⁴⁸
 - **Abführung von Lohn- und Sozialversicherungsbeiträgen** hat jedenfalls keine maßgebliche Bedeutung, da die steuer- und sozialversicherungsrechtliche Behandlung des Vertragsverhältnisses durch die Vertragsparteien unrichtig sein kann;⁴⁹
 - Vergütungsfortzahlung im Krankheitsfall und Gewährung bezahlten Erholungsurlaubs;⁵⁰
 - Aushändigung von Arbeitspapieren, wie z.B. Lohnsteuerkarte;
 - unternehmerisches Risiko.51

⁴⁰ BAG, Urt. v. 14.03.2007 – 5 AZR 499/06, NZA-RR 2007, 424 zu Status eines Sportredakteurs; NZA 1995, 572, 573 f.

⁴¹ Vgl. dazu Schaub NZA 2001, 364; Kramer DB 2000, 1329; Boemke BB 2000, 147 u. Wank NZA 1999, 225.

⁴² BAG, Urt. v. 20.01.2010 – 5 AZR 99/09, DB 2010, 788; BAG NZA 1994, 169, 170 ("Erwartung ständiger Dienstbereitschaft"); 1993, 174, 175; Schaub/Vogelsang § 8 Rn. 27; Erfk/Preis § 611 BGB Rn. 72 ff.

⁴³ BAG, Urt. v. 15.02.2012, Fn. 36; BB 1996, 60, 61; NZA 1995, 622, 623; Berger-Delhey/Alfmeier NZA 1991, 537, 538 f.

⁴⁴ BAG, Urt. v. 20.01.2010, Fn. 42; Urt. v. 12.12.2001 – 5 AZR 253/00, NZA 2002, 787; BGH NZA 1999, 110 ff. und BAG, Urt. v. 13.03.2008, Fn. 38 "persönliche Leistungsverpflichtung grds. ein wesentliches Merkmal des Arbeitsverhältnisses".

⁴⁵ Keine abschließende Aufzählung; vgl. auch ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 49; Reiserer BB 1998, 1258 ff.

⁴⁶ BAG AP Nr. 53 zu § 611 BGB "Abhängigkeit": kein sicheres Indiz; vgl. auch v. Einem BB 1994, 60, 62.

⁴⁷ Vgl. BAG, Urt. v. 14.03.2007, Fn. 40; NZA 1992, 407, 408; Berger-Delhey/Alfmeier NZA 1991, 257, 260 u. unten Rn. 22, 24.

⁴⁸ Vgl. BAG, Urt. v. 15.02.2012, Fn. 36; NZA 1992, 407, 409: "keine nennenswerte Rolle".

⁴⁹ BAG, Urt. v. 14.03.2007, Fn. 40: sozial- und steuerrechtliche Behandlung arbeitsrechtlich ohne Belang.

⁵⁰ BAG NZA 1992, 407, 409; ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 49; Dütz/Thüsing Rn. 36.

⁵¹ BSG DB 1992, 1835; ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 74 f.; vgl. aber Wank NZA 1999, 225, 226; DB 1992, 90, 92 der entscheidend darauf abstellen will; dagegen BAG, Urt. v. 25.05.2005 – 5 AZR 347/04, ZTR 2006, 43; MünchArbR/Richardi § 16 Rn. 38 ff.

23

Diese weiteren Vertragsumstände können aufgrund der schwachen Indizwirkung nicht als eigenständige und entscheidende Abgrenzungsmerkmale für persönliche Abhängigkeit bzw. Selbstständigkeit eines Dienstleistenden, sondern nur ergänzend herangezogen werden, wenn nach der Gesamtbetrachtung der o.g. wichtigsten Indizien keine eindeutige Zuordnung möglich ist. Während aber ihr Fehlen – mit Ausnahme des unternehmerischen Risikos – grundsätzlich nicht gegen ein Arbeitsverhältnis spricht, spricht ihr Vorhandensein in Zweifelsfällen dafür.⁵²

- c) **In Grenzfällen** ist für die Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses aufgrund der Vertragsautonomie **ausnahmsweise** der **Parteiwille entscheidend**. Voraussetzung dafür ist aber, dass nach der tatsächlichen Gestaltung der Rechtsbeziehung zwischen dem Dienstberechtigten und dem Dienstverpflichteten ebenso viele Gründe für die Selbstständigkeit wie für die persönliche Abhängigkeit sprechen und damit beide Vertragsgestaltungen rechtlich möglich sind. Unbeachtlich ist dagegen der Parteiwille, wenn er der tatsächlichen Vertragsdurchführung widerspricht.⁵³
- d) Der Vertragsstatus des Orchestermusikers M ist nach diesen Kriterien wie folgt zu beurteilen:
 - aa)Dem Umfang der Weisungsgebundenheit des M kommt vorliegend keine ausschlaggebende Bedeutung zu.

Dem M kann zwar vorgeschrieben werden, wann und wo Proben und Aufführungen stattfinden sowie welche Musikstücke in welcher Reihenfolge und wie gespielt werden. Dies liegt aber in der Natur der Sache, weil es sich vorliegend um eine Team-Leistung handelt, bei der eine Leitung unumgänglich ist. Deshalb wäre auch ein für eine bestimmte Vorstellung engagierter Sänger bzw. ein nur ausnahmsweise wegen Erkrankung eines Stammmusikers für einen Auftritt über eine Agentur verpflichteter "Ersatzmusiker" den gleichen Weisungen unterworfen. Insoweit gibt es also keine Unterschiede zwischen einem Arbeitnehmer und einem freien Mitarbeiter.⁵⁴

bb)Aufgrund des Umfangs sowie der Art und Weise der Dienstleistung und Anwesenheitsfeststellung ist M in gleicher Weise wie die fest angestellten Musiker in das Orchester und damit in den Betrieb der R eingegliedert. Dies ist ein wichtiges Indiz für die Arbeitnehmerstellung des M.

Dazu BAG:⁵⁵ "Ist ein als 'freier Mitarbeiter' beschäftigter Musiker zeitlich im Wesentlichen in derselben Weise und in demselben Umfang wie andere im Anstellungsverhältnis beschäftigte Musiker in den Orchesterbetrieb eingegliedert, so spricht dies dafür, dass dieser Musiker in einem Arbeitsverhältnis steht."

⁵² Vgl. ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 49; Berger-Delhey/Alfmeier NZA 1991, 257, 259.

⁵³ Vgl. BAG, Urt. v. 17.04.2013 – 10 AZR 272/12, NZA 2013, 903; Urt. v. 09.06.2010 – 5 AZR 332/09, NZA 2010, 877; 2000, 1162, 1164; BSG Nr. 29 zu § 611 BGB "Abhängigkeit"; Preis § 8 II 4 a ff; Müller-Glöge in G/M/P/M-G § 5 ArbGG Rn. 12 und Reiserer BB 2003, 1557 sowie Stoffels NZA 2000, 690 zu Statusvereinbarungen im Arbeitsrecht.

⁵⁴ BAG, Urt. v. 09.10.2002 – 5 AZR 405/01, ZTR 2003, 353; AP Nr. 16 zu § 611 BGB "Abhängigkeit"; Preis § 8 II 4 c: Einzelfälle.

⁵⁵ BAG DB 1976, 299; zum Status eines Musikers auch BAG, Urt. v. 09.10.2002, Fn. 54; zum Status eines Opernsängers BAG, Urt. v. 07.02.2007 – 5 AZR 270/06, ZTR 2007, 391 m. zust. Anm. Depenheuer ZTR 2008, 304. krit. Opolony ZUM 2007, 519.

cc) M setzte auch seine gesamte Arbeitskraft für die R ein, was allein schon daraus folgt, dass M im gleichen Umfang wie die über eine volle Stelle im Angestelltenverhältnis verfügenden Kollegen eingesetzt wurde. Auch dies spricht für eine Arbeitnehmerstellung des M.

Dazu das BAG:⁵⁶ "Der Kläger … arbeitete im Durchschnitt 32 Stunden in der Woche. Üblich ist für Musiker in Kulturorchestern eine Arbeitszeit von etwa 25 Wochenstunden … Entsprechend diesem zeitlichen Umfang der Inanspruchnahme war der Kläger ausschließlich für die Beklagte tätig. Er konnte keine weiteren Nebenbeschäftigungen ausüben. Im Gegensatz zu den Möglichkeiten eines freien Mitarbeiters konnte er über seine Arbeitskraft nicht wie ein Unternehmer disponieren. Allein darin liegt schon eine ausgeprägte persönliche Abhängigkeit, wie sie nur für die Arbeitnehmer typisch ist."

- 4. Da der Einsatz der vollen Arbeitskraft für die R sowie die Art und Weise der Eingliederung in deren Betrieb stark für die Arbeitnehmerstellung des M sprechen, kommt eine andere Statusbeurteilung allenfalls nur dann in Betracht, wenn die übrigen Vertragsumstände (Indizien) eindeutig dagegen sprechen.
 - a) M erhält zwar Vergütung nach geleisteten Stunden. Während aber die Vereinbarung eines monatlichen Festgehalts für ein Arbeitsverhältnis spricht, lässt die Vereinbarung einer Stundenvergütung nicht ohne Weiteres auf das Vorliegen eines freien Mitarbeiterverhältnisses schließen, weil sie auch bei fest angestellten Musikern möglich ist.
 - b) Die Nichtabführung von Steuern und Sozialabgaben, die Nichtaushändigung von Arbeitspapieren und die Bezeichnung des Mals "freier Mitarbeiter" lassen zwar darauf schließen, dass die Vertragsparteien von einer selbstständigen Tätigkeit des Mausgingen. Die Annahme eines "freien Mitarbeiterverhältnisses" durch die Vertragsparteien und die darauf aufbauende steuer- und sozialversicherungsrechtliche Behandlung sprechen aber ebensowenig gegen ein Arbeitsverhältnis wie die Nichtzahlung der Vergütung im Krankheitsfall und die Nichtgewährung bezahlten Erholungsurlaubs. Denn die steuer- und sozialversicherungsrechtliche Behandlung der Vergütung sowie die Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher Arbeitnehmerschutzbestimmungen sind nur Folgen eines Arbeitsverhältnisses, die nicht zur Disposition der Vertragsparteien stehen. Deren Eingreifen kann daher jedenfalls nicht entscheidend von der rechtlichen Bewertung des Vertragsverhältnisses durch die Parteien und den daraus gezogenen "Schlussfolgerungen" abhängig sein. Entscheidend ist vielmehr, ob die Dienstleistung wegen der tatsächlichen Vertragsdurchführung selbstständig oder in persönlicher Abhängigkeit erbracht wird.⁵⁷ Die übrigen Umstände sprechen somit nicht eindeutig gegen die Annahme eines Arbeitsverhältnisses, sodass aufgrund des Einsatzes der gesamten Arbeitskraft für die R sowie der Art und Weise der Eingliederung des Min deren Betrieb von einem Arbeitsverhältnis und damit von der Arbeitnehmerstellung des M auszugehen ist.

⁵⁶ BAG DB 1976, 299; zum Orchestermusiker auch BAG, Urt. v. 09.10.2002, Fn. 54.

⁵⁷ Vgl. BAG, Urt. v. 17.04.2013 – 10 AZR 272/12, NZA 2013, 903; Urt. v. 20.01.2010 – 5 AZR 106/09, ZTR 2010, 424; ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 47 ff.; Preis § 8 II 4 a ff; Hanau/Adomeit Rn. 513: "Rechtsformzwang" und oben Rn. 15 ff., 22 ff.

II. Da M Arbeitnehmer ist, kann die R das Arbeitsverhältnis mit ihm nicht ohne Weiteres nach Maßgabe des § 621 BGB, sondern nur durch eine nach § 622 BGB fristgerechte und nach § 1 Abs. 2, 3 KSchG sozial gerechtfertigte Kündigung kündigen.

25

M hat auch im Übrigen die gleiche Rechtsstellung wie die anderen Orchestermusiker mit Angestelltenvertrag, sodass auch auf sein Vertragsverhältnis die arbeitsrechtlichen Regelungen anwendbar sind. Andererseits muss die R von seiner Vergütung Lohnsteuer und Sozialabgaben abziehen und an das Finanzamt bzw. die Krankenkasse (§§ 28 d ff. SGB IV) abführen. Die Vergütungshöhe nach einem gewonnenen Statusprozess ist zunächst durch Vertragsauslegung zu ermitteln, wobei außerhalb des öffentlichen Dienstes allein aus der geänderten Statusbeurteilung nicht die Unwirksamkeit der getroffen Vergütungsvereinbarung bzw. ihr Fehlen für ein Arbeitsverhältnis angenommen werden kann.⁵⁸ Beim beiderseitigen Irrtum über die Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses ist die für den Selbstständigen vereinbarte Vergütung nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) jedenfalls für die Zukunft i.d.R. an die übliche Bruttovergütung eines vergleichbaren Arbeitnehmers anzupassen, wenn das Festhalten an der bisherigen Vergütungsvereinbarung für den Arbeitgeber ein unzumutbares Opfer darstellen würde. Ein solches unzumutbares Opfer kann allerdings noch nicht allein darin gesehen werden, dass der Arbeitgeber auf der Grundlage der vereinbarten Vergütung Beiträge zur Sozialversicherung entrichten muss, weil diese gesetzliche Rechtsfolge einer Vergütungsvereinbarung allein keine Unzumutbarkeit begründen kann.⁵⁹ Die überzahlten Honorare sind nach der Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB zurückzuzahlen, wenn nach der o.g. Auslegung der Vergütungsvereinbarung die geschuldete Vergütung nach § 612 Abs. 2 BGB festzulegen war, weil in diesem Fall für die höheren Honorarzahlungen kein Rechtsgrund bestand. 60

III. Der Begriff des Arbeitgeber

Eine gesetzliche Definition des Arbeitgebers fehlt ebenfalls. Da er jedoch zwangsläufig der Vertragspartner des Arbeitnehmers ist, wird allgemein als **Arbeitgeber jede natürliche bzw. juristische Person sowie jede Personenhandelsgesellschaft** definiert, die **mindestens einen Arbeitnehmer beschäftigt.** ⁶¹

26

Die Personenhandelsgesellschaften können aufgrund der in § 124 Abs. 1 HGB angeordneten Teilrechtsfähigkeit Partei eines Arbeitsvertrags sein. In welchem Umfang die Gesellschafter neben der Personenhandelsgesellschaft dem Arbeitnehmer haften, richtet sich nach den allgemeinen gesellschaftlichen Bestimmungen, insbesondere nach § 128 HGB und §§ 171 f., 176 HGB.

