

Arbeitsrecht gehört zu den wichtigsten Rechtsgebieten in Deutschland. Bundesweit gehen rd. 40 Millionen Bundesbürger in knapp 3 Millionen Betrieben einer Beschäftigung nach. Jeder zweite Bundesbürger unterliegt damit in irgendeiner Art und Weise den Vorschriften des bundesdeutschen Arbeitsrechts.

Ihnen die Grundzüge dieses Rechtsgebietes näher zu erläutern, war hier unser Bestreben.

Unser besonderer Dank gilt hierbei unserem Mitglied, Herrn Rechtsanwalt/Fachanwalt für Arbeitsrecht/Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht Christian Lentföhr, Düsseldorf, der den Überblick erstellt hat.

In diesem Sinne viel Freude beim Lesen!

Ihr Michael Henn Rechtsanwalt Fachanwalt für Arbeitsrecht Fachanwalt für Erbrecht VdAA Präsident Stuttgart	Ihr Christian Lentföhr Rechtsanwalt Fachanwalt für Arbeitsrecht Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht Düsseldorf
--	---

Arbeitsrecht

von

Rechtsanwalt Christian Lentföhr

Fachanwalt für Arbeitsrecht

Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

SCHUSTER, LENTFÖHR & ZEH

Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater

Josephinenstr. 11 – 13, 40212 Düsseldorf

Telefon: 0211 – 65 88 10; Telefax: 0221 – 83 69 287

Internet: www.wsp.de

E-Mail: law@wsp.de

Stand: Januar 2008

Rechtsquellen des Arbeitsrechts

Arbeitsvertrag

Maßgebliche Rechtsquellen des Individualarbeitsrechtes ist bis heute das Bürgerliche Gesetzbuch. Damit gilt das Prinzip der Vertragsfreiheit. Der Dienstvertrag, § 611 ff. BGB bildet den Grundtypus der Vertragsbeziehungen zwischen den Arbeitsvertragsparteien.

Durch die Einbindung in das BGB geht der gesamte Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, so die Bestimmungen zur Auslegung und zum Zugang von Willenserklärungen, die Regelungen zur Geschäftsfähigkeit sowie zur Anfechtung von Willenserklärungen und die Grundsätze über das Zustandekommen eines Arbeitsvertrages. Mit der Aufnahme des Gesetzes über allgemeine Geschäftsbedingungen in das Bürgerlichen Gesetzbuch gelten dessen Vorschriften auch im Arbeitsrecht.

Kollektivrechtliche Regelungen

Neben der individualvertraglichen Regelung besteht das kollektive Arbeitsrecht, namentlich

- das Tarifrecht
- das Betriebsverfassungsrecht
- die verschiedenen Gesetze über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Unternehmen

Die im Rahmen des kollektiven Arbeitsrechts regierenden Körperschaften (Gewerkschaften und Betriebsräte auf der Arbeitnehmerseite sowie Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände auf der Arbeitgeberseite) haben durch den Gesetzgeber die Befugnis verliehen bekommen, verbindliches Arbeitsrecht zu schaffen. Die gesetzlich sanktionierten Tarifverträge sind eine wichtige Rechtsquelle des Arbeitsrechts.

Schutzgesetze

Der Gesetzgeber will den Arbeitnehmern in bestimmten Bereichen besonderen gesetzlichen Schutz zukommen lassen. Die ersten Regelungen finden sich in der Gewerbeordnung sowie im HGB. Wichtige gesetzliche Regelungen traten hinzu in den Bereichen

- Gesundheitsschutz,
- Arbeitsschutz,
- Frauenarbeit- und Mutterschutz,
- Jugendarbeitsschutz,
- Schwerbehindertenschutz

Tarifverträge

Tarifverträge kommen zur Anwendung, wenn dies ausdrücklich im Arbeitsvertrag vereinbart ist, um bestimmte Lücken des Arbeitsvertrages zu füllen

oder

wenn der Tarifvertrag für allgemein verbindlich erklärt wurde

oder

die Parteien tarifgebunden sind kraft Mitgliedschaft in der zuständigen Gewerkschaft und in der entsprechenden Innung oder im entsprechenden Arbeitgeberverband.

Tarifverträge haben eine relativ lange Laufzeit und gelten in der Regel auch über einen Austritt aus dem entsprechenden Verband hinaus fort.

Tarifverträge regeln die Abwicklung des Arbeitsverhältnisses, wie zum Beispiel

- regelmäßige Arbeitszeitverteilung
- Mehrarbeit
- Kurzarbeit
- Arbeitsverhinderung
- Urlaub
- Urlaubsvergütung
- Allgemeine Arbeitsbedingungen
- Berechnung des Arbeitsverdienstes
- Geltendmachung und Ausschluss von Ansprüchen.
- 105 Gewerbeordnung hebt ausdrücklich hervor, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer den Abschluss, Inhalt und Form des Arbeitsvertrages frei vereinbaren können, so weit nicht zwingende gesetzliche Vorschriften, Bestimmungen eines anwendbaren Tarifvertrages oder eine Betriebsvereinbarung entgegenstehen. Die nach § 6 Abs. 2 Gewerbeordnung für alle Arbeitnehmer geltende Regelung enthält nichts über die Form des Arbeitsvertrages. Diese kann sich aus Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen oder aus gesetzlichen Bestimmungen, etwa für die Befristung, ergeben.

Der Arbeitsvertrag

Abschluss, Form und Inhalt des Arbeitsvertrages

1 Begriff. Der Arbeitsvertrag ist ein privatrechtlicher gegenseitiger Vertrag, durch den sich der Arbeitnehmer zur Leistung von Arbeit unter Leitung und Nachweisung des Arbeitgebers und der Arbeitgeber zur Zahlung der

vereinbarten Vergütung verpflichtet. Durch den Abschluss des Arbeitsvertrages wird ein Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber begründet.

2 Rechtsnatur. Der Arbeitsvertrag ist ein Unterfall des Dienstvertrages,

3 § 611 BGB. Auf den sind grundsätzlich die allgemeinen Regeln des Bürgerlichen Rechtes, insbesondere des Schuldrechts über gegenseitige Verträge, anzuwenden. Dieser Grundsatz wird nur insoweit eingeschränkt, wie die Eigenheiten des Arbeitsvertrages, namentlich die Bezugnahme auf menschliche Arbeitsleistungen in einem Dauerrechtsverhältnis, entgegenstehen.

Der Arbeitsvertrag unterscheidet sich vom freien Dienstvertrag durch die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers und durch die Erbringung der Arbeitsleistung in einer fremdbestimmten Organisation.

Der Arbeitsvertrag unterscheidet sich vom Werkvertrag dadurch, dass eine Person nicht für den Erfolg der Arbeit einstehen kann, wenn ihr für Art und Durchführung der Arbeit Weisungen erteilt werden.

3 Parteien des Arbeitsvertrages. Auf Arbeitnehmerseite kann Partei des Arbeitsvertrages nur eine natürliche Person oder bei Gruppenarbeitsverhältnissen eine Personengesamtheit sein. Auf Arbeitgeberseite kann Partei des Arbeitsvertrages jede natürliche oder juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechtes sowie jede Personengesellschaft sein.

4 Geschäftsfähigkeit. Arbeitgeber und Arbeitnehmer müssen bei Abschluss des Arbeitsvertrages geschäftsfähig sein. Ein Arbeitsvertragschluss ist auch mit und zwischen Geschäftsunfähigen und/oder Minderjährigen möglich, sofern diese gesetzlich vertreten sind. Minderjährige, also Personen, die das siebte Lebensjahr vollendet und das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, sind beschränkt geschäftsfähig, sie bedürfen zum Abschluss und zur Beendigung eines Arbeitsvertrages (Ausbildungsvertrages) der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters, §§ 106, 107 BGB.

5 Form des Arbeitsvertrages. Für den Abschluss des Arbeitsvertrages besteht grundsätzlich Formfreiheit, das heißt, Arbeitsverträge können grundsätzlich wirksam mündlich, schriftlich, ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten abgeschlossen werden.

Für den befristeten Arbeitsvertrag gilt eine Ausnahme insoweit, als die darin enthaltene Befristungsabrede der Schriftform bedarf, § 14 Abs. 4 TzBfG. Die Befristung muss Voraufnahme der Arbeit schriftlich festgelegt werden, anderenfalls handelt es sich um ein unbefristetes Arbeitsverhältnis.

Nur der schriftliche Arbeitsvertrag entbindet unter bestimmten Voraussetzungen von der gem. § 2 Abs. 4 des Nachweisgesetzes bestehenden Verpflichtung des Arbeitgebers, die wesentlichen Vertragsbedingungen spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses schriftlich niederzulegen, die Niederschrift zu unterzeichnen und dem Arbeitnehmer auszuhändigen.

Ist eine Schriftform vorgeschrieben durch Gesetz, Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung, müssen die Arbeitsvertragsbedingungen, für die der Formzwang gilt, in einer Urkunde niedergelegt werden, § 126 b BGB, mehrere Seiten sind zu einer Urkunde zusammenzufassen, das heißt so fest zu verbinden, dass sie ohne Zerstörung nicht getrennt werden können.

Regelmäßig vereinbaren die Parteien freiwillig, dass Änderungen oder Nebenabreden zum Arbeitsvertrag der Schriftform bedürfen, so genannte gewillkürte Schriftform. So weit nicht ein anderer Fall anzunehmen ist, reicht die telekommunikative Übermittlung oder ein Briefwechsel.

Den gewillkürten, vereinbarten Formzwang können die Parteien ausdrücklich oder konkludent formlos aufheben. Eine stillschweigende Aufhebung oder Einschränkung der Formabrede ist anzunehmen, wenn die Parteien die Maßgeblichkeit der mündlichen Vereinbarung übereinstimmend gewollt haben. Dies ist in der Praxis häufig der Fall.

Soll die Schriftform unbedingt erzwungen werden, müssen die Parteien eine so genannte doppelte Schriftformklausel vereinbaren, nachdem auch die Abänderung der Schriftform einer schriftlichen Vereinbarung bedarf. Hiervon ist für die arbeitsrechtliche Praxis abzusehen, da die Arbeitsvertragsparteien sich in der Regel nicht so stark einengen wollen.

Die Nichteinhaltung der durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung vorgeschriebenen Form führt zur Nichtigkeit des Arbeitsvertrages, § 125 Satz 1 BGB. Dies gilt in Zweifel auch für die durch Rechtsgeschäft bestimmte schriftlichen Form, § 125 Satz 2 BGB. Ausnahmen sind nur zulässig, wenn es nach den Beziehungen der Parteien und den gesamten Umständen Betreuungsglauben unvereinbar wäre, dass das Rechtsgeschäft am Formmangel scheitert, das Ergebnis muss für die betroffene Partei nicht bloß hart, sondern schlechthin untragbar sein. Ist das der Fall, ist das Rechtsgeschäft nach treu und Glauben, § 242 BGB, als gültig zu behandeln.

Der Formmangel kann unter Umständen schon dann zurücktreten, wenn die Parteien den Vertrag längere Zeit als gültig behandelt haben und der andere Teil daraus erhebliche Vorteile gezogen hat. Das Festhalten an einem formnichtig geschlossenen Arbeitsvertrag kommt auch dann in Betracht, wenn die den Formmangel einwendende Partei den formgerechten Abschluss verhindert hat oder sich durch die Geltendmachung mit ihrem Verhalten gröblich in Widerspruch setzt, der Formmangel auf der Verletzung der einem Teil obliegenden Fürsorgepflicht beruht, und die Rückgängigmachung des Geschäftes für den anderen Teil existenzgefährdend wäre.

6 Zustandekommen des Arbeitsvertrages. Der Arbeitsvertrag wird nach Maßgabe der §§ 145 ff. BGB durch Angebot und Annahme geschlossen. Sowohl Arbeitgeber wie auch Arbeitnehmer können sich bei Abschluss des Arbeitsvertrages durch Stellvertreter vertreten lassen, § 164 BGB.

Es muss bei Vertragsabschluss Einvernehmen über die Vertragsparteien, die Art und den Beginn der vom ArbN geschuldeten Arbeitsleistung bestehen. Eine Einigung über weitere Inhalte ist begriffsnotwendig nicht erforderlich. Ist die Dauer

der Arbeitszeit nicht festgelegt, so ergibt sich im Regelfall aus den im Betrieb geltenden Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen, so weit ihnen der Arbeitnehmer unterworfen ist. Fehlt eine derartige bindende Festsetzung, muss der Inhalt des Arbeitsvertrages im Wege der rechtsgeschäftlichen Auslegung ermittelt werden.

Dies gilt auch für die Dauer des Arbeitsverhältnisses, wobei in Zweifel davon auszugehen ist, dass das Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit geschlossen werden sollte. Fehlen Angaben über die Höhe der vom Arbeitgeber zu leistenden Vergütung und sind diese auch nicht in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen, die auf den Arbeitnehmer anzuwenden sind, enthalten, gilt die übliche Vergütung als vereinbart, § 612 Abs. 2 BGB.

Ein Arbeitsvertrag kann danach auch ohne Einigung über die Arbeitszeit, Dauer und Vergütung durch bloße Tätigkeitsaufnahme des Arbeitnehmers im Betrieb des Arbeitgebers zustande kommen, wenn die zum Vertragsabschluss berechtigten Personen des Arbeitgebers oder dieser selbst die Tätigkeitsaufnahme gekannt und zumindest geduldet haben, dass die Arbeitsleistung von anderen nicht vertretungsberechtigten Mitarbeitern entgegengenommen wird.

7 Inhalt und Inhaltskontrolle des Arbeitsvertrages. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit umfasst neben der Abschluss- und Formfreiheit auch die Auswahl- sowie die Inhaltsfreiheit.

Das dem Vertragsrecht zu Grunde liegende Prinzip der Vertragsfreiheit kann hinreichenden Schutzes jedoch nur dann gewährleisten, so weit die Bedingungen freier Selbstbestimmung gegeben sind. Beim Abschluss von Arbeitsverträgen fehlt es typischerweise an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten. Im Arbeitsrecht spielt die richterliche Vertragskontrolle deshalb eine noch größere Rolle als im allgemeinen Zivilrecht.

Individuell ausgehandelte Arbeitsverträge unterliegen einer Inhalts- und Billigkeitskontrolle nach §§ 134, 138 BGB einerseits und §§ 242, 315 BGB andererseits.

Verstößt der Arbeitsvertrag gegen gesetzliche Verbote, § 134 BGB, oder die guten Sitten, § 138 BGB, so ist er nichtig.

Verstößt ein Arbeitsvertrag gegen Treu und Glauben, so kann der gem.

§§ 242, 315 BGB geltungserhaltend auf ein verbindliches Maß reduziert werden und bleibt im übrigen bestehen.

Bei vorformulierten Arbeitsverträgen, dies ist in der Praxis überwiegend der Fall, gelten die Vorschriften über die Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch allgemeine Geschäftsbedingungen der §§ 305 bis 310 BGB auch im Arbeitsrecht.

Lediglich für Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen erklärte

§ 310 Abs. 4 Satz 1 BGB die Vorschriften über die allgemeinen Geschäftsbedingungen für unanwendbar. Die Bestimmung soll klarstellen, dass solche Klauseln, die lediglich den Inhalt von Tarifverträgen und sonstigen Kollektivverträgen wiedergeben, keiner gerichtlichen Inhaltskontrolle bzw. keinen

gesetzliche Klauselverbot unterworfen sind.

Gem. § 310 Abs. 4 Satz 2 Halbs. 1 BGB sind bei der Anwendung der §§ 305 bis 310 BGB die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen. Noch nicht abschließend geklärt ist, was unter den im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten zu verstehen ist. Unstreitig sind dies Besonderheiten arbeitsrechtlicher Natur. Ob dies auch für tatsächliche Besonderheiten gilt, bleibt den Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichtes im Einzelfall vorbehalten.

Die Diskussion über Besonderheiten im Arbeitsrecht konzentriert sich schwerpunktmäßig auf Vertragsstrafeabreden (möglicher Verstoß gegen § 309 Nr. 6 BGB), auf die Frage, ob auch die Entgeltvereinbarung nach Maßgabe von § 307 Abs. 3, Abs. 2 Nr. 1 BGB eine Angemessenheitskontrolle zu unterwerfen ist, auf Änderung-, Freiwilligkeit-, und Widerrufsvorbehaltsklauseln (möglicher Verstoß gegen § 308 Nr. 4 BGB) sowie auf Ausschlussklauseln (möglicher Verstoß gegen § 307 Abs. 1, Abs. 2 BGB).

Vertragsstrafen in Formulararbeitsverträgen verstoßen zwar gegen § 309 Nr. 6 BGB, jedoch sollen sie auf Grund der angemessenen Berücksichtigung der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten nach § 310 Abs. 4 Satz 2 Halbs. 1 BGB grundsätzlich zulässig sein, sofern sie den Arbeitnehmer nicht unangemessen benachteiligen, nur dann sind sie nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam.

Nicht der AGB-Kontrolle sollen Regelungen unterliegen, die den Inhalt der Leistung oder das zu zahlende Entgelt selbst festlegen (str.). Hierfür spricht, dass sonst in das Weisungsrecht des Arbeitgebers eingegriffen würde und eine jahrzehntelange Übung und Rechtsprechung zu Entgeltsonderzahlungen gegenstandslos würde.

Bei Änderung-, Freiwilligkeit- oder Widerrufsvorbehalten hat das Bundesarbeitsgericht in der bisherigen Rechtsprechung solche Klauseln stets dahin interpretiert, dass der Arbeitgeber sein Widerrufsrecht nur nach billigem Ermessen, § 315 BGB, ausüben kann, und das selbst nur dann, wenn der Widerrufsvorbehalt ausdrücklich ein freies Ermessen vorsieht. Vor dem Hintergrund der Anwendbarkeit der §§ 305 bis 310 BGB ist nunmehr vorrangig die Wirksamkeit der Widerrufsklausel selbst zu überprüfen. Das Arbeitsgericht Düsseldorf vertrat die Auffassung, dass eine typische in Formulararbeitsverträgen verwendete Klausel, mit der sich der Arbeitgeber den jederzeitigen unbeschränkten Widerruf von Leistungen vorbehält, gem. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB und 308 Nr. 4 BGB unwirksam ist.

Ausschlussklauseln werden künftig einer besonders kritischen Würdigung ausgesetzt sein. Erhebliche Bedenken bestehen gegen die weitere Verwendung der weit verbreiteten, extrem kurzen Verfallfristen von einem Monat von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis, da sie von dem gesetzlichen Leitbild einer dreijährigen Verjährung weit entfernt sind.

8 Nachweis des Vertragsinhalts. Mit dem Gesetz über den Nachweis der für ein Arbeitsverhältnis geltenden wesentlichen Bedingungen (Nachweisgesetz) soll eine größere Rechtssicherheit im Arbeitsverhältnis geschaffen werden, insbesondere für Arbeitnehmer, die keinen schriftlichen Arbeitsvertrag besitzen. Das Gesetz gilt für alle Arbeitnehmer, einschließlich der leitenden Angestellten, mit Ausnahme derjenigen, die zur vorübergehenden Aushilfe

von höchstens einem Monat eingestellt werden.

Gem. § 2 Abs. 1 Nachweisgesetz hat der Arbeitgeber spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederzulegen, die Niederschrift zu unterzeichnen und dem Arbeitnehmer auszuhändigen. Bei Arbeitsleistungen im Ausland von länger als einem Monat muss die Niederschrift dem Arbeitnehmer vor Abreise ausgehändigt werden (Abs. 2). Die Verpflichtung entfällt, wenn dem Arbeitnehmer ein schriftlicher Arbeitsvertrag ausgehändigt worden ist, der alle vom Nachweisgesetz in § 2 Abs. 1 bis 3 geforderten Angaben enthält.

Eine Änderung der wesentlichen Vertragsbedingungen ist dem Arbeitnehmer spätestens einen Monat nach der Änderung schriftlich mitzuteilen, so weit diese nicht auf eine Änderung der gesetzlichen Vorschriften, Tarifverträgen, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen sowie ähnlichen Regelungen beruht, die für das Arbeitsverhältnis gelten, § 3 Nachweisgesetz.

Der zwingende Inhalt der Niederschrift ist durch § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 10 Nachweisgesetz geregelt. Danach muss die Niederschrift mindestens enthalten:

Nummer 1: Name und Anschrift der Vertragsparteien

Nummer 2: Zeitpunkt des Beginns des Arbeitsverhältnisses

Nummer 3: die vorhersehbare Dauer des Arbeitsverhältnisses bei befristeten Arbeitsverträgen

Nummer 4: den Arbeitsort oder, falls der Arbeitnehmer nicht nur an einem bestimmten Arbeitsort tätig sein soll, einen Hinweis darauf, dass der Arbeitnehmer an verschiedenen Orten beschäftigt werden kann

Nummer 5: eine Beschreibung der vom Arbeitnehmer zu leistenden Tätigkeit

Nummer 6: die Zusammensetzung und die Höhe des Arbeitsentgelts einschließlich der Zuschläge, der Zulagen, Prämien und Sonderzahlungen sowie andere Bestandteile des Arbeitsentgelts und deren Fälligkeit

Nummer 7: die vereinbarte Arbeitszeit

Nummer 8: die Dauer des jährlichen Erholungsurlaubes

Nummer 9: die Fristen für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses

Nr. 10 ein in allgemeiner Form gehaltener Hinweis auf die Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen, die auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden sind.

Bei der Tätigkeit eines Mitarbeiters außerhalb der Bundesrepublik, die länger als einen Monat dauert, erstreckt sich die Nachweispflicht auf weitere auslandsbezogene Punkte.

