

# B

Basiswissen von Alpmann Schmidt – der Einstieg in  
das Rechtsgebiet leicht und verständlich

Arbeitsrecht  
1. Auflage 2019

Das **Basiswissen Arbeitsrecht** dient als Einstieg in das Rechtsgebiet und ist für alle geschrieben, die sich erstmals damit beschäftigen. Das Skript setzt keine Vorkenntnisse im Arbeitsrecht voraus und behandelt alle Fragen, die für die ersten Klausuren aus diesem Rechtsgebiet von Bedeutung sind.

**Inhalt:**

- Grundbegriffe des Arbeitsrechts
- Die Rechtsquellen des Arbeitsrechts
- Begründung und Mängel des Arbeitsverhältnisses
- Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien
- Nichterfüllung der Arbeitspflicht und Fallgruppen „Lohn ohne Arbeit“
- Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und das Arbeitszeugnis

ISBN: 978-3-86752-578-7



9 783867 525787

€ 9,90

# B

2019

Basiswissen Arbeitsrecht

Alpmann Schmidt



# B

Basiswissen

Marschollek

# Arbeitsrecht

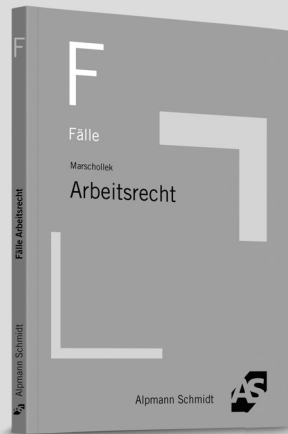
1. Auflage 2019

Alpmann Schmidt



# F Fälle

Passend zur Reihe B-Basiswissen!



- Die Reihe F-Fälle zeigt die typischen Klausurprobleme gutachtlich gelöst, inklusive Klausurtechnik und -taktik.
- Übersichten erleichtern den Einstieg in das jeweilige Prüfungsschema.
- Perfekt für die Vorbereitung auf die Semesterabschlussklausuren oder als Wiederholung für höhere Semester.
- Optimale Ergänzung zur Reihe B-Basiswissen – erst Wissen erwerben, dann auf Fälle anwenden!
- **Leseprobe:** [bit.ly/2reX07u](http://bit.ly/2reX07u)

Erfolgreich in den Klausuren mit Alpmann Schmidt



#### B-Basiswissen

Das abstrakte Wissen für die Semesterabschlussklausuren – mit zahlreichen Beispielen, Übersichten & Aufbauschemata  
Preis: 9,90 – 10,40 €



#### F-Fälle

Die wichtigsten Fälle zur Vorbereitung auf die Semesterabschlussklausuren – zum Lösen & Lernen, mit Hinweisen zur Klausurtechnik und -taktik  
Preis: 9,90 €



#### A-Aufbauschemata

Die Aufbau- und Prüfungsschemata zu allen relevanten Rechtsnormen des Rechtsgebiets – mit zahlreichen Querverweisen & Problemhinweisen  
Preis: 14,90 – 16,90 €



#### D-Definitionen

Die Definitionen aller relevanten Rechtsbegriffe & Tatbestandsmerkmale aus einem Rechtsgebiet als praktische Hilfe zum Lernen & Nachschlagen  
Preis: 9,90 – 10,90 €

## Bundesweit juristische Repetitorien zum 1. Examen seit 1956



Die Wahl des richtigen Repetitoriums ist Vertrauenssache. Vergleichen Sie! Probeführen ist jederzeit möglich. Wir sind sicher auch in Ihrer Stadt: [bit.ly/2JywhcT](http://bit.ly/2JywhcT)

# **Basiswissen Arbeitsrecht**

**2019**

Günter Marschollek  
Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht

**Marschollek, Günter**  
**Basiswissen**  
**Arbeitsrecht**

1. Auflage 2019

ISBN: 978-3-86752-578-7

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

Die Vervielfältigung, insbesondere das Fotokopieren,  
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](mailto:feedback@alpmann-schmidt.de)**