27

Die früher h.M. ging davon aus, dass die **BGB-Gesellschaft** mangels einer dem § 124 Abs. 1 HGB vergleichbaren Regelung selbst nicht teilrechtsfähig war und daher auch nicht Arbeitgeber sein könnte. Arbeitgeber waren danach die BGB-Gesellschafter gemeinschaftlich, sodass auch gegen sie Klagen zu erheben waren.⁶³ Heute wird ganz überwiegend eine Teilrechts- und Parteifähigkeit einer BGB-(Außen-)Gesellschaft angenommen, sodass auch sie als Arbeitgeber verklagt werden kann.⁶⁴ Dies ändert aber nichts daran, dass die Gesellschafter der BGB-Gesellschafter auch Arbeitgeber i.S.d. § 2

⁵⁸ BAG NZA 2002, 1338 für Privatwirtschaft einerseits und BAG, Urt. v. 12.01.2005 – 5 AZR 144/04, AP Nr. 69 zu § 612 BGB für den öffentlichen Dienst andererseits: nach § 612 Abs. 2 BGB tarifliche Vergütung.

⁵⁹ BAG NZA 2002, 1338; AP Nr. 7 zu § 242 BGB "Geschäftsgrundlage" m.Anm. Mayer-Maly.

⁶⁰ Vgl. BAG, Urt. v. 09.02.2005 – 5 AZR 175/04, NZA 2005, 814 und zu den Rechtsfolgen eines vom AN gewonnenen Statusprozesses z.T. abw. Ansichten Niepalla/Dütemeyer NZA 2002, 712; Reinecke RdA 2001, 357; Hochrather NZA 2000, 1083.

⁶¹ BAG, Urt. v. 20.05.2014 – 3 AZR 1094/12, NZA 2015, 225; Urt. v. 27.09.2012 – 2 AZR 838/11, NJW 2013, 1692; ErfK/Koch § 2 ArbGG Rn. 14; Preis § 7 und ausführlich zum Arbeitgeberbegriff Däubler KJ 2013, 133.

⁶² BAG, Beschl. v. 28.02.2006 – 5 AS 19/05, NZA 2006, 453; DB 1993, 843; MünchKomm/Müller-Glöge § 611 BGB Rn. 146; ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 17 f., 186 f.: Persönlich haftende Gesellschafter sind Arbeitgeber i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG.

⁶³ Vgl. BAG NZA 1989, 861; Preis § 7 II; Z/L/H § 4 Rn. 50 ff.

⁶⁴ BVerfG, Beschl. v. 02.09.2002 – 1 BvR 1103/02, ZIP 2002, 2214; BAG, Urt. v. 24.06.2008 – 9 AZR 514/07, NZA 2008, 1289; BGH NJW 2001, 1056; ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 184; Schaub/Linck § 16 Rn. 8; Markgraf/Kießling JuS 2010, 312.

Abs. 1 Nr. 3 ArbGG sind.⁶⁵ Eine Kündigungsschutzklage muss allerdings zur Wahrung der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 KSchG gegen die BGB-Gesellschaft (oder eine Partnerschaftsgesellschaft nach § 7 Abs. 2 PartGG) erhoben werden, sodass eine gegen die BGB-Gesellschafter erhobene Klage nicht ausreicht. In diesem Fall ist aber stets zu prüfen, ob die Auslegung der Parteibezeichnung in der Klageschrift nicht ergibt, dass der richtige Arbeitgeber und damit die BGB-Gesellschaft verklagt werden sollte.⁶⁶

- Ein **nicht rechtsfähiger Verein** ist nach § 50 Abs. 2 ZPO n.F. aktiv und passiv legitimiert und kann daher als Arbeitgeber klagen und verklagt werden, wenn auch die Arbeitgeberfunktion vom Vorstand ausgeübt wird und die Gesamtheit der Mitglieder Träger der Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag ist.
 Für Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände sowie für Zusammenschlüsse solcher Verbände im Arbeitsrechtsprozess hatte die Änderung des § 50 Abs. 2 ZPO keine Bedeutung, weil diese Vereinigungen schon nach § 10 ArbGG unabhängig von der Rechtsform parteifähig sind und daher auch als Arbeitgeber selbst klagen und verklagt werden können.⁶⁷
- **29** Die **Vor-GmbH** kann als Arbeitgeber klagen und verklagt werden.⁶⁸

Die Gesellschafter der Vor-GmbH haften für die Verbindlichkeiten der Vor-GmbH persönlich, aber grds. nur im Innenverhältnis.⁶⁹ Ausnahme: Außenhaftung (auch gegenüber den Arbeitnehmern), wenn die Vor-GmbH vermögenslos ist, eine Einmann-Vor-GmbH vorliegt oder keine weiteren Gläubiger vorhanden sind. Die Gesellschafter haften in diesen Ausnahmefällen nach h.M. grds. nicht voll, sondern nur entspr. den Anteilen.⁷⁰

IV. Anwendbarkeit des Arbeitsrechts auf besondere Personengruppen

Die Bestimmungen des Arbeitsrechts sind grds. nur auf Vertragsbeziehungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern, also auf Arbeitsverhältnisse anwendbar. Einzelne Bestimmungen des Arbeitsrechts sind aber auch auf Vertragsverhältnisse zwischen einem Unternehmen und einer Person anwendbar, die zwar mangels persönlicher Abhängigkeit kein Arbeitnehmer ist, aber wegen der wirtschaftlichen Abhängigkeit vom Unternehmer teilweise im vergleichbaren Umfang wie Arbeitnehmer sozialen Schutz verdient. Voraussetzung dafür ist allerdings grds., dass die Anwendbarkeit der einzelnen Arbeitsrechtsgesetze bzw. Gesetzesregelungen auf andere Vertragsbeziehungen als Arbeitsverhältnisse im Einzelfall ausdrücklich angeordnet wird.

1. Die arbeitnehmerähnlichen Personen

Fall 2: Der Reporter

A ist als Bildberichterstatter tätig. Früher bot er seine Arbeiten verschiedenen Verlagen an. Im Laufe der Zeit kam es zu einer immer engeren Zusammenarbeit mit dem Verleger Z, für den A die letzten Jahre ausschließlich arbeitete. Über die Zusammen-

⁶⁵ BAG, Beschl. v. 19.08.2004 - 1 AS 6/03, ZTR 2004, 655; Schaub/Linck § 138 Rn. 23 f.; ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 184, 186.

⁶⁶ Vgl. dazu BAG, Urt. v. 24.10.2013 – 2 AZR 1057/12, NZA 2014, 725; Urt. v. 01.03.2007 – 2 AZR 525/05, NZA 2007, 1013; Dollmann ArbRB 2005, 30 ff.; Diller NZA 2003, 401 ff.

⁶⁷ Vgl. zur Änderung des § 54 Abs. 2 BGB MünchKomm/Reuter § 54 BGB Rn. 20.

⁶⁸ BGH NJW 1982. 1824: ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 190: Schaub/Linck§ 16 Rn. 17 ff.: Beuthien WM 2013. 1485.

⁶⁹ BAG, Urt. v. 25.10.2007 – 8 AZR 917/06, NZA-RR 2008, 367; Peifer JuS 2008, 490 (Haftung der Gesellschafter einer GmbH).

⁷⁰ BAG, Urt. v. 25.01.2006 – 10 AZR 238/05, NZA 2006, 673; BB 1997, 1208 m. abl. Anm. Ensthaler; a.A. BAG NZA 1998, 27, 28; vgl. dazu auch AS-Skript Gesellschaftsrecht (2015), Rn. 350 ff.

⁷¹ BAG, Urt. v. 08.05.2007 – 9 AZR 777/06, BB 2007, 2298; Hanau/Adomeit Rn. 532 f.; Schaub/Vogelsang § 10 Rn. 6 ff.

32

arbeit wurde ein Vertrag geschlossen, wonach A sich verpflichtete, als "freier Mitarbeiter" ausschließlich für den Z Reportagen anzufertigen. Die Berichte und Bilder wurden einzeln auf Honorarbasis abgerechnet, womit A im Wesentlichen auch seinen Lebensunterhalt bestritt. Z stellte A eine neue Kameraausrüstung zur Verfügung. A nahm auch an den Redaktionskonferenzen des Verlages teil. Dabei wurden die einzelnen Projekte des A besprochen; teilweise wurden A auch Aufträge erteilt, die er meist ausführte. Nach Durchführung größerer Arbeiten legte A längere Pausen ein und unternahm auch mehrwöchige Reisen, ohne Berichte und Bilder anzufertigen. Nach Vertragsauflösung und Rückgabe der Kamera behauptet Z, sie sei beschädigt. Vor welchem Gericht müsste Z gegen A auf Schadensersatz klagen?

Gemäß § 2 ArbGG könnte der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten eröffnet sein. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 a sind die Arbeitsgerichte zuständig "für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern aus dem Arbeitsverhältnis ...".

- I. Die Streitigkeit zwischen A und Z resultiert aus einer privatrechtlichen Beziehung. Eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit liegt somit vor (Gegensatz: öffentlich-rechtliche Streitigkeit i.S.d. § 40 VwGO). Ob es sich dabei um einen Arbeitsvertrag oder den Vertrag eines freien Mitarbeiters handelt, kann hier noch offen bleiben.
- II. A müsste Arbeitnehmer des Z sein.

In § 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG ist die übliche Definition enthalten, wonach Arbeitnehmer im Sinne dieser Vorschrift in erster Linie "Arbeiter und Angestellte" sind; sie besteht aber selbst nur aus unbestimmten Unterbegriffen des Begriffs des Arbeitnehmers, sodass sie für die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft im Einzelfall ungeeignet ist. Ob daher A in persönlicher Abhängigkeit Dienstleistungen für den Z erbringt und daher Arbeitnehmer ist, ist nach den im Fall 1 (S. 4) entwickelten Kriterien zu beurteilen.

- 1. Umfang der Weisungsgebundenheit
 - a) In fachlicher Hinsicht war A an keinerlei Weisungen des Z gebunden, was allerdings t\u00e4tigkeitsspezifisch ist und daher nicht unbedingt gegen eine Arbeitnehmerstellung des A spricht.
 - b) Bezüglich der Zeit und des Ortes der Dienstleistungen war A ebenfalls keinen Weisungen des Z unterworfen. Sofern die Zeit und der Ort der einzelnen Tätigkeiten durch die von der Berichterstattung betroffenen Projekte vorgegeben waren, so handelte es sich dabei um eine vertragliche Festlegung der geschuldeten Dienstleistung und nicht um eine Ausübung des arbeitgeberseitigen Weisungsrechts. Außerdem wurden Ort und Zeit nur für einzelne Tätigkeiten (z.B. Anfertigung von Bildern, Notizen), nicht aber für alle Tätigkeiten im Zusammenhang mit der jeweiligen Bildberichterstattung als einer Gesamtleistung vorgegeben.

Die weitgehend fehlende Weisungsgebundenheit des A spricht somit stark gegen eine Arbeitnehmerstellung.⁷²

⁷² Vgl. dazu auch Schaub/Vogelsang § 9 Rn. 3 ff.; Hromadka DB 1998, 195, 197 ff.; Boemke ZfA 1998, 285 ff.

- 2. In den Betrieb des Z war A nicht eingegliedert, was ebenfalls stark gegen die Arbeitnehmerstellung spricht.
- 3. A hat sich zwar verpflichtet, ausschließlich für den Z zu arbeiten, was regelmäßig ein Indiz für Arbeitnehmerstellung ist. Vorliegend bestimmte aber A den Umfang seiner Dienstleistung im Wesentlichen selbst, weil er die Berichterstattung und damit die Erbringung der Dienstleistung für längere Zeit ablehnen konnte, sodass Z über seine Arbeitskraft nicht wie ein Arbeitgeber verfügen konnte.⁷³
 - Die bisherigen Gesichtspunkte sprechen schon sehr stark gegen eine Arbeitnehmerstellung des A.
- 4. Hinzu kommt, dass A ausdrücklich als "freier Mitarbeiter" bezeichnet und auf Einzelhonorarbasis nur für erbrachte Dienstleistungen bezahlt wurde, was vorliegend ebenfalls gegen die Arbeitnehmerstellung spricht. Dafür könnte zwar angeführt werden, dass A vom Z eine Kameraausrüstung als Arbeitsmittel zur Verfügung gestellt bekam: Angesichts der oben genannten Indizien gegen die Arbeitnehmerstellung des A fällt dieser Umstand allein nicht entscheidend ins Gewicht.
- 5. Zwischenergebnis: A ist kein Arbeitnehmer i.S.d. § 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG. Der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten wäre nach dieser Vorschrift nicht eröffnet.⁷⁴

33 III. Der Arbeitnehmerbegriff wird im Anwendungsbereich des ArbGG ausgedehnt auf

- die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten, § 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG; diese Ausdehnung ist im Arbeitsrecht ganz üblich, vgl. z.B. auch § 2 S. 1 BUrlG, § 5 BetrVG,
- Berufsausbildungsverhältnisse werden später im 9. Abschnitt behandelt.
- die in **Heimarbeit** Beschäftigten, § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG (dazu unten Rn. 36 ff.) und
- sonstige Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbstständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind, § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG, ⁷⁵
- selbstständige "Einfirmenhandelsvertreter" i.S.d. § 5 Abs. 3 ArbGG.