9 Abschlussgebote. Abweichend vom Grundsatz der Vertragsfreiheit hat jeder Arbeitgeber, der über mindestens 20 Arbeitsplätze verfügt, gem. § 71 Abs. 1 SGB IX wenigstens auf fünf Prozent der Arbeitsplätze schwerbehinderte Menschen zu beschäftigen, wobei schwerbehinderte Frauen besonders zu berücksichtigen sind. Gem. § 74 SGB IX sind bei Betrieben mit jahresdurchschnittlich mehr als 59 Arbeitsplätzen sich bei der Berechnung

ergebende Bruchteile ab 0,5 aufzurunden.

Schwerbehinderte Menschen sind gem. § 2 Abs. 2 SGB IX Personen mit einem Grad der Behinderung von wenigstens 50 Prozent sowie nach § 2 Abs. 3 SGB IX Personen mit einem Behinderungsgrad von zwar weniger als 50 Prozent aber zumindest 30 Prozent, wenn auf ihren Antrag das Arbeitsamt sie den schwerbehinderten Menschen gleichgestellt.

Als Arbeitsplätze gelten in diesem Sinn auch Stellen für Auszubildende. Die Beschäftigungspflicht umfasst als auch die Pflicht, schwerbehinderte Auszubildende zu beschäftigen. Jedoch zählen bei der Berechnung der Mindestzahl von Arbeitsplätzen und Pflichtplätzen Stellen, auf denen Auszubildende beschäftigt werden, nicht mit. So soll die Bereitstellung von Ausbildungsplätzen auch für schwerbehinderte Menschen gefördert werden. Die Pflichtquote beträgt gem. § 71 Abs. 1 SGB IX derzeit fünf Prozent.

Solange der Arbeitgeber die Pflichtquote schwerbehinderter Menschen nicht beschäftigt, hat er gem. § 77 SGB IX für jeden Pflichtplatz eine monatliche Ausgleichsabgabe zu zahlen. Diese ist gestaffelt und richtet sich nach der Quote.

Für Arbeitslose wird gem. § 121 SGB III ebenfalls die Abschlussfreiheit insoweit eingeschränkt, als einem Arbeitslosen alle seine Arbeitsfähigkeit entsprechenden Beschäftigungen zumutbar sind, so weit allgemeine oder personenbezogener Gründe der Zumutbarkeit einer Beschäftigung nicht entgegenstehen.

1 **Abschlussverbote.** Als Ausnahme zu Grundsatz der Vertragsfreiheit finden sich im Hinblick auf den Arbeitnehmerschutz gesetzlich normierte Abschluss- und Beschäftigungsverbot. Des weiteren können auch Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen sowie zum Beispiel gem. § 120 e Gewerbeordnung erlassene Rechtsverordnungen des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung oder der Landesregierungen Abschlussverbote, bspw. für Kinderarbeit, regeln.

2 **Begriff.** Arbeitnehmer ist nach ständiger Rechtsprechung, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmte Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.

Arbeitnehmer (Begriff)

Die privatrechtliche Gültigkeit des Arbeitsvertrages ist nicht Voraussetzung für die Bejahung der Arbeitnehmereigenschaft. Auch der Arbeitende, der auf Grund eines rechtsunwirksamen Arbeitsvertrages tätig wurde, ist Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsrechtes (sogenanntes faktisches Arbeitsverhältnis).

2 **Arbeit auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages.** Das Arbeitsverhältnis kommt durch Rechtsgeschäft und nicht durch die bloße Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb zu Stande.

Beispiel: Mitarbeiter der Zeitarbeitsfirma, die von der Zeitarbeitsfirma an einen Arbeitgeber ausgeliehen werden, werden zwar in den Betrieb des Arbeitgebers eingegliedert, haben aber ihr Arbeitsverhältnis mit der Zeitarbeitsfirma.

Demgegenüber knüpft die Mitbestimmung des Betriebsrates bei Einstellungen an die tatsächliche Beschäftigung, das heißt die Eingliederung von Personen in Betrieb, an.

Durch das Merkmal "Grund eines privatrechtlichen Vertrages" werden auch andere Personengruppen abgegrenzt, die zwar abhängige Arbeit leisten, aber nicht dem Arbeitsrecht unterstehen. Hierzu zählen Beamte, die ihre Arbeit auf Grund eines öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnisses leisten, oder Personen, die zwangsweise auf Grund eines öffentlich-rechtlichen Gewaltverhältnisses zu Arbeit verpflichtet sind, wie beispielsweise Strafgefangene oder Zivildienstleistende.

Familiäre Mitarbeit beruht nicht auf einem privatrechtlichen Vertrag, sondern auf den Vorschriften des Familienrechts, §§ 1356, 1619 BGB, allerdings ist neben der familienrechtlichen Rechtsbeziehung auch der Abschluss eines Arbeitsvertrages möglich.

3 Leisten von Arbeit. Arbeit ist im wirtschaftlichen Sinne zu verstehen. Es ist jede Betätigung und jedes Verhalten, das der Befriedigung eines Bedürfnisses dient und im Wirtschaftsleben als Arbeit qualifiziert wird. Leistung von Arbeit bedeutet, dass nicht die Herbeiführung eines bestimmten Arbeitserfolges (Abgrenzung zum Werkvertrag), sondern das bloße Wirken, die Arbeitsleistung als solche mit im Voraus nicht abgegrenzten Einzelleistungen, geschuldet wird.

4 Arbeit im Dienste eines Anderen. Die vertraglich geschuldete Leistung ist vom Arbeitnehmer im Rahmen einer vom Dritten bestimmten Arbeitsorganisation zu erbringen. Die Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation zeigt sich insbesondere darin, dass der Beschäftigte einem Weisungsrecht seines Vertragspartners unterliegt. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen.

Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Das Bundesarbeitsgericht verweist insoweit auf § 84 Abs. 1 Satz 2 Handelsgesetzbuch, dass ein typisches Abgrenzungsmerkmal enthält. Über ihren unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus enthält die Bestimmung eine allgemeine gesetzgeberische Wertung, die bei der Abgrenzung des Dienstvertrages vom Arbeitsvertrag und damit für die Merkmale der Arbeitnehmereigenschaft zu beachten ist. Ob der erforderliche Grad der persönlichen Abhängigkeit besteht, überprüft die Rechtsprechung anhand einer Reihe von Merkmalen (Indizien):

- Eingliederung in die fremde betriebliche Organisation
- Eigenart und Organisation der Tätigkeit
- Weisungsgebundenheit hinsichtlich Ort, Zeit, Dauer und Art der Tätigkeit
- Persönliche Leistung oder Einsatz
- Einsatz eigener Betriebsmittel, Unterhaltung einer eigenen Betriebsstätte
- Art und Modalitäten der Entgeltzahlung

Im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung entscheidet das

Bundesarbeitsgericht, ob der betreffenden dem Typus des Arbeitnehmers oder des Selbstständigen zuzuordnen ist. Dabei haben nicht alle Indizien das gleiche Gewicht. Entscheidend ist für das Bundesarbeitsgericht die Einbindung in eine von einem Dritten bestimmte Arbeitsorganisation.

Für die Abgrenzung selbstständiger und unselbstständiger Tätigkeit kann nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes auch die Art der Tätigkeit von Bedeutung sein. Bei untergeordneten, einfachen Arbeiten ist eher eine Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation anzunehmen, als bei gehobenen Tätigkeiten. Die wirtschaftliche Abhängigkeit ist weder erforderlich noch ausreichend. Manche Tätigkeiten können nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichtes sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als auch im Rahmen freier Dienstverträge oder Werkverträge erbracht werden (beispielsweise Rechtsanwalt), andere regelmäßig nur im Rahmen von Arbeitsverhältnissen (beispielsweise Rechtsanwaltsfachangestellte).

Es kommt nicht darauf an, wie die Parteien das Vertragsverhältnis bezeichnen. 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. Durch Parteivereinbarung kann die Bewertung einer Rechtsbeziehung als Arbeitsverhältnis nicht abbedungen und der Geltungsbereich des Arbeitnehmerschutzrechtes nicht eingeschränkt werden. Wenn der Vertrag abweichend von den ausdrücklichen Vereinbarungen vollzogen wird, ist in aller Regel die tatsächliche Durchführung maßgebend. Denn die praktische Handhabung lässt Rückschlüsse darauf zu, von welchen Rechten und Pflichten die Parteien in Wirklichkeit ausgegangen sind.

Von *praktisch größter Bedeutung* ist die Unterscheidung zwischen Arbeitnehmereigenschaft und selbstständigem freien Mitarbeitertum im Arbeitsrecht für den Kündigungsschutz, darüber hinaus im Sozialversicherungsrechts für die Versicherungspflicht und die Beiträge des Arbeitgebers zur Sozialversicherung sowie schließlich im Steuerrecht für die Lohnsteuer und die Haftung des Arbeitgebers auf nicht entrichtete Lohnsteuern. Sozialversicherungsträger und Finanzämter führen regelmäßig Außenprüfungen durch, die sich auch mit dem Status der Beschäftigten als Arbeitnehmer oder freie Mitarbeiter befassen.

5 Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft kann durch Erhebung einer entsprechenden Klage beim örtlich zuständigen Arbeitsgericht erfolgen. Für die Begründung der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte reicht in allen Fällen die bloße Rechtsansicht des Klägers, er sei Arbeitnehmer. Der Klageantrag kann zulässigerweise auf die Statusfragen beschränkt werden, wenn ein Rechtsschutzbedürfnis besteht.

6 Einzelne Gruppen von Arbeitnehmern. Gem. § 5 Abs. 1 Arbeitsgerichtsgesetz gehören zu den Arbeitnehmern die Arbeiter und Angestellten, die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten, die in Heimarbeitsbeschäftigten und die ihnen Gleichgestellten (siehe § 1 Heimarbeitsgesetz). Daneben enthält § 5 Abs. 3 BetrVG den Begriff des leitenden Angestellten.

Die Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten hat eine lange Tradition, in der Praxis jedoch nur noch geringe Bedeutung. Arbeiter sind alle Arbeitnehmer, die

nicht Angestellte sind. Einen eigenen arbeitsrechtlichen Angestelltenbegriff gibt es nicht, nach herkömmlicher Auffassung setzt das maßgebliche Abgrenzungskriterium an der Tätigkeit des Arbeitnehmers an. Ist sie überwiegend geistig, ist der Arbeitnehmer angestellt, ist sie überwiegend körperlich, ist er Arbeiter. Den leitenden Angestellten definiert das Betriebsverfassungsgesetz in § 5 Abs. 3,4 nur für seinen Anwendungsbereich. Kennzeichnend für den leitenden Angestellten ist, dass er für das Unternehmen oder ein Betrieb des Unternehmens unter eigener Verantwortung typisch Unternehmerfunktionen mit einem eigenen erheblichen Entscheidungsspielraum wahrnimmt.

Organmitglieder juristischer Personen zählen im Arbeitsrecht nicht zu den Arbeitnehmern. Der ihnen fehlt es nicht nur an der persönlichen Abhängigkeit, sie repräsentieren vielmehr die juristische Person unmittelbar als Arbeitgeber. Dies gilt nicht nur für den Vorstand einer Aktiengesellschaft, sondern auch für den GmbH-Geschäftsführer, gleich ob er als Fremdgeschäftsführer oder geschäftsführender Gesellschafter tätig ist. Die Arbeitnehmereigenschaft des GmbH-Geschäftsführers ist deshalb i. d. R. zu verneinen. Nur ausnahmsweise kann das Anstellungsverhältnis eines Geschäftsführers ein Arbeitsverhältnis sein, wenn über die gesellschaftsrechtlichen Weisungsrechte hinaus die Gesellschaft typische arbeitsrechtliche, das heißt arbeitsbegleitende und die konkrete Leistungserbringung steuernde Weisungen erteilen kann.

7 Arbeitnehmer als Verbraucher. Gem. § 13 BGB ist Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Die Frage, ob der Arbeitnehmer Verbraucher ist, ist nach der Schuldrechtsreform umstritten.

8 Lohnsteuerrecht. Die lohnsteuerrechtliche Bedeutung des Arbeitnehmerbegriffes liegt darin, dass der Arbeitgeber vom Arbeitslohn des Arbeitnehmers in die Lohnsteuer einzubehalten, anzumelden und abzuführen hat. Trotz dieses Verfahrens bleibt der Arbeitnehmer Steuerschuldner. Der Arbeitgeber ist nur dann Schuldner der Lohnsteuer, wenn die Lohnsteuer in bestimmten Fällen pauschal vom Arbeitgeber getragen wird. Der Arbeitgeber wird Haftungsschuldner der Lohnsteuer, wenn er die Lohnsteuer vom Arbeitslohn einbehält, aber nicht an das Finanzamt abgeführt oder wenn er es pflichtwidrig unterlässt, die Lohnsteuer einzubehalten.

9 Sozialversicherungsrecht. Hauptanknüpfungspunkt für die Versicherungspflicht und die daraus herzuleitenden sozialen Rechte ist - neben weiteren Voraussetzungen - in allen Zweigen der Sozialversicherung das Vorliegen einer Beschäftigung. Zwar unterfällt die Tätigkeit innerhalb eines Arbeitsverhältnisses traditionell den Schutzbereich des Sozialversicherungsrechts, jedoch sind der arbeitsrechtliche Begriff des Arbeitnehmers und der sozialrechtliche Begriff der Beschäftigung nicht identisch.

In Abgrenzung zur selbstständigen Tätigkeit bestimmt die Legaldefinition des §§ 7 Abs. 1 SGB IV, dass Beschäftigung nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis ist. Der Erwerb beruflicher Kenntnisse, Fertigkeiten oder

Erfahrungen im Rahmen betrieblicher Berufsbildung gilt ebenfalls als Beschäftigung, § 7 Abs. 2 SGB IV.

Freie Mitarbeiter

1 **Begriff.** Freie Mitarbeit ist selbstständige unternehmerische Tätigkeit einer natürlichen Person für ein fremdes Unternehmen auf dienst- oder werkvertraglicher Grundlage.

Durch das Merkmal der selbstständigen unternehmerischen Tätigkeit unterscheidet sich der freie Mitarbeiter grundlegend von dem in persönlicher Abhängigkeit stehendem Arbeitnehmer, der seine Dienstleistung im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation erbringt.

Ob freie Mitarbeit oder ein Arbeitsverhältnis vorliegt, richtet sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls. Wird der freie Mitarbeiter in einem fremden Betrieb tätig, kommt es zur Abgrenzung gegenüber dem Arbeitsverhältnis darauf an, ob er so in die Arbeitsorganisation des fremden Betriebes eingegliedert wird, dass der Betriebsinhaber oder die für ihn verantwortlich tätigen Personen die für ein Arbeitsverhältnis typische Entscheidungen über seinen Einsatz auch nach Ort und nach Zeit treffen und damit die Personalhoheit haben.

Die bloße Festlegung des zeitlichen Umfangs der Tätigkeit berührt die persönliche Unabhängigkeit nicht, wenn der Mitarbeiter innerhalb des vereinbarten zeitlichen Rahmens die Zeit seiner Tätigkeit frei bestimmen kann. Wenn aber die Arbeitszeit eines vollschichtig beschäftigten Arbeitnehmers erreicht wird, Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit wie auch die Lage der Pausen vorgegeben werden und die Tätigkeit in einem fremden Unternehmen zu erbringen ist, ist i. d. R. davon auszugehen, dass die Freiheit der Zeitbestimmung aus tatsächlichen Gründen nicht besteht.

Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation kann sich darin ausdrücken, dass der Mitarbeiter in die Arbeitsabläufe des Unternehmens fest eingeplant ist und deshalb für ihn die Notwendigkeit besteht, ständig den mit Arbeitnehmern des Unternehmens zusammenzuarbeiten. Weitere Merkmale können sein, dass der Mitarbeiter für die Erfüllung seiner Aufgaben auf den technischen Apparat des fremden Unternehmens, wie zum Beispiel Büroräume, Telefon, Labor, Werkstatt, Maschinen und so weiter angewiesen ist, oder dauernd in einem fremden Unternehmen präsent ist oder ausschließlich fremdes Arbeitsmaterial verwendet.

Je mehr der Dienstberechtigte den Inhalt der Arbeitsleistung einseitig bestimmen und dem Dienstverpflichteten weitere Aufgaben übertragen kann, spricht dies für ein Arbeitsverhältnis.

Typisch für selbstständige Arbeit ist, dass der selbstständig Tätige ein eigenes Unternehmerrisiko trägt. Freie Mitarbeit ist in aller Regel zu bejahen, wenn der Mitarbeiter gleichzeitig bei eigener Zeithoheit für mehrere Unternehmen tätig ist.

Eine Gewerbebeanmeldung ist als Abgrenzungsmerkmal unbeachtlich.

Praktikant

- 1 **Begriff.** Praktikant ist, wer sich für eine vorübergehende Dauer zwecks Erwerb praktische Kenntnisse und Erfahrungen einer bestimmten betrieblichen Tätigkeit und Ausbildung, die keine systematische Berufsausbildung darstellt, im Rahmen einer Gesamtausbildung unterzieht, weil er diese für die Zulassung zum Studium oder Beruf, zu einer Prüfung oder zu anderen Zwecken benötigt. Mit Ausnahme der Hochschul- und FH-Praktikanten sind Praktikanten zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte und damit Arbeitnehmer.
- 2 **Abgrenzung zum Auszubildenden.** Der Unterschied besteht im wesentlichen nur darin, dass vom Auszubildenden eine im Einzelnen genau geregelte, möglichst vollständige Ausbildung zu einem anerkannten Lehrberuf, insbesondere im Handel, Gewerbe und Handwerk, mit abschließender Prüfung angestrebt wird. Der Auszubildende ist für die Erreichung des Berufsziels mitverantwortlich und hat den Auszubildenden gegebenenfalls mit Nachdruck zur Erreichung seines Berufsziels einzuhalten. Einem Praktikanten gegenüber ist der Arbeitgeber nur verpflichtet, ihn die Gelegenheit zu geben, selbst den gewünschten Nutzen für das berufliche Fortkommen zu ziehen, indem er ihm die betrieblichen Informationen, die personelle Einweisung, die Unterlagen und das Material gibt.

Werden Schüler im Rahmen eines Berufspraktikums in Betrieb tätig, kommt wieder ein Ausbildungs- noch ein Arbeitsverhältnis mit dem Betriebsinhaber zu Stande. Bei den Betriebspraktika handelt sich um Schulveranstaltungen, die in einem Betrieb als Ort durchgeführt werden. Die Einzelheiten der mit der Durchführung verbundenen Pflichten und Rechtsbeziehungen ergeben sich aus dem Schulrecht und den für Betriebspraktika erlassenen Richtlinien.

Bewerbung

- 1 **allgemeines.** Mit einer Bewerbung bringt der Arbeitnehmer sein Interesse an der Aufnahme eines Arbeitsverhältnisses zum Ausdruck. Mit jeder Bewerbung entstehen mehr oder weniger verdichtete Rechtsbeziehungen, die dann auch zu Rechtsansprüchen führen können, wenn es nicht zum Abschluss eines Arbeitsvertrages kommt.
- 2 **Bewerbungsunterlagen** sind regelmäßig das Bewerbungsschreiben, Lebenslauf, Arbeitszeugnisse, Schul- oder Hochschulbescheinigungen, Ausbildungsnachweise, Referenzen usw. Die Beschaffungskosten (Kopien, Lichtbild) trägt der Arbeitnehmer, einschließlich der erforderlichen Vermittlungskosten. Das gilt auch für ein vom Arbeitgeber verlangtes Führungszeugnis.
- 3 **Verwahrung und Rücksendung.** Auf unverlangt eingehende Bewerbungen braucht der Arbeitgeber nicht zu reagieren, die Bewerbungsunterlagen sind nur zurückzusenden, wenn der Bewerber einen Freiumschlag beigelegt hat. Eine Rechtspflicht besteht allerdings nicht. Meldet sich der Bewerber innerhalb angemessener Frist nicht erneut, können die Unterlagen vernichtet werden. Das dürfte auch für Originale gelten.

Anderes gilt bei Bewerbungen, zu denen der Arbeitgeber, wenn auch allgemein

über Inserat oder Agentur für Arbeit, aufgefordert hat. Neben einer üblichen Eingangsbestätigung sind dem Arbeitnehmer die Unterlagen vollständig nach Abschluss des erfolglosen Bewerbungsverfahrens auf Kosten des Arbeitgebers zurückzusenden. In der Zwischenzeit sind die Unterlagen sorgfältig zu verwahren, bei Beschädigungen oder Verlust ist Ersatz zu leisten. Führt die Bewerbung zur Einstellung des Arbeitnehmers, werden die Unterlagen Gegenstand der Personalakte.

4 Vorstellungskosten. Fordert der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auf, sich persönlich vorzustellen, werden die damit verbundenen Aufwendungen auch ohne besondere Vereinbarung verkehrsüblich vom Arbeitgeber von vornherein übernommen oder gegen Beleg erstattet.

Hierzu ist er nach ganz herrschende Meinung verpflichtet, auf die Vorschriften des Auftragsrechts wird zurückgegriffen §§ 662 bis 676 BGB. Das gilt auch dann, wenn die Aufforderung des Arbeitgebers auf eine Initiativbewerbung des Arbeitnehmers zurückgeht. Unerheblich ist, ob es zur Einstellung des Bewerbers kommt. Der Arbeitgeber kann den Anspruch dadurch ausschließen, dass er vorher den Bewerber ausdrücklich darauf hinweist, dass etwaige Kosten nicht übernommen werden.

Art und Höhe der zu tragenden Kosten bestimmen sich nach angemessener Billigkeit und Erforderlichkeit. Dazu gehören Fahrtkosten, allerdings nur von dem dem Arbeitgeber bekannten Reiseort des Arbeitnehmers. Regelmäßig sind bei Benutzung des PKW die gefahrenen Kilometer zu erstatten, auf die steuerliche Pauschale kann zurückgegriffen werden. Angesichts der Üblichkeit der Pkw-Benutzung beschränkt sich der Anspruch des Arbeitnehmers auf die niedrigeren Kosten öffentlicher Verkehrsmittel nur bei einem entsprechenden vorherigen Hinweis des Arbeitgebers. Flugkosten sind i. d. R. nur zu erstatten, wenn der Arbeitgeber ihre Übernahme zugesagt hatte. Übernachtungskosten sind zu übernehmen, wenn dem Arbeitnehmer nach der zeitlichen Lage des Vorstellungsgesprächs erkennbar am gleichen Tag eine An- und Abreise nicht zumutbar ist. Regelmäßig ist der Verpflegungsaufwand nach Beleg oder steuerliche Pauschale zu erstatten. Die Verjährungsfrist beträgt drei Jahre, § 195 BGB.