<b>Einleitung – Der arbeitsrechtliche Fall</b> .....	1
A. Arbeitsrechtliche Ansprüche .....	1
B. Bestand des Arbeitsverhältnisses .....	2
<b>1. Abschnitt: Grundbegriffe des Arbeitsrechts</b> .....	3
A. Das Arbeitsverhältnis .....	3
B. Begriff des Arbeitnehmers .....	3
I. Privatrechtlicher Vertrag .....	4
II. Dienstleistung für einen anderen, also Dienstvertrag i.S.d. § 611 BGB .....	4
III. Unselbstständigkeit der Dienstleistung aufgrund persönlicher Abhängigkeit .....	4
C. Begriff des Arbeitgebers .....	6
D. Arbeitsrecht und besondere Personengruppen .....	6
I. Leitende Angestellte .....	6
II. Arbeitnehmerähnliche Personen .....	7
III. Heimarbeiter .....	7
IV. Auszubildende .....	8
V. Praktikanten .....	8
VI. Organmitglieder .....	9
■ Check: Grundbegriffe des Arbeitsrechts.....	10
<b>2. Abschnitt: Die Rechtsquellen des Arbeitsrechts</b> .....	11
A. Einteilung und Grundlagen des Arbeitsrechts .....	11
B. Die Rechtsquellen des Arbeitsrechts und die Rechtsquellenkonkurrenzen .....	12
I. Die Rechtsquellen des Arbeitsrechts .....	12
II. Rangfolge der arbeitsrechtlichen Rechtsquellen (Gestaltungsfaktoren) .....	12
1. Konkurrenz bei Rechtsquellen verschiedener Rangstufen .....	13
2. Konkurrenz bei Rechtsquellen auf derselben Rangstufe .....	13
C. Einzelne Rechtsquellen im Arbeitsrecht .....	14
I. Das Recht der Europäischen Union .....	14
II. Das Grundgesetz .....	15
III. Arbeitsrechtliche Gesetze .....	15
IV. Tarifverträge .....	16
1. Wirksamkeitsvoraussetzungen eines Tarifvertrages .....	16
2. Normsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien .....	17
3. Anwendbarkeit des Tarifvertrages auf ein Arbeitsverhältnis .....	18

V. Betriebsvereinbarungen .....	19
1. Regelungsbefugnis der Betriebsparteien .....	20
2. Umfang der Wirksamkeitskontrolle .....	20
VI. Der Arbeitsvertrag .....	21
1. Arbeitsvertragliche Vereinbarungen .....	21
2. Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz .....	22
■ Check: Rechtsquellen des Arbeitsrechts.....	23
<b>3. Abschnitt: Begründung und Mängel des Arbeitsverhältnisses .....</b>	<b>25</b>
A. Begründung des Arbeitsverhältnisses .....	25
I. Geltung der Regeln der allgemeinen Vertragslehre .....	25
II. Abschluss- und inhaltliche Gestaltungsfreiheit .....	25
1. Die Abschlussfreiheit .....	25
2. Die inhaltliche Gestaltungsfreiheit .....	27
a) Einschränkungen durch höherrangige Rechtsquellen .....	27
b) AGB-Kontrolle im Arbeitsvertragsrecht – Einzelne Vertragsklauseln .....	28
B. Mängel beim Vertragsschluss – Fehlerhafter Arbeitsvertrag .....	31
I. Fehlende oder beschränkte Geschäftsfähigkeit .....	31
II. Nichtigkeit nach § 134 BGB bzw. § 138 BGB .....	32
III. Anfechtung des Arbeitsvertrages .....	32
IV. Das fehlerhafte (faktische) Arbeitsverhältnis .....	35
■ Check: Begründung und Mängel des Arbeitsverhältnisses.....	36
<b>4. Abschnitt: Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien .....</b>	<b>38</b>
A. Arbeitspflicht und Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers .....	38
I. Die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers .....	38
1. Der Umfang der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers ...	38
a) Regelmäßige Arbeitszeit .....	38
b) Vorübergehende Verlängerung oder Verkürzung der Arbeitszeit .....	39
c) Anspruch auf Verkürzung bzw. Verlängerung der regelmäßigen Arbeitszeit .....	40
2. Die Lage der Arbeitszeit .....	41
II. Der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers.....	41
B. Vergütungspflicht des Arbeitgebers und Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers .....	42
I. Die Arbeitsvergütung .....	42