Nach § 5 Abs. 3 ArbGG gelten selbstständige Handelsvertreter i.S.d. § 84 Abs. 1 S. 2 HGB nur dann als Arbeitnehmer i.S.d. ArbGG, wenn sie nach dem Vertragsinhalt nicht für weitere Unternehmer tätig sein dürfen, also sog. Einfirmenvertreter i.S.d. § 92 a HGB sind und in den letzten 6 Monaten durchschnittlich nicht mehr als 1.000 € pro Monat (ohne rückzahlbare Provisionsvorschüsse) tatsächlich verdient haben. ⁷⁶ Greift § 5 Abs. 3 ArbGG wegen Überschreitung der Vergütungsgrenze nicht ein, sind für Klagen nicht die Arbeitsgerichte, sondern die Zivilgerichte auch dann zuständig, wenn es sich um wirtschaftlich abhängige und damit arbeitnehmerähnliche Personen i.S.d. § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG handelt. Denn § 5 Abs. 3 ArbGG enthält nach h.M. eine besondere und in sich geschlossene Zuständigkeitsregelung für selbstständige Handelsvertreter, die der allgemeinen Regelung des § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG vorgeht. ⁷⁷

⁷³ Vgl. zu diesem Fall BAG DB 1976, 298.

⁷⁴ Ausführl. zur AN-Eigenschaft von Rundfunk- und Fernsehmitarbeitern: BVerfG NZA 2000, 1097; BAG, Urt. v. 20.05.2009 – 5 AZR 31/08, NZA-RR 2010, 172 (Status eines Nachrichtenredakteurs) u. Reinecke AfP 2014, 101; Bruns RdA 2008, 135.

⁷⁵ Vgl. ausführlich dazu MünchArbR/Richardi § 20; KR/Rost, ArbNähnl.Pers.; Willemsen/Müntefering NZA 2008, 193 ff.

⁷⁶ BGH, Beschl. v. 04.02.2015 – VII ZB 36/14, DB 2015, 613; Müller-Glöge in G/M/P/M-G § 5 ArbGG Rn. 39 ff. u. BAG, Urt. v. 09.06.2010 – 5 AZR 332/09, NZA 2010, 877; Oberthür/Lohr NZA 2001, 126 zur Abgrenzung AN/selbstständiger HV.

⁷⁷ BAG, Urt. v. 24.10.2002 – 6 AZR 632/00, NZA 2003, 668; ErfK/Koch § 5 ArbGG Rn. 12 m.w.N.

A könnte als arbeitnehmerähnliche Person i.S.d. § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG anzusehen sein, sodass die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts gegeben wäre.

- 1. Wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbstständigkeit sind als arbeitnehmerähnliche Personen i.S.d. § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG Dienst- oder Werkleistende anzusehen, die vom Unternehmer wirtschaftlich abhängig und auch der gesamten sozialen Stellung nach einem Arbeitnehmer vergleichbar sozial schutzbedürftig sind. Die wirtschaftliche Abhängigkeit allein reicht also für die Annahme der Arbeitnehmerähnlichkeit noch nicht aus. ⁷⁸ Diese Voraussetzungen sind bei solchen Personen erfüllt, die auf die Verwertung ihrer Arbeitskraft und die Einkünfte daraus als Existenzgrundlage angewiesen sind und nach der maßgeblichen Verkehrsauffassung (z.B. Art der Dienste, Verdiensthöhe, Vertragsinhalt) eine einem Arbeitnehmer vergleichbare soziale Stellung haben. Dass die Tätigkeit nur für einen Auftraggeber erbracht wird, ist nicht erforderlich. Das Schwergewicht der wirtschaftlichen Tätigkeit muss jedoch bei Leistungen für einen Auftraggeber liegen. ⁷⁹
- 2. A arbeitete seit mehreren Jahren ausschließlich für den Z, bei dem er auch im Wesentlichen seinen Lebensunterhalt verdiente. A ist daher aufgrund der wirtschaftlichen Abhängigkeit von Z und der mit einem Arbeitnehmer vergleichbaren Schutzbedürftigkeit arbeitnehmerähnliche Person i.S.d. § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG. Da danach A als Arbeitnehmer i.S.d. ArbGG gilt, ist für die Streitigkeiten aus seinem Vertragsverhältnis mit dem Z der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten eröffnet.

Auch wenn für Streitigkeiten zwischen dem Unternehmer und der arbeitnehmerähnlichen Person i.S.d. § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG das Arbeitsgericht zuständig ist, findet das materielle Arbeitsrecht auf diese Vertragsbeziehung grds. nur dann und nur insoweit Anwendung, als dies einzelne Gesetze, wie z.B. § 2 S. 2 BUrlG, § 12 a TVG, § 6 Abs. 1 Nr. 3 AGG, § 2 Abs. 2 Nr. 3 ArbSchG ausdrücklich vorsehen. Erhebt daher eine arbeitnehmerähnliche Person eine Klage unter Berufung auf die Sozialwidrigkeit der ausgesprochenen Kündigung, so ist das ArbG zwar nach §§ 2 Abs. 1 Nr. 3 b, 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG zuständig, die zulässige Klage ist aber unbegründet, weil das KSchG nur für Arbeitnehmer gilt. Keine Anwendung finden nach h.M. auch die Kündigungsfristen des § 622 BGB⁸² sowie das Maßregelungsverbot des § 612 a BGB. Eine den Arbeitnehmer benachteiligende Maßnahme des Arbeitgebers, die eine Reaktion auf eine zulässige Rechtsausübung darstellt, führt aber i.d.R. zur Unwirksamkeit der Maßnahme wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB. Auf die Haftung der arbeitnehmerähnlichen Personen sind dagegen nach h.M. die Grds. des innerbetrieblichen Schadensausgleichs (dazu unten Rn. 400 ff.) entsprechend anzuwenden.

IV. Ergebnis: Für die Schadensersatzklage des Z gegen A ist nach §§ 2 Abs. 1 Nr. 3 a, d, 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG das Arbeitsgericht zuständig.

Die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts kann jedenfalls in der Praxis auch mit einer sog. **Wahlfeststellung** bejaht werden, indem die Arbeitnehmereigenschaft offen gelassen wird, wenn zumindest Arbeitnehmerähnlichkeit i.S.d. § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG vorliegt.

⁷⁸ BAG, Urt. v. 17.01.2006 – 9 AZR 61/05, EzA § 2 BUrlG Nr. 6; BGH, Beschl. v. 27.01.2000 – III ZB 67/99, NZA 2000, 390.

⁷⁹ BAG, Beschl. v. 21.12.2010 - 10 AZB 14/10, NZA 2011, 309; ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 110 m.w.N.

⁸⁰ BAG, Urt. v. 08.05.2007 – 9 AZR 777/06, BB 2008, 2298; MünchArbR/Richardi § 20 Rn. 2 ff.; Erfk/Preis § 611 BGB Rn. 112.

⁸¹ BAG, Urt. v. 20.01.2004 - 9 AZR 291/02, NZA 2004, 1058, 1061; BAG NZA 1999, 987, 989.

⁸² BAG, Urt. v. 08.05.2007, Fn. 80 mit Meinungsübersicht.

⁸³ BAG, Urt. v. 14.12.2004 – 9 AZR 23/04, NZA 2005, 637; a.A. ErfK/Preis § 612 a BGB Rn. 4 m.w.N.: § 612 a BGB anwendbar.

⁸⁴ BSG, Urt. v. 24.06.2003 – B 2 U 39/02 R, NJW 2004, 966; MünchArbR/Reichold § 51 Rn. 65; Joussen RdA 2006, 129 ff.; LAG Hessen BB 2013, 1726: jedenfalls dann, wenn sie in den Betrieb des "Arbeitgebers" eingegliedert sind; a.A. BGH AP Nr. 28 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers; ErfK/Preis § 619 a BGB Rn. 19;

⁸⁵ BGH NZA 1999, 53, 55; BAG DB 1999, 2172; Schliemann FA 1998, 173; ErfK/Koch § 5 ArbGG Rn. 5 und unten Rn. 174.

2. Die in Heimarbeit Beschäftigten

Nach § 1 Abs. 1 Heimarbeitsgesetz (HAG) sind in Heimarbeit Beschäftigte die **Heimarbeiter i.S.d. § 2 Abs. 1 HAG** und die **Hausgewerbetreibenden i.S.d. § 2 Abs. 2 HAG** (**Legaldefinition**). Wegen ihrer Schutzbedürftigkeit können ihnen weitere in § 1 Abs. 2 HAG genannte Personen gleichgestellt werden. 86

Die in Heimarbeit Beschäftigten sind von dem Auftraggeber, für den sie aufgrund von Dienst-, Werk-, Kauf- oder Werklieferungsverträgen tätig sind, wirtschaftlich, nicht aber persönlich abhängig, sodass sie **keine Arbeitnehmer** sind. Ob im Einzelfall ein Arbeits-, Heimarbeits- oder ein sonstiges Vertragsverhältnis vorliegt, richtet sich nach dem tatsächlichen Geschäftsinhalt, der beim Widerspruch zwischen der getroffenen Vereinbarung und der tatsächlichen Vertragsdurchführung maßgeblich ist.

Keine Heimarbeiter sind die sog. **Hausangestellten,** die (i.d.R.) aufgrund eines Arbeitsverhältnisses in einem privaten Haushalt hauswirtschaftliche sowie Betreuungs- und Pflegetätigkeiten verrichten.⁸⁷

Das **Arbeitsrecht** findet auf Heimarbeitsverhältnisse **grds. keine Anwendung**. Allerdings ist bei den einzelnen Arbeitsrechtsgesetzen bzw. Tarifverträgen⁸⁸ stets zu prüfen, ob und ggf. inwieweit sie auch auf Heimarbeitsverhältnisse anwendbar sind. Für Streitigkeiten zwischen dem Auftraggeber und den in Heimarbeit Beschäftigten aus dem Heimarbeitsverhältnis ist das **Arbeitsgericht** nach §§ 2, 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG **zuständig**.

Weitere Vorschriften, in denen die "Heimarbeiter" den Arbeitnehmern gleichgestellt sind, sind insbes. § 5 Abs. 1 S. 2 BetrVG;⁸⁹ § 6 Abs. 1 Nr. 3 AGG; §§ 10, 11 EFZG; §§ 1 Nr. 2, 7 Abs. 4, 8 Abs. 5, 9 Abs. 1 S. 2, Abs. 4, 13 Abs. 2, 14, 18 Abs. 2, 24 MuSchG; § 5 PflegeZG, § 20 Abs. 2 BEEG; § 12 BUrlG (Urlaubsentgelt).

38 Heimarbeiter, Hausgewerbetreibende und Gleichgestellte genießen wegen ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit im Verhältnis zu den übrigen selbstständig Tätigen besonderen Schutz, der im HAG geregelt ist.

Dazu gehören insbesondere:

- Arbeitsschutz, §§ 10, 11 HAG,
- Gefahrenschutz, §§ 12–16 a HAG,
- Entgeltregelungen und Entgeltschutz, §§ 17–27 HAG,
- Kündigungsschutz nach §§ 29, 29 a HAG. Der allgemeine Kündigungsschutz nach dem KSchG besteht daneben nicht, wohl aber der besondere Kündigungsschutz.⁹¹ Zur Wirksamkeit einer Kündigung eines Heimarbeiterverhältnisses gehört aber eine ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG.⁹² § 613 a BGB ist dagegen auch nicht analog anwendbar.⁹³

⁸⁶ Vgl. zur Heimarbeit MünchArbR/Heenen § 315; Schaub/Vogelsang § 163 Rn. 1 ff. u. KR/Rost, §§ 29, 29 a HAG Rn. 1 ff.

⁸⁷ Vgl. ausführlich zu Problemen der sog Hausangestellten Kocher NZA 2013, 929 ff.; Heinlein AuR 2013, 469.

⁸⁸ Vgl. § 12 a TVG und dazu BAG, Urt. v. 15.02.2005 – 9 AZR 51/04, NZA 2006, 223 und Mayer BB 1993, 1513.

⁸⁹ Vgl. dazu BAG NZA 1992, 899 und ausführlich Schaub NZA 2001, 364.

⁹⁰ Vgl. dazu ErfK/Gallner § 12 BUrlG Rn. 3 ff.; Schaub/Vogelsang § 163 Rn. 10 und Otten NZA 1995, 289, 292.

⁹¹ Z.B. § 9 Abs. 1 MuSchG, § 127 Abs. 2 SGB IX; dazu KR/Rost, §§ 29, 29 a HAG, Rn. 77 ff.