Der dem Arbeitnehmer entstehende Zeitaufwand ist nicht auszugleichen, und zwar weder ein genommener Urlaubstag noch ein etwaiger Verdienstausschlag. Mit derartigen Kosten braucht der Arbeitgeber i. d. R. nicht zurechnen, sie sind nicht verkehrsüblich, zumal der Arbeitnehmer von seinem bisherigen Arbeitgeber bezahlte Freizeit zur Stellensuche beanspruchen kann.

5 Lohnsteuerrecht. Bewerbungskosten sind vorweggenommene Werbungskosten, die nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Einkommensteuergesetz abziehbar sind, auch wenn es nicht zu den erstrebten Einnahmen kommt. Zu den berücksichtigungsfähigen Aufwendungen des Arbeitnehmers gehören neben den dem Einstellungsgespräch vorausgehenden Kosten (Fertigungskosten, Schicken von Unterlagen, Telefon usw.), die mit dem Einstellungsgespräch verbundenen Reisekosten, so weit diese nicht übernommen werden. So weit der künftige Arbeitgeber Reisekosten steuerfrei ersetzt, ist der Werbungskostenabzug nach § 3c Einkommensteuergesetz ausgeschlossen.

Für den Arbeitgeber sind die erstatteten Reisekosten abzugsfähige Betriebsausgaben.

Personalauswahl

Der Arbeitgeber ist grundsätzlich frei in seiner Entscheidung, ob und mit wem er einen Arbeitsvertrag schließt. Aus dem Gesichtspunkt gestörter Vertragsparität und dem daraus folgenden besonderen Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer haben Gesetzgeber und Rechtsprechung die Abschlussfreiheit des Arbeitgebers allerdings in mehrfacher Hinsicht beschränkt.

1 gesetzliche Beschränkungen der Auswahlfreiheit des Arbeitgebers. Bei der Auswahl unter den Arbeitsplatzbewerbern ist der Arbeitgeber zunächst an bestimmte gesetzliche verbindliche Beschäftigungsverbote und -gebote gebunden, wie zum Beispiel die Beschäftigungspflicht von Schwerbehinderten. Weitere Beschränkungen bei der Personalauswahl hat der Arbeitgeber durch die gesetzlichen Differenzierungsverbote.

Mit dem von der Europäischen Union vorgeschriebenen Antidiskriminierungsgesetz werden Benachteiligungen aus Gründen der Rasse, wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder des sexuellen Identität ausdrücklich untersagt.

2 Einstellungsgespräch und Personalfragebogen. Aufschluss über Person, Kenntnisse und Fertigkeiten des Bewerbers lassen sich in einem Einstellungsgespräch erhalten. Die Befragung kann aber auch durch einen so genannten Einstellungs- und Personalfragebogen erfolgen. Ein Personalfragebogen ist die formularmäßig gefasste Zusammenstellung von Fragen des Arbeitgebers, die den Bewerber zum Zwecke seiner Einstellung ebenso formularmäßig zu beantworten hat.

Problematisch sind Inhalt und Umfang des Arbeitgeberfragerechtes. Das verständliche Interesse des Arbeitgebers, den Arbeitsplatz mit dem geeigneten Bewerber zu setzen und daher soviel wie möglich über den Einzelnen in Erfahrung zu bringen, findet seine Grenze im Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers. Bei der Beurteilung der Zulässigkeit einzelner Fragen bedarf es danach einer Abwägung zwischen dem Recht des Arbeitnehmers auf Schutz seiner Privat- und Intimsphäre sowie dem Interesse des Arbeitgebers an einer Risikobeschränkung bezüglich des angestrebten Arbeitsverhältnisses.

Demnach dürfen vom Arbeitgeber nur insoweit Fragen gestellt werden, als im Hinblick auf die Tätigkeit an den Arbeitsplatz ein berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers bei der Beantwortung der Frage besteht. Dies ist zu bejahen, wenn die Frage in konkreter Beziehung zum angestrebten Arbeitsplatz steht, den Menschen nicht in seiner ganzen Persönlichkeit erfassen will und nicht in den Intimbereich eindringt (Bundesarbeitsgericht DB 1984, 2706).

Der Bewerber ist verpflichtet auf zulässigerweise gestellte Fragen des Arbeitgebers wahrheitsgemäß zu antworten. Die Beantwortung unzulässiger Fragen kann er nicht mehr ablehnen, vielmehr darf er, da keine Antwort bekanntlich auch eine Antwort

ist, solche Fragen sogar unrichtig beantworten. Die wahrheitswidrige Antwort auf eine unzulässige Frage hat für ihn anerkanntermaßen keine negativen rechtlichen Konsequenzen (Bundesarbeitsgericht DB 1984, 2706).

Erkundigt sich der Arbeitgeber nicht ausdrücklich nach bestimmten risikoträchtigen Faktoren, so kann für den Bewerber gleichwohl die Verpflichtung bestehen, auch ohne entsprechende Fragen bestimmte, in seiner Person liegende Umstände zu offenbaren. Dies ist nur dann der Fall, wenn der Bewerber erkennen muss, dass er auf Grund bestimmter Umstände nicht in der Lage ist, den wesentlichen Anforderungen des vorgesehenen Arbeitsplatzes gerecht zu werden.

- 1 **Geschlechtsumwandlung.** Transsexuelle Personen, deren Geschlechtsumwandlung noch nicht erfolgt ist, sind nicht verpflichtet, von sich aus ihr wahres Geschlechts offenbaren.
 - 2 **Haftstrafe.** Muss der Arbeitnehmer demnächst eine Haftstrafe antreten und ist er aus diesem Grund am ordnungsgemäßen Dienstantritt voraussichtlich gehindert, so muss er dies unabhängig vom Grund der Haftstrafe offenbaren.
 - 3 **Krankheit.** Eine allgemeine Auskunftspflicht über behandelte oder akute Erkrankungen besteht nicht. Auch eine lediglich latente Gesundheitsgefährdung ist nicht offenbarungspflichtig. Mitzuteilen sind solche Erkrankungen, die den Arbeitnehmer wegen der Ansteckungsgefahr oder der Schwere der Erkrankung an der Erbringung der Arbeitsleistung dauerhaft hindern, beispielsweise alkoholkranker Kraftfahrer.
 - 4 **Kur.** Befindet sich der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt des voraussichtlichen Dienstantritts in Kur, so muss er dies mitteilen. Dies gilt insbesondere bei Abschluss eines befristeten Arbeitsverhältnisses.
 - 5 **Schwangerschaft.** Eine Mitteilungspflicht bezüglich einer bestehenden Schwangerschaft existiert nicht.
 - 6 **Schwerbehinderung.** Es besteht keine generelle Offenbarungspflicht, es sei denn der Arbeitnehmer vermag auf Grund seiner Behinderung die vertraglich geschuldete Tätigkeit nicht zu leisten.
 - 7 **Vorstrafen** sind grundsätzlich nicht ungefragt zu offenbaren. Der Arbeitgeber hat es in der Hand, in zulässigem Umfang zu fragen, wenn er dem Bedeutung beimisst. Etwas anderes gilt nur in dem Fall, dass sich auf Grund der Vorstrafen die generelle Ungeeignetheit des Arbeitnehmers für die Tätigkeit ergibt (z. B. wegen Sittlichkeitsdelikt vorbestrafter Erzieher).
 - 8 **Wettbewerbsverbote.** Auf bestehende einschlägige Wettbewerbsverbote muss der Arbeitnehmer von sich aus hinweisen. Dies ergibt sich aus der unter Umständen erheblichen Beeinträchtigung der geschuldeten Arbeitsleistung.
- Beim Fragerecht des Arbeitgebers sind regelmäßig das betriebliche Interesse des Arbeitgebers und das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers abzuwägen:
- 1 **Beruflicher Werdegang.** Fragen nach dem bisherigen beruflichen Werdegang und der konkreten Erwartung des Arbeitnehmers hinsichtlich des neuen Arbeitsplatzes in seiner beruflichen Entwicklung sind unbedenklich.

- 2 **Gesundheitszustand.** Fragen nach gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Arbeitnehmers sind nur insoweit zulässig, wie sie die Einseitigkeit des Arbeitnehmers auf dem vorgesehenen Arbeitsplatz betreffen. Dabei kann regelmäßig nach akuten oder früheren periodisch wiederkehrenden Kränkungen gefragt werden.
- 3 **Gewerkschaftszugehörigkeit** ist nach herrschender Meinung kein Gegenstand des arbeitgeberseitigen Fragerechts. Nacherfolgter Einstellung ist sie zur Überprüfung der Tarifbindung allerdings wohl zulässig.
- 4 **Kur.** Nach einer bereits bewilligten beziehungsweise konkret in Aussicht stehenden Kur, die den Arbeitnehmer am vereinbarten Dienstantritt hindert, darf gefragt werden.
- 5 **Lohn und Gehaltspfändungen.** Die Berechtigung dieser Frage ist streitig. Wegen des damit verbundenen, je nach Umfang der Pfändungen erheblichen zusätzlichen Arbeitsaufwandes für den Arbeitgeber ist ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers wohl zu bejahen.
- 6 **Religions- und Parteizugehörigkeit** unterliegen grundsätzlich nicht in Fragerecht des Arbeitgebers. Ausnahmen gelten bei konfessionellen oder parteipolitischen Institutionen.
- 7 **Schwangerschaft.** Das Fragerecht bezüglich der Schwangerschaft war in der Vergangenheit als solches, zumindest aber hinsichtlich seines Umfangs umstritten. Mit seiner Entscheidung NZA 03, 848 hat das Bundesarbeitsgericht die Frage geklärt: vor der geplanten unbefristeten Einstellung einer Frau verstößt sie regelmäßig gegen § 611a BGB.
- 8 **Schwerbehinderung.** Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes ist die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft uneingeschränkt zulässig. Seit in Kraft treten der Gleichbehandlungsrichtlinie der Europäischen Union und deren bevorstehende Umsetzung durch das Antidiskriminierungsgesetz erscheint die Frage nach Schwerbehinderung und Schwerbehinderteneigenschaft unzulässig. Etwas anderes kann nur gelten, wenn der Arbeitnehmer auf Grund seiner Behinderung nicht in der Lage ist, geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen.
- 9 **Sicherheitsüberprüfungen** sind im öffentlichen Dienst nach der Rechtsprechung grundsätzlich auch unter Einschaltung des Verfassungsschutzes zulässig. Gleiches gilt im privaten Unternehmen, soweit sicherheitsempfindliche Bereiche betroffen sind. Wegen des individuellen Rechts auf informationelle Selbstbestimmung bedarf jedoch die Weitergabe der so ermittelten Daten an staatliche Institutionen zwecks weiterer Überprüfung der vorherigen Zustimmung des Arbeitnehmers.
- 10 **Vergütung.** Ob der Arbeitgeber nach der Höhe der bisherigen Vergütung des Arbeitnehmers fragen darf, ist umstritten. Zum Teil wird dies mit der Begründung abgelehnt, dadurch werde die Verhandlungsposition des Arbeitnehmers geschwächt. Die Gegenmeinung sieht die Frage als zulässig an. Das Bundesarbeitsgericht differenziert nach der Relevanz der Frage für

die angestrebte Tätigkeit.

- 11 **Bei leitenden Angestellten und sonstigen Arbeitnehmern** in besonderen Vertrauensposition besteht ein berechtigtes Informationsinteresse des Arbeitgebers. Bei sonstigen Arbeitsverhältnissen ist die Frage unzulässig.
- 12 **Vorstrafen.** Der Arbeitgeber darf nach Vorstrafen nur insoweit Fragen, wie dies für die Art des besetzten Arbeitsplatzes von Bedeutung ist.
- 13 **Wehr und Ersatzdienst.** Fragen danach, ob eine Einberufung zum Wehr- und Ersatzdienst bevorsteht oder der Dienst bereits abgeleistet worden ist, sind ebenso wie die Frage nach der Schwangerschaft Geschlechts diskriminierend und daher im Anschluss an die neuere Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes unzulässig.
- 14 **Rechtsfolgen von Pflichtverstößen.** Für den Arbeitgeber ergibt sich ein Verwertungsverbot der auf rechtswidrig gestellten Fragen erlangten Antworten. Bei Ausnutzung rechtswidrig erlangter Antworten macht sich der Arbeitgeber schadensersatzpflichtig gem. § 823 BGB. Praktisch bedeutsam werden diese Ansprüche regelmäßig nur im Sonderfall der Geschlechtsdiskriminierung. § 611 a Abs. 2 BGB räumt insoweit einen Entschädigungsanspruch ein, wenn ein Arbeitsverhältnis unter Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot nicht zu Stande kommt.

Verletzt ein Arbeitnehmer die ihm obliegende Wahrheitspflicht, ist der Arbeitgeber zu einer **Anfechtung** des Arbeitsvertrages wegen arglistiger Täuschung gem. § 123 BGB oder einer außerordentlichen Kündigung gem. § 626 BGB berechtigt. Voraussetzung hierfür ist jedoch die bewusst falsche oder unvollständige Antwort auf eine zulässige Frage, wenn die Tatsache für die Einstellung kausal war und der Bewerber dies wissen oder erkennen musste.

Beispiel: ein wegen Untreue und Unterschlagung vorbestrafter Buchhalter verleugnet in einem Vorstellungsgespräch bei einer Bank seine Vorstrafen.

Daneben ist einer Anfechtung des Arbeitsvertrages gem. § 119 Abs. 2 BGB wegen Irrtums über verkehrswesentliche Eigenschaften in der Person des Bewerbers möglich. Wesentliche Eigenschaften können physische Merkmale ebenso sein wie tatsächliche und rechtliche Umstände, beispielsweise Sachkunde, Vertrauenswürdigkeit, Zuverlässigkeit, Schwerbehinderung.

Kündigungsbeschränkungen, insbesondere nach §§ 9 MuSchG, 85 SGB IX, sind bei der Anfechtung des Arbeitsverhältnisses nicht zu beachten. Eine Beteiligung des Betriebsrates ist nicht erforderlich. Ein Ausschluss der Anfechtung kommt aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben gem. § 242 BGB in Betracht, wenn der Anfechtungsgrund im Zeitpunkt der Anfechtungserklärung seine Bedeutung für die weitere Durchführung des Arbeitsverhältnisses bereits verloren hatte.

Die Anfechtung eines bereits vollzogenen Arbeitsverhältnisses hat grundsätzlich die gleiche Wirkung wie eine fristlose Kündigung. Das Arbeitsverhältnis wird nur mit Wirkung für die aufgehoben. Diese Abweichung von der in § 142 BGB vorgesehenen rückwirkenden Nichtigkeit begründet das Bundesarbeitsgericht mit dem Charakter des Arbeitsverhältnisses als Dauerschuldverhältnis und den

praktischen Schwierigkeiten bei der Rückabwicklung.

Aufgrund der Möglichkeit zur wahlweisen Geltendmachung von außerordentlicher Kündigung und Anfechtung können Wertungswidersprüche entstehen. Einmal muss der Arbeitnehmer im Fall der Kündigung innerhalb der Ausschlussfrist der §§ 4 Satz 1, 13 Abs. 1 S. 2 KSchG Feststellungsklage erheben, während das Anfechtungsrecht eine solche Frist nicht vorsieht. Zum anderen kann die außerordentliche Kündigung nach § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB nur innerhalb einer Ausschlussfrist von zwei Wochen geltend gemacht werden, dagegen ist eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach § 124 Abs. 1 BGB innerhalb eines Jahres nach Entdeckung der Täuschung durch den Anfechtungsberechtigten zulässig.

4 Testverfahren und Eignungsuntersuchungen. Graphologische Gutachten, die unter anderem Persönlichkeitsdaten zur Charakterstudie ermitteln sollen, dürfen nur mit Zustimmung des Bewerbers eingeholt werden. Diese kann nicht schon dann unterstellt werden, wenn ein handgeschriebener Lebenslauf eingereicht wird. Setzt sich der Arbeitgeber darüber hinweg, kann u. U. ein Anspruch auf Schmerzensgeld aus §§ 823, 253 Abs. 2 BGB wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechtes gegeben sein.

Psychologische Tests, Auswahlverfahren und Einstellungsuntersuchungen sind grundsätzlich nur zulässig, wenn der Bewerber einwilligt und es sich um die Ermittlung arbeitsplatzbezogener Daten handelt, wobei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt sein muss. Dabei gilt, dass alles, wonach der Arbeitgeber selbst nicht unmittelbar Fragen darf, er auch nicht über Umwege, zum Beispiel Ärzte, Psychologen, Gutachten, frühere Arbeitgeber erforschen darf.

Die heute weit verbreiteten Assessment-Center oder auch Auswahlseminare werden als systematische Verfahren zur qualifizierten Festlegung der Leistungsfähigkeit bzw. von Leistungsdefiziten definiert, bei denen gleichzeitig mehrere Kandidaten hinsichtlich der Anforderungen der zu besetzenden Stelle durch mehrere Beobachter beurteilt werden. Auch hier gilt das zuvor Gesagte entsprechend.

Keine Bedenken bestehen, wenn der Arbeitgeber bei schriftlichen Bewerbungen ein Anschreiben des Arbeitnehmers, ein Lichtbild, Zeugnisse sowie einen tabellarischen oder handschriftlichen Lebenslauf verlangt. Wünscht der Arbeitgeber einen handgeschriebenen Lebenslauf, so meint er damit die Vorlage eines eigenhändig geschriebenen Lebenslaufes. Bringt der Bewerber den von einem Dritten verfassten Lebenslauf bei, kann darin eine arglistige Täuschung liegen, die den Arbeitgeber zu Anfechtung des Arbeitsvertrages berechtigt.

5 Auswirkungen des Bundesdatenschutzgesetzes. Das Bundesdatenschutzgesetzes enthält für private Arbeitgeber keine Regelungen über die Datenerhebung, sondern erfasst erst die zweite Stufe des Speicherns. Bedeutung hat das Bundesdatenschutzgesetzes, so weit vom Arbeitgeber personenbezogene Daten in Dateien verarbeitet und genutzt werden. Einstellungsfragebögen oder Aufzeichnungen der Einstellungsgespräche sind, sofern sie nicht EDV gerechte Datenträger darstellen, keine Dateien im Sinne des Bundesdatenschutzgesetzes und damit nicht an diesem Gesetz zu messen. Das Speichern

bewerberbezogener Daten ist nach Bundesdatenschutzgesetzes bei Zweckbestimmung des Anstellungsverhältnisses zulässig.

- 6 Mitbestimmung des Betriebsrats.** Personalplanung und Auswahl durch den Arbeitgeber unterliegen der Mitbestimmung des Betriebsrates nach dem Betriebsverfassungsgesetz. Gem. § 92 BetrVG hat der Arbeitgeber den Betriebsrat über die Personalplanung rechtzeitig und umfassend zu unterrichten.
- 7 Abbruch der Vertragsverhandlungen.** Erweckt der Arbeitgeber in dem Bewerber schuldhaft das nicht gerechtfertigte Vertrauen auf ein Zustandekommen eines Arbeitsvertrages, indem er zum Beispiel den Bewerber veranlasst, seine sichere Stelle zu kündigen, so wird er bei Abbruch der Vertragsverhandlungen schadensersatzpflichtig. Das Bundesarbeitsgericht hat einem Bewerber, der infolge einer Einstellungszusage sein bisheriges Arbeitsverhältnis gekündigt hatte, einen Schadensersatzanspruch in Höhe des Verdienstaufschlags zuerkannt.
- 8 Aufklärung und Mitteilungspflichten.** Bei der Einstellungsverhandlung sind Bewerber und Arbeitgeber verpflichtet, einander über Umstände aufzuklären, die jeweils für den Entschluss des anderen von erkennbarer Bedeutung sind. Seitens des Arbeitgebers können das sein: absehbare Zahlungsschwierigkeiten hinsichtlich der Löhne und Gehälter, die voraussichtliche Verlegung oder Schließung des Betriebes, sämtliche Umstände, welche die Durchführung eines Berufsausbildungsverhältnisses hindern könnten, überdurchschnittliche Anforderungen des Arbeitsplatzes. Schadensersatzpflichten seitens des Bewerbers können entstehen, wenn dieser nicht rechtzeitig mitteilt, dass er die Stelle gar nicht antreten will, wenn er auf eine zulässige Frage des Arbeitgebers wahrheitswidrig antwortet oder für das Arbeitsverhältnis wesentliche Umstände nicht offenbart.
- 9 Austausch von Arbeitspapieren.** Seitens des Arbeitnehmers besteht grundsätzlich die Pflicht, die Lohnsteuerkarte vorzulegen. Der Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber gem. §§ 99 Abs. 1, 2; 28 o SGB IV die zur Durchführung des Meldeverfahrens nach § 28 a SGB IV und der Beitragszahlung erforderlichen Angaben zu machen und seinen Sozialversicherungsausweis vorzulegen.

Besondere Pflichten bei Beginn des Arbeitsverhältnisses

Zusätzlich gibt es für spezielle Anstellungsverhältnisse Pflichten zur Vorlage von weiteren Unterlagen, zum Beispiel für Jugendliche bezüglich der Gesundheitsbescheinigung gem. § 32 Jugendarbeitsschutzgesetz oder für Ausländer die Arbeitserlaubnis.