1. Vergütungshöhe: Grundsatz der Vertragsfreiheit .....	42
2. Gesetzlicher Mindestlohn .....	42
II. Schutz des Arbeitseinkommens .....	45
C. Das Urlaubsrecht .....	45
I. Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub .....	45
1. Dauer des gesetzlichen Mindesturlaubs .....	45
2. Entstehung des gesetzlichen Mindesturlaubsanspruchs .....	46
3. Befristung des Urlaubsanspruchs nach § 7 Abs. 3 BUrlG .....	46
4. Erfüllung des Urlaubsanspruchs, § 362 BGB .....	47
5. Erwerbsverbot während des Urlaubs, § 8 BUrlG .....	48
6. Ausschluss von Doppelansprüchen beim Arbeitgeberwechsel nach § 6 Abs. 1 BUrlG .....	48
II. Urlaubsentgelt, § 11 BUrlG .....	48
III. Urlaubsabgeltung nach § 7 Abs. 4 BUrlG .....	49
IV. Der übergesetzliche Urlaub .....	49
■ Check: Arbeit, Vergütung und Urlaub .....	50
<b>5. Abschnitt: Nichterfüllung der Arbeitspflicht und Fallgruppen „Lohn ohne Arbeit“ .....</b>	<b>52</b>
A. Nichterfüllung der Arbeitspflicht und Schadensersatzpflicht des Arbeitnehmers .....	52
I. Kein vollstreckbarer Anspruch auf Erfüllung der Arbeitspflicht .....	52
II. Rechtsfolgen bei Nichterfüllung der Arbeitspflicht .....	52
B. Fallgruppen „Lohn ohne Arbeit“ .....	53
I. Vom Arbeitgeber zu vertretende Unmöglichkeit der Arbeitsleistung, § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB .....	53
II. Vorübergehende Verhinderung des Arbeitnehmers aus persönlichen Gründen, § 616 BGB .....	54
III. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall .....	55
1. Voraussetzungen des Anspruchs auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall .....	55
2. Höhe der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall .....	57
IV. Feiertagsvergütung nach § 2 EFZG .....	57
V. Annahmeverzug des Arbeitgebers .....	57
1. Voraussetzungen des Annahmeverzuges .....	57
2. Rechtsfolgen des Annahmeverzuges .....	59
VI. Betriebsrisiko des Arbeitgebers, § 615 S. 3 BGB .....	60
VII. Arbeitsversäumnis von Arbeitnehmervertretern .....	61

VIII. Mutterschutzrechtliche Beschäftigungsverbote .....	61
■ Check: Nichterfüllung der Arbeitspflicht – Lohn ohne Arbeit .....	62
C. Nebenpflichten der Arbeitsvertragsparteien .....	64
I. Nebenpflichten des Arbeitgebers .....	64
1. Einzelne Nebenpflichten des Arbeitgebers .....	64
2. Mögliche Rechtsfolgen bei Nebenpflicht- verletzungen durch den Arbeitgeber .....	65
II. Nebenpflichten des Arbeitnehmers .....	65
1. Einzelne Nebenpflichten des Arbeitnehmers .....	65
2. Mögliche Rechtsfolgen bei Nebenpflicht- verletzungen durch den Arbeitnehmer .....	66
D. Haftung im Arbeitsverhältnis und innerbetrieblicher Schadensausgleich .....	66
I. Haftung im Arbeitsverhältnis nach einem Arbeitsunfall .....	67
1. Haftungsprivilegierung des Arbeitgebers nach § 104 SGB VII .....	67
2. Haftungsprivilegierung der Arbeitnehmer nach §§ 105, 106 Abs. 3 Alt. 3 SGB VII .....	68
II. Haftung der Vertragsparteien außerhalb der Haftungsprivilegierung nach §§ 104–106 SGB VII .....	68
1. Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber .....	68
2. Haftung des Arbeitnehmers gegenüber Arbeitskollegen und Betriebsfremden .....	69
3. Haftung des Arbeitgebers für Sachschäden des Arbeitnehmers .....	70
E. Betriebsübergang i.S.d. § 613 a BGB .....	71
I. Rechtsgeschäftlicher Übergang des Betriebes oder eines Betriebsteils auf einen neuen Betriebsinhaber .....	71
1. Vorliegen eines Betriebsübergangs .....	71
2. Rechtsfolgen des Betriebsübergangs .....	71
a) Arbeitgeberwechsel und Fortgeltung arbeitsvertraglicher Rechte und Pflichten, § 613 a Abs. 1 S. 1 BGB .....	71
b) Fortgeltung von Rechtsnormen eines Tarifvertrages und einer Betriebsvereinbarung, § 613 a Abs. 1 S. 2–4 BGB .....	72
II. Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers, § 613 a Abs. 6 BGB .....	72



III. Kündigung wegen eines Betriebsübergangs .....	73
■ Check: Nebenpflichten, Haftung, Betriebsübergang .....	74
<b>6. Abschnitt: Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses .....</b>	<b>76</b>
A. Der Aufhebungsvertrag .....	76
B. Die Befristung des Arbeitsverhältnisses .....	77
I. Befristung ohne Sachgrund nach § 14 Abs. 2 TzBfG .....	78
II. Befristung mit Sachgrund nach § 14 Abs. 1 TzBfG .....	79
III. Folgen unwirksamer Befristungsvereinbarungen .....	79
C. Auflösende Bedingung, § 21 TzBfG .....	80
■ Check: Aufhebungsvertrag und Befristung .....	81
D. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses .....	82
I. Die ordentliche Kündigung durch den Arbeitnehmer .....	82
II. Die ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber .....	83
1. Differenzierung nach Notwendigkeit der Beachtung von Kündigungsschutzbestimmungen .....	83
a) Einschränkungen des Grundsatzes der Kündigungsfreiheit .....	83
b) Nichtanwendbarkeit von Kündigungsschutzbestimmungen .....	83
2. Formelle Wirksamkeitsvoraussetzungen .....	84
a) Ordnungsgemäße Kündigungserklärung .....	84
b) Schriftformerfordernis des § 623 BGB .....	84
c) Zugang der Kündigungserklärung .....	85
d) Kündigung des Arbeitgebers .....	85
e) Einhaltung der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG .....	86
f) Ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrates, § 102 BetrVG .....	86
g) Anhörung der Schwerbehindertenvertretung vor der Kündigung eines schwerbehinderten Menschen nach § 178 Abs. 2 SGB IX .....	88
3. Besonderer Kündigungsschutz .....	88
■ Check: Formelle Wirksamkeitsvoraussetzung – Besonderer Kündigungsschutz.....	90
4. Allgemeiner Kündigungsschutz nach dem KSchG .....	91
a) Anwendbarkeit des KSchG nach §§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 KSchG .....	91