⁹² Vgl. dazu BAG NZA 1996, 380 ff.; KR/Rost, §§29, 29 a HAG, Rn. 42 f. m.w.N.

⁹³ Vgl. dazu BAG NZA 1998, 1001; KR/Rost, §§ 29, 29 a HAG, Rn. 88 m.w.N.

3. Die Organmitglieder juristischer Personen

Fall 3: Kündigung eines GmbH-Geschäftsführers

Aufgrund eines Beschlusses der Gesellschafter der A-GmbH wurde im Dezember 2011 ein Anstellungsvertrag mit G geschlossen, der mit Wirkung zum 01.01.2012 zum Alleingeschäftsführer der A-GmbH bestellt wurde und zuletzt einen monatlichen Bruttoverdienst von 6.000 € erzielte. Anfang September 2015 entschlossen sich die Gesellschafter der A-GmbH dazu, die Geschäftsführung zum 01.01.2016 dem Gesellschafter A zu übertragen und den Anstellungsvertrag mit G zu diesem Zeitpunkt zu kündigen. Nachdem ein entsprechender Gesellschafterbeschluss gefasst worden war, wurde dem G mit Schreiben vom 24.09.2015 die Kündigung des Anstellungsvertrags zum 31.12.2015 erklärt. G sucht am 02.10.2015 den Rechtsanwalt R auf und möchte wissen, vor welchem Gericht er gegen die Kündigung Klage erheben soll und ob er sich als Schwerbehinderter auf besonderen Kündigungsschutz berufen kann.

- A. Für die Klage des G könnte der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 b ArbGG eröffnet sein. Voraussetzung dafür ist, dass eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit zwischen einem Arbeitnehmer und einem Arbeitgeber über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses vorliegt.
 - I. Eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor, weil sie die Beendigung des privatrechtlichen Vertrags zwischen G und der A zum Gegenstand hat.
 - II. Fraglich ist aber, ob G als Alleingeschäftsführer der A-GmbH nach der abschließenden Regelung des § 5 ArbGG⁹⁴ deren Arbeitnehmer ist und deshalb ein Streit über das Bestehen bzw. Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses vorliegt.
 - 1. Nach § 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG sind Arbeitnehmer i.S.d. ArbGG "Angestellte und Arbeiter sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten".
 - Stellt man bei der Prüfung der Arbeitnehmereigenschaft des Gallein auf die im Fall 1 (S. 4 ff.) herausgearbeiteten Abgrenzungskriterien ab, so könnte GArbeitnehmer i.S.d. § 5 ArbGG sein.
 - a) Der Geschäftsführer einer GmbH ist nach § 37 GmbHG kraft Gesetzes gegenüber den Gesellschaftern weisungsgebunden.⁹⁵
 - b) Der Geschäftsführer einer GmbH ist zwar nach § 35 GmbHG der gesetzliche Vertreter der selbst handlungsunfähigen juristischen Person (vgl. § 13 GmbHG), er ist aber mit seiner Tätigkeit in die Organisation des Gesamtbetriebes eingegliedert.
 - c) G schuldet seine gesamte Arbeitskraft der A und erhält auch ein festes Gehalt, sodass man ihn nach den allgemeinen Abgrenzungskriterien als Arbeitnehmer i.S.d. § 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG bzw. als arbeitnehmerähnliche Person bei wirtschaftlicher Abhängigkeit von der A-GmbH i.S.d. § 5 Abs. 1 S. 2

⁹⁴ BAG AP Nr. 6 zu § 5 ArbGG; ErfK/Koch § 5 ArbGG Rn. 1.

⁹⁵ Vgl. Preis § 8 II 4 c ff; Wank/Maties NZA 2007, 353, 354 und ausführlich zur Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers Stenslik DStR 2015, 2334; Schiefer/Worzalla ZfA 2013, 41 ff.; Preis/Sagan ZGR 2013, 26; Schubert ZESAR 2013, 5; Schulze/Hintzen ArbR 2012, 263; Lunk/Rodenbusch GmbHR 2012, 188; Fischer NJW 2011, 2329; Stagat NZA-RR 2011, 617.

41

ArbGG ansehen könnte. Der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten wäre danach nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 b ArbGG eröffnet.

2. Nach § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG gelten jedoch Personen, die kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertrags zur Vertretung einer juristischen Person oder einer Personengesamtheit berufen sind, nicht als Arbeitnehmer i.S.d. ArbGG. § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG enthält dabei keine (negative) Regelung des Arbeitnehmerstatus der Organvertreter, sondern lediglich eine (negative) Umschreibung des Personenkreises, der ohne Einschränkung und ohne Rücksicht auf den Vertragsstatus wegen der formalen organschaftlichen Stellung aus dem Zuständigkeitsbereich der Arbeitsgerichte herausgenommen wird. Dies gilt auch dann, wenn der Organvertreter an sich als Arbeitnehmer i.S.d. § 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG bzw. wegen der wirtschaftlichen Abhängigkeit als arbeitnehmerähnliche Person i.S.d. § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG zu qualifizieren wäre. § 6

Die Fiktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG gilt grds. nur im Verhältnis zu der jur. Person bzw. der Personenhandelsgesellschaft, deren organschaftlicher Vertreter der Dienstverpflichtete ist, nicht dagegen im Verhältnis zu anderen Gesellschaften, mit denen Vertragsbeziehungen bestehen. Darüber hinaus greift die Fiktion nach h.M. auch im Verhältnis zu einer GmbH & Co. KG ein, wenn der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH einen Anstellungsvertrag mit der GmbH & Co. KG geschlossen hat. Denn gesetzlicher Vertreter der GmbH & Co. KG ist nach § 161 Abs. 2, § 125, § 170 HGB die Komplementär-GmbH, die selbst nicht handeln kann, sondern ihrerseits kraft Gesetzes nach § 35 GmbHG durch den Geschäftsführer vertreten wird, der damit auch als Vertreter der GmbH & Co. KG die Arbeitgeberfunktionen wahrnimmt.⁹⁷

Bei rechtsgeschäftlich erteilter Vollmacht ist § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG auch dann nicht anwendbar, wenn die Vollmacht sehr weit reicht. Ob der **rechtsgeschäftliche Vertreter** Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnliche Person ist, ist nach den o.g. Kriterien zu beurteilen. ⁹⁸

Kündigt daher die GmbH den der Organbestellung zugrunde liegenden Anstellungsvertrag, so sind die Arbeitsgerichte schon im Hinblick auf die gesetzliche Fiktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG zur Entscheidung über die Wirksamkeit der Kündigung generell nicht zuständig, ohne dass es auf den Vertragsstatus des Organvertreters ankommt.⁹⁹

Zu beachten ist allerdings, dass die Fiktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG nach der neuesten Rspr. des BAG nur für die Dauer der Organbestellung gilt. Nach der Abberufung des Geschäftsführers durch die Gesellschafter, was nach § 38 GmbHG jederzeit möglich ist, greift diese Fiktion nicht mehr ein, sodass für Klagen, die die Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses zum Gegenstand haben, insb. Kündigungsschutzklagen ("festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung vom … aufgelöst …"), die Arbeitsgerichte zuständig sind. Dies gilt entgegen der bisherigen Rspr. auch dann, wenn der Geschäftsführer zum Zeitpunkt der Klageerhebung vor dem Arbeitsgericht noch nicht abberufen wurde, er aber noch vor einer rechtskräftigen Entscheidung über die Rechtswegzuständigkeit abberufen wird oder sein Amt niederlegt. Der Grund dafür ist, dass der Bestand des Arbeitsverhältnisses eine sog. doppelt relevante Tatsache ist, von der sowohl die Zulässigkeit des Rechtsweges zu den Arbeitsgerichten als auch die Begründetheit der Klage abhängig sind. In diesen sog. sic-non-Fällen (vgl. dazu Rn. 174) reicht für die Annahme der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte bei

⁹⁶ Vgl. BAG, Beschl. v. 15.11.2013 – 10 AZB 28/13, GmbHR 2014, 137; Beschl. v. 04.02.2013 – 10 AZB 78/12, NZA 2013, 397.

⁹⁷ Vgl. dazu BAG, Beschl. v. 20.08.2003 – 5 AZB 79/02, NZA 2004, 1108; Zimmer/Rupp GmbHR 2006, 572; Müller-Glöge in G/M/P/M-G § 5 ArbGG Rn. 47, 49; a.A. früher BAG DB 1997, 2029, 2030 und Jäger NZA 1998, 961, 966 f.

⁹⁸ BAG NZA 1997, 959, 960; ErfK/Koch § 5 ArbGG Rn. 6; Müller-Glöge in G/M/P/M-G § 5 ArbGG Rn. 50.

⁹⁹ BAG, Beschl. v. 04.02.2013, Fn. 96; ausführl. zur Trennung zwischen der Abberufung als Organ und Kündigung des der Organbestellung zugrunde liegenden Vertragsverhältnisses (sog. Trennungstheorie) Schneider GmbHR 2012, 929; Kothe-Hegemann/Schelp GmbHR 2011, 75; Freund GmbHR 2010, 117; Tschöpe/Wortmann NZG 2009, 85 u. 161.

Ein Teil der Lit. lehnt zwar eine generelle Qualifizierung des Arbeitnehmers als Verbraucher ab, nimmt aber die Verbraucherstellung i.S.d. § 13 BGB insbes. bei Kauf-, Miet- und Darlehensverträgen an, bei denen das BAG schon bisher die Anwendung des AGBG bejaht hat. 403

b) Die betriebliche Übung

Fall 5: Weihnachtsgeld ohne Vorbehalt

Der Arbeitgeber B zahlt zumindest seit 2004 im Dezember an alle Arbeitnehmer ohne Vorbehalt zusätzliches Weihnachtsgeld in Höhe eines Monatsbruttoverdienstes. Im Jahr 2015 hat B die Zahlung des Weihnachtsgeldes unter Hinweis auf die schlechte Geschäftsentwicklung und den freiwilligen Charakter dieser Zusatzzahlung verweigert. A möchte wissen, ob er Zahlung des bereits verplanten Weihnachtsgeldes verlangen kann, obwohl der schriftliche Arbeitsvertrag dazu keine Regelung enthält.

- **154** I. Nach dem Sachverhalt existiert zwar zwischen A und B ein schriftlicher Arbeitsvertrag. Dieser Vertrag enthält aber hinsichtlich des Weihnachtsgeldes keine Regelung.
 - II. Dem A könnte aber ein vertraglicher Zahlungsanspruch im Hinblick auf eine sog. **betriebliche Übung** zustehen.
 - Es besteht heute weitgehend Einigkeit darüber, dass aufgrund ständiger betrieblicher Übung Ansprüche des Arbeitnehmers auf freiwillige Leistungen des Arbeitgebers (z.B. Weihnachts- und Urlaubsgeld, Betriebsrente) entstehen können.
 - Von freiwilligen Leistungen spricht man dann, wenn der Arbeitgeber zu deren Erbringung weder durch ein Gesetz noch durch einen Tarifvertrag verpflichtet ist. 404
- 155 Umstritten ist allerdings die dogmatische Begründung der Bindungswirkung einer betrieblichen Übung.
 - a) Die früher vertretene Ansicht von einer Normenwirkung der betrieblichen Übung (ähnlich wie Betriebsvereinbarung), die aus dem betrieblichen Gewohnheitsrecht oder der konkreten Ordnung des Betriebs herrühren sollte, 405 wird heute nahezu einhellig abgelehnt. 406
 - b) Nach heute ganz h.M. ist die betriebliche Übung ein schuldrechtlicher Verpflichtungstatbestand, wobei die bindende Wirkung überwiegend mit der Vertragstheorie oder der Vertrauenshaftungstheorie begründet wird. 407

Nach der **Vertragstheorie**, die insbes. das BAG in ständiger Rspr. vertritt, stellt die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen durch den Arbeitgeber ein (konkludentes) Angebot dar, das vom Arbeitnehmer entspr. § 151 BGB stillschweigend angenommen wird. Dabei kommt es nicht auf den Verpflichtungswillen des Arbeitgebers an. Entscheidend ist vielmehr, wie die Arbeitnehmer sein Verhalten nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Begleitumstände verstehen mussten und durften. 408

⁴⁰³ Vgl. dazu Tschöpe RdA 2004, 358; Brors ZGS 2003, 34 ff.; Annuß NJW 2002, 2544; Riebele/Klump ZIP 2002, 2153.

 $^{404 \}quad \text{BAG, Urt. v. } 17.04.2013 - 10 \text{ AZR } 281/12, \text{NZA } 2013, 787; \text{Urt. v. } 11.04.2000 - 9 \text{ AZR } 255/99, \text{NZA } 2001, 24, 25 \text{ m.w.N.} \\ 2013, 2$

⁴⁰⁵ Vgl. RAG ARS 33, 172 ff.

⁴⁰⁶ Vgl. aber Gamillscheg I Nr. 13 a; Thüsing NZA 2005, 718 ff.

⁴⁰⁷ Meinungsübersichten bei MünchArbR/Richardi § 8 Rn. 4 ff.; Hromadka NZA 2011, 65; Walker JuS 2007, 1; krit. zum Begriff der betrieblichen Übung ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 220 ff. und Schwarze NZA 2012, 289 zu Grenzen der Anfechtung.

⁴⁰⁸ Vgl. BAG, Urt. v. 05.05.2015 – 1 AZR 806/13, juris; vgl. auch Pauly ArbuR 2013, 249; Schneider DB 2011, 2718.