Der Arbeitgeber hat grundsätzlich bei Arbeitsvertragsabschluss dem Arbeitnehmer keine Arbeitspapiere zu übergeben. Allerdings ist in diesem Zusammenhang nochmals auf § 2 Nachweisgesetz zu verweisen, wonach der Arbeitgeber

spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Arbeitsbeginn die schriftliche Niederlegung der wesentlichen Vertragsbedingungen an einen Arbeitnehmer auszuhändigen hat. Des Weiteren hat der Auszubildende gem. § 4 Abs. 1 Berufsbildungsgesetz dem Auszubildenden unverzüglich nach Vertragsschluss spätestens vor Ausbildungsbeginn die schriftliche Niederlegung der wesentlichen Vertragsbedingungen auszuhändigen.

2 Anzeigepflicht. Gem. § 28 a Abs. 1 SGB IV hat der Arbeitgeber der Einzugsstelle (entweder die Krankenkasse gem. § 28 i SGB IV oder die Bundesknappschaft für die pauschalierten Beiträge bei den geringfügig entlohnten Beschäftigten) jeden in der Kranken-, Pflege- oder Rentenversicherung oder nach dem Recht der Arbeitsförderung kraft Gesetzes versicherten Beschäftigten nach § 103 SGB IV sofort bei Beschäftigungsaufnahme zu melden.

3 Begriff. Das Probearbeitsverhältnis dient Arbeitgeber und Arbeitnehmer dazu, im Rahmen einer angemessenen Zeitspanne Klarheit gewinnen zu können, ob eine dauerhafte Zusammenarbeit möglich erscheint. Gesetzlich zwingend vorgeschrieben ist eine Probezeit im Rahmen von Berufsausbildungsverhältnissen, § 13 Berufsbildungsgesetz.

Probearbeitsverhältnis

Zu unterscheiden ist das Probearbeitsverhältnis vom so genannten Einführungsverhältnis. Mit diesem wird dem Arbeitnehmer lediglich die Möglichkeit zum Kennenlernen eines Arbeitsplatzes eingeräumt, ohne dass er bereits eine Arbeitspflicht übernimmt.

Ein Probearbeitsverhältnis kann sowohl als befristetes Arbeitsverhältnis als auch als vorgeschaltete Probezeit im Rahmen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses vereinbart werden.

Die Einstellung eines Arbeitnehmers zur Probe unterliegt der Mitbestimmung des Betriebsrates gem. § 99 BetrVG.

2 Dauer der Probezeit. Gesetzlich vorgeschrieben ist eine bestimmte Dauer der Probezeit nur im Rahmen von Berufsausbildungsverhältnissen, sie muss mindestens einen Monat und dafür höchstens vier Monate betragen, § 20 Berufsbildungsgesetz. Häufig enthalten Tarifverträge Regelungen über die Probezeit. Üblich sind Höchstgrenzen von einem Monat für Arbeiter und von drei Monaten für Angestellte.

Bei der individualrechtlichen Vereinbarung von Probezeiten richtet sich die zulässige Höchstdauer nach den Anforderungen des jeweiligen Arbeitsplatzes. Im allgemeinen wird eine Probezeit von sechs Monaten als ausreichend anzusehen sein. Dafür spricht, dass mit diesem Zeitpunkt die Wartezeit für das Eingreifen des allgemeinen Kündigungsschutzes gem. § 1 Abs. 1 KSchG erfüllt ist. Bei einfacher Tätigkeit darf die Höchstdauer bei drei bis vier Monaten liegen, bei besonders anspruchsvollen Aufgaben, etwa künstlerischen oder wissenschaftlichen Berufen, wird eine Probezeit von neun und in Ausnahmefällen auch von 12 Monaten gerechtfertigt sein.

Ob sich die Probezeit durch Unterbrechungen der Tätigkeit verlängert, etwa im Krankheitsfall, ist unter Berücksichtigung des Zwecks der Probezeit und der Unterbrechung im Wege der Auslegung zu ermitteln. Kürzere krankheitsbedingte Unterbrechungen führend im allgemeinen nicht zu einer Verlängerung der Probezeit. Eine einverständliche Verlängerung der Probezeit ist innerhalb der ersten sechs Monate möglich.

3 unbefristetes Arbeitsverhältnis mit vorgeschalteter Probezeit. Insoweit nicht eine eindeutige Befristungsabrede im Arbeitsvertrag getroffen wurde, ist im Zweifel von einem unbefristeten Probearbeitsverhältnis auszugehen. Während der Probezeit kann das Arbeitsverhältnis grundsätzlich sowohl ordentlich als auch bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 626 BGB außerordentlich gekündigt werden.

- 622 Abs. 3 BGB trifft eine ausdrückliche gesetzliche Regelung über die Kündigungsfrist während der Probezeit. Diese beträgt einheitlich für Arbeiter und Angestellte zwei Wochen, so weit die Probezeit jedoch von sechs Monaten nicht übersteigt. Eine ausdrückliche Vereinbarung der kurzen Kündigungsfrist ist nicht erforderlich, sie erfolgt aus der Probezeit abrede (Landesarbeitsgericht Düsseldorf NZA 96, 1156). Längere Kündigungsfristen während der Probezeit können einzelvertraglich vereinbart werden. Kürzere als die gesetzlichen Kündigungsfristen können gem. § 622 Abs. 4 BGB nur in Tarifverträgen geregelt werden.

Die außerordentliche Kündigung während der Probezeit ist möglich, wenn die Voraussetzungen des § 626 BGB erfüllt sind, also ein wichtiger Grund vorliegt und die Zweiwochenfrist des §§ 626 Abs. 2 BGB eingehalten ist. Keinen wichtigen Grund im Sinne des §§ 626 Abs. 1 BGB stellt grundsätzlich die fehlende Eignung des Arbeitnehmers dar, denn die Frage, ob der Arbeitnehmer geeignet ist, soll ja gerade während der Probezeit geprüft werden.

4 befristetes Probearbeitsverhältnis. Der Erprobungszweck ist als sachlicher Grund für die Rechtfertigung eines befristeten Arbeitsverhältnisses anerkannt. Voraussetzung für die wirksame Befristung ist, dass die Befristung nicht durch Gesetz, Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung ausgeschlossen ist, die Dauer des befristeten Arbeitsverhältnisses in einem angemessenen Verhältnis zur Probezeit steht und der Erprobungszweck Vertragsinhalt geworden ist.

Da im Zweifel von einem unbefristeten Probearbeitsverhältnis auszugehen ist, muss sich die Befristung eindeutig aus dem Vertrag ergeben. Die Beweislast für das Vorliegen eines befristeten Probearbeitsverhältnisses trägt immer derjenige, der sich auf die Befristung beruft, im Regelfall also der Arbeitgeber.

Besondere Arbeitsverhältnisse

1 Befristete Arbeitsverhältnisse. Die Regelungen zu befristeten Arbeitsverhältnissen sind in dem Teilzeit- und Befristungsgesetz zusammengefasst. Gem. § 3 Abs. 1 Satz 1 ist ein Arbeitnehmer mit auf bestimmte Zeit geschlossenem Arbeitsvertrag ein befristet beschäftigter

Arbeitnehmer. Dabei unterscheidet § 3 Abs. 1 Satz 2 zwischen kalendermäßig befristeten und zweckbefristeten Arbeitsverträgen. § 4 Abs. 2 regelt ein ausdrückliches Diskriminierungsverbot befristet beschäftigter Arbeitnehmer, § 5 ein Benachteiligungsverbot.

Die Zulässigkeit einer Befristung bedarf grundsätzlich eines sachlichen Grundes, § 14 TzBfG. Die Befristung einzelner Arbeitsvertragsbedingungen, wie z. B. Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit bei vorübergehendem Mehrbedarf, bedarf nur dann eines sachlichen Befristungsgrundes, wenn durch die Befristung der gesetzliche Änderungskündigungsschutz umgangen würde

In § 14 Abs. 1 Satz 2 sind acht Beispiele eines sachlichen Befristungsgrundes aufgeführt. Ein sachlicher Befristungsgrund ist nicht mehr nur bei Gefahr der Umgehung des Kündigungsschutzes nötig, sondern für jegliche Befristung, die nicht nach § 14 Abs. 2 auch ohne sachlichen Grund zulässig wäre. Letztere ist für die Höchstdauer von zwei Jahren bei höchstens dreimaliger Verlängerung zulässig, sofern es sich um neue Einstellungen bei kalendermäßiger Befristung handelt. Ein bereits zuvor mit demselben Arbeitgeber bestehendes unbefristetes oder - unabhängig, ob mit oder ohne sachlichen Grund - befristetes Arbeitsverhältnis steht dem entgegen.

Die Befristung bedarf der Schriftform. Nach dem Gesetzeswortlaut muss die Befristung vor Aufnahme des Arbeitsverhältnisses vereinbart sein. Hieraus schließt das Bundesarbeitsgericht, dass auch der befristete Arbeitsvertrag schriftlich vor Aufnahme der Beschäftigung vorliegen muss. Arbeitet ein Arbeitnehmer bereits einen Tag mit mündlicher Befristungsabrede und unterzeichnet erst am zweiten Arbeitstag den schriftlichen befristeten Vertrag, so ist die Befristung unwirksam. Dies folgt nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichtes daraus, dass bei Arbeitsaufnahme ein im Zweifel unbefristeter Vertrag vorlag und ein unbefristeter Vertrag mit demselben Arbeitgeber den Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages hindert.

Seit dem 1.1.2004 besteht für neugegründete Unternehmen gem. § 14 Abs. 2 a TzBfG die Möglichkeit einer kalendermäßigen Befristung bis zu vier Jahre ohne sachlichen Befristungsgrund.

Die Regelung des §§ 14 Abs. 3, dass es für Arbeitnehmer, die das 52. Lebensjahr vollendet haben, keines sachlichen Grundes für eine Befristung bedarf, ist vom Europäischen Gerichtshof für unwirksam erklärt worden, da sie gegen die Antidiskriminierungsrichtlinie verstößt.

Die Beendigung des befristeten Arbeitsvertrages richtet sich nach § 15 Teilzeit- und Befristungsgesetz. Auch § 620 Abs. 3 BGB verweist für auf bestimmte Zeit abgeschlossene Arbeitsverträge auf das Teilzeit- und Befristungsgesetz. Wie sich bereits aus § 620 Abs. 1 und Abs. 2 BGB ergibt, endet ein befristeter Arbeitsvertrag mit Ablauf der vereinbarten Zeit oder mit dem Erreichen des Vertragszwecks. Darüber hinaus ist in § 15 Abs. 2 geregelt, dass die Beendigung auf Grund der Zweckerreichung höchstens zwei Wochen nach Zugang der schriftlichen Unterrichtung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber über den Zeitpunkt der Zweckerreichung eintritt.

Entsprechend § 620 Abs. 2 BGB kann gem. § 15 Abs. 3 ein befristetes Arbeitsverhältnis nur dann ordentlich gekündigt werden, wenn eine ordentliche Kündigungsmöglichkeit einzelvertraglich oder tarifvertraglich vereinbart ist. Die außerordentliche Kündigung auch eines befristeten Arbeitsverhältnisses ist gem. § 626 Abs. 1 BGB bei Vorliegen eines wichtigen Grundes immer möglich, außer es besteht auch insoweit ein besonderer Kündigungsschutz.

Gem. § 15 Abs. 5. TzBfG wird ein kalendermäßig oder zweckbefristetes Arbeitsverhältnis nach Zeitablauf beziehungsweise Zweckerreichung auf unbestimmte Zeit verlängert, wenn der Arbeitgeber nicht unverzüglich widerspricht oder dem Arbeitnehmer die Zweckerreichung nicht unverzüglich mitteilt.

Die Geltendmachung der Unwirksamkeit einer Befristung und damit mangels wirksamer Befristung nicht eingetretene Beendigung des Arbeitsverhältnisses muss gem. § 17 Abs. 1 Satz 1 binnen drei Wochen nach dem vereinbarten Ende des befristeten Vertrages beim Arbeitsgericht im Wege einer Verstellungsklage erhoben werden. Wird das Arbeitsverhältnis nach dem vereinbarten Ende fortgesetzt, beginnt die Zweiwochenfrist gem. § 17 Abs. 1 Satz 3 mit Zugang der schriftlichen Erklärung des Arbeitgebers, dass das Arbeitsverhältnis auf Grund der Befristung beendet sei.

2 Teilzeitbeschäftigung. Teilzeitbeschäftigt ist ein Arbeitnehmer, dessen regelmäßige Wochenarbeitszeit kürzer ist als die eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers. Ist eine regelmäßige Wochenarbeitszeit nicht vereinbart, so liegt eine Teilzeitbeschäftigung vor, wenn die regelmäßige Arbeitszeit im Durchschnitt eines Jahres unter der eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers liegt. Vergleichbar ist ein vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer des Betriebes mit derselben Art des Arbeitsverhältnisses und dergleichen oder einer ähnlichen Tätigkeit. Gibt es im Betrieb keinen vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer, so ist der vergleichbare vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer aufgrund des anwendbaren Tarifvertrages zu bestimmen, in allen anderen Fällen ist darauf abzustellen, wer im jeweiligen Wirtschaftszweig üblicherweise als vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer anzusehen ist, § 1 Abs. 2 Teilzeit- und Befristungsgesetz.

Auf das Arbeitsverhältnis des Teilzeitarbeitnehmers sind die allgemeinen arbeitsrechtlichen Bestimmungen anzuwenden. Besonderheiten können sich für das Weisungsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich der Lage und Verteilung der Arbeitszeit ergeben. Die zeitliche Lage von vornherein vertraglich festgelegten, gegebenenfalls aber praktizierten Arbeitszeiten darf der Arbeitgeber regelmäßig nicht einseitig verändern, sondern ist auf das Einverständnis des Arbeitnehmers oder eine Änderungskündigung angewiesen.

Nur die unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit begründet nach § 616 Abs. 1 Satz 1 BGB einen Anspruch auf bezahlte Freistellung. Hierzu können auch als Besucher ohne gleichzeitige Arbeitsunfähigkeit gehören. Da Teilzeitbeschäftigte jedoch meist ausreichend Zeit zur Verfügung haben, werden Arztbesuche nur in Ausnahmefällen während der Arbeitszeit notwendig sein.

Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 darf ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer wegen der verlängerten Arbeitszeit nicht schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Der Umfang der Arbeitszeit scheidet damit als Differenzierungsmerkmal aus. Das Verbot bezieht sich auf alle benachteiligenden Arbeitsbedingungen, damit auf Erklärungen, Vereinbarungen und sonstige Maßnahmen des Arbeitgebers.

In § 4 Abs. 1 Satz 2 ist ausdrücklich bestimmt, dass dem teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer Arbeitsentgelt oder eine andere teilbare Leistung mindestens in dem Umfang zu gewähren ist, der dem Anteil seiner Arbeitszeit an der Arbeitszeit eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers entspricht.

Benachteiligende Arbeitsbedingungen sind wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot i. S. von § 134 BGB nichtig und damit unbeachtlich. Der Teilzeitarbeitnehmer hat gem. § 612 BGB Anspruch auf die übliche Vergütung. Üblich kann auch eine übertarifliche Vergütung sein. Auf ein Verschulden des Arbeitgebers kommt es nicht an. Der Arbeitnehmer verlangt regelmäßig nicht Schadensersatz, sondern Erfüllung seines Anspruchs auf Gleichbehandlung. Der Anspruch ist zeitlich begrenzt. Er beschränkt sich auf die Zeit der tatsächlichen Ungleichbehandlung. Beschäftigt der Arbeitgeber keine vergleichbaren Vollzeitkräfte mehr, liegt keine Diskriminierung (mehr) vor.

Gesetzliche Ansprüche auf Verringerung der Arbeitszeit für besondere Arbeitnehmergruppen enthalten § 15 BErzGG (Elternzeit) und § 81 Abs. 5 Satz 3 SGB IX (Behinderte). Tarifliche Ansprüche bestehen unter anderem im Zusammenhang mit der Altersteilzeit und mit der Betreuung von Familienangehörigen.

Demgegenüber begründet § 8 TzBfG einen Anspruch auf Arbeitszeitverringerung für alle Arbeitnehmer. Der Arbeitgeber muss regelmäßig mehr als 15 Arbeitnehmer ausschließlich der Personen in Berufsausbildung Beschäftigten. Der Anspruch auf Verringerung entsteht nach einer Wartezeit von sechs Monaten. Der Wunsch nach Herabsetzung von deren Umfang sind fristgebundenen geltend zu machen, die gewünschte Verteilung der verbleibenden Arbeitszeit soll mitgeteilt werden. Der Arbeitgeber hat sodann mit dem Arbeitnehmer die Angelegenheit zu erörtern, mit dem Ziel, die Verringerung zu vereinbaren und die Arbeitszeit einvernehmlich zu verteilen. So weit betriebliche Gründe nicht entgegenstehen, hat der Arbeitgeber der Verringerung zuzustimmen und die Arbeitszeit wunschgemäß festzulegen. Seine Entscheidung hat der dem Arbeitnehmer frist- und formgebunden mitzuteilen. Fehlt es daran, verringert sich die Arbeitszeit in dem vom Arbeitnehmer gewünschten Umfang. Gleiches gilt für die Verteilung der Arbeitszeit: Sie gilt entsprechend den Wünschen des Arbeitnehmers als festgelegt. Die einvernehmlich und fiktive festgelegte Arbeitszeit kann der Arbeitgeber nur unter bestimmten Voraussetzungen wieder ändern. Hat der Arbeitgeber die Verringerung der Arbeitszeit berechtigt abgelehnt oder ihr zugestimmt, kann der Arbeitnehmer frühestens nach Ablauf von zwei Jahren seinen Anspruch erneut geltend machen. Dies gilt auch dafür, dass der Arbeitnehmer seiner Arbeitszeit wieder erhöhen möchte!

Die Verringerung und die Verteilung der Arbeitszeit sind spätestens drei Monate vor

deren geplanten Beginn geltend zu machen. Die Frist bestimmt sich nach §§ 188 Abs. 2, 187 Abs. 1 BGB. Zwischen dem Zugang der Erklärung beim Arbeitgeber, § 130 BGB, und dem Beginn der Arbeitszeitverkürzung müssen volle drei Monate liegen.

Der Arbeitnehmer ist nicht gehindert, sein Änderungsverlangen auch schon früher zu äußern. Häufig bietet sich eine möglichst frühzeitige Erörterung an. Dies gilt insbesondere für Arbeitnehmer, deren Elternzeit endet und die im Interesse der Kindesbetreuung mit verkürzter Arbeitszeit tätig sein wollen. Denn die Einstellung einer erforderlichen Ersatzkraft kann auf Schwierigkeiten stoßen, die nicht innerhalb von zwei Monaten überwunden werden können. Zum Inhalt der Geltendmachung gehört die Angabe des Beginns, das ist das konkrete Datum. Äußerungen wie „als bald“ oder „zum nächstmöglichen Termin“ genügen nicht.

Adressat der Geltendmachung ist der Arbeitgeber oder die von ihm zum Empfang von Vertragserklärungen bestimmten Personen, also regelmäßig die Personalabteilung, nicht aber der Vorgesetzte. Die Erklärung des Arbeitnehmers ist formfrei, sie kann also auch mündlich erfolgen. Nach § 22 TzBfG kann Schriftform auch weder arbeitsvertraglich noch durch Tarifvertrag bestimmt werden.

Nach § 8 Abs. 4 TzBfG hat der Arbeitgeber der Verringerung der Wochenarbeitszeit zuzustimmen und ihre Verteilung entsprechend den Wünschen festzulegen, sofern nicht betriebliche Gründe entgegenstehen. Nicht verlangt werden dringende betriebliche Gründe. Dringende Gründe sind solche, die gleichsam zwingend verlangen, die bestehende Arbeitszeitregelung beizubehalten. Betriebliche Gründe i. S. von § 8 brauchen dieses Gesicht nicht zu haben. Hier wird vorausgesetzt, dass die Änderung der Arbeitszeit einer wesentlichen Beeinträchtigung der Organisation, des Arbeitsablaufs oder die Sicherheit im Betrieb führt oder unverhältnismäßige Kosten verursacht. Insoweit genügen nachvollziehbare, plausible Gründe. Eine Interessenabwägung braucht nicht stattzufinden, stehen betriebliche Gründe dem Begehren des Arbeitnehmers entgegen, hat er das hinzunehmen.

Nach § 9 TzBfG kann ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer die Verlängerung seiner Arbeitszeit wünschen. Bei gleicher Eignung muss der Arbeitgeber diesen Arbeitnehmer bei der Besetzung eines entsprechenden freien Arbeitsplatzes bevorzugen, außer es stehen dringende betriebliche Gründe oder Arbeitszeitwünsche anderer Arbeitnehmer entgegen.

Der Arbeitgeber ist jedoch nicht verpflichtet, einen neuen Vollzeitarbeitsplatz einzurichten oder die betriebliche Stundenzahl aufzustocken.

3 Leiharbeiternehmer. Bei der Arbeitnehmerüberlassung stellt der Verleiher bei ihm angestellte Arbeitnehmer einem anderen Unternehmer (Entleiher) gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung zur Verfügung. Ein Arbeitsverhältnis besteht nur zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeiternehmer. Zum Entleiher besteht kein Arbeitsverhältnis. Dem Entleiher wird durch den Verleiher jedoch die Befugnis eingeräumt, wenn Leiharbeiternehmer nach eigenen Weisungen einzusetzen. Die Arbeitgeberbefugnisse und seine Verpflichtung, insbesondere das Direktions- oder Weisungsrecht sowie die Schutz und Fürsorgepflichten des Arbeitgebers, sind zwischen Verleiher und Entleiher aufgespalten.

Damit der Arbeitnehmer seine Leistung von abhängiger Arbeit gegenüber einem Dritten erbringen soll, bedarf es dazu gem. § 613 Satz 2 BGB seiner Zustimmung. Der Verleiher schuldet dem Arbeitnehmer die vertraglich vereinbarte Vergütung.