aa) Persönlicher Anwendungsbereich, § 1 Abs. 1 KSchG .....	91
bb) Betrieblicher Anwendungsbereich, § 23 Abs. 1 S. 1–4 KSchG .....	91
b) Voraussetzungen für die soziale Rechtfertigung der Arbeitgeberkündigung nach § 1 KSchG.....	92
aa) Die personenbedingte Kündigung .....	92
bb) Die verhaltensbedingte Kündigung .....	94
cc) Betriebsbedingte Kündigung – Erforderlichkeit der sozialen Auswahl, § 1 Abs. 2, 3 KSchG .....	95
(1) „Normalfall“ der betriebsbedingten Kündigung.....	95
(2) Massenentlassung, § 17 KSchG.....	97
(3) Betriebsänderung und Interessen- ausgleich mit Namensliste, § 1 Abs. 5 KSchG, § 125 InsO .....	97
5. Kündigungsfristen bei Arbeitgeberkündigungen .....	98
■ Check: Allgemeiner Kündigungsschutz nach dem KSchG.....	99
III. Die außerordentliche Kündigung gemäß § 626 BGB .....	101
1. Formelle Wirksamkeitsvoraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung .....	101
2. Einhaltung bestehender besonderer Kündigungsschutzbestimmungen .....	101
3. Wichtiger Kündigungsgrund i.S.d. § 626 BGB .....	102
IV. Die Änderungskündigung nach § 2 KSchG .....	105
■ Check: Außerordentliche Kündigung – Änderungs- kündigung .....	107
E. Das Arbeitszeugnis .....	108
■ Schema für die Unwirksamkeit einer ordentlichen Arbeitgeberkündigung.....	110

## Einleitung – Der arbeitsrechtliche Fall

Das vorliegende Skript soll Ihnen zum einen ersten Überblick über die Systematik und die Grundkenntnisse des Arbeitsrechts verschaffen und zum anderen die Vorgehensweise bei der Lösung arbeitsrechtlicher Fälle aufzeigen.

Bei den arbeitsrechtlichen Fällen, die den Pflichtteilbereich betreffen, geht es regelmäßig entweder darum, gegenseitige Ansprüche der Arbeitsvertragsparteien oder den vom Arbeitnehmer geltend gemachten Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zu prüfen.

### A. Arbeitsrechtliche Ansprüche

Da das Arbeitsverhältnis ein (Dauer-)Schuldverhältnis ist, sind bei der Prüfung von arbeitsrechtlichen Ansprüchen im Wesentlichen die gleichen drei Prüfungsschritte einzuhalten, die auch sonst bei der Prüfung von Ansprüchen eines Gläubigers gegen einen Schuldner einzuhalten sind. Insoweit kann zunächst auf die Darstellungen in den AS-Basisdokumenten BGB AT und Schuldrecht AT verwiesen werden.

Zur Wiederholung werden diese Schritte in diesem Skript nochmal kurz dargestellt:

#### 1. Schritt: Das Erfassen der Aufgabe

Bei diesem Arbeitsschritt ist genaue gedankliche Erfassung des Sachverhalts und die genaue Konkretisierung der Fallfrage (Wer will was, von wem, woraus?) erforderlich.

#### 2. Schritt: Erstellen einer Gliederung

Bei diesem Schritt sind die in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen zu suchen und zu ordnen. Dabei ist zu beachten, dass es im Arbeitsvertragsrecht eine Vielzahl von gesetzlichen Sonderregelungen gibt, aus denen sich die begehrte Rechtsfolge ergibt und die grds. Vorrang vor den für alle schuldrechtlichen Fälle geltenden BGB-Vorschriften (lex specialis vor lex generalis) haben.