156

Die Vertragstheorie wird von der in der Lit. herrschenden Vertrauenshaftungstheorie unter Hinweis darauf abgelehnt, dass die Annahme einer stillschweigenden Willensübereinstimmung häufig nur eine Fiktion sei. Der Zurechnungsgrund ist nach dieser Theorie das im Arbeitnehmer erweckte Vertrauen auf die Fortsetzung der bisherigen Übung, sodass das "Abbrechen dieser Übung mit dem bisherigen Verhalten des Arbeitgebers in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise in Widerspruch stehen würde". Teilweise wird insoweit – in Parallele zur Verwirkung – auch von Erwirkung gesprochen. 409

2. Voraussetzung für die Begründung eines Anspruchs aufgrund der betrieblichen Übung ist, dass der Arbeitgeber bestimmte Verhaltensweisen regelmäßig wiederholt und damit den objektiven Tatbestand einer verbindlichen Zusage gesetzt hat, die der Arbeitnehmer stillschweigend (§ 151 BGB) angenommen hat bzw. auf deren Fortsetzung er nach Treu und Glauben vertrauen durfte.

Die Regelungen des \S 305 Abs. 2, 3 BGB über die Einbeziehung von allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Vertrag stehen der Entstehung einer betrieblichen Übung schon deswegen nicht entgegen, weil sie gemäß \S 310 Abs. 4 S. 2 BGB für Arbeitsverträge nicht gelten.

Eine betriebliche Übung auf Zahlung einer Sonderzuwendung kann nach neuer Rspr. des BAG auch dann entstehen, wenn der Arbeitgeber mindestens drei Mal ohne Vorbehalt Zahlungen jeweils in unterschiedlicher Höhe leistet, da aus der fehlenden "Gleichförmigkeit" der Zahlungen allein nicht auf den fehlenden Willen hinsichtlich der Bindung dem Grunde nach zu schließen ist. Die Höhe muss dann der Arbeitgeber nach billigem Ermessen (§ 315 BGB) bestimmen.⁴¹¹

 a) Nach einer mindestens dreimaligen Zahlung von Weihnachtsgeld ohne jeden Vorbehalt wird grds. der "objektive Tatbestand" einer verbindlichen Zusage gesetzt bzw. im Arbeitnehmer Vertrauen auf Fortsetzung der Gratifikationszahlung erweckt, das nicht enttäuscht werden darf.⁴¹²

Etwas anderes gilt aber dann, wenn der Arbeitgeber die Leistung nur im Hinblick auf eine (vermeintlich) bestehende Verpflichtung (z.B. aufgrund einer nichtigen Betriebsvereinbarung) erbringen will, da er in diesem Fall im Zweifel nur den Willen zum Normvollzug hat.⁴¹³

Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt.

Die Entstehung einer betrieblichen Übung kann der Arbeitgeber – außer bei laufendem Arbeitsentgelt – durch einen sog. **Freiwilligkeitsvorbehalt** verhindern, mit dem er unmissverständlich zum Ausdruck bringen muss, dass ihm der Verpflichtungswille fehlt (z.B. Zahlung "freiwillig ohne Rechtsbindung für die Zukunft" bzw. "ohne Anerkennung eines Rechtsanspruchs"). Der bloße Hinweis auf die Freiwilligkeit der Leistung reicht für die Annahme eines solchen Vorbehalts noch nicht aus. ⁴¹⁴ Dagegen liegt ein (stillschweigender) Vorbehalt vor, wenn der Arbeitgeber eine erkennbar nur **auf das jeweilige Jahr bezogene Entscheidung** (z.B. Hinweis auf den Jahresumsatz) bezüglich der Gewährung der Sonderleistung trifft. Es ist also nicht entscheidend, wie der Vorbehalt kund getan wird, sondern ob dies klar und unmissverständlich geschieht. ⁴¹⁵ Der Freiwilligkeitsvorbehalt kann nach BAG grds. auch in ei-

157

⁴⁰⁹ MünchArbR/Richardi § 8 Rn. 13 ff.; Kettler NZA 2001, 928 ff.; Mertens/Schwartz DB 2001, 646 ff.

⁴¹⁰ Vgl. BAG, Urt. v. 15.04.2008 – 9 AZR 159/07, NZA-RR 2008, 586; ErfK/Preis §§ 305-310 BGB Rn. 26 ff. m.w.N.

⁴¹¹ BAG, Urt. v. 13.05.2015 – 10 AZR 266/14, juris; a.A. BAG BB 1996, 1387: Mangels "Gleichförmigkeit" keine betriebliche Übung; so auch Schaub/Koch § 110 Rn. 11; Korinth ArbRB 2015, 147; vgl. dazu auch ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 220 ff.

⁴¹² BAG, Urt. v. 05.05.2015, Fn. 408; Urt. v. 08.12.2010 – 10 AZR 671/09, NZA 2011, 628; MünchKomm/Müller-Glöge § 611 BGB Rn. 411 ff.; vgl. auch BAG, Urt. v. 28.06.2006 – 10 AZR 385/05, NZA 2006, 1174: Anders als bei Sonderzuwendungen reicht die dreimalige Gewährung ohne Vorbehalt bei sonstigen Leistungen nicht ohne Weiteres aus.

⁴¹³ Vgl. BAG, Urt. v. 17.03.2010 – 5 AZR 317/09, DB 2010, 1406; Bepler RdA 2005, 323, 326; a.A. Erfk/Preis § 611 BGB Rn. 226.

⁴¹⁴ Vgl. BAG, Urt. v. 13.05.2015, Fn. 411; Salamon FA 2013, 101 ff.; Bepler RdA 2005, 323, 325 und oben Rn. 149.

⁴¹⁵ BAG, Urt. v. 22.07.2014 – 9 AZR 981/12, NZA 2014, 1136; Urt. v. 18.03.2009 – 10 AZR 289/08, NZA 2009, 535; ErfK/Preis §§ 305-310 BGB Rn. 68; § 611 BGB Rn. 220 ff.; MünchArbR/Krause § 56 Rn. 6 ff.; jeweils m.w.N. und oben Rn. 149.

158

159

nem Formularvertrag enthalten sein und muss bei späteren Zahlungen nicht wiederholt werden. Albeitgeber die Voraussetzungen, unter denen die Leistung unter Beibehaltung des Freiwilligkeitsvorbehalts künftig gewährt werden soll (z.B. Kürzung wegen Ruhens des Arbeitsverhältnisses, Einführung von Stichtagsregelungen), einseitig ändern; er muss allerdings bei einer Leistungsgewährung den Gleichbehandlungsgrundsatz beachten.

Wird die Gratifikation unter Hinweis auf einen "Widerrufsvorbehalt" gewährt, so steht dies der Annahme einer betrieblichen Übung nicht entgegen; der Arbeitgeber kann sich jedoch von ihr durch einen einseitigen Widerruf lösen, der aber unmissverständlich unter Angabe der Widerrufsgründe vereinbart und vor Fälligkeit der Leistung ausgeübt werden muss.⁴¹⁸

Konstitutive Schriftformerfordernisse, die einzelvertraglich nicht aufgehoben werden können, stehen der Entstehung einer Betriebsübung entgegen; die Berufung auf den Formzwang kann aber im Einzelfall treuwidrig sein. 419 Dementsprechend ist die Entstehung einer betrieblichen Übung im öffentlichen Dienst sehr eingeschränkt. Denn zum einem bestehen vielfach Schriftformerfordernisse (z.B. § 2 Abs. 3 TVöD für Nebenabreden), zum anderen kann der Arbeitnehmer i.d.R. nur davon ausgehen, dass der öffentliche Arbeitgeber nur die Leistungen erbringen will, zu denen er rechtlich verpflichtet ist (Wille zum sog. Normvollzug).⁴²⁰ Einzelvertragliche Schriftformerfordernisse können dagegen auch stillschweigend aufgehoben werden und stehen daher der Entstehung einer betrieblichen Übung nicht zwingend entgegen. Anders ist es dagegen bei einer sog. doppelten Schriftformklausel, d.h. dann, wenn auch die Aufhebung der Schriftform der Schriftform bedarf. 421 Diese zur alten Rechtslage ergangene Rspr. wird zwar bei Formularverträgen nach der Schuldrechtsreform insb. im Hinblick auf den Vorrang der Individualabrede des § 305 b BGB kritisiert. 422 Dabei wird aber übersehen, dass der Vorrang der Individualabrede schon deswegen nicht eingreifen kann, weil bei der betrieblichen Übung, die ein wiederholtes gleichförmiges Verhalten des Arbeitgebers voraussetzt, mit den einzelnen Arbeitnehmern nichts ausgehandelt wird, sodass § 305 b BGGB insoweit gar nicht anwendbar ist. 423 Ist allerdings die doppelte Schriftformklausel in einem Formularvertrag enthalten, ist sie wegen unangemessener Benachteiligung des Arbeitnehmers nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam, wenn sie zu weit gefasst ist und dabei den irreführenden Eindruck erweckt, dass auch eine nach § 305 b BGB vorrangige Individualabrede unwirksam sei. Eine solche zu weit gefasste doppelte Schriftformklausel (keine Herausnahme des Vorrangs der Individualabrede nach § 305 b BGB) fällt wegen des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion insgesamt weg und kann deshalb die Entstehung einer betrieblichen Übung nicht verhindern. 424

b) Bei einer – wie hier – für den Arbeitnehmer günstigen Übung kann ohne Weiteres von ihrer stillschweigenden Annahme (§ 151 BGB) ausgegangen werden. Der Meinungsstreit hinsichtlich des Verpflichtungsgrundes der betrieblichen Übung hat also insoweit kaum praktische Bedeutung.

⁴¹⁶ BAG, Urt. v. 30.07.2008 – 10 AZR 497/07, DB 2009, 67; zust. Waltermann SAE 2009, 98; abl. Wiedemann RdA 2009, 186; vgl. aber auch zu Einschränkungen BAG, Urt. v. 14.09.2011 – 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81.

⁴¹⁷ Vgl. BAG, Urt. v. 18.03.2009, Fn. 415; Urt. v. 10.12.2008 – 10 AZR 35/08, NZA 2009, 258; ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 220 ff.

⁴¹⁸ BAG, Urt. v. 11.02.2009 – 10 AZR 222/08, NZA 2009, 428; Urt. v. 30.07.2008, Fn. 416; vgl. auch oben Rn. 149.

⁴¹⁹ Vgl. BAG DB 1987, 1996 f.; ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 224; MünchArbR/Richardi § 8 Rn. 26; Korinth ArbRB 2015, 147.

⁴²⁰ BAG, Urt. v. 01.11.2005 – 1 AZR 355/04, NZA 2007, 1303; vgl. aber auch BAG NZA 1997, 664 ff.; a.A. Singer ZfA 1993, 487: willkürliche Bevorzugung des öffentl. Arbeitgebers; krit. auch Bieder RdA 2013, 274; Mertens NZA 2001, 928, 930.

⁴²¹ BAG NZA 1995, 1194, 1195 und BAG, Urt. v. 24.06.2003 – 9 AZR 302/02, NZA 2003, 1145: Keine betriebliche Übung bei einer sog. doppelten Schriftformklausel; a.A. ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 224.

⁴²² ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 224; Ulrici BB 2005, 1902; Roloff NZA 2004, 1191; Hromadka DB 2004, 1261.

⁴²³ Vgl. BAG, Urt. v. 28.06.2006 – 10 AZR 385/05, DB 2007, 113; Walker JuS 2007, 1, 5; Däubler/Däubler § 305 b BGB Rn. 12 f.

⁴²⁴ Vgl. dazu BAG, Urt. v. 20.05.2008 – 9 AZR 382/07, NZA 2008, 1233; a.A. Sutschet RdA 2009, 386; ausführlich dazu Franzen SAE 2009, 89; Lingemann/Gotham NJW 2009, 268; Preis NZA 2009, 281 und Pauly ArbuR 2013, 249; Bauer BB 2009, 1588 sowie Jensen NZA-RR 2011, 225 zu Arbeitsvertragsklauseln gegen Entstehung einer betrieblichen Übung.

⁴²⁵ Vgl. dazu BAG NZA 1999, 1162 ff.; Schaub/Koch § 110 Rn. 2 ff.; Walker JuS 2007, 1 ff.

Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis

Hauptpflichten: Arbeits- und Vergütungspflicht

Hauptpflicht des AN ist die Arbeitspflicht, die im **Gegenseitigkeitsverhältnis** (§§ 320 ff. BGB) zur Vergütungspflicht des Arbeitgebers steht. Der Arbeitnehmer ist aber grds. vorleistungspflichtig, § 614 BGB.

- Die **Art** der geschuldeten Arbeitsleistung richtet sich nach dem Arbeitsvertrag, der durch das Direktionsrecht des Arbeitgebers konkretisiert wird.
- Der **Umfang** der nach dem Arbeitsvertrag, Tarifvertrag bzw. nach einer Betriebsvereinbarung maßgeblichen Arbeitszeit darf die nach der ArbZG zulässige Höchstarbeitszeit nicht überschreiten.