Für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher haben Arbeitnehmer schon ab dem ersten Einsatztag Anspruch auf die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts. Wesentliche Arbeitsbedingungen sind nach der Gesetzesbegründung alle nach dem allgemeinen Arbeitsrecht vereinbarten Bedingungen wie Dauer der Arbeitszeit und des Urlaubs oder die Nutzung sozialer Einrichtungen. Mit dem Arbeitsentgelt ist nicht nur das laufende Entgelt betroffen, sondern es sind auch Zuschläge, Ansprüche auf Entgeltfortzahlung und Sozialleistungen und andere Lohnbestandteile erfasst. Auch Beiträge zur betrieblichen Altersversorgung, Sachleistungen wie die Überlassung des Firmenwagens, Möglichkeiten zum verbilligten Einkauf sowie den Optionen beim Entleiher sind Entgeltbestandteil.

Die Pflicht zur gleichen Vergütung von Leiharbeiter und Stammarbeiter des Entleihers besteht nur für die Zeit der Überlassung an einen Verleiher. In den verleihfreien Zeiten gelten die mit dem Verleiher als Arbeitgeber für die verleihfreie Zeit vereinbarten Arbeitsbedingungen, es sei denn, auf das Leiharbeitsverhältnis finden Tarifverträge Anwendung. Eine Vereinbarung im Leiharbeitsvertrag, die zwischen den Arbeitsbedingungen für Zeiten der Überlassung und für verleihfreie Zeiten unterscheidet, ist rechtlich zulässig, wie § 11 Abs. 1 Nr. 2 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz zu entnehmen ist.

Pflichten des Arbeitnehmers

1 Arbeitspflicht als Hauptpflicht. Der Arbeitsvertrag ist ein Unterfall des Dienstvertrags nach § 611 BGB. Er bezieht sich im Gegensatz zu freien Dienstverträgen statt auf die Verpflichtung zu selbständiger, unabhängiger Arbeitsleistung auf abhängige, persönlich weisungsgebundene Arbeit. Gemäß § 611 I BGB obliegt dem Arbeitnehmer als vertragliche Hauptpflicht die „Leistung der versprochenen Dienste“. Diese Hauptpflicht des Arbeitnehmers bezieht sich auf Art, Zeit und Ort der geschuldeten Arbeit, die sich primär aus dem Arbeitsvertrag herleitet, wobei ergänzend die gesetzlichen Vorschriften, gegebenenfalls Bestimmungen des Tarifvertrags bzw. einer Betriebsvereinbarung, sowie allgemeine Arbeitsbedingungen, betriebliche Übung, Gleichbehandlungsgrundsatz sowie das Direktionsrecht des Arbeitgebers zu beachten sind.

Die Arbeitspflicht hat der Arbeitnehmer grundsätzlich gemäß § 613 S. 1 BGB durch seine eigene Person zu erbringen, wobei die Personengebundenheit des Arbeitsverhältnisses gemäß § 613 S. 2 BGB grundsätzlich auch den Arbeitgeber betrifft. Die hieraus abgeleitete langjährige Rechtsprechung des BAG hinsichtlich eines Widerspruchsrechts des Arbeitnehmers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses vom bisherigen zum neuen Arbeitgeber sowie die Pflicht des bisherigen oder neuen Arbeitgebers zur Unterrichtung über den Betriebsübergang ist seit 23.03.2002 gesetzlich gefasst in § 613a V und VI BGB.

Die Arbeit darf die Grenzen der Zumutbarkeit nicht überschreiten (z.B. vermeidbare Gewissenskonflikte). Zu Nebenarbeiten wie z.B. Putzen, Materialheranschaffung u.ä., die nicht der vertraglich übernommenen Arbeitsleistung bzw. bei Auszubildenden der Berufsausbildung entsprechen und dienen, ist der Arbeitnehmer nicht verpflichtet. Allenfalls bei Notfällen kann der Arbeitnehmer aufgrund einer gesteigerten Treuepflicht zur Leistung von Nebenarbeiten außerhalb des arbeitsvertraglichen Rahmens verpflichtet sein.

Hinsichtlich der **Arbeitszeit** gilt: Der Arbeitnehmer muss nicht länger arbeiten, als nach dem ArbZG erlaubt ist. Wenn eine über § 3 ArbZG hinausgehende werktägliche Arbeitszeit vereinbart sein sollte, wäre eine entsprechende arbeitsvertragliche Bestimmung gemäß § 134 BGB aufgrund Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz nichtig. Nach § 3 ArbZG ist eine werktägliche Arbeitszeit von 8 Stunden einzuhalten, wobei diese auf 10 Stunden verlängerbar ist, wenn innerhalb von 6 Monaten bzw. 24 Wochen eine durchschnittliche Tagesarbeitszeit von 8 Stunden nicht überschritten wird. Länger als 6 Stunden hintereinander darf der Arbeitnehmer gemäß § 4 ArbZG nicht ohne Ruhepause beschäftigt werden. Gemäß § 2 I ArbZG gehören Ruhepausen nicht zur Arbeitszeit.

In außergewöhnlichen Fällen kann nach § 14 ArbZG von den grundsätzlichen Arbeitszeitbegrenzungen des ArbZG abgewichen werden bzw. sind Abweichungen tarifvertraglich gemäß § 7 ArbZG möglich.

Für über die gesetzliche Arbeitszeit hinausgehende Mehrarbeit gelten Einschränkungen für Mütter in § 8 II MuSchG, sowie ein Freistellungsanspruch für Schwerbehinderte nach § 124 SGB IX. Nach § 8 Abs. 1 JArbSchG dürfen Jugendliche nicht mehr als 8 Stunden täglich und 40 Stunden wöchentlich beschäftigt werden. Allerdings können Jugendliche gemäß § 8 Abs. 2 a JArbSchG bei Verkürzung der Arbeitszeit an einzelnen Werktagen auf weniger als 8 Stunden an den übrigen Werktagen 8,5 Stunden beschäftigt werden.

Gemäß § 15 JArbSchG dürfen Jugendliche grundsätzlich nur an fünf Tagen in der Woche beschäftigt werden. §§ 9 ff JArbSchG beinhalten weitere zeitbezogene Sondervorschriften für Jugendliche wie z.B. das Erfordernis von Ruhepausen gemäß § 11 JArbSchG bei einer Arbeitszeit von mehr als 4,5 Stunden bis zu 6 Stunden von mindestens 30 Minuten bei jeweils mindestens 15-minütiger Pause und von 60 Minuten bei einer Arbeitszeit von mehr als 6 Stunden. Nach § 14 JArbSchG darf ein Jugendlicher nur in Ausnahmefällen nach 20 Uhr beschäftigt werden, sowie gemäß §§ 16, 17 JArbSchG grundsätzlich nicht am Samstag bzw. Sonntag. Für Berufsschulunterricht sind Jugendliche gemäß § 9 JArbSchG bzw. gemäß § 7 BBiG freizustellen. Von diesen Bestimmungen kann nach § 21 a JArbSchG nur tarifvertraglich abgewichen werden, einzelvertraglich sind sie unabdingbar.

Nach § 48 JArbSchG besteht für einen Arbeitgeber, der regelmäßig mindestens drei Jugendliche beschäftigt, eine Aushangpflicht bzgl. der täglichen Arbeitszeit und Pausen.

Die Anordnung von Mehrarbeit oder Vor- und Abschlussarbeiten kann der Arbeitgeber durch sein Direktionsrecht nur anordnen, wenn es arbeitsvertraglich vorgesehen ist oder in außergewöhnlichen Fällen i.S.d. § 14 ArbZG bzw. in

Notfällen, sowie nicht gesetzlichen Verboten wie z.B. § 8 II MuSchG widerspricht.

2 Nebenpflichten. Der Arbeitnehmer hat nach dem Grundsatz von Treu und Glauben die Interessen seines Arbeitgebers bzw. den Zweck des Arbeitsvertrags zu berücksichtigen. Letztlich lassen sich sämtliche Nebenpflichten des Arbeitnehmers auf diese Treuepflicht zurückführen:

Der Arbeitnehmer ist zur **Verschwiegenheit** verpflichtet. Die sich aus der allgemeinen Treuepflicht ergebende Verschwiegenheitspflicht umfasst Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie durch die betriebliche Tätigkeit dem Arbeitnehmer zur Kenntnis gelangte Tatsachen, die die Person des Arbeitgebers oder eines Arbeitnehmers besonders betreffen. Darüber hinaus ist ein Arbeitnehmer zur Verschwiegenheit nur dann und insoweit verpflichtet, als hierüber eine vertragliche Vereinbarung mit dem Arbeitgeber getroffen ist oder der Arbeitgeber die betreffende Tatsache als geheimhaltungsbedürftig bezeichnet hat und soweit die weitergehende Verschwiegenheitspflicht durch betriebliche Belange gerechtfertigt ist.

Der Arbeitnehmer hat Schäden, Störungen oder voraussichtliche Arbeitsverhinderung mitzuteilen und sich an **die Schutz- und Unfallverhütungsvorschriften zu halten** (vgl. §§ 15, 16 ArbSchG).

Der Arbeitnehmer darf **keine Arbeitnehmer abzuwerben versuchen**, oder sich sonst illoyal bzgl. des Arbeitgebers verhalten.

Während des bestehenden Arbeitsverhältnisses gilt für den Arbeitnehmer ein **Wettbewerbsverbot**, wonach er nur mit Einwilligung des Arbeitgebers mit diesem konkurrierende Geschäfte auf eigene oder fremde Rechnung betreiben dürfte. Allerdings kann der Arbeitnehmer noch während Bestehens des Arbeitsverhältnisses Vorbereitungen für eine nachvertragliche Konkurrenztaetigkeit treffen, wenn er keine Arbeitnehmer abwirbt oder schon als Konkurrent taetig ist.

Ein **nachvertragliches Wettbewerbsverbot** muss eigens vereinbart werden und ist nur nach den Maßgaben der §§ 74 ff HGB, auf deren entsprechende Anwendung § 110 GewO verweist, wirksam. Gemäß § 74 I HGB muss das nachvertragliche Wettbewerbsverbot als schriftliche Urkunde dem Arbeitnehmer vorliegen, darf die Höchstdauer i.S.d. § 74a I 3 HGB von 2 Jahren nicht übersteigen und muss dem Arbeitnehmer nach § 74 II HGB eine Karenzentschädigung von mindestens jährlich der Hälfte der zuletzt bezogenen Leistungen für die Dauer des Wettbewerbsverbotes gewährt werden. Anderweitiger Erwerb während des Wettbewerbsverbots ist nach den Maßgaben des § 74c HGB anzurechnen.

Hinsichtlich **Mandantenschutzklauseln** gilt Folgendes:

Wenn Mandantenschutzklauseln lediglich verbieten, Mandanten des bisherigen Arbeitgebers **aktiv abzuwerben** zu versuchen, gibt dies ein ohnehin bestehendes standesrechtliches Verbot wieder. Eine derartige Mandantenschutzklausel ist ohne Entschädigung zulässig. Soll der ausscheidende Arbeitnehmer jedoch verpflichtet sein, unabhängig von aktiver Werbung seinerseits keine Mandanten des bisherigen Arbeitgebers zu betreuen, so gelten bzgl. derartiger Mandantenschutzklauseln die Regeln zum nachvertraglichen Wettbewerbsverbot nach §§ 74 ff HGB analog.

Arbeitslohn

1 **Vergütungspflicht.** Gemäß § 611 I BGB hat der Arbeitgeber als arbeitsvertragliche Hauptpflicht, die „vereinbarte Vergütung“ zu gewähren. Nach § 612 I BGB wird die Vereinbarung einer Vergütung unwiderlegbar vermutet, wenn den Umständen nach die Dienstleistung nur gegen Vergütung zu erwarten ist, also eine Gefälligkeitstätigkeit bzw. einen unentgeltlichen Auftrag übersteigt.

2 **Grundlohn.** Wenn die Vergütungshöhe nicht vertraglich bestimmt wurde, ist gemäß § 612 II BGB die „übliche Vergütung“ als vereinbart anzusehen. Diese orientiert sich im Einzelfall an den vergleichbaren Arbeitsverhältnissen. Unterliegt das Arbeitsverhältnis dem Geltungsbereich eines Tarifvertrags, so dürfen dessen Mindestsätze nicht unterschritten werden.

In § 612 III BGB findet sich der Grundsatz der geschlechtsunabhängigen Lohngleichheit i.S.d. Art. 141 EGV wieder.

Gemäß Urteil des BAG vom 13.02.2002 (5 AZR 713/00) ist keine Verletzung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes gegeben, wenn bei individuell vereinbarten Löhnen lediglich einzelne Arbeitnehmer besser gestellt werden. Ein Anspruch auf angepasste Vergütung aufgrund Gleichbehandlungsgrundsatzes wäre nur bei willkürlicher Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer aus sachfremden Erwägungen gegeben.

Fehlt für die Vergütung von Überstunden eine kollektivrechtliche oder einzelvertragliche Regelung, wird regelmäßig in Auslegung des Einzelarbeitsvertrags von einer Vergütungspflicht nach § 612 BGB für Überstunden ausgegangen. Nach Rechtsprechung des BAG (AZ: 2 AZR 547/99) steht es einem Arbeitgeber frei, wenn er bisher Überstunden pauschal bezahlt hat, eine Änderungskündigung zu erklären mit dem Ziel, nur noch eine bestimmte Zahl von Überstunden nach tatsächlichem Anfall abzurechnen und darüber hinausgehende Mehrarbeit durch Freizeit auszugleichen. Inwieweit dies im Licht der §§ 307 ff BGB weiterhin wirksam möglich sein wird, bleibt in der Rechtsprechung abzuwarten.

Die Vergütung ist grundsätzlich als Geldlohn (z.B. per Überweisung, Scheck oder bar) zu leisten, falls nicht ausdrücklich vertraglich etwas anderes vereinbart sein sollte (z.B. Dienstwagen, Kost und Wohnung).

3 **sonstige Vergütungen.** Neben dem Grundlohn gibt es zusätzliche Vergütungsbestandteile wie z.B.

- **Prämien** (für besonders zu belohnende Pflichterfüllung wie z.B. Anwesenheits-, Pünktlichkeits-, Ersparnisprämie oder Mengen- und Qualitätsprämien)
- **Mehrarbeits- und Überstundenzuschläge** (je nach Vereinbarung)
- **Provisionen und Tantiemen**
- **Vermögenswirksame Leistungen**
- **Betriebliche Altersversorgung**

- **Zulagen** (Lohnzuschläge z.B. wegen Teuerung der allgemeinen Lebenshaltungskosten, wegen besonderer persönlicher Belastungen des Arbeitnehmers wie Todesfall oder Kindesgeburt bzw. Umzugskosten bei entsprechender Vereinbarung, wegen Besonderheiten der Tätigkeit wie insoweit Schmutz- und Gefahrenzulagen)

Bei **Gratifikationen** ist Folgendes zu beachten:

Gratifikationen sind zusätzlich zu den sonstigen Bezügen gezahlte Sonderzuwendungen je nach vom Arbeitgeber hierfür zum Anlass genommenen Umständen wie z.B. Weihnachtsgratifikation, zusätzlich zum Urlaubsentgelt gezahltes Urlaubsgeld, Jubiläumszahlung, Heirats- und Geburtsbeihilfe etc. Stellt der Arbeitgeber die Gratifikationszahlung unter Freiwilligkeitsvorbehalt, hat der Arbeitnehmer für das folgende Jahr keinen Anspruch hierauf. Ansonsten kann sich bei dreimaliger Gratifikationszahlung ohne Freiwilligkeitsvorbehalt ein vertraglicher Anspruch des Arbeitnehmers aufgrund betrieblicher Übung ergeben bzw. ein Anspruch aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz.

Gratifikationen werden zumindest auch aufgrund der Motivation des Arbeitgebers geleistet, den Arbeitnehmer weiterhin an den Betrieb zu binden und Betriebstreue zu honorieren. Ist ein Vertrag so auszulegen, dass ausdrücklich ein festes, ausschließlich tatsächlich erbrachte Arbeitsleistung abgeltendes 13. Monatsgehalt ohne Gratifikationscharakter vereinbart wurde, so handelt es sich hier um Entgelt im engeren Sinn. Bei Entgeltcharakter für geleistete Arbeit kann der Arbeitgeber anteilig um Zeiten kürzen, für die kein Lohnanspruch bestand, so z.B. bei Elternzeit, nicht jedoch bei Mutterschutzzeiten.

Eine zusätzlich zum laufenden Arbeitsentgelt erbrachte Sonderzuwendung kann nach § 4a EFZG bis zu einem Viertel des durchschnittlichen Tagesverdienstes pro Krankheitstag gekürzt werden. Nach BAG-Urteil vom 07.08.02 (10 AZR 709/01) kann bei einer ohne Rechtspflicht und ohne Rechtsbindung für die Zukunft freiwillig gewährten Weihnachtsgewährung der Arbeitgeber in den Grenzen des § 4a EFZG solche Arbeitnehmer ausnehmen, die im Bezugszeitraum Fehlzeiten aufweisen. Das BAG hat des Weiteren den Ausschluss einer in Elternzeit befindlichen Arbeitnehmerin von einer Firmen-Jubiläumsgewährung für wirksam erachtet.

4 Rückzahlungsklauseln. Rückzahlungsklauseln, die den Arbeitnehmer unter Verletzung dessen Grundrechts auf freie Wahl bzw. Aufgabe seines Arbeitsplatzes nach Art.12 GG übermäßig an den Betrieb binden, sind unwirksam. Die Rechtsprechung hat anhand des Falls einer mit dem Dezembergehalt auszuzahlenden Jahressonderzuwendung folgende Grundsätze zu Rückzahlungsklauseln entwickelt:

- Rückzahlungsklausel bzgl. Gratifikationen bis ca. 100,00 EUR und ca. 25% darüber, also bis ca. 125,00 EUR ist unwirksam
- Bindung des Arbeitnehmers bis zum 31.03. des Folgejahres ist zulässig bei Gratifikation bis zu 1 Monatsgehalt (= noch nicht ganz 1 Monatsgehalt)
- bei Gratifikation von zwischen 1 und 2 Monatsgehältern keine Bindung über 30.06. hinaus

- bei Gratifikation von 2 Monatsverdiensten bei Staffelung bis zu ½ Monatsverdienst Bindung über 30.06. hinaus zulässig
- Nach Urteil des BAG vom 14.11.2001 ist eine Rückzahlungsklausel, wonach sich der Arbeitgeber bei einer Kündigung die Rückzahlung vorbehält, auch für den Fall der betriebsbedingten Kündigung wirksam.
- Eine Verpflichtung, dass eine Zuwendung unter bestimmten Voraussetzungen „in voller Höhe“ zurückzuzahlen ist, umfasst die Rückzahlungsverpflichtung auch bzgl. der vom Arbeitgeber an das Finanzamt abgeführten Lohnsteuer (BAG, Urteil vom 05.04.2000 zu 10 AZR 257/99).

5 Fällig ist die Vergütung gemäß § 614 BGB grundsätzlich nach erbrachter Dienstleistung, falls nichts anderweitiges vereinbart ist. Gemäß der §§ 107, 108 GewO ist das Arbeitsentgelt in Euro auszuzahlen und dem Arbeitnehmer eine Abrechnung zu erteilen. Verzugszinsen für Entgeltansprüche bemessen sich nach dem Bruttoentgelt. Der Lohnanspruch des Arbeitnehmers unterliegt der Regelverjährung von 3 Jahren nach § 195 BGB.

6 **Schwarzgeldabreden**, also eine Abrede, die Vergütung ohne Berücksichtigung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen auszuzahlen, führt gemäß Urteil des BAG vom 24.03.04 (5AZR233/03) – im Unterschied zum freien Dienstverhältnis - nicht zur Nichtigkeit des Arbeitsvertrags.

7 **Verfall von Ansprüchen** kann sich auch aus tarifvertraglichen (wie z.B. § 70 BAT) oder einzelvertraglichen Ausschlussfristen ergeben. So hat das BAG in seinem Urteil vom 27.02.02 (9 AZR 543/00) z.B. eine vertragliche Ausschlussklausel als nicht sittenwidrig und somit als wirksam anerkannt, nach der Ansprüche innerhalb von zwei Monaten seit ihrer Fälligkeit schriftlich und innerhalb eines Monats nach ihrer Ablehnung durch die Gegenseite oder nach Ablauf einer Frist von 14 Tagen ohne Äußerung der Gegenseite gerichtlich geltend gemacht werden müssen. Es bleibt noch höchstrichterliche Rechtsprechung des BAG abzuwarten, inwieweit Ausschlussklauseln, insbesondere vorformulierte zweistufige Ausschlussklauseln, die nach Ablehnung eine fristgemäße Klageerhebung – also eine strengere Form als die Schriftform - verlangen, mit § 309 Nr. 13 BGB bzw. § 307 BGB als vereinbar aufgrund arbeitsrechtlicher Besonderheiten gewertet werden.

8 Pfändung von Arbeitseinkommen ist nur innerhalb der Grenzen der §§ 850a ff ZPO zulässig. Der Arbeitgeber kann gemäß § 394 BGB nur innerhalb der Pfändungsgrenzen mit Gegenansprüchen gegen die Lohnforderung des Arbeitnehmers aufrechnen. Entsprechend ist die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts des Arbeitgebers ausgeschlossen, sofern es den Effekt einer Aufrechnung hat und diese unzulässig wäre.

9 Insolvenzanprüche. Bei **Insolvenz des Arbeitgebers** sind Lohn- und Gehaltsforderungen aus der Zeit vor der Insolvenzeröffnung „gewöhnliche“ Insolvenzforderungen gemäß § 38 InsO.

Soweit sie aus den letzten drei Monaten vor Insolvenzeröffnung stammen, besteht ein Anspruch auf Insolvenzgeld gemäß § 183 I SGB III gegenüber der

Bundesagentur für Arbeit. Entgeltforderungen, die nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sind, gelten als vorweg zu befriedigende Masseverbindlichkeiten nach § 55 I Nr.2 InsO, welche gegenüber dem Insolvenzverwalter geltend zu machen wären.