Im Rahmen der Prüfung eines arbeitsrechtlichen Falles können Probleme beim Zustandekommen des Arbeitsvertrages auftreten oder Leistungsstörungen vorliegen, sodass der Bearbeiter auf die Kenntnisse des BGB AT (z.B. Willensmängel, Abgabe und Zugang von Willenserklärungen, Formerfordernisse, Stellvertretung) und des Schuldrechts AT (z.B. Schuldnerverzug, Unmöglichkeit) zurückgreifen kann. Dabei muss er aber immer im Auge behalten, dass

das Arbeitsvertragsrecht Sonderregelungen enthalten kann und häufig aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes auch enthält.

### 3. Schritt: Erstellen der Falllösung

In diesem Schritt werden die in den beiden vorangegangenen Arbeitsschritten erzielten Ergebnisse bei einer Klausur gedanklich geordnet niedergeschrieben oder mündlich vorgetragen.

Um diese drei Prüfungsschritte bei der Bearbeitung eines arbeitsrechtlichen Falles erfolgreich anwenden zu können, sind also neben den Kenntnissen der allgemeinen Probleme des BGB zwingend auch die arbeitsrechtlichen Spezialkenntnisse erforderlich.

Der Arbeitsrechtsfall ist also zunächst ein ganz „normaler“ Zivilrechtsfall, bei dessen Lösung zusätzlich auch das Arbeitsrecht beachtet werden muss, das häufig Sonderregelungen enthält, die vorrangig sind.

## B. Bestand des Arbeitsverhältnisses

Bei diesen Fallgestaltungen kommt es nicht selten bereits auf das Vorliegen einer ordnungsgemäßen Beendigungserklärung an, für die grds. die Regeln des BGB AT über Willenserklärungen gelten, wobei die Schriftformklausel des § 623 BGB zu beachten ist.

Die wichtigsten Beendigungstatbestände sind die Anfechtung der auf den Abschluss des Arbeitsvertrages gerichteten Willenserklärung durch den Arbeitgeber wegen arglistiger Täuschung durch Falschbeantwortung einer Einstellungsfrage oder durch Verschweigen einer bestimmten Tatsache, der Ablauf der vereinbarten Befristung sowie die Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

Bei Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber ist stets daran zu denken, dass zugunsten besonders schutzbedürftiger Arbeitnehmer (z.B. schwerbehinderte Menschen) besondere Kündigungsschutzbestimmungen eingreifen können. Außerdem ist zu beachten, dass bei Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes in persönlicher und betrieblicher Hinsicht nach §§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 KSchG die Kündigung nur beim Vorliegen einer sozialen Rechtfertigung wirksam ist, wobei die Unwirksamkeit einer formgerechten Kündigung nur innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 KSchG mit Erfolg geltend gemacht werden kann.

Bei **Befristungen** sind die besonderen Regelungen des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) einschließlich der dreiwöchigen Klagefrist des § 17 TzBfG zu beachten.

## 1. Abschnitt: Grundbegriffe des Arbeitsrechts

Das Arbeitsrecht insgesamt ist grundsätzlich dem Privatrecht zuzuordnen. Es wird häufig auch als das Sonderrecht oder Schutzrecht der Arbeitnehmer bezeichnet. Es ist historisch aus der Bemühung heraus entstanden, der schwierigen soziale Lage des Arbeitnehmers im Rahmen einer privatrechtlichen Dauervertragsbeziehung mit Mitteln einer rechtlichen Sondermaterie Rechnung zu tragen, die die schutzwürdigen Belange des Arbeitnehmers als des schwächeren Vertragspartners auch bei grundsätzlicher Geltung der Vertragsfreiheit ausreichend berücksichtigt.

### A. Das Arbeitsverhältnis

Als Arbeitsverhältnis wird allgemein die **Gesamtheit der durch einen Arbeitsvertrag i.S.d. § 611 a BGB begründeten Rechtsbeziehungen zwischen einem Arbeitnehmer und einem Arbeitgeber** definiert. Ob ein Arbeitsverhältnis, also eine Rechtsbeziehung zwischen einem Arbeitnehmer und einem Arbeitgeber vorliegt und damit die arbeitsrechtlichen Sonderregelungen eingreifen, ist ausgehend vom Arbeitnehmerbegriff zu klären.

### B. Begriff des Arbeitnehmers

Obwohl der Arbeitnehmerbegriff der zentrale Begriff des Arbeitsrechts ist, der insbesondere für die Anwendung der arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen maßgeblich ist, gab es bisher keine gesetzliche Definition des Arbeitnehmers. Daran ändert an sich auch der seit dem 01.04.2017 geltende § 611 a BGB nichts, der entgegen dem ursprünglichen Gesetzesentwurf nicht unmittelbar eine Definition des Arbeitnehmers, sondern ausweislich seiner Überschrift die des Arbeitsvertrages enthält. Aus dem Begriff des Arbeitsvertrages folgt aber inzident auch der Arbeitnehmerbegriff. **Arbeitnehmer ist nach § 611 a Abs. 1 BGB** derjenige, der aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. **Voraussetzungen für die Arbeitnehmereigenschaft** eines Beschäftigten sind also:

- Privatrechtlicher Vertrag
- Dienstleistung für einen anderen, also Dienstvertrag, § 611 BGB
- Unselbstständigkeit der Dienstleistung wegen persönlicher Abhängigkeit

- 1.** Wie wird das Arbeitsverhältnis begründet?
  - 1.** Durch den Abschluss des Arbeitsvertrages i.S.d. § 611 a BGB, sog. Vertragstheorie.
- 2.** Bedarf der Arbeitsvertrag einer bestimmten Form?
  - 2.** Nein, auch stillschweigender Vertragsschluss ist möglich. Etwas anderes ergibt sich nicht aus § 2 NachwG.
- 3.** Ist die Abschlussfreiheit des Arbeitgebers eingeschränkt?
  - 3.** Grds. nicht. Ausnahme: Art 33 Abs. 2 GG beim öffentlichen Arbeitgeber. Einschränkungen bei bestimmten Auszubildenden nach Maßgabe des § 78 a BetrVG bzw. § 9 BPersVG und bei Teilzeitkräften nach Maßgabe des § 9 TzBfG, die Aufstockung der Arbeitszeit wünschen.
- 4.** Kann ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG einen Einstellungsanspruch begründen?
  - 4.** Nein, weil er ausdrücklich in § 15 Abs. 6 AGG ausgeschlossen ist, aber Entschädigungs- und Schadenersatzansprüche nach Maßgabe von § 15 Abs. 1, 2 AGG möglich.
- 5.** Ist die inhaltliche Gestaltungsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien eingeschränkt?
  - 5.** Ja, durch zahlreiche Arbeitnehmerschutzgesetze, die i.d.R. zwingend sind. Außerdem durch Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen sowie die AGB-Kontrolle bei Formularverträgen nach §§ 305 ff. BGB.
- 6.** Welche Besonderheiten sind bei einer AGB-Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB im Arbeitsvertragsrecht zu berücksichtigen?
  - 6.** Keine sog. Einbeziehungskontrolle, § 305 Abs. 2, 3 BGB; Arbeitnehmer Verbraucher i.S.d. § 13 BGB, daher bei AGB-Kontrolle § 310 Abs. 3 BGB zu beachten; grds. Vertragsfreiheit (vgl. § 307 Abs. 3 BGB) und keine Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 1, §§ 308, 309 BGB bei Hauptleistungspflichten (Arbeitspflicht, Vergütung), aber Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Inhaltskontrolle bei einseitigen Leistungsbestimmungsrechten, die dem Verwender erlauben, Hauptleistungspflichten einseitig zu „modifizieren“.
- 7.** Ist die Vereinbarung von Vertragsstrafen (§§ 339 ff. BGB) in Formulararbeitsverträgen generell unwirksam?
  - 7.** Abweichend von § 309 Nr. 6 BGB wegen arbeitsrechtlicher Besonderheiten i.S.d. § 310 Abs. 4 S. 2 BGB (fehlende Vollstreckbarkeit der Arbeitspflicht nach § 888 Abs. 3 ZPO) grds. zulässig und auch nicht unüblich.
- 8.** Ist die Vereinbarung von Verfallfristen, die einen Anspruchsuntergang nach Fristablauf zur Folge haben, in Formularverträgen zulässig?
  - 8.** Grds. ja, sie müssen aber an die Fälligkeit des Anspruchs anknüpfen, dürfen eine Mindestfrist von drei Monaten nicht unterschreiten und auch nicht zu weit gefasst sein, insb. auch nicht den unabdingbaren Mindestlohn (§ 3 MiLoG) sowie Ansprüche wegen vorsätzlicher Pflichtverletzungen (§ 202 BGB) erfassen.

- **§ 17 MuSchG, Schwangerschaft:** Kündigungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt
- **§ 18 BEEG, Elternzeit:** Kündigungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt
- **§ 174 SGB IX, Schwerbehinderte:** Zustimmung des Integrationsamtes erforderlich (Ausnahme: § 173 SGB IX)
- **§ 103 BetrVG:** Erforderlichkeit der **Zustimmung des Betriebsrates** bei **Mandatsträgern i.S.d. § 103 Abs. 1 BetrVG**, insbesondere bei Betriebsratsmitgliedern. Verweigert der Betriebsrat, kann der Arbeitgeber nach Maßgabe des § 103 Abs. 2 BetrVG die **Zustimmungsersetzung beim Arbeitsgericht** beantragen.
- **§ 179 Abs. 3 SGB IX: Mitglieder der Schwerbehindertenvertretung** haben den gleichen Kündigungsschutz wie Betriebsratsmitglieder, also Zustimmung des Betriebsrates entsprechend § 103 BetrVG erforderlich