 Für Überstunden (= Überschreitung der vereinbarten regelmäßigen Arbeitszeit) ist die normale Stundenvergütung und regelmäßig auch ein Überstundenzuschlag zu zahlen. Die Vereinbarung einer Pauschalvergütung für regelmäßige Arbeitszeit und Überstunden ist grds. zulässig und üblich.
- Der Anspruch des AG auf Arbeitsleistung ist **einklagbar**, aber wegen § 888 Abs. 2 ZPO i.d.R. nicht vollstreckbar. Dem AG steht nach Maßgabe des § 61 Abs. 2 ArbGG eine pauschalierte Entschädigung zu. Nichtleistung löst Schadensersatzansprüche des AG nach §§ 280, 283 BGB aus. Vertragsstrafevereinbarungen grds. zulässig.
- Dem AN kann nach Maßgabe der §§ 8, 9 TzBfG ein Anspruch auf Verkürzung bzw. Verlängerung der Arbeitszeit zustehen.

Beschäftigungsanspruch

Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses steht dem AN grds. ein Beschäftigungsanspruch zu. Ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen beim Streit über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses – abgesehen von den Fällen des § 102 Abs. 5 BetrVG, § 79 Abs. 2 BPersVG – ein sog. **Weiterbeschäftigungsanspruch** besteht, ist umstritten. Nach h.M. besteht ein Weiterbeschäftigungsanspruch bei offensichtlich unwirksamer Kündigung oder nachdem die Unwirksamkeit durch Urteil festgestellt worden ist. Wenn die Beendigung des Arbeitsverhältnisses später festgestellt wird, ist die rechtliche Behandlung der Weiterbeschäftigung strittig. Die Rückabwicklung erfolgt nach h.M. nach §§ 812 ff. BGB.

Höhe der Vergütung

Die Vergütungshöhe ergibt sich i.d.R. aus dem **Arbeits- bzw. Tarifvertrag**. Seit 01.01.2015 gibt es branchenübergreifend gesetzlichen **Mindestlohn von 8,50 €**, der unabdingbar ist, §§ 1,3 MiLoG. Bei beiderseitiger TV-Bindung darf der tarifliche Mindestlohn nicht unterschritten werden, § 4 Abs. 3 TVG. Der Lohn kann als **Zeitlohn** (Stundenvergütung, Festgehalt) oder **Leistungslohn** (Akkord-/Prämienlohn) geschuldet sein. Häufig werden den Arbeitnehmern auch Zusatzleistungen wie Gratifikationen, Gewinnbeteiligung, Betriebsrenten gewährt.

Die Lohnansprüche sind nur nach Maßgabe der §§ 850 ff. ZPO pfändbar, die auch für Abtretung (§ 400 BGB), Verpfändung (§ 1274 Abs. 2 BGB) und Aufrechnung (§ 394 BGB) eine Abgrenzung bilden.

Erholungsurlaub

Jeder AN hat nach §§ 1, 3 BUrlG ein Anspruch auf **Mindesturlaub** i.H.v. 24 Werktagen pro Jahr, der nach einmaliger Erfüllung der Wartezeit des § 4 BUrlG am Anfang eines jeden Jahres als Anspruch auf Vollurlaub entsteht. Im Ein- und Austrittsjahr besteht Teilurlaubsanspruch nach § 5 BUrlG. Abweichende Vereinbarungen zugunsten des AN sind zulässig und üblich. Zulasten des AN kann vom BUrlG nur durch Tarifvertrag nach Maßgabe des § 13 Abs. 1 BUrlG abgewichen werden.

Der **Urlaubsanspruch** ist nach heute h.M. auf bezahlte Freistellung von der Arbeitspflicht für die Dauer der Urlaubszeit gerichtet. Er ist höchstpersönlicher Natur und daher weder abtretbar, pfändbar noch vererblich. Der Urlaubsanspruch ist auf das Kalenderjahr befristet und erlischt spätestens mit Ablauf des 31.3. des Folgejahres, § 7 Abs. 3 BUrlG (Ausnahme: Urlaub konnte wegen Krankheit nicht genommen werden). Hat der Arbeitgeber die Unmöglichkeit der Urlaubsgewährung zu vertreten, schuldet er gemäß § 280 BGB Schadensersatz nach §§ 249 ff. BGB. Krankheit und Urlaub schließen sich aus, § 8 BUrlG.

Kann der Urlaub wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht genommen werden, ist er abzugelten, § 7 Abs. 4 BUrlG. Der **Abgeltungsanspruch** ist zwar ein Surrogat des Urlaubsanspruchs, aber ebenso wie der Urlaubsentgeltanspruch pfändbar, verpfändbar und abtretbar (h.M.). Ob und inwieweit er vererbbar ist, ist umstr. Gesetzliche Mindesturlaubsansprüche sind unabdingbar und unverzichtbar. Der Ausschluss von Doppelurlaubsansprüchen (§ 6 BUrlG) bezieht sich nur auf das neue Arbeitsverhältnis, sodass die Urlaubsgewährung im neuen Arbeitsverhältnis auf den Urlaubsabgeltungsanspruch gegen den alten AG keinen Einfluss hat (str.).

Nebenpflichten

Nebenpflichten der Vertragsparteien aus § 241 Abs. 2 BGB sind umfassende **Fürsorgepflicht** (Arbeitgeber) und **Treuepflicht** (Arbeitnehmer).

II. Die ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber – Allgemeiner Kündigungsschutz nach dem KSchG

Prüfungsschema für die Kündigung durch den Arbeitgeber

Ordentliche Kündigung

- I. Ordnungsgemäße Kündigungserklärung des Arbeitgebers
 - 1. Begrifflich ordentliche Kündigung
 - 2. Wirksamkeit nach §§ 130, 164 BGB (Abgabe und Zugang; Vertretung)
 - 3. Gemäß § 623 BGB Schriftform, aber grds. begründungsfrei
- II. Einhaltung der Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG (Ausnahme: § 4 S. 3 KSchG) und Verhinderung der Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG; bei Versäumung keine nachträgliche Klagezulassung nach § 5 KSchG (vgl. dazu Rn. 452)
- III. Ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG
 - § 31 Abs. 2 SprAuG bei leitd. Ang.
 - § 75 BPersVG bzw. LandesPersVG bei Arbeitnehmern des öff. Dienstes
 - Mitarbeitervertretung bei "kirchlichen Arbeitnehmern"?
- IV. Besonderer Kündigungsschutz, z.B. § 9 MuSchG; § 18 BEEG; § 15 KSchG; §§ 85, 90 SGB IX
- V. Allg. Kündigungsschutz nach KSchG
 - KSchG anwendbar, §§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 S. 2
 - 2. Soziale Rechtfertigung, § 1 Abs. 1
 - a) § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG
 - verhaltensbedingt
 - personenbedingt (+) Interessen-
 - betriebsbedingt __ abwägung bei betriebsbed. Kündigung außerdem § 1 Abs. 3 KSchG: Sozialauswahl, ggf. Beschränkung der Überprüfung nach § 1 Abs. 4 KSchG; außerdem "Sonderfall" beim Interessenausgleich mit Namensliste nach § 1 Abs. 5 KSchG bzw. § 125 InsO
 - § 1 Abs. 2 S. 2, 3 KSchG: absolute Sozialwidrigkeit (keine Interessenabwägung), wenn wirksamer Widerspruch des Betriebsrats
- V. Keine Unwirksamkeit nach §§ 138, 242 BGB, wenn KSchG nicht anwendbar
- VI. Einhaltung der Kündigungsfrist_

Außerordentliche Kündigung (§ 626 BGB)

- I. Ordnungsgemäße Kündigungserklärung des Arbeitgebers
 - 1. Begrifflich außerordentl. Kündigung
 - 2. Wirksamkeit nach §§ 130, 164 BGB (Abgabe und Zugang; Vertretung)
 - 3. Gemäß § 623 BGB Schriftform, aber grds. begründungsfrei
- II. Einhaltung der Klagefrist er §§ 4, 13 Abs. 1 S. 2 KSchG (Ausnahme: § 4 S. 3 KSchGund Verhinderung der Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG; bei Versäumung keine nachträgliche Klagezulassung nach § 5 KSchG (vgl. dazu Rn. 452)
- III. Ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG
 - § 31 Abs. 2 SprAuG bei leitd. Ang.
 - § 75 BPersVG bzw. LandesPersVG bei Arbeitnehmern des öff. Dienstes
 - Mitarbeitervertretung bei "kirchlichen Arbeitnehmern"?
- IV. Besonderer Kündigungsschutz, z.B. § 9 MuSchG; § 18 BEEG; § 15 KSchG i.V.m. § 103 BetrVG; §§ 90, 91 SGB IX
- V. Wichtiger Grund i.S.d. § 626 BGB
 - 1. Umstände, die an sich geeignet sind, einen wichtigen Grund abzugeben.
 - Interessenabwägung mit der Folge, dass Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zumutbar ist
 - 3. Einhaltung der Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB
- VI. Bei Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung – Umdeutung in eine ordentliche Kündigung nach § 140 BGB?

Stichwortverzeichnis

Die Zahlen verweisen auf die Randnummern.

Abfindungsanspruch nach § 1 a KSchG 496	Zwischenverdienst	384
Abmahnung474	Anrechnungsklausel	659
Abmahnungsberechtigung 477	Antidiskriminierungsrichtlinie	490
Anhörung des Arbeitnehmers 480	Anwendbarkeit des KSchG	443
Beanstandungsfunktion475	Altarbeitnehmer	445
Bestimmtheitserfordernis476	Neuarbeitnehmer	44
Entfernung aus Personalakte482	Regelmäßige Beschäftigtenzahl	448
Gegendarstellung482	Schwellenwert	
Verlust der Abmahnungswirkung 478	Wartezeit	444
Verschulden des Arbeitnehmers 479	Anwendungsvorrang	
Warnfunktion475	des § 87 Abs. 1 BetrVG	132
Abwehraussperrung682	Arbeiter	46
Allgemeiner Feststellungsantrag 554	Arbeitgeber	26
Allgemeines Gleichbehandlungs-	BGB-Gesellschaft	
gesetz (AGG)58, 75, 195	Fürsorgepflicht	347
Anwendungsbereich195, 199	Geschäftsfähigkeit	
Behinderung200	Vor-GmbH	
Belästigung und Sexuelle	Arbeitgeberverband	63
Belästigung 202	Arbeitnehmer	
Benachteiligung202	Angestellte	46
Beweiserleichterungen201	Arbeiter	
Entschädigungsanspruch209	Dienstvertrag	12
Fürsorgepflicht des Arbeitgebers 350	Geschäftsfähigkeit	232 ff
Geltendmachung von Ansprüchen211	Privatrechtlicher Vertrag	
Herausnahmeregelung	Rentenversicherung	
des § 2 Abs. 4 AGG439	Treuepflicht	
Kein Einstellungsanspruch 195	Unselbstständigkeit	
Krankheitsbedingte Kündigung458	Verbraucher	
Kündigungsfrist des § 622 Abs. 2 BGB 435	Weisungsgebundenheit	17
Rechtfertigungsgründe203, 205	Arbeitnehmerähnliche Person	31 ff
Schadensersatzanspruch206	Arbeitnehmerhaftung	402
Allgemeinverbindlichkeitserklärung 109	Haftpflichtversicherung	40
Änderungskündigung509	Haftungsausschluss (§ 105 SGB VII)	410
Annahme unter Vorbehalt521	Haftungsverteilung	40
Schriftform517	Versicherung	40
Weiterbeschäftigungsanspruch 521	Arbeitserlaubnis	194
Anderweitige Beschäftigungs-	Arbeitsgerichtsverfahren	179
möglichkeit462, 472, 484, 511	Beschlussverfahren	187
Anfechtung238	Güteverhandlung	182
Betriebsratsanhörung241	Kostenerstattungsanspruch	185
Eigenkündigung435	Versäumnisurteil	18
Jetztwirkung239	Vorläufige Vollstreckbarkeit	183
Anfechtungsfrist253 f.	Arbeitskampfrecht	662 ff
Angestellte46	Arbeitskampfrisiko	392
Angriffsaussperrung683	Arbeitskampfrisikolehre	678 ff
Annahmeverzug378	Arbeitsrechtliche Gestaltungsfaktoren.	69
Auskunftspflicht384	Europäisches Gemeinschaftsrecht	70 ff
Beendigung385	Grundrechte	
Betriebsübergang383	Internationales Arbeitsrecht	70 ff
Böswilliges Unterlassen385	Konkurrenzen	68
Entbehrlichkeit des Angebots382	Arbeitsunfall	
Leistungsverweigerungsrecht384	Arbeitsverhältnis	8, 222 ff