Lohn ohne Arbeit

1 Annahmeverzug des Arbeitgebers. Wenn der Arbeitgeber mit der Annahme der Dienste des Arbeitnehmers in Verzug geraten ist, steht dem Arbeitnehmer gemäß § 615 S. 1 BGB sein Vergütungsanspruch auch ohne Nachleistung seiner Dienste zu. Nach § 615 S. 2 BGB muss sich der Arbeitnehmer jedoch anrechnen lassen, was er aufgrund der Nichtleistung erspart bzw. erworben oder „böswillig zu erwerben unterlassen“ hat. Bei letzterer Alternative ist je nach Einzelfall die Zumutbarkeit des unterlassenen Erwerbs im Licht des Art.12 GG abzuwägen. Um böswilliges Unterlassen eines anderweitigen Verdienstes handelt es sich, wenn der Arbeitnehmer grundlos zumutbare Arbeit ablehnt oder vorsätzlich verhindert, dass ihm überhaupt zumutbare Arbeit angeboten wird. Dabei kommt es regelmäßig nicht unbedingt auf eine Arbeitslosmeldung an. Im Rahmen des Annahmeverzugs besteht keine allgemeine Obliegenheit des Arbeitnehmers, den Vermittlungsdienst der Bundesagentur für Arbeit in Anspruch zu nehmen, jedenfalls sofern der Arbeitnehmer trotz Arbeitslosmeldung ohnehin nicht vermittelbar gewesen wäre (BAG Urteile vom 16.05.2000 zu 9 AZR 202/99 und 203/99).

Für Lohnansprüche während eines Kündigungsschutzprozesses gilt die spezielle Regelung des § 11 KSchG über die Anrechnung entgangenen Zwischenverdienstes.

2 Voraussetzungen des Vergütungsanspruchs wegen Annahmeverzugs gemäß § 615 i.V.m. §§ 293 ff BGB sind:

- Bestehen eines **noch nicht wirksam beendeten Arbeitsverhältnisses**, bzw. bei faktischem Arbeitsverhältnis: noch keine Berufung des Arbeitgebers auf Unwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses
- Die **Erfüllung** des Arbeitsverhältnisses muss **möglich** sein.
- Die **Arbeitsleistung** muss gemäß §§ 294 – 296 BGB vom Arbeitnehmer dem Arbeitgeber **angeboten** sein. Im Folgenden sei zusammengefasst die Entwicklung der Rechtsprechung hierzu für arbeitsrechtliche Fälle dargestellt.
- Annahmeverzug setzt die **Nichtannahme der angebotenen geschuldeten Arbeitsleistung** voraus.

Der Arbeitgeber darf den Arbeitnehmer **nicht auf nicht geschuldete Tätigkeiten verweisen**. Der Arbeitgeber gerät auch dann in Annahmeverzug, wenn er ohne Verschulden versehentlich annimmt, der Arbeitnehmer sei leistungsunfähig.

Das Arbeitsangebot muss grundsätzlich nach § 294 BGB tatsächlich in eigener Person zur rechten Zeit am rechten Ort erfolgen.

Nach § 295 BGB ist ein wörtliches Arbeitsangebot ausreichend in folgenden Fällen:

Wenn eine Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers erforderlich wäre, gilt die

Aufforderung des Arbeitgebers zu dessen Mitwirkungshandlung durch einen leistungswilligen Arbeitnehmer gemäß § 295 S. 2 BGB als Arbeitsangebot.

Ein wörtliches Angebot reicht auch aus, wenn der Arbeitgeber erklärt hat, dass er die Arbeitsleistung nicht annehmen werde. Eine derartige Erklärung des Arbeitgebers wird z.B. auch in einer außerordentlichen oder ordentlichen Kündigung bei sofortiger Dienstfreistellung gesehen.

Die Rechtsprechung hält ein wörtliches Angebot für entbehrlich, wenn der Arbeitgeber offenkundig auf der Annahmeverweigerung beharrt, wie z.B. stets, wenn ein Arbeitgeber die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nach einer Kündigung nicht annimmt.

Ein wörtliches Angebot i.S.d. § 295 BGB ist eine zugangsbedürftige Willenserklärung. Der Arbeitnehmer kann auch durch Erhebung einer Kündigungsschutzklage (Zugang bei Klagezustellung) bzw. Kündigungswiderspruch dem Arbeitgeber seine Leistungsbereitschaft deutlich machen.

Auch ohne wörtliches Angebot kommt ein Arbeitgeber gemäß § 296 BGB in Annahmeverzug ab Beendigungstermin aufgrund einer unwirksamen Kündigung. Im Sinne des § 296 BGB wird nach der derzeitigen Rechtsprechung und Literatur im Normalfall davon ausgegangen, dass der Arbeitgeber bei einer unwirksamen Kündigung rechtswidrig die kalendermäßig bestimmte Mitwirkungspflicht der Zuweisung von Arbeit nicht rechtzeitig vorgenommen hat.

3 einstweilige Weiterbeschäftigung. Nach Rechtsprechung des BAG ist der Arbeitgeber bei einer von ihm ausgesprochenen unwirksamen Kündigung gehalten, wegen § 296 BGB von sich aus den Arbeitnehmer zur Wiederaufnahme der Arbeit nach kündigungsgemäßem Beendigungszeitpunkt aufzufordern, wenn er seinerseits die Folgen des Annahmeverzugs vermeiden wolle. Der Arbeitgeber müsse hierbei nicht die Kündigung als solche zurücknehmen und dem Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis anbieten, sondern könne unter Aufrechterhaltung der Kündigung die einstweilige Weiterbeschäftigung im Rahmen des bisherigen Arbeitsverhältnisses bzw. bis zum Abschluss eines Kündigungsschutzprozesses anbieten. In diesen Fällen des Weiterbeschäftigungsangebots nimmt das BAG an, dass eine Ablehnung des Arbeitnehmers ein böswilliges Unterlassen anderweitigen Erwerbs gemäß § 615 S.2 BGB darstellen könne, wenn auch an sich der Annahmeverzug nicht beseitigt werde, da der Arbeitgeber keine Erfüllung eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses angeboten habe.

Differenziert wird die **Auswirkung** des Weiterbeschäftigungsangebots des Arbeitgebers bei aufrechterhaltener Kündigung auf die Beurteilung deren Begründetheit im Kündigungsschutzprozess gehandhabt:

Bei **betriebsbedingten und im Einzelfall auch verhaltensbedingten ordentlichen Kündigungen** sowie bei **außerordentlichen Kündigungen (widerlegt der Arbeitgeber in der Regel die Kündigungsbegründung)** mit einem Weiterbeschäftigungsangebot. Bei personenbedingten und je nach Einzelfall nicht der einstweiligen Weiterbeschäftigung entgegenstehenden ordentlichen

verhaltensbedingten Kündigungen wird eine derartige Selbstwiderlegung in der Regel nicht angenommen.

Im umgekehrten Fall der zwischenzeitlichen Rücknahme der Kündigung würde diese Willensäußerung allein noch nicht zur Beseitigung bisherigen Annahmeverzugs ausreichen, sondern bedarf es darüber hinaus der ausdrücklichen Zuweisung von Arbeit.

Verteilung des Lohnrisikos

1 Betriebs- und Wirtschaftsrisiko. Die langjährige Rechtsprechung zu einer angemessenen Verteilung des Lohnrisikos in Fällen, wenn die Arbeitsleistung weder von Arbeitnehmer noch von Arbeitgeber selbst verschuldet aus betrieblichen bzw. technischen Gründen nicht möglich ist, hat seit 25.11.2001 in Satz 3 des § 615 BGB gesetzlichen Ausdruck gefunden. Danach besteht ein Lohnanspruch entsprechend dem Annahmeverzug in Fällen, in denen der Arbeitgeber das „Risiko des Arbeitsausfalls trägt“.

In Fällen der **betrieblich-technisch bedingten Unmöglichkeit** der Arbeitsleistung (Betriebsrisiko) ist der Arbeitgeber prinzipiell auch bei wirtschaftlich sinnlos gewordener Arbeitsleistung (Wirtschaftsrisiko) nach dem Grundsatz der gegenseitigen Vertragsbindung dem Arbeitnehmer zur Lohnzahlung verpflichtet.

2 Die **Risikoverteilung** richtet sich nach der Sphäre, aus deren Gefahrenkreis die Betriebsstörung verursacht ist. Hierbei trägt grundsätzlich der Arbeitgeber das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko. Diese Risikoverteilung rechtfertigt sich daraus, dass der Arbeitgeber das Unternehmerrisiko bei ihm zustehendem Gewinn trägt und den Betrieb selbständig leitet.

Bei **Naturereignissen** betrifft die Sphäre des Arbeitgebers erst der Fall, wenn der Betrieb selbst infolgedessen nicht arbeiten kann, die Sphäre des Arbeitnehmers, wenn der Arbeitnehmer den Betrieb infolge des Naturereignisses und dadurch verursachter allgemeiner z.B. Straßenverkehrsstörung nicht erreichen kann.

Das **Wegerisiko** trägt grundsätzlich der Arbeitnehmer. Im Fall einer unverschuldeten individuellen Arbeitsverhinderung beim Weg zur Arbeit, die sich nicht auf einen allgemeinen, größeren Personenkreis bezieht, bliebe die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers nach § 616 BGB (vgl. Ziffer IV.B.2.c) erhalten.

Der Arbeitgeber trägt ausnahmsweise nicht das Lohnrisiko, wenn entweder die Betriebsstörung die Existenz des Betriebs trotz Möglichkeit von Änderungskündigungen bzw. Kurzarbeit bedroht oder wenn die Betriebsstörung durch arbeitnehmerseitige Arbeitsk Kampfmaßnahmen verursacht ist.

Bei Leiharbeitsverhältnissen trägt der Verleiher bei Streikbetroffenheit des Entleiherbetriebs das Lohnrisiko bis zum Wegfall sämtlicher auszuschöpfender vertraglicher Beschäftigungsmöglichkeit.

Persönliche Arbeitsverhinderung

Gemäß § 616 BGB behält der Arbeitnehmer seinen Vergütungsanspruch, wenn er „für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person

liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird“. Der Fall der persönlichen Arbeitsverhinderung bei Krankheit ist für Arbeitnehmer und Auszubildende speziell im Entgeltfortzahlungsgesetz geregelt. Vom Regelungsbereich des § 616 BGB betroffene Fälle der persönlichen Arbeitsverhinderung sind z.B.:

- Todesfall bzw. Begräbnis naher Angehöriger
- Niederkunft der Ehefrau, Eheschließung
- Je nach Umständen des Einzelfalls: Umzug
- Gerichtliche Vorladung
- Notwendige Pflege eines erkrankten Kindes (5 Tage bei Kind bis 12. Lebensjahr)

Hiervon zu unterscheiden ist der nach § 45 SGB V bestehende Anspruch auf Krankengeld bei Erkrankung eines Kindes: pro Kalenderjahr je Kind längstens 10 Arbeitstage bzw. für alleinerziehende Versicherte längstens 20 Arbeitstage; pro Versicherten im Kalenderjahr nicht mehr als 25 Arbeitstage bzw. für alleinerziehenden Versicherten für nicht mehr als 50 Arbeitstage. Die Versicherten haben für die Dauer dieses Krankengeldanspruchs Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber auf unbezahlte Arbeitsfreistellung, soweit nicht aus dem gleichen Grund Anspruch auf bezahlte Freistellung besteht.

Teilzeitbeschäftigte müssen sich in zumutbarem Umfang darum bemühen, die Anlässe für etwaige Arbeitsverhinderungen in ihrer Freizeit zu erledigen. Die Berechnung der Vergütungsfortzahlung bei dennoch notwendiger Arbeitsverhinderung erfolgt nach dem Lohnausfallprinzip.

Die Vorschrift des § 616 BGB ist einzel- und tarifvertraglich grundsätzlich abdingbar (= vertraglich anders zu regeln). Die Vorschriften des Entgeltfortzahlungsgesetzes sind jedoch gemäß § 12 EFZG zuungunsten des Arbeitnehmers einzelvertraglich nicht abdingbar.

Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und an Feiertagen

Das Entgeltfortzahlungsg (EFZG) regelt zwingend die Entgeltfortzahlung bei Krankheit und an gesetzlichen Feiertagen.

1 Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Für einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall ist gemäß § 3 EFZG vorausgesetzt:

- **Bestehendes Arbeitsverhältnis** bzw. gemäß § 1 II EFZG auch Ausbildungsverhältnis (vgl. auch Verweisvorschrift § 12 I 2 BBiG)
- **vierwöchige ununterbrochene Dauer des Arbeitsverhältnisses** (§ 3 III EFZG):

Gemäß Urteil des BAG vom 22.08.01 (5 AZR 699/99) wird der Lauf der Wartezeit nach § 3 III EFZG nicht erneut ausgelöst, wenn ein enger zeitlicher (im Fall des zitierten Urteils z.B. 3 Wochen) und sachlicher Zusammenhang zwischen einem beendeten und Neubegründeten Arbeitsverhältnis zu demselben Arbeitgeber besteht.

Gemäß Urteil des BAG vom 20.08.03 (5AZR436/02) entsteht keine neue Wartezeit nach § 3 III EFZG für einen im Anschluss an seine Berufsausbildung ins Arbeitsverhältnis übernommenen Auszubildenden.

- **Arbeitsunfähigkeit aufgrund Krankheit:**

Als Krankheit gilt jeder regelwidrige körperliche oder geistige heilungsbedürftige Zustand. Die Krankheit muss dazu geführt haben, dass der Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitsleistung nicht erbringen kann, oder zu befürchten ist, dass sie sich durch die Arbeitsleistung verschlimmert. Zu Teilleistungen oder anderen als den vertraglich geschuldeten Leistungen ist der Arbeitnehmer nicht verpflichtet.

- **Kein Verschulden des Arbeitnehmers:**

Verschulden des Arbeitnehmers wird dann angenommen, wenn er grob gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartende Verhalten verstößt wie z.B. bei Missachtung von Vorschriften des Straßenverkehrs oder der Unfallverhütung. Bei alkoholbedingtem Arbeitsunfall gilt dies nur dann nicht als vom Arbeitnehmer verschuldet, wenn eine Alkoholkrankheit als solche vorliegt.

Nach **§ 4 I EFZG** erhält der Arbeitnehmer im Krankheitsfall für die Dauer von **bis zu 6 Wochen gemäß § 3 I EFZG 100%** seines Lohnausfalls. Gemäß § 4 Absatz 1 a EFZG zählt für Überstunden gezahltes Arbeitsentgelt bei der Berechnung der Lohnfortzahlung grundsätzlich nicht mit. Jedoch betrifft dies gemäß Rechtsprechung des BAG vom 21.11.01 (5 AZR 296/00) nur Überstunden, die über die im gelebten Rechtsverhältnis regelmäßige Arbeitszeit hinausgehen. Wird regelmäßig die normale arbeitsvertragliche Arbeitszeit überschritten, sind diese regelmäßig anfallenden Überstunden mit in die Entgeltfortzahlung einzurechnen. **Tarifvertraglich** kann die Entgeltfortzahlung gemäß **§ 4 IV EFZG** von § 4 I, I a und III EFZG abweichen.

Für Betriebe mit nicht mehr als 20 Arbeitnehmern besteht ein 80 %-iger Anspruch gegen die Ortskrankenkassen gemäß § 10 I Nr.1 und Nr.4 LFZG auf Erstattung der Entgeltfortzahlung bzgl. Arbeitern und Auszubildenden (vgl. § 10 III LFZG) samt der hierauf entfallenden Sozialversicherungsbeiträge.

Nach § 5 EFZG hat der Arbeitnehmer gemäß § 5 I EFZG unverzüglich seine Arbeitsverhinderung mitzuteilen und bei einer länger als drei Tage dauernden Erkrankung am darauffolgenden Tag eine ärztliche Bescheinigung vorzulegen. Der Arbeitgeber kann jedoch eine ärztliche Bescheinigung auch früher verlangen. Bei einer länger als aufgrund der ersten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung angenommenen Krankheit ist die Vorlage einer neuen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erforderlich.

Bei einer Erkrankung im Ausland hat der Arbeitnehmer gemäß § 5 II EFZG schnellstmöglich die voraussichtliche Dauer der Krankheit und seinen Aufenthaltsort mitzuteilen, wobei der Arbeitgeber die Kosten dieser Mitteilung zu tragen hat. Bei Mitgliedschaft des Arbeitnehmers in der gesetzlichen Krankenkasse ist die Arbeitsunfähigkeit mit der ärztlichen Bescheinigung gemäß § 5 I EFZG sowie unverzüglich im Fall des § 5 II EFZG durch den Arbeitnehmer anzuzeigen. Arbeitsunfähigkeits-Bescheinigungen von in EU-Staaten ansässigen Ärzten sind anzuerkennen.

Dem Arbeitgeber steht gemäß § 7 I EFZG in Leistungsverweigerungsrecht zu, solange der Arbeitnehmer seinen Anzeige- und Nachweispflichten i.S.d. § 5 I und II EFZG nicht nachkommt, außer er hat dies gemäß § 7 II EFZG nicht zu vertreten.

Entgeltfortzahlung an Feiertagen gemäß § 2 EFZG:

An den je Bundesland eigens festgelegten gesetzlichen Feiertagen erhält der Arbeitnehmer das volle Arbeitsentgelt, das er ohne den Arbeitsausfall erhalten hätte. Gemäß § 2 III EFZG entfällt der Anspruch auf Feiertagsentgelt, wenn der Arbeitnehmer am letzten Arbeitstag vor oder am ersten Arbeitstag nach einem Feiertag (sog. Brückentage) unentschuldigt nicht zur Arbeit erscheint.

Die Regelung des § 2 III EFZG ist wörtlich so auszulegen, dass der Wegfall der Feiertagsentlohnung bei unentschuldigtem Fehlen an dem letzten Arbeitstag davor oder dem ersten Arbeitstag danach unabhängig davon ist, ob dazwischen ohnehin arbeitsfreie Wochentage liegen. Zum Beispiel: Bei unentschuldigtem Fernbleiben am letzten Tag /27.09.) vor Urlaub (28.09.-10.10.) entfällt für den gesetzlichen Feiertag am 03. Oktober der Entgeltfortzahlungsanspruch.

Mutterschutz

Bei **gesetzlicher Arbeitsfreistellung** wegen Mutterschutz erhalten die Frauen bei Arbeitsverhinderung aufgrund der **Beschäftigungsverbote nach § 3 II MuSchG bzw. § 6 I MuSchG Mutterschaftsgeld gemäß § 13 MuSchG i.V.m. § 200 RVO** über die gesetzliche **Krankenkasse**. In Höhe der Differenz von **Mutterschaftsgeld** (= auf **kalendertäglich 13,00 EURO begrenztes** Nettoarbeitsentgelt) und dem **Arbeitsentgelt der letzten drei abgerechneten Kalendermonate vor Beginn der Schutzfrist nach § 3 II MuSchG** besteht ein **Anspruch gegen den Arbeitgeber** auf einen der Differenz entsprechenden **Zuschuss gemäß § 14 MuSchG**. Mutterschaftsgeld nach § 13 I MuSchG wird nach den Maßgaben des § 7 BErzGG auf das Erziehungsgeld angerechnet. Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch die Zuschusspflicht des Arbeitgebers nach **§ 14 I MuSchG** wegen faktisch diskriminierender Wirkung für **verfassungswidrig** erklärt und dem Gesetzgeber aufgegeben, **bis zum 31.12.2005 eine verfassungsmäßige Regelung zu treffen**.

Bei Arbeitsverhinderungen aufgrund **anderer Beschäftigungsverbote** als § 3 II oder § 6 I MuSchG steht der Arbeitnehmerin weiterhin ihr **Entgeltanspruch gemäß § 11 MuSchG** gegen den Arbeitgeber zu. Gemäß **§ 11 II 3 MuSchG** sind **dauerhafte Verdienstkürzungen zu berücksichtigen**, die während oder nach Ablauf des Berechnungszeitraums eintreten und nicht auf einem mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbot beruhen.

Der Arbeitnehmerin darf des weiteren für die ihr vom Arbeitgeber gemäß **§ 16 MuSchG für Untersuchungen zu gewährende Freizeit kein Entgeltausfall** entstehen.

Der Arbeitgeber eines Betriebs mit **nicht mehr als 20 Arbeitnehmern** hat gemäß **§ 10 I Nr. 2 und Nr. 3 LFZG einen vollen Erstattungsanspruch**, wobei sich dies auf

jegliche **Mutterschutzfälle** auf die betroffenen **Frauen, nicht nur begrenzt auf Arbeiter und Auszubildende** bezieht. Desweiteren besteht ein entsprechender Erstattungsanspruch gemäß **§ 10 I Nr.4 LFZG** bzgl. der auf die Entgeltzahlung nach § 11 MuSchG entfallenden Sozialversicherungsbeiträge.

Elternzeit

Anspruch auf Elternzeit haben gemäß **§ 15 I BErzGG Arbeitnehmer**, sowie **zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte nach § 20 I BErzGG** und Heimarbeiter nach den Maßgaben des § 20 II BErzGG.

Grundsätzlich

besteht ein Anspruch auf Elternzeit nach den Voraussetzungen des § 15 I BErzGG für **beide Eltern** gemäß **§ 15 III BErzGG** ganz oder anteilig jeweils allein oder gemeinsam wahrnehmbar bis zur **Vollendung des 3. Lebensjahres des Kindes** nach **§ 15 II BErzGG**. Ein Anteil von bis zu **zwölf Monaten** ist mit **Zustimmung des Arbeitgebers** auf die Zeit **bis zur Vollendung des 8. Lebensjahres übertragbar**.

Der Anspruch auf Elternzeit ist gemäß **§ 15 II 6 BErzGG** vertraglich nicht auszuschließen oder zu beschränken, also **unabdingbar**.