### 3. Wichtiger Kündigungsgrund i.S.d. § 626 BGB

! a) Die **Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs „wichtiger Grund“** i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB ist durch eine abgestufte Prüfung vorzunehmen, die **aus systematisch zwei zu trennenden Prüfungsabschnitten besteht:**

- **1. Prüfungsschritt:** Es muss zunächst ein **Sachverhalt** vorliegen, der ohne die besonderen Umstände des Einzelfalles **an sich geeignet** ist, einen **wichtigen Kündigungsgrund** i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB **abzugeben**.
- **2. Prüfungsschritt: Interessenabwägung** unter Berücksichtigung aller Einzelfallumstände, insbesondere des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

aa) Als „**wichtiger Grund**“ i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB kommen insbesondere **besonders schwerwiegende Vertragsverletzungen** in Betracht, die im Zeitpunkt des Kündigungszuganges objektiv vorgelegen haben. **Verschulden** des Gekündigten ist zwar **nicht zwingend** erforderlich, der Grad des Verschuldens ist aber im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen. **Als wichtiger Grund scheiden** dagegen **betriebsbedingte Gründe** (z.B. Insolvenz, Betriebsstilllegung) sowie **personenbedingte Gründe**, insbesondere Krankheit **grds. aus**. Etwas anderes gilt in solchen Fällen **ausnahmsweise** nur dann, wenn die ordentliche Kündigung

ausgeschlossen ist und eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit nicht besteht, da in diesem Fall ein „sinnentleertes“ Arbeitsverhältnis aufrechterhalten werden müsste. In solchen Fällen kann zwar eine **außerordentliche Kündigung** erklärt werden, aber unter **Einhaltung einer sog. sozialen Auslauffrist**, die der ordentlichen Kündigungsfrist entspricht.

**bb)** Die Geltendmachung eines Sachverhalts als wichtiger Grund setzt außerdem die **Einhaltung der zweiwöchigen Kündigungs-erklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB im Zeitpunkt des Kündigungszugangs** voraus. Mit Ablauf dieser Ausschlussfrist tritt die unwiderlegbare gesetzliche Vermutung ein, dass ein möglicherweise an sich gegebener wichtiger Grund nicht mehr geeignet ist, die Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zu begründen und damit eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. **!**

Die **Kündigungserklärungsfrist beginnt** nach § 626 Abs. 2 S. 2 BGB mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen **positive Kenntnis** erlangt. Dies ist der Fall, sobald er eine zuverlässige und hinreichend vollständige Kenntnis der einschlägigen Tatsachen hat, die ihm die Entscheidung darüber ermöglicht, ob er das Arbeitsverhältnis fortsetzen soll oder nicht. Sind für den Arbeitgeber mehrere Personen gemeinsam vertretungsberechtigt, genügt für den Beginn der Ausschlussfrist grundsätzlich schon die Kenntnis eines der Gesamtvertreter. Der Kündigungsberechtigte, der bislang nur Anhaltspunkte für einen Sachverhalt hat, der zur außerordentlichen Kündigung berechtigen könnte, kann nach pflichtgemäßem Ermessen weitere Ermittlungen anstellen und den Betroffenen anhören, ohne dass die Frist des § 626 Abs. 2 S. 1 BGB zu laufen begänne. Dies gilt allerdings nur so lange, wie er aus verständigen Gründen mit der gebotenen Eile Ermittlungen durchführt, die ihm eine umfassende und zuverlässige Kenntnis des Kündigungssachverhalts und der Beweismittel verschaffen sollen.

**Beispiele für einen wichtigen Grund** i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB: Beharrliche Arbeitsverweigerung, ausländerfeindliche Äußerungen im Betrieb, grobe Beleidigung von Vorgesetzten oder des Arbeitgebers, sexuelle Belästigungen, Tätigkeiten im Betrieb und vorsätzliche Vermögensschädigungen des Arbeitgebers oder der Arbeitskollegen, ohne dass es auf die strafrechtliche Wertung ankommt, Vortäuschung einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit und Arbeitszeitbetrug

**cc)** Liegt ein Sachverhalt vor, der an sich geeignet ist, einen wichtigen Kündigungsgrund abzugeben, muss die außerordentliche



Kündigung im **Einzelfall** noch einer **Interessenabwägung unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips** standhalten. Dies ist nur dann der Fall, wenn die außerordentliche Kündigung, die unausweichlich letzte Maßnahme (ultima ratio) für den Kündigungsberechtigten war, also alle anderen in Betracht kommenden milderen Mitteln (z.B. Abmahnung, Versetzung, fristgerechte Kündigung) unzumutbar war. Im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung sind alle Umstände des Einzelfalles, insbesondere Dauer der Betriebszugehörigkeit, Unterhaltungspflichten und Grad des Verschuldens zu berücksichtigen.

Bei einer wirksamen ordentlichen Kündigung darf also für den Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsvertrags auf Dauer, bei einer außerordentlichen Kündigung dagegen wegen des besonders schwerwiegenden Kündigungsgrundes nicht nur auf Dauer, sondern selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zumutbar sein.

### b) Verdachtskündigung

Eine außerordentliche Kündigung kommt nicht nur wegen einer objektiv feststehenden Vertragspflichtverletzung (sog. **Tatkündigung**), sondern auch als eine sog. **Verdachtskündigung** in Betracht. Die Unschuldsvermutung, die im Strafrecht gilt („im Zweifel für den Angeklagten“), steht der Wirksamkeit der Verdachtskündigung nach ganz h.M. nicht entgegen. Da aber die Verdachtskündigung auch einen Unschuldigen treffen kann, sind an deren Wirksamkeit sehr strenge Voraussetzungen zu stellen. Diese sind:

- Verdacht durch objektive Tatsachen begründet, sodass sich ein verständiger und gerecht abwägender Arbeitgeber zum Kündigungsausspruch veranlasst sehen kann
- Verdacht so dringend, dass bei kritischer Prüfung eine auf Indizien gestützte große Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung gerade durch den zu kündigenden Arbeitnehmer besteht
- Straftat, deren der Arbeitnehmer verdächtigt wird, muss so schwerwiegend sein, dass sie als Kündigungsgrund ausgereicht hätte, wenn die Schuld feststünde
- Arbeitgeber muss alles ihm Zumutbare zur Sachverhaltsaufklärung getan haben. Dazu gehört insbesondere auch, dass der Arbeitnehmer die Möglichkeit zu einer Stellungnahme erhält. Die Anhörung des Arbeitnehmers ist grds. (formelle) Wirksamkeitsvoraussetzung einer Verdachtskündigung.
- Dringender Tatverdacht ist bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz nicht ausgeräumt

### Schema für die Wirksamkeitsprüfung einer ordentlichen Arbeitgeberkündigung

- I. Vorliegen einer ordnungsgemäßen Kündigungserklärung**
    1. Begrifflich ordentliche oder außerordentliche Kündigung
    2. Wirksamkeit nach **§§ 130, 164 BGB** (Abgabe, Zugang und Stellvertretung)
    3. Einhaltung der **Schriftform** (§§ 623, 126 BGB), die sich mangels abweichender Regelung nur auf die Kündigung selbst bezieht
  - II. Einhaltung der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG** (Ausnahme: § 4 S. 4 KSchG); bei Fristversäumung: Nachträgliche Klagezulassung nach § 5 KSchG – sonst Fiktion des § 7 KSchG: Kündigung gilt als wirksam.
  - III. Ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrates nach § 102 BetrVG** (Personalrat nach § 75 BPersVG bzw. LPersVG oder Mitarbeitervertretung bei kirchlichen Arbeitgebern). **Bei Schwerbehinderten auch ordnungsgemäße Anhörung der Schwerbehindertenvertretung, § 178 Abs. 2 S. 1, 3 SGB IX**
  - IV. Besonderer Kündigungsschutz**, z.B. § 17 MuSchG (Schwangere), § 168 SGB IX (Schwerbehinderte) und § 15 KSchG (Betriebsräte).
  - V. Allgemeiner Kündigungsschutz nach dem KSchG**
    1. Anwendbarkeit nach §§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 KSchG
    2. Soziale Rechtfertigung § 1 Abs. 2, 3 KSchG
      - a) Kündigungsgrund (s. unten) und Interessenabwägung im Einzelfall
        - personenbedingt
        - verhaltensbedingte grds. vorherige Abmahnung erforderlich
        - betriebsbedingt und außerdem soziale Auswahl, § 1 Abs. 3 KSchG
      - b) § 1 Abs. 2 S. 2, 3 KSchG: Absolute Sozialwidrigkeit (keine Interessenabwägung), wenn wirksamer Widerspruch des Betriebsrates  
**Bei außerordentlicher Kündigung** wird statt der sozialen Rechtfertigung nach § 1 KSchG ein wichtiger Grund nach Maßgabe des § 626 BGB geprüft.
  - VI. Kündigung außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG:** Keine Unwirksamkeit nach den Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB, wenn KSchG nicht anwendbar
  - VII. Einhaltung der Kündigungsfrist:** § 622 BGB, wenn keine abweichende Regelung vorhanden
- Sind diese Kündigungsschutzbestimmungen nicht anwendbar, kommt eine **Unwirksamkeit der Kündigung nach den Generalklauseln des § 138 BGB** (Sittenwidrigkeit) **bzw. § 242 BGB nur ausnahmsweise** in Betracht, da der sonst geltende Grundsatz der Kündigungsfreiheit nicht auf Umwegen über die Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB umgangen werden darf.