Arbeitsvertrag	142	Besonderer Kündigungsschutz	522
Eingliederungstheorie	216	Heimarbeiter	38
Grundsatz der Formfreiheit		Mitglieder oder Wahlbewerber o	der
Schuldrechtsreform	222	Betriebsverfassungsorgane	708, 523 f.
Teilnichtigkeit	257	Mutterschutz, Elternzeit	
Vertragstheorie		Schwangerschaft	237
Arbeitszeit	260	Schwerbehinderte	
Bereitschaftsdienst	262	Soziale Auswahl	489
Öffentlich-rechtlicher Arbeitszeitsch	utz260	Wehr- und Zivildienst	527 f.
Rufbereitschaft	262	Beteiligungsrechte in wirtschaftlich	nen
Verkürzung, Verlängerung und		Angelegenheiten	726 ff.
Neuverteilung (§§ 8, 9 TzBfG)	274 ff.	Betriebliche Übung	154
Arglistige Täuschung	244	Freiwilligkeitsvorbehalt	157
Offenbarungspflicht		Negative betriebliche Übung	160
Aufhebungsvertrag	418	Schriftformerfordernis	
Auflösende Bedingung	600 ff.	Vertragstheorie	155
Auflösung des Arbeitsverhältnisses	569 ff.	Vertrauenshaftungstheorie	
Aufrechnung		Widerrufsvorbehalt	
Unerlaubte Handlung und Existenz-		Betriebliches Eingliederungs-	
minimum	321, 399	management	463
Ausgleichsquittung	151	Betriebsänderung	727
Ausschluss- und Spannenklauseln	660	Betriebsbedingte Kündigung	
Außerordentliche Kündigung		Betriebsbegriff	
Angabe des Kündigungsgrundes		Betriebsrat	
Kündigungserklärungsfrist		Beschlussfassung	701
ultima-ratio-Prinzip		Kosten	
Aussperrung		Minderheitsgeschlecht	700
, 3		Mitbestimmung in personellen	
Befristung	578	Angelegenheiten	193
Anschlussverbot		Mitwirkungs- und Mitbestimmu	
Ausschluss der ordentlichen		rechte	-
Kündigung	596	Restmandat	694
Befristung mit älteren Arbeitnehmer	n582	Übergangsmandat	694
Kalendermäßige Befristung		Wahl	
Kettenarbeitsverträge		Betriebsratsanhörung	537
Klagefrist	598	Anfechtung	
Sachgrund		Heimarbeiter	38
Schriftform		Nachgeschobene Kündigungs-	
Verlängerung	581	gründe	543
Zweckbefristung		Soziale Auslauffrist	541
Befristung auf das Rentenalter		Subjektive Determination	537
Benachteiligungsverbot des		Widerspruch des Betriebsrats	
§ 7 Abs. 1 AGG	195 ff.	Wiederholungskündigung	538
Bereitschaftsdienst		Betriebsratsmitglied	
Berufliche Umschulung	634	Betriebsrisikolehre	362, 386 ff.
Berufsausbildungsverhältnis		Betriebsteil	694
Anspruch auf Begründung eines		Betriebsübergang	
Arbeitsverhältnisses	190, 633	Annahmeverzug	383
Klagefrist	632	Funktionsnachfolge	617
Kündigung		Gesellschafterwechsel	
Schlichtungsausschuss	632	Heimarbeiter	
Zuständigkeit des Arbeitsgerichts	33	Insolvenz	621
Berufsfortbildung		Kündigung	618
Beschäftigungsanspruch		Rechtsgeschäft	
Beschäftigungsverbot		Unterrichtung	
Beschlussverfahren		Widerspruch	

Betriebsvereinbarung 121	Faktisches Arbeitsverhältnis228
Erzwingbare Betriebsvereinbarung 123	Familienpflegezeitgesetz366
Freiwillige Betriebsvereinbarung	Geschäftsunfähigkeit235
Geltungsbereich137 ff.	Fixschuldcharakter der Arbeitspflicht 356, 397
Günstigkeitsprinzip135	Formulararbeitsvertrag143
Inhalt 129	Aufhebungsvertrag418
Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB 144	Ausgleichsquittung151
Nachwirkung139 ff.	Einbeziehung146
Regelungssperre130	Freistellungsvorbehalt152, 294
Schriftform126 f.	Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB 146 ff.
Spruch der Einigungsstelle125	Kurzarbeitsklausel390
Beweiserleichterungsregelung	Lohnminderungsabrede398
des § 22 AGG	Schriftformklausel
Boykott663	Überstundenpauschalen
Bündnis für Arbeit102, 650	Verfallfristen148
Bundesfreiwilligendienst527	Versetzungsvorbehalt171
buridesirerwinigerialerist	Vertragsfreiheit188
D emokratieprinzip6	Vertragsstrafeversprechen147
Detektivkosten	Verzicht auf Kündigungsschutzklage151
Dienstwagen412	Widerrufs- und Freiwilligkeits-
Direktionsrecht48, 169 ff.	vorbehalt149
Dispositives Recht88 f., 168	Frauenquote75
Drittwirkung von Grundrechten81 ff.	Freie Unternehmerentscheidung485
Dittwirkung von Grundrechten	Freistellungsvorbehalt152, 294
Effektivgarantieklausel656	Freiwilligkeitsvorbehalt132, 294
Effektivklausel	Funktionsnachfolge617
Ehrenamtliche Richter	Fürsorgepflicht des Arbeitgebers347 ff.
Eigenschaftsirrtum254	ruisorgepiliciti des Arbeitgebers347 II.
Eigenschaftsirtum234	
Cohwangorschaft 254	Cofobraopoiato Arboit
Schwangerschaft	Gefahrgeneigte Arbeit403
Ein-Euro-Job11	Gehalt
Ein-Euro-Job11 Einfirmenhandelsvertreter33	Gehalt siehe Lohn305 ff.
Ein-Euro-Job11 Einfirmenhandelsvertreter33 Einheitsarbeitsvertrag	Gehalt siehe Lohn305 ff. Gemeinschaftsbetrieb491, 693 f.
Ein-Euro-Job	Gehalt 305 ff. Gemeinschaftsbetrieb 491, 693 f. Genetische Untersuchung 250
Ein-Euro-Job	Gehalt 305 ff. siehe Lohn 491, 693 f. Gemeinschaftsbetrieb 250 Gesamtzusage 143
Ein-Euro-Job 11 Einfirmenhandelsvertreter 33 Einheitsarbeitsvertrag 143 ff. Einstellung 723 Einstellungsfrage 245	Gehalt siehe Lohn
Ein-Euro-Job 11 Einfirmenhandelsvertreter 33 Einheitsarbeitsvertrag 143 ff. Einstellung 723 Einstellungsfrage 245 Aids-Erkrankung/HIV-Infektion 251	Gehalt siehe Lohn
Ein-Euro-Job 11 Einfirmenhandelsvertreter 33 Einheitsarbeitsvertrag 143 ff. Siehe Formulararbeitsvertrag 143 ff. Einstellung 723 Einstellungsfrage 245 Aids-Erkrankung/HIV-Infektion 251 Schwangerschaft 249	Gehalt 305 ff. siehe Lohn 305 ff. Gemeinschaftsbetrieb 491, 693 f. Genetische Untersuchung 250 Gesamtzusage 143 Geschäftsunfähigkeit und beschränkte Geschäftsfähigkeit 232 ff. Geschlechterdiskriminierung 71, 162
Ein-Euro-Job 11 Einfirmenhandelsvertreter 33 Einheitsarbeitsvertrag 143 ff. Siehe Formulararbeitsvertrag 723 Einstellung 245 Aids-Erkrankung/HIV-Infektion 251 Schwangerschaft 249 Schwerbehinderung 250	Gehalt siehe Lohn
Ein-Euro-Job 11 Einfirmenhandelsvertreter 33 Einheitsarbeitsvertrag 143 ff. siehe Formulararbeitsvertrag 143 ff. Einstellung 723 Einstellungsfrage 245 Aids-Erkrankung/HIV-Infektion 251 Schwangerschaft 249 Schwerbehinderung 250 Weitere Beispiele 251	Gehalt siehe Lohn
Ein-Euro-Job 11 Einfirmenhandelsvertreter 33 Einheitsarbeitsvertrag 143 ff. Siehe Formulararbeitsvertrag 143 ff. Einstellung 723 Einstellungsfrage 245 Aids-Erkrankung/HIV-Infektion 251 Schwangerschaft 249 Schwerbehinderung 250 Weitere Beispiele 251 Entgeltfortzahlung 369	Gehalt siehe Lohn
Ein-Euro-Job 11 Einfirmenhandelsvertreter 33 Einheitsarbeitsvertrag 143 ff. Siehe Formulararbeitsvertrag 143 ff. Einstellung 723 Einstellungsfrage 245 Aids-Erkrankung/HIV-Infektion 251 Schwangerschaft 249 Schwerbehinderung 250 Weitere Beispiele 251 Entgeltfortzahlung 369 Arbeitsunfall 370	Gehalt siehe Lohn
Ein-Euro-Job 11 Einfirmenhandelsvertreter 33 Einheitsarbeitsvertrag 143 ff. Siehe Formulararbeitsvertrag 143 ff. Einstellung 723 Einstellungsfrage 245 Aids-Erkrankung/HIV-Infektion 251 Schwangerschaft 249 Schwerbehinderung 250 Weitere Beispiele 251 Entgeltfortzahlung 369 Arbeitsunfall 370 Auslandserkrankung 375	Gehalt siehe Lohn
Ein-Euro-Job 11 Einfirmenhandelsvertreter 33 Einheitsarbeitsvertrag 143 ff. siehe Formulararbeitsvertrag 143 ff. Einstellung 723 Einstellungsfrage 245 Aids-Erkrankung/HIV-Infektion 251 Schwangerschaft 249 Schwerbehinderung 250 Weitere Beispiele 251 Entgeltfortzahlung 369 Arbeitsunfall 370 Auslandserkrankung 375 Beweiswert des ärztlichen Attestes 376	Gehalt siehe Lohn
Ein-Euro-Job 11 Einfirmenhandelsvertreter 33 Einheitsarbeitsvertrag 143 ff. siehe Formulararbeitsvertrag 143 ff. Einstellung 723 Einstellungsfrage 245 Aids-Erkrankung/HIV-Infektion 251 Schwangerschaft 249 Schwerbehinderung 250 Weitere Beispiele 251 Entgeltfortzahlung 369 Arbeitsunfall 370 Auslandserkrankung 375 Beweiswert des ärztlichen Attestes 376 Grobes Verschulden gegen sich selbst 372	Gehalt siehe Lohn
Ein-Euro-Job 11 Einfirmenhandelsvertreter 33 Einheitsarbeitsvertrag 143 ff. siehe Formulararbeitsvertrag 143 ff. Einstellung 723 Einstellungsfrage 245 Aids-Erkrankung/HIV-Infektion 251 Schwangerschaft 249 Schwerbehinderung 250 Weitere Beispiele 251 Entgeltfortzahlung 369 Arbeitsunfall 370 Auslandserkrankung 375 Beweiswert des ärztlichen Attestes 376 Grobes Verschulden gegen sich selbst 372 Leistungsverweigerungsrecht 375	Gehalt siehe Lohn
Ein-Euro-Job 11 Einfirmenhandelsvertreter 33 Einheitsarbeitsvertrag 143 ff. siehe Formulararbeitsvertrag 143 ff. Einstellung 723 Einstellungsfrage 245 Aids-Erkrankung/HIV-Infektion 251 Schwangerschaft 249 Schwerbehinderung 250 Weitere Beispiele 251 Entgeltfortzahlung 369 Arbeitsunfall 370 Auslandserkrankung 375 Beweiswert des ärztlichen Attestes 376 Grobes Verschulden gegen sich selbst 372 Leistungsverweigerungsrecht 375 Lohnausfallprinzip 374	Gehalt siehe Lohn
Ein-Euro-Job 11 Einfirmenhandelsvertreter 33 Einheitsarbeitsvertrag 143 ff. siehe Formulararbeitsvertrag 143 ff. Einstellung 723 Einstellungsfrage 245 Aids-Erkrankung/HIV-Infektion 251 Schwangerschaft 249 Schwerbehinderung 250 Weitere Beispiele 251 Entgeltfortzahlung 369 Arbeitsunfall 370 Auslandserkrankung 375 Beweiswert des ärztlichen Attestes 376 Grobes Verschulden gegen sich selbst 372 Leistungsverweigerungsrecht 375 Lohnausfallprinzip 374 Rückgriffsanspruchs des Arbeitgebers 377	Gehalt siehe Lohn
Ein-Euro-Job 11 Einfirmenhandelsvertreter 33 Einheitsarbeitsvertrag 143 ff. siehe Formulararbeitsvertrag 143 ff. Einstellung 723 Einstellungsfrage 245 Aids-Erkrankung/HIV-Infektion 251 Schwangerschaft 249 Schwerbehinderung 250 Weitere Beispiele 251 Entgeltfortzahlung 369 Arbeitsunfall 370 Auslandserkrankung 375 Beweiswert des ärztlichen Attestes 376 Grobes Verschulden gegen sich selbst 372 Leistungsverweigerungsrecht 375 Lohnausfallprinzip 374 Rückgriffsanspruchs des Arbeitgebers 377 Überstunden 374	Gehalt siehe Lohn
Ein-Euro-Job 11 Einfirmenhandelsvertreter 33 Einheitsarbeitsvertrag 143 ff. siehe Formulararbeitsvertrag 143 ff. Einstellung 723 Einstellungsfrage 245 Aids-Erkrankung/HIV-Infektion 251 Schwangerschaft 249 Schwerbehinderung 250 Weitere Beispiele 251 Entgeltfortzahlung 369 Arbeitsunfall 370 Auslandserkrankung 375 Beweiswert des ärztlichen Attestes 376 Grobes Verschulden gegen sich selbst 372 Leistungsverweigerungsrecht 375 Lohnausfallprinzip 374 Rückgriffsanspruchs des Arbeitgebers 377 Überstunden 374 Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses 370	Gehalt siehe Lohn
Ein-Euro-Job 11 Einfirmenhandelsvertreter 33 Einheitsarbeitsvertrag 143 ff. siehe Formulararbeitsvertrag 143 ff. Einstellung 723 Einstellungsfrage 245 Aids-Erkrankung/HIV-Infektion 251 Schwangerschaft 249 Schwerbehinderung 250 Weitere Beispiele 251 Entgeltfortzahlung 369 Arbeitsunfall 370 Auslandserkrankung 375 Beweiswert des ärztlichen Attestes 376 Grobes Verschulden gegen sich selbst 372 Leistungsverweigerungsrecht 375 Lohnausfallprinzip 374 Rückgriffsanspruchs des Arbeitgebers 377 Überstunden 374 Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses 370 Vorrang der Feiertagsvergütung 374	Gehalt siehe Lohn
Ein-Euro-Job	Gehalt siehe Lohn
Ein-Euro-Job 11 Einfirmenhandelsvertreter 33 Einheitsarbeitsvertrag 143 ff. siehe Formulararbeitsvertrag 143 ff. Einstellung 723 Einstellungsfrage 245 Aids-Erkrankung/HIV-Infektion 251 Schwangerschaft 249 Schwerbehinderung 250 Weitere Beispiele 251 Entgeltfortzahlung 369 Arbeitsunfall 370 Auslandserkrankung 375 Beweiswert des ärztlichen Attestes 376 Grobes Verschulden gegen sich selbst 372 Leistungsverweigerungsrecht 375 Lohnausfallprinzip 374 Rückgriffsanspruchs des Arbeitgebers 377 Überstunden 374 Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses 370 Vorrang der Feiertagsvergütung 374 Wartezeit 370 Entschädigungsanspruch	Gehalt siehe Lohn
Ein-Euro-Job 11 Einfirmenhandelsvertreter 33 Einheitsarbeitsvertrag 143 ff. siehe Formulararbeitsvertrag 143 ff. Einstellung 723 Einstellungsfrage 245 Aids-Erkrankung/HIV-Infektion 251 Schwangerschaft 249 Schwerbehinderung 250 Weitere Beispiele 251 Entgeltfortzahlung 369 Arbeitsunfall 370 Auslandserkrankung 375 Beweiswert des ärztlichen Attestes 376 Grobes Verschulden gegen sich selbst 372 Leistungsverweigerungsrecht 375 Lohnausfallprinzip 374 Rückgriffsanspruchs des Arbeitgebers 377 Überstunden 374 Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses 370 Vorrang der Feiertagsvergütung 374 Wartezeit 370 Entschädigungsanspruch 209 ff.	Gehalt siehe Lohn
Ein-Euro-Job 11 Einfirmenhandelsvertreter 33 Einheitsarbeitsvertrag 143 ff. siehe Formulararbeitsvertrag 143 ff. Einstellung 723 Einstellungsfrage 245 Aids-Erkrankung/HIV-Infektion 251 Schwangerschaft 249 Schwerbehinderung 250 Weitere Beispiele 251 Entgeltfortzahlung 369 Arbeitsunfall 370 Auslandserkrankung 375 Beweiswert des ärztlichen Attestes 376 Grobes Verschulden gegen sich selbst 372 Leistungsverweigerungsrecht 375 Lohnausfallprinzip 374 Rückgriffsanspruchs des Arbeitgebers 377 Überstunden 374 Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses 370 Vorrang der Feiertagsvergütung 374 Wartezeit 370 Entschädigungsanspruch 209 ff. Erstattungsanspruch des Arbeitnehmers	Gehalt siehe Lohn
Ein-Euro-Job 11 Einfirmenhandelsvertreter 33 Einheitsarbeitsvertrag 143 ff. siehe Formulararbeitsvertrag 143 ff. Einstellung 723 Einstellungsfrage 245 Aids-Erkrankung/HIV-Infektion 251 Schwangerschaft 249 Schwerbehinderung 250 Weitere Beispiele 251 Entgeltfortzahlung 369 Arbeitsunfall 370 Auslandserkrankung 375 Beweiswert des ärztlichen Attestes 376 Grobes Verschulden gegen sich selbst 372 Leistungsverweigerungsrecht 375 Lohnausfallprinzip 374 Rückgriffsanspruchs des Arbeitgebers 377 Überstunden 374 Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses 370 Vorrang der Feiertagsvergütung 374 Wartezeit 370 Entschädigungsanspruch 209 ff.	Gehalt siehe Lohn