Der Elternzeit kann anders als der Erholungsurlaub bei **rechtmäßigem Verlangen gemäß § 16 I BErzGG ohne Zustimmung des Arbeitgebers** angetreten werden. Lediglich die **vorzeitige Beendigung oder Verlängerung** bedarf gemäß **§ 16 III BErzGG** der **Zustimmung des Arbeitgebers**. Es besteht lediglich eine **Anmeldefrist** von 6 Wochen gemäß § 16 I BErzGG, wenn die Elternzeit gleich nach der Geburt oder unmittelbar im Anschluss an die Mutterschutzfrist genommen werden soll, ansonsten eine Anmeldefrist von 8 Wochen.

Seit 01.01.2004 hat jeder Elternteil getrennt auf sein Arbeitsverhältnis bezogen gemäß **§ 16 I 5 BErzGG** Anspruch darauf, seine Elternzeit auf **zwei Zeitabschnitte** zu verteilen. Die Verteilung auf weitere Zeitabschnitte ist nur mit Zustimmung des Arbeitgebers möglich.

Während der Elternzeit können beide Elternteile gemäß **§ 15 IV BErzGG** je **bis zu 30 Wochenstunden Teilzeitarbeit** wahrnehmen. Teilzeitarbeit bei einem **anderen Arbeitgeber** oder als **Selbständiger** bedarf zwar der **Zustimmung** des Arbeitgebers, ist von diesem jedoch nur aus **dringenden betrieblichen Gründen** binnen vier Wochen schriftlich ablehnbar.

Es besteht ein **Rechtsanspruch des Elternteils gegenüber seinem Arbeitgeber auf Verringerung der Arbeitszeit** während der Elternzeit nach den Maßgaben der **§ 15 V – VII BErzGG**. Gemäß **§ 15 VII 1 Nr.1 BErzGG** betrifft dies jedoch nur Arbeitgeber, die ausschließlich der Auszubildenden in der Regel **mehr als 15 Arbeitnehmer** beschäftigen.

Wenn der Arbeitnehmer eine **Teilzeitbeschäftigung gemäß § 15 IV BErzGG** bei seinem Arbeitgeber während der Elternzeit ausübt, gilt für ihn gemäß **§ 17 I 2 BErzGG** die **ansonsten grundsätzliche Möglichkeit der Kürzung des Erholungsurlaubs** nach **§ 17 I 1 BErzGG nicht**. Der Arbeitgeber kann ansonsten –

außer im Fall des § 17 I 2 BErzGG – gemäß **§ 17 I 1 BErzGG** den **Jahresurlaub für jeden vollen Monat der Elternzeit um ein Zwölftel kürzen**.

Unabhängig von etwaiger Teilzeittätigkeit während der Elternzeit ist gemäß **§ 17 II BErzGG** etwaiger **Resturlaub nach der Elternzeit** in Abweichung zu § 7 III BUrlG noch **im gesamten nächsten Urlaubsjahr zu gewähren**.

Während der Elternzeit ruht das Arbeitsverhältnis. Die Vertragspartner sind von den gegenseitigen **Hauptpflichten suspendiert**. So schuldet der Arbeitnehmer keine Arbeitsleistung und der Arbeitgeber keine Vergütung. Die vertraglichen Nebenpflichten wie Treue- und Verschwiegenheitspflicht oder Fürsorgepflicht sind jedoch weiterhin zu beachten.

Endet das Arbeitsverhältnis während der Elternzeit, oder setzt der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis im Anschluss an die verlangte Elternzeit nicht fort, hat der Arbeitnehmer nach **§ 17 III BErzGG** einen **Urlaubsabgeltungsanspruch**.

Nach den Maßgaben der **§§ 1 bis 14 BErzGG** kann gegenüber dem **Bund** (§ 11 BErzGG) Zahlung von **Erziehungsgeld** beansprucht werden:

Gemäß **§§ 4 I, 5 I BErzGG** haben die Eltern die **Wahlmöglichkeit** zwischen einem **24-monatigen Bezug des Regelbetrags von monatlich 300,00 EUR** oder einer höheren monatlichen Förderung von **450,00 EUR monatlich innerhalb eines Zeitraums bis zu 12 Lebensmonaten** (= „Budget“) vom Tag der Geburt an. Der Anspruch entfällt für die ersten 6 Lebensmonate des Kindes bzw. verringert sich für die grundsätzlich Bezugsberechtigten im Rahmen der **Einkommengrenzen nach § 5 III BErzGG**.

Gemäß **§ 7 BErzGG** wird das für die Zeit nach der Geburt zu zahlende Mutterschaftsgeld nach **§ 13 I MuSchG auf das Erziehungsgeld angerechnet**, außer es handelt sich um Mutterschaftsgeld aufgrund Teilzeitarbeit oder Arbeitslosenhilfe. Die **Anrechnung** ist gemäß **§ 7 II BErzGG** beim **Regelbetrag auf 10,00 EUR** kalendertäglich begrenzt, **bei Inanspruchnahme des Ein-Jahres-Budgets auf 13,00 EUR** kalendertäglich.

Fürsorgepflichten des Arbeitgebers

Entsprechend der Treuepflicht des Arbeitnehmers besteht für den Arbeitgeber eine **Fürsorgepflicht** gegenüber dem Arbeitnehmer.

1 Die **allgemeine Fürsorgepflicht** des Arbeitgebers verpflichtet diesen, sich als Arbeitgeber so zu verhalten und die Interessen der Arbeitnehmer unter Berücksichtigung der Interessen des Betriebs und anderer Arbeitnehmer so wahrzunehmen, wie dies nach dem **Grundsatz von Treu und Glauben** billig erscheint.

Je nach Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer, Dauer der Betriebszugehörigkeit oder Vertrauensstellung ist von einer gesteigerten Fürsorgepflicht auszugehen. Die Fürsorgepflicht betrifft bereits die **Phase der Arbeitsvertragsverhandlungen** z.B. hinsichtlich der Aufklärungspflicht über die zu erwartenden Verhältnisse bzw. Ersatz für Bewerbungskosten bei Einladung zu persönlicher Vorstellung und besteht auch

für die **Zeit nach Beendigung** des Arbeitsverhältnisses weiter z.B. bzgl. sozialversicherungsrechtlicher Aufklärung, Freizeit für Stellensuche (§ 629 BGB), Auskunft über ehemaligen Arbeitnehmer, Erteilung von Arbeitspapieren sowie Zeugnis (§ 630 BGB bzw. § 109 GewO). Zur Übernahme aus dem Ausbildungsverhältnis in ein Arbeitsverhältnis verpflichtet die Fürsorgepflicht nicht.

2 Zu den sich aus der Fürsorgepflicht ergebenden Schutzpflichten des Arbeitgebers im Einzelnen:

Aufgrund der in **§ 618 BGB** für **Gesundheit und Leben der Arbeitnehmer** konkretisierten Fürsorgepflicht hat der Arbeitgeber, vermeidbare Schäden für die Arbeitnehmer abzuwehren. Da nach arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen feststeht, dass **Passivrauchen** als krebserzeugend und damit als konkrete **Gesundheitsgefahr** zu werten ist, ist der Arbeitgeber verpflichtet, dafür zu sorgen, dass der nichtrauchende Arbeitnehmer zumindest nicht mehr als kurzfristig oder höchstens geringfügig vorhandenem Tabakrauch am Arbeitsplatz ausgesetzt ist. Ob der Arbeitgeber dieser Verpflichtung mittels Verhängung eines **Rauchverbots** unter Einrichtung von Pausenräumen für Raucher oder anders z.B. durch räumliche Trennung nachkommt, also in welcher Weise er vor der Gesundheitsgefahr des Passivrauchens schützt, bleibt grundsätzlich dem Arbeitgeber überlassen. Die **Art der Schutzmaßnahme ist grundsätzlich nicht vom Arbeitnehmer zu bestimmen und einzufordern**.

Ein **nicht willkürlich bzw. unverhältnismäßig** das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers beschneidendes, sondern **gerechtfertigtes Rauchverbot** kann der Arbeitgeber im Rahmen des **Direktionsrechts** verhängen. So wurde z.B. auch eine Betriebsvereinbarung als wirksam gewertet, die ein generelles Rauchverbot erlassen hat in einem Unternehmen der Elektroindustrie bei Ermöglichung des Rauchens auf dem Freigelände in einem begrenzten Bereich mit einem bedachten Unterstand durch Urteil des BAG vom 19.01.99 (GZ: 1 AZR 499/98).

3 **Arbeitsschutz** . Der Arbeitgeber ist nach **§ 618 I BGB hinsichtlich Arbeitsplatzgestaltung und Arbeitsregelung** dazu verpflichtet, den Arbeitnehmer nach Möglichkeit vor **Gefahren für Leben und Gesundheit zu schützen**. Zum geschützten Arbeitsplatz i.S.d. § 618 I BGB gehören **neben dem eigentlichen Arbeitsraum sämtliche Räume und Flächen des Betriebsgeländes, die der Arbeitnehmer im Zusammenhang mit seiner Arbeitsleistung befügendermaßen aufsucht** (z.B. Treppen und Zugänge).

Neben den aus der allgemeinen Fürsorgepflicht oder § 618 BGB ableitbaren Schutzpflichten gibt es gesetzliche Regelungen zum technischen und sozialen Schutz wie das **ArbeitsschutzG, das ArbeitssicherheitsG, das JugendarbeitsschutzG, das MutterschutzG, das BeschäftigtenschutzG oder das ArbeitszeitG**. Insbesondere sind die **Unfallverhütungsvorschriften des Unfallversicherungsträgers nach §§ 15, 21 SGB VII** vom Unternehmer durchzuführen.

Für Kanzleien als Mitgliedsunternehmen der Verwaltungs-Berufsgenossenschaft ist gemäß der Unfallverhütungsvorschrift zur Durchführung des Arbeitssicherheitsgesetzes **BGV A 6** eine **sicherheitstechnische** sowie gemäß **BGV**

A 7 eine **betriebsärztliche Betreuung** sicherzustellen:

Hiernach muss jeder Arbeitgeber, der zumindest einen Arbeitnehmer beschäftigt, eine **Fachkraft für Arbeitssicherheit bzw. einen Betriebsarzt** bestellen. Die **jährliche Einsatzzeit** beträgt **mindestens 2 Stunden** für die **sicherheitstechnische** Betreuung bzw. **80 Minuten** für die **betriebsärztliche Betreuung** und ist im übrigen **gestaffelt nach Multiplikationsfaktoren pro Arbeitnehmer**. Bei **Kanzleien bis zu 10 Arbeitnehmern** reicht eine **Grundbetreuung** aus. Diese Betriebe haben nach einer Grundbetreuung **innerhalb von 3 Jahren** nur in Ausnahmefällen wie Umbau, Umrüstung, Arbeitsunfällen etc. vor Ablauf von weiteren 6 Jahren eine erneute Grundbetreuung durchzuführen. Bei Kanzleien mit **mehr als 10 Arbeitnehmern** ist eine **jährliche Regelbetreuung** nötig. Bei **Kanzleien mit weniger als 100 Arbeitnehmern** kann gemäß § 2 III BGV A 6 im Einvernehmen mit der Verwaltungsberufsgenossenschaft hinsichtlich der **sicherheitstechnischen** Betreuung statt der Regelbetreuung durch eine bestellte Fachkraft für Arbeitssicherheit ein sogenanntes **Unternehmermodell** gewählt werden und von der Bestellung einer Sicherheitsfachkraft abgesehen werden. Statt dessen reicht eine **Unternehmensschulung** und der **Nachweis einer externen bedarfsgerechten Beratung** aus. Die Durchführung der BGV A 6 und A 7 kann sowohl durch überbetriebliche Dienste der Berufsgenossenschaft als auch durch geeignete Fachkräfte des privaten Marktes wahrgenommen werden.

Seit 21.08.1996 ist das **Arbeitsschutzgesetz** (ArbSchG) in Kraft getreten, das die EG-Richtlinie 89/391 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer und die EG-Richtlinie 91/383 zur Ergänzung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern mit befristetem Arbeitsverhältnis oder Leiharbeitsverhältnis umsetzt. Nach **§ 4 ArbSchG** hat der Arbeitgeber die Arbeit so zu gestalten, dass **Gefahren für Leben und Gesundheit möglichst vermieden** werden, hat der Arbeitgeber **Gefahren an ihrer Quelle zu bekämpfen**, sind bei den **Maßnahmen der Stand der Technik bzw. der Arbeitsmedizin und Hygiene zu berücksichtigen**. Der Arbeitgeber, sein Vertreter oder z.B. „Personen, die mit der Leitung eines Unternehmens oder eines Betriebes beauftragt sind, im Rahmen der ihnen übertragenen Aufgaben und Befugnisse“ haben gemäß **§ 12 ArbSchG** die **Beschäftigten über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit zu unterweisen**.

4 Belästigung. Über das am 24.06.1994 erlassene **BeschäftigtenschutzG** begründet nunmehr gemäß **§ 2 III BeschäftigtenschutzG** eine als arbeitsvertragliche Pflichtverletzung definierte **sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz** Abmahnungen bzw. Kündigungen. Nach **§ 4 II BeschäftigtenschutzG** kann der bzw. die betroffene Arbeitnehmer/in sogar die Arbeitsleistung einstellen, wenn der Arbeitgeber nicht gehörig auf entsprechende Beschwerden reagiert wie z.B. durch entsprechende Abmahnung, Umsetzung oder Kündigung.

5 Bei „**Mobbing**“ müsste sich zwar der Arbeitgeber aufgrund seiner allgemeinen Fürsorgepflicht schützend vor den betroffenen ausgegrenzten, diskriminierten Arbeitnehmer stellen, bzw. wäre eine Kündigung des Mobbing

betreibenden Arbeitnehmers in Betracht zu ziehen. Jedoch treten regelmäßig in den Fällen des Mobbing Beweisprobleme auf.

- 6 Datenschutz. Über den Arbeitsschutz im engen Sinn hinausgehend dienen dem allgemeinen Persönlichkeitsschutz die **Datenschutzvorschriften** des BDSG. Diese gelten nach **§ 1 II Nr. 3 BDSG** auch für nicht-öffentliche Stellen bzw. Betriebe, soweit sie personenbezogene Daten in oder aus Dateien geschäftsmäßig oder für berufliche oder gewerbliche Zwecke verarbeiten oder nutzen. Die insoweit Beschäftigten sind nach **§ 5 BDSG** auf das **Datengeheimnis** zu verpflichten, das auch nach Beendigung der Tätigkeiten weiterbesteht. Desweiteren sind die für den Datenschutz **technisch und organisatorisch erforderlichen Maßnahmen** gemäß **§ 9 BDSG** zu treffen. In Betrieben mit mehr als 4 Arbeitnehmern, die personenbezogene Daten - wie z.B. in einer Kanzlei - automatisiert verarbeiten bzw. erheben oder nutzen, ist gemäß **§ 4 f I BDSG** ein **Beauftragter für Datenschutz** zu bestellen.
- 7 Grundsätzlich ist der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber gemäß § 280 I BGB zu **Schadensersatz** bei schuldhafter Schlechtleistung (= jegliche arbeitsvertragliche Pflichtverletzung außer verspäteter bzw. nicht geleisteter Arbeit) verpflichtet. Gemäß **§ 619a BGB trägt der Arbeitgeber die Beweislast** für das Vertreten-Müssen des Arbeitnehmers bzgl. der Pflichtverletzung. Da die vertragliche Hauptpflicht des Arbeitnehmers dienstvertraglicher Natur ist (= Leistung der Arbeit als solche und nicht werkvertraglich geschuldeter Erfolg der Arbeit), besteht anders als bei Nichtleistung **bei Schlechtleistung kein Zurückbehaltungsrecht** des Arbeitgebers bzgl. der Vergütung.
- 8 Aufrechnung. Allerdings kann der Arbeitgeber mit seinem Schadensersatzanspruch **im Rahmen der Pfändungsgrenzen nach § 850c ZPO** gemäß **§ 394 BGB** gegen den Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers **aufrechnen**.
- 9 Haftungsverteilung für Schäden. Unter dem Billigkeitsaspekt, dass der Arbeitnehmer regelmäßig einen etwaigen Schaden aufgrund Schlechtleistung wirtschaftlich viel schlechter als der Arbeitgeber verkraften kann bzw. versichern oder auf Kunden abwälzen kann, wurden in hierzu schwankender Rechtsprechung Grundsätze zu einer interessengerechten Risikoverteilung und Haftungsbeschränkung entwickelt.

Rechte des Arbeitgebers bei Schlechtleistung

Die Rechtsprechung geht von folgender Haftungsbeschränkung aus:

Bei **leichter Fahrlässigkeit** des Arbeitnehmers haftet dieser **nicht**.

Bei **Vorsatz und grober Fahrlässigkeit** trifft den Arbeitnehmer die Haftung bzgl. des **vollen Schadens**.

Bei **mittlerer Fahrlässigkeit** kommt es nach den Grundsätzen des **§ 254 BGB** zu einer Schadensaufteilung. Bei dieser **Abwägung** ist einer der Aspekte zur jeweiligen Zurechnung der Schadensrisiken die sogenannte Gefahrgeneignetheit der Arbeit. Die Rechtsprechung sieht dabei z.B. die Tätigkeit als Justitiar eines Unternehmens oder die Tätigkeit als Bürovorsteher eines Wirtschaftsprüfers im allgemeinen nicht als gefahrgeneigt an (LAG Frankfurt, DB 1988, 1702). Desweiteren ist eine Abwägung zu **Billigkeit und Zumutbarkeit** zu treffen unter Berücksichtigung von Gesichtspunkten wie Lebensalter, Betriebszugehörigkeitsdauer, Familienverhältnisse, Gehaltshöhe und Stellung des Arbeitnehmers etc.

Gemäß **§ 619a BGB** hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber Ersatz für den aus der Verletzung einer Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis entstehenden Schaden nur zu leisten, wenn er die Pflichtverletzung zu vertreten hat, wofür der **Arbeitgeber die Beweislast** trägt.

Mitverschulden des Arbeitgebers ist **z.B.** anzunehmen bei nicht ausreichender Organisation und Kontrolle, offensichtlichem Überfordern des Arbeitnehmers, Nichtbeachtung der zulässigen Arbeitszeiten, unterbliebener Versicherung.

Grobe Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers wird bejaht **z.B.** in den Fällen des Alkoholgenusses über der Promillegrenze, Verschweigen von fehlender Fahrpraxis, Missachtung von Verkehrszeichen, Übermüdung.

4 Haftung bei Schädigung betriebsfremder Dritter. Wenn ein Arbeitnehmer bei einer betrieblichen Tätigkeit einem Dritten Schaden zufügt, so haftet er an sich dem Dritten gegenüber nach §§ 823 ff BGB. Die besonderen Haftungsbeschränkungen bestehen nur innerhalb des Arbeitsverhältnisses zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Soweit der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber nach diesen Haftungsgrundsätzen nicht haften würde, hat er gegen den Arbeitgeber einen entsprechenden Freistellungsanspruch, den der Dritte seinerseits pfänden kann und unmittelbar gegen den Arbeitgeber vorgehen kann.

5 Haftung des Arbeitnehmers gegenüber Arbeitskollegen

- Bei **Personenschäden** aufgrund eines Arbeitsunfalls gemäß § 8 SGB VII haftet der Arbeitnehmer dem von ihm geschädigten anderen Arbeitnehmer gegenüber gemäß **§ 105 SGB VII grundsätzlich nicht, es sei denn** der Unfall wurde **vorsätzlich** oder auf einem nach **§ 8 II Nr. 1 – 4 SGB VII versicherten Weg von ihm herbeigeführt**. Bei einem Wegeunfall i.S.d. § 8 II Nr.1-4 SGB VII haftet die Unfallversicherung zwar, jedoch hat der Geschädigte unter Anrechnung nach **§ 105 I 3 i.V.m. § 104 III SGB VII** der Leistungen der Unfallversicherung privatrechtliche Ansprüche gegen den Schädiger bzgl. der verbleibenden Ersatzansprüche. Auf **Auszubildende** ist **§ 105 SGB VII** gemäß **§ 106 i.V.m. § 2 I Nr.2 SGB VII** entsprechend anzuwenden.

Gegenüber dem Sozialversicherungsträger haftet der Schädiger jedoch gemäß **§ 110 I SGB VII** in den Fällen der §§ 104 ff SGB VII bereits bei Herbeiführung des Versicherungsfalls durch grobe Fahrlässigkeit für die Aufwendungen des Versicherungsträgers bis zur Grenze des zivilrechtlichen

Schadensersatzanspruches. Allerdings steht es dem Sozialversicherungsträger nach **§ 110 II SGB VII** frei, nach **billigem Ermessen**, insbesondere unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers, auf den Ersatzanspruch zu verzichten.

- Für **Sachschäden** sind die Vorschriften der **§§ 104 ff des SGB VII nicht anwendbar**. Der Arbeitnehmer haftet grundsätzlich dem anderen Arbeitnehmer gegenüber selbst. Jedoch hat er einen **Freistellungsanspruch**, soweit der Arbeitgeber bei seiner Schädigung verpflichtet wäre **nach den grundsätzlichen Haftungsbeschränkungen** den Schaden selbst zu tragen.

6 Haftung des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer

- Für **Personenschaden** des Arbeitnehmers ist die Haftung des – ja auch allein die Beiträge der Unfallversicherung tragenden – Unternehmers gemäß **§ 104 SGB VII** beschränkt.
- Die frühere Rechtsprechung zur Haftung des Arbeitgebers bzgl. **Sachschäden** des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber danach nur bei seinerseitigem Verschulden bzw. bei außergewöhnlichen Sachschäden anlässlich gefährlicher Arbeit zu ersetzen hatte, ist mittlerweile wie folgt erweitert:

Auch ohne Verschulden des Arbeitgebers muss dieser dem Arbeitnehmer **Unfallschäden an dessen KFZ ersetzen, wenn** es mit Billigung des Arbeitgebers ohne Sondervergütung im Betätigungsbereich des Arbeitgebers eingesetzt war. Dies ist dann der Fall, wenn er ohne das KFZ des Arbeitnehmers ein eigenes KFZ einsetzen und dessen Unfallgefahr tragen müsste. Das Mitverschulden des Arbeitnehmers ist gemäß § 254 BGB zu berücksichtigen.

Mittlerweile wurde in entsprechender Rechtsprechungsentwicklung entschieden, dass ein Krankenhausträger seinem Pfleger zum Schadensersatz wegen einer von einem Patienten beschädigten Brille verpflichtet ist.

Die Tendenz der Rechtsprechung geht zu einem Ersatzanspruch bzgl. der Schäden an eigenen Sachen des Arbeitnehmers im Betätigungsbereich des Arbeitgebers. Zumindest hat der Arbeitgeber berechtigterweise auf das Betriebsgelände mitgebrachte Sachen des Arbeitnehmers durch zumutbare Maßnahmen vor Beschädigungen Dritter zu schützen.

Beendigung des Arbeitsverhältnisses

1 **Übersicht.** Beendigungsmöglichkeiten eines Arbeitsverhältnisses sind insbesondere

- Aufhebungsvertrag
- Kündigung des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers
- Zeitablauf bzw. Zweckerfüllung bei Befristung
- Tod des Arbeitnehmers (vgl. § 613 BGB)

- Anfechtung

Ein **Ausbildungsverhältnis** endet gemäß **§ 14 BBiG** normalerweise mit Ende der Ausbildungszeit bzw. mit Bestehen der Abschlussprüfung. Eine Verlängerung bei Nichtbestehen ist bis zum nächstmöglichen Wiederholungstermin um längstens ein Jahr möglich.

Mit dem **Tod des Arbeitgebers** wird **grundsätzlich** das Arbeitsverhältnis **nicht** als beendet angesehen, außer es ergibt sich etwas anderes aus besonderen Umständen bzw. dem Wesen des Arbeitsverhältnisses (z.B. Krankenpflege, Privatsekretärin).

Für jede Kündigung ist der Betriebsrat anzuhören, sofern beim Arbeitgeber ein Betriebsrat existiert. Die Anhörung des Betriebsrats durch den Arbeitgeber unterliegt keinem Formerfordernis, aus Beweisgründen empfiehlt sich jedoch eine schriftliche Anhörung. Die Zustimmung des Betriebsrats ist formlos möglich, der Betriebsratswiderspruch muss gemäß § 102 Abs. 2 Betriebsverfassungsgesetz schriftlich erfolgen. Anzuhören ist der Betriebsrat. Dies geschieht durch Information des Betriebsratsvorsitzenden oder im Verhinderungsfall des Stellvertreters, § 26 Abs. 3 Betriebsverfassungsgesetz, wobei die Anhörung im Betrieb während der Arbeitszeit des entsprechenden Betriebsratsmitgliedes vorzunehmen ist.

Nach Eingang der Anhörung beim Betriebsrat hat dieser eine Frist zur Stellungnahme von einer Woche. Die Fristberechnung erfolgt nach den allgemeinen Vorschriften des BGB. Dabei zählen Kalendertage, nicht Werktage. Der Fristablauf beginnt jeweils mit dem ersten Tag nach Eingang der Anhörung beim Betriebsrat, das heißt der Tag der Unterrichtung durch den Arbeitgeber wird nicht mitgerechnet.

Die Wochenfrist endet mit dem Ablauf desjenigen Tages der nächsten Woche, welcher durch seine Benennung dem Tag entspricht, auf den das Ereignis fällt. Bei einer Unterrichtung des Betriebsrates am Freitag, den 13.ten ist somit der letzte Tag der Wochenfrist der Freitag der darauffolgenden Woche.

Die Wartefrist auf die Stellungnahme des Betriebsrates endet dabei regelmäßig am letzten Tag der Frist, das heißt beispielsweise Freitags, mit Dienstschluss der Personalverwaltung. Die Kündigungsschreiben an die Mitarbeiter können somit erst am folgenden Tag, das wäre nach dem Beispiel der Samstag, versendet werden. Würde nämlich am letzten Tag der Frist nach dem üblichen Dienstschluss der Personalverwaltung noch eine Kündigung versendet werden, wäre die Personalverwaltung an diesem Tag für den Betriebsrat noch erreichbar gewesen.

Vor Ablauf der Wartefrist kann nur dann eine Kündigung ausgesprochen werden, wenn eine abschließende Stellungnahme des Betriebsrates vorliegt. Bloße Empfangsbestätigung oder kommentarloses Zurücksenden des Anhörungsschreibens stellen keine abschließende Stellungnahme des Betriebsrates dar. Der abschließende Charakter muss sich eindeutig aus der Stellungnahme ergeben. Bei Massenentlassungen ist der Betriebsrat ebenfalls an die Wochenfrist zur Stellungnahme gebunden, jedoch kann unter Umständen eine Verlängerungsverweigerung des Arbeitgebers rechtsmissbräuchlich sein.

Wenn der Betriebsrat nach ordnungsgemäßer Anhörung die Zustimmung verweigert, kann der Arbeitgeber trotzdem kündigen. § 102

Betriebsverfassungsgesetz verlangt lediglich, dass der Betriebsrat über die beabsichtigte Kündigung beraten muss. Dabei soll der Betriebsrat, soweit ihm dies erforderlich erscheint, vor seiner Stellungnahme des betroffenen Arbeitnehmer anhören. Unterlässt er dies, ist das Anhörungsverfahren deshalb nicht fehlerhaft. Fehler bei der Willensbildung des Betriebsrates machen das Anhörungsverfahren nach § 102 Abs. 1 Betriebsverfassungsgesetz grundsätzlich auch dann nicht unwirksam, wenn der Arbeitgeber weiß oder vermuten kann, dass das Verfahren des Betriebsrates nicht fehlerfrei verlaufen ist.

Etwas anderes kann aber dann gelten, wenn die Mängel bei der Willensbildung des Betriebsrates durch ein unsachgemäßes Verhalten des Arbeitgebers veranlasst worden sind.

Erforderlich ist die Zustimmung des Betriebsrates für die Kündigung der Betriebsratsmitglieder gemäß § 103 Betriebsverfassungsgesetz. Für das Zustimmungsverfahren beim Betriebsrat gelten die Grundsätze des § 102 entsprechend. Das von der Kündigung selbst betroffene Betriebsratsmitglied ist im Rahmen des Zustimmungsverfahrens nach § 103 Abs. 1 Betriebsverfassungsgesetz nicht nur von der Abstimmung im Betriebsrat, sondern auch von der dieser Abstimmung vorausgehenden Beratung ausgeschlossen, Argument ex

§ 25 Betriebsverfassungsgesetz (BAG 23.08.1984, DB 85, 554). Kündigt der Arbeitgeber allen Mitgliedern des Betriebsrates aus dem gleichen Anlass, so ist jedes einzelne Betriebsratsmitglied hinsichtlich der ihm selbst drohenden Kündigung gehindert, kann aber an der Zustimmung betreffend die Kündigungen der anderen Mitglieder teilnehmen.

Zu beachten ist, dass die Zustimmung nur für eine außerordentliche Kündigung der Betriebsratsmitglieder erforderlich ist.

2 Aufhebungsvertrag. Wie bei jedem Vertrag kann auch bei einem Arbeitsvertrag dessen Auflösung **einvernehmlich jederzeit** durch die Vertragspartner vereinbart werden. Kündigungsschutzvorschriften sowie auch Kündigungsfristen müssen grundsätzlich für eine wirksame einvernehmliche Vertragsaufhebung nicht beachtet werden.

Der **Kerninhalt** eines Aufhebungsvertrags ist die Erklärung des Arbeitnehmers und Arbeitgebers, dass sich die **Parteien darüber einig** sind, dass das **Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten Datum endet, oder auch** dass das **Arbeitsverhältnis auf eine Kündigung hin mit Ablauf eines bestimmten Datums endet**. Die rückwirkende Aufhebung des Arbeitsverhältnisses kann nach Beginn des Arbeitsverhältnisses nicht wirksam vereinbart werden.

Gemäß **§ 623 BGB** ist **der Wirksamkeit von Auflösungsverträgen Schriftform vorausgesetzt**. Nach § 126 II BGB hat die Auflösungsvereinbarung schriftlich auf derselben Urkunde zu erfolgen. Ohne Wahrung der Schriftform wäre eine Auflösungsvereinbarung nach § 125 BGB nichtig.

Eine Annahme des Aufhebungsangebots ist wie jede andere Willenserklärung nach §§ 119, 123 BGB **anfechtbar**. Insoweit gilt Folgendes:

Eine Anfechtung wegen **widerrechtlicher Drohung mit einer außerordentlichen**

Kündigung sieht das BAG dann als nicht gerechtfertigt an, wenn ein **verständiger Arbeitgeber** nach sorgfältiger Prüfung der Lage eine außerordentliche Kündigung in Aussicht stellt bzw. dies wegen gegebenen wichtigen Grundes hierfür auch in Aussicht stellen kann und der Arbeitnehmer vorsorglich in die Auflösung des Arbeitsverhältnisses einwilligt, um dem Makel einer fristlosen Kündigung bzw. der Einleitung eines Strafverfahrens zu entgehen. Auch das Argument, der Arbeitnehmer habe unter **Zeitdruck** ohne ausreichende Bedenkzeit den Aufhebungsvertrag unterschrieben, reicht für eine **wirksame Anfechtung nicht** aus.

Nach der Schuldrechtsreform des BGB war zunächst umstritten, ob ein Arbeitnehmer als „Verbraucher“ im Sinne des § 13 BGB gilt und entsprechend §§ 312, 355 BGB entsprechend der Bestimmungen für Haustürgeschäfte hinsichtlich am Arbeitsplatz geschlossener Aufhebungsverträge die Pflicht zur Einräumung eines zweiwöchigen Widerrufsrechts besteht. Mit Urteil vom 27.11.03 (2AZR 135/02) hat das BAG jedoch klargestellt, dass **aufgrund arbeitsrechtlicher Besonderheiten kein Widerrufsrecht bei arbeitsrechtlichen Aufhebungsverträgen** einzuräumen ist.

Wegen **arglistiger Täuschung** wäre die Anfechtung begründet, wenn z.B. der Arbeitgeber über die betriebsbedingte Notwendigkeit einer Kündigung den Arbeitnehmer täuscht und der Arbeitnehmer daraufhin mit einer Vertragsaufhebung gegen eine unverhältnismäßig niedrige Abfindung einverstanden ist.

Eine Anfechtung aufgrund **Inhaltsirrtum** sieht das BAG im Fall z.B. einer **Schwangeren, die in Unkenntnis ihrer Schwangerschaft ihren Willen zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses erklärt**, aus folgendem Grund als **in der Regel nicht gerechtfertigt** an: Ein Inhaltsirrtum wäre gegeben, wenn der äußere Erklärungstatbestand dem Willen des Erklärenden zwar entspricht, dieser aber über Bedeutung oder Tragweite seiner Erklärung irrt. Das kann ausnahmsweise auch bei einem Irrtum über Rechtsfolgen der Erklärung der Fall sein, wenn diese selbst Inhalt der Willenserklärung geworden sind und dem Erklärenden über diesen Inhalt ein Irrtum unterläuft. Wenn die Arbeitnehmerin jedoch in Unkenntnis über ihre Schwangerschaft bei Abgabe ihrer Willenserklärung war, konnte ein Irrtum über die Rechtsfolge des Verlustes von Mutterschutzrechten bereits dem Grunde nach nicht gegeben sein.

Zu beachten sind die sozialversicherungsrechtlichen Folgen und Aufklärungspflicht. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gebietet, dass dieser den Arbeitnehmer über die sozialversicherungsrechtlichen Folgen eines Aufhebungsvertrags aufzuklären hat, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zum Abschluss des Aufhebungsvertrags aus eigenen Interessen veranlasst oder dem Arbeitnehmer die Tragweite seiner Willenserklärung offensichtlich nicht klar ist.

Zu den **sozialversicherungsrechtlichen Folgen** ist insbesondere zu beachten:

Der Anspruch auf Leistungen der **Krankenversicherung** nach Beendigung des Pflichtversicherungsverhältnisses besteht nur **einen Monat** gemäß **§ 19 II SGB V** weiter, **außer** es tritt die Krankenversicherungspflicht nach **§ 5 I Nr. 2 SGB V** für **Arbeitslose** ein. Gemäß § 5 I Nr.2 SGB V gehört auch derjenige zum krankenversicherungspflichtigen Personenkreis, der Arbeitslosengeld oder -hilfe

bezieht oder dessen Anspruch hierauf nur aufgrund einer Sperrzeit nach § 144 SGB III ruht. Zu **beachten** ist, dass bei einem Ruhen des Arbeitslosengeldanspruchs gemäß **§ 143a SGB III** im Fall eines Abfindungserhalts bei vor Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist beendetem Arbeitsverhältnis **kein** über § 19 II SGB V hinausgehender Krankenversicherungsschutz nach § 5 I Nr. 2 SGB V besteht (vgl. hierzu VIII. B und E).

Der Arbeitgeber ist gemäß **§ 2 II 2 Nr. 3 SGB III** verpflichtet, seine (Noch-)Arbeitnehmer vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses frühzeitig

- über die Notwendigkeit eigener Aktivitäten bei der Suche nach einer anderen Beschäftigung zu informieren
- über die Verpflichtung unverzüglicher Meldung beim Arbeitsamt zu informieren
- sie hierzu von der Verpflichtung, die Arbeitsleistung zu erbringen, freizustellen
- und ihnen die Teilnahme an erforderlichen Qualifikationsmaßnahmen zu ermöglichen

Da gemäß **§ 37b SGB III unverzüglich nach Kenntnis des Beendigungszeitpunktes die Meldung beim Arbeitsamt** Pflicht ist und nach **§ 140 SGB III bei Verletzung dieser Meldepflicht Kürzungen des Arbeitslosengelds** die Folge sind, ist die Einhaltung der Hinweispflicht nach § 2 Abs. II Satz 2 Nr.3 SGB III für den Arbeitgeber zur Vermeidung etwaiger Schadensersatzansprüche des Arbeitnehmers besonders relevant.

- **37b SGB III bestimmt, dass sich Personen, deren Arbeitsverhältnis endet, spätestens 3 Monate vor dessen Beendigung persönlich melden müssen, haben sie nur kürzer Kenntnis, hat die Meldung innerhalb von 3 Tagen nach Kenntnis des Beendigungszeitpunktes zu erfolgen !**

Der Arbeitnehmer riskiert mit dem Abschluss eines Aufhebungsvertrags die Verhängung einer **Sperrzeit bzgl. des Anspruchs auf Arbeitslosengeld nach § 144 SGB III**. Nach Rechtsprechung des Bundessozialgerichts wird **unabhängig von der Vertragsformulierung hinsichtlich des Initiators** der Vertragsauflösung – die allerdings für die Steuerbegünstigung nach § 3 Nr.9 EStG relevant sein kann - bei jeglichem Aufhebungsvertrag **von einer vom Arbeitslosen zu verantwortenden Lösung** des Arbeitsverhältnisses ausgegangen, die eine **Sperrzeit** begründet. Nicht als selbst auflösende Willenserklärung würde z.B. das Unterlassen der Erhebung einer Kündigungsschutzklage gewertet. Hatte der Arbeitnehmer einen **wichtigen Grund für seine Vertragsauflösung**, tritt **keine Sperrzeit** ein.

Zu den **Konsequenzen einer Abfindungszahlung** im Hinblick auf die **Arbeitslosenversicherung** sei auf den bereits erwähnten **§ 143a SGB III** und die Ausführungen hierzu im Skript unter Ziffer VIII.E verwiesen.

Die früher geltende Steuerfreiheit für Abfindungen seit dem 01.01.2006 entfallen. Echte Abfindungen, d.h. solche in die kein bereits geschuldetes Arbeitsentgelt eingerechnet wurde, bleiben aber **sozialversicherungsfrei**.

Kündigungen des Arbeitgebers

1 Ausschluss/besonderer Kündigungsschutz. Das **Recht zu einer außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund besteht grundsätzlich immer** außer in den im Folgenden genannten Sonderfällen insbesondere bei Mutterschutz.

Eine **ordentliche Kündigung** ist gemäß **§ 15 III TzBfG** **grundsätzlich nur bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen** zulässig. Vertraglich kann jedoch die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung auch bei befristeten Arbeitsverhältnissen vereinbart worden sein.

Für bestimmte Personengruppen bestehen **Kündigungsverbote wie folgt:**

- Gemäß **§ 9 I MuSchG** ist **jede Kündigung einer Frau während der Schwangerschaft** bzw. **bis Ablauf von 4 Monaten nach der Entbindung** unzulässig, wenn dem Arbeitgeber **zur Zeit der Kündigung** die Schwangerschaft oder Entbindung **bekannt** war oder **innerhalb von 2 Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt** wird. Ein nicht von der Arbeitnehmerin zu vertretendes Überschreiten der Zweiwochenfrist (wie z.B. urlaubsbedingte Abwesenheit) ist unschädlich, wenn die Mitteilung unverzüglich nachgeholt wird. Grundsätzlich ist der **Beginn der Schwangerschaft** durch **Rückrechnung von 280 Tagen** von dem ärztlich festgestellten Entbindungstermin zu ermitteln.

Gemäß **§ 9 III MuSchG** kann **ausnahmsweise** die Kündigung in **besonderen Fällen** von der **zuständigen obersten Landesbehörde**

(= Landesarbeitsministerium bzw. die von diesem delegierte Stelle, wie meist Gewerbeaufsichtsamt) **für zulässig erklärt** werden. Die eng auszulegende besondere Zulässigkeit der Kündigung nach § 9 III MuSchG steht je nach Einzelfall im Ermessen der obersten Landesbehörde und umfasst **zum Beispiel** Ausnahmefälle drückender wirtschaftlicher Belastung des Arbeitgebers oder Vorliegen von erheblichen Verfehlungen der Arbeitnehmerin wie ein im Betrieb begangenes erhebliches vorsätzliches Vergehen wie das Bestehlen einer Kollegin. Nicht jedes Verhalten, das ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung wäre, kann eine Ausnahmekündbarkeit begründen, da das Kündigungsverbot des § 9 I MuSchG grundsätzlich jede Kündigung, sowohl die ordentliche als auch die außerordentliche Kündigung verbietet.

Im übrigen besteht auch gemäß **§ 5 MuSchG** **keine „Pflicht“ zur Mitteilung** der Schwangerschaft. § 5 MuSchG besagt, dass die werdende Mutter die Schwangerschaft mitteilen „soll“.

Wenn eine Arbeitnehmerin dem Arbeitgeber das Bestehen einer Schwangerschaft **bereits mitgeteilt** hat, ist **jedoch verpflichtet**, den Arbeitgeber **unverzüglich davon zu unterrichten, falls die Schwangerschaft vorzeitig** (wie z.B. aufgrund einer Fehlgeburt) **beendet** ist. Hat die Arbeitnehmerin eine derartige Mitteilung schuldhaft unterlassen, kann der Arbeitgeber jedoch keinen Anspruch auf Schadensersatz gegen sie geltend machen, der wegen angenommener Schwangerschaft nicht beendeten Arbeitsverhältnisses und entsprechender Erfüllung der sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden z.B. Vergütungsansprüche bzgl. geleisteter Arbeit entstanden ist. (BAG Urteil vom 18.01.2000 zu 9 AZR

932/98)

- Gemäß dem § 9 MuSchG ergänzend nachgebildeten **§ 18 I BErzGG** darf ein Arbeitsverhältnis ab dem Zeitpunkt, von dem an Elternzeit verlangt worden ist, **höchstens jedoch 8 Wochen vor Beginn der Elternzeit und während der Elternzeit** nicht gekündigt werden. Entsprechend dem Kündigungsschutz des § 9 MuSchG kann auch insoweit gemäß **§ 18 I 2 BErzGG** die zuständige oberste Landesbehörde (= Gewerbeaufsichtsamt) **ausnahmsweise eine Kündigung für zulässig erklären**.

Die Unzulässigkeit einer Kündigung bei Elternzeit gilt nach **§ 18 II BErzGG** auch für Arbeitnehmer, wenn sie nach **§ 18 II 1 Nr.1 BErzGG während der Elternzeit bei ihrem Arbeitgeber Teilzeitarbeit** leisten oder nach **§ 18 II 1 Nr.2 BErzGG ohne Inanspruchnahme von Elternzeit bei ihrem Arbeitgeber Teilzeitarbeit** leisten und **Anspruch auf Erziehungsgeld** haben bzw. nur wegen **überstiegener Einkommensgrenzen keinen Erziehungsgeldanspruch** haben, außer es besteht gar kein **Anspruch auf Elternzeit** nach § 15 BErzGG.

- Die **ordentliche Kündigung von Mitgliedern eines Betriebsrats oder einer Jugend- und Auszubildendenvertretung** ist **während deren Amtszeit sowie innerhalb eines Jahres nach Ablauf der Amtszeit** gemäß **§ 15 I KSchG grundsätzlich nicht zulässig**, es sei denn es lägen Tatsachen vor, die den Arbeitgeber zu einer fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund berechtigen würden und der **Betriebsrat** hätte der Kündigung i.S.d. **§ 103 BetrVG zugestimmt**.

Gemäß **§ 15 IIIa KSchG** besteht folgender erweiterter Kündigungsschutz

Die **Kündigung** eines Arbeitnehmers, der **zu einer Betriebs-, Wahl oder -Bordversammlung einlädt** oder die **Bestellung eines Wahlvorstandes beantragt**, ist vom Zeitpunkt der Einladung bzw. Antragstellung **bis zur Bekanntgabe des Wahlergebnisses unzulässig**, es sei denn es lägen Tatsachen vor, die den Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung berechtigen