Haftung des Arbeitnehmers	Leitende Angestellte501, 531, 699
siehe Arbeitnehmerhaftung402 ff.	Lohn
Haftungsausschluss (§ 104 SGB VII)409 ff.	Aufrechnung321, 399
Heimarbeiter36 ff.	Benachteiligung von Teilzeit-
	beschäftigten312
Individualarbeitsrecht 57 ff.	Gleichbehandlungsgrundsatz312
Innerbetrieblicher Schadensausgleich406	Insolvenz322
Inseratskosten289	Leistungslohn313, 398
Interessenabwägung460, 470, 505	Sachbezug314
Interessenausgleich727	
Interessenausgleich mit Namensliste495	Zeitlohn313
3	Lohn ohne Arbeit354 ff.
Karenzentschädigung345	Lohnausfallprinzip374
Klagefrist553	Lohngleichheit von Männern und Frauen 162
Auflösende Bedingung606	Lorning Cremiter von Mannern and Fraden 102
Befristung598	M ankoabrede406
Begründetheitsfrage556	Marktwirtschaft3
	Massenentlassungsanzeige494
Berufsausbildungsverhältnis	
Kündigungsfrist558	Minderheitsgewerkschaft117
Nichtanwendbarkeit des KSchG567	Mitarbeitervertretung540
Sozialwidrigkeit/andere Unwirksamkeits-	Mitbestimmung in personellen
gründe558	Angelegenheiten719 ff.
Zurechnung von Verschulden560	Mitbestimmung in sozialen
Zustimmung einer Behörde561	Angelegenheiten655, 713 ff.
Koalition637 ff.	Mutterschutzlohn364
Koalitionsfreiheit643 f.	
Kollektives Arbeitsrecht63 f., 635 ff.	N achbindung110
Konkurrentenklage189, 278	Nachschieben von Kündigungsgründen 543
Krankheitsbedingte Kündigung455 ff.	Nachträgliche Klagezulassung560
Kündigung	Nachweisgesetz214
Allgemeines Gleichbehandlungs-	Nachwirkung113
gesetz (AGG)439	Betriebsvereinbarung139
Betriebsbedingte Kündigung484 ff.	Regelungsabrede139
durch Insolvenzverwalter65, 497	Tarifvertrag113
Krankheitsbedingte Kündigung455 ff.	Normenhierachie67
Massenentlassungsanzeige494	Normermeraeme
Personenbedingte Kündigung454	Ordnungsprinzip68
Prognoseprinzip453	Organisations- und Absperrklauseln661
	Organnitglieder39 ff.
Sittenwidrigkeit441	
Treuwidrigkeit442	OT-Mitgliedschaft108
Umdeutung548 ff.	B I P a . F . a . J. W.P
Verhaltensbedingte Kündigung467 ff.	Pauschalierte Entschädigung
Verstoß gegen Verbotsgesetze80	
Kündigung vor Arbeitsantritt217 ff.	Personalfragebogen253
Kündigungserklärung426	Personalrat540
Potestativbedingung426	Personenbedingte Kündigung454
Schriftform427	Pflegezeitgesetz365
Stellvertretung429, 450	Präklusionswirkung564
Zugang431	Probezeit279
Kündigungserklärungsfrist506	Psychologische Tests und
Kündigungsfrist48, 434 f.	ärztliche Einstellungsuntersuchung250
Allgemeines Gleichbehandlungs-	Punktuelle Streitgegenstandstheorie554
gesetz (AGG)435	
Probezeit279	Rangprinzip68
Kündigungsschutzklage553 ff.	Rechtfertigungsklausel des
Kurzarbeit268	§ 8 Abs. 1 AGG203 f.

Rechtmäßiges Alternativverhalten	290 f.	Statusprozess	25
Rechtsweg zum Arbeitsgericht	173 ff.	Streik	666
Regelungsabrede	127	Arbeitskampfrisiko	678 f
Regelungssperre	68	Fernwirkung	680
Anwendungsvorrang		Streikgeld	676
des § 87 Abs. 1 BetrVG	132	Subjektive Determination	537
Betriebsvereinbarung	130		
Richterrecht	90, 103	Tarifautonomie	635, 651
Rufbereitschaft	262	Tarifbindung	110 ff
		Tarifdispositives Recht	88, 168
Sachgrundbefristung	584 ff.	Tarifeinheit	
Sachgruppenvergleich		Tarifeinheitsgesetz	
Schadensersatzanspruch		Tariffähigkeit	97
aus § 628 Abs. 2 BGB	286 ff.	Tarifkonkurrenz	
Schlechtleistung	395 ff.	Tarifpluralität	117
Schlichtungsausschuss		Tarifüblichkeit	
Schriftform (§ 623 BGB)		Tarifvertrag	
Änderungskündigung		Allgemeinverbindlichkeit	
Aufhebungsvertrag		Betriebsübergang	
Auflösende Bedingung		Einzelvertragliche Bezugnahme	
Befristung		Friedensfunktion	
Eigenkündigung		Gleichstellungsabrede	
Kündigung durch Stellvertreter		Grundrechte	
Kündigungserklärung		Grundsatz der Tarifeinheit	
Umdeutung		Inhaltskontrolle nach	
Schriftformklausel		§§ 307 ff. BGB	104 145
Schwerbehinderung	132, 133	Mindestlohn	•
Allgemeines Gleichbehandlungs-		Nachbindung	
gesetz (AGG)	195 ff	Nachwirkung	
Behinderung i.S.d. AGG		Normativer Teil	
Besonderer Kündigungs-	200	Öffnungsklausel	
schutz	43 f 528 ff	Ordnungsfunktion	
Einstellungsanspruch		Persönlicher Anwendungsbereich	
Einstellungsfrage		Räumlicher Geltungsbereich	
Offenkundigkeit		Rückwirkung	
Zusatzurlaub		Sachlicher Geltungsbereich	
		Schriftform	
Sittenwidrigkeit der Kündigung Sonderurlaub (§ 616 BGB)		Schuldrechtlicher Teil	
		Schutzfunktion	
Sonderzuwendung			
Formulararbeitsvertrag		Verteilungsfunktion	
Kürzungsklausel		Teilkündigung	
Rückzahlungsklausel		Teilnichtigkeit	
Stichtagsregelung		Teilzeitanspruch	
Soziale Auslauffrist		Tendenzbetrieb	
Soziale Auswahl		Transparenzgebot 1	
Besonderer Kündigungsschutz		Treuepflichten des Arbeitnehmers	
Darlegungs- und Beweislast		Treuwidrigkeit der Kündigung	
Gemeinschaftsbetrieb		Trinkgeld	
Grobe Fehlerhaftigkeit		Truckverbot	314
Herausnahme von Arbeitnehmern			_
Punktetabelle		Überstunden	
Vergleichbarkeit		Beteiligung des Betriebsrats	
Sozialplan		Freizeitausgleich	
Sozialstaatsprinzip		Leitende Angestellte	
Sperrzeit		Pauschalvergütung	
Spezialitätsprinzip	68	Teilzeitkraft	271

Verpflichtung zur Leistung von		Kein Einstellungsanspruch aus AGG	195
Überstunden	266	Öffentlicher Arbeitgeber	189
Überstundenpauschalen	152, 272	Teilzeitanspruch	191
Überstundenzuschlag	269 ff.	Vertragsstrafeversprechen	147
Übertarifliche Zulage	653	Verzicht auf Kündigungs-	
ultima-ratio-Prinzip		schutzklage	
Umdeutung (§ 140 BGB)		Vorrangtheorie	132, 716
Unklarheitsregel			
Unmöglichkeit der Arbeitsleistung .355	ff., 367 ff.	Wahlfeststellung	
Urlaub		Wegebezogener Unfall	409
Ausgleichsklausel		Wegerisiko	
Befristung des Urlaubs	334	Weihnachtsgratifikation	
Doppelurlaubsanspruch		Weiterbeschäftigungsanspruch	296 ff.
Entstehung des Urlaubsanspruchs	328	Änderungskündigung	300, 521
Erfüllbarkeit	330	Widerspruch des Betriebsrats	302
Freistellung	337	Weiterbeschäftigungsurteil	
Mindesturlaub		Wettbewerbsverbot	345
Schadensersatzanspruch	335	Widerrufsvorbehalt	
Selbstbeurlaubungsrecht	337	Wiedereinstellungsanspruch	488
Teilurlaubsanspruch	329	Wiederholungskündigung	564
Übertragung des Urlaubs	334	Wirtschaftsrisiko	393 f.
Verfallfristen	340		
Wartezeit	328	Zeitbefristung	579 ff.
Widerruf		Zeugnis	607
Zusatzurlaub für Schwerbehinderte	326	Beendigungsgrund	611
Zweckbindung des Urlaubs		Darlegungs- und Beweislast	
Urlaubsabgeltung		Leistungsbeurteilung	
Urlaubsentgelt		Rückdatierung	609
Urlaubsgeld	342	Wunsch- und Dankensformel	613
		Zuständigkeit des Arbeitsgerichts	
V erdachtskündigung		Arbeitnehmer	
Verdienstsicherungsklausel		Arbeitnehmerähnliche Personen	
Verfallfristen	148	Auszubildende	33
Vergütung		Handelsvertreter	
siehe Lohn		Heimarbeiter	36 ff.
Verhaltensbedingte Kündigung		Organmitglieder juristischer	
Verschulden des Arbeitnehmers		Personen	39 ff.
Verhältnismäßigkeitsprinzip		sic-non-Fall	
Versetzung		Wahlfeststellung	35, 174
Vertragsaufsage		Zwangsvollstreckung der	
Vertragsfreiheit		Arbeitspflicht	
Abschlussfreiheit		Zweckbefristung	
Formulararbeitsvertrag		Zwingendes Recht	
Inhaltsfreiheit	188	Zwischenzeugnis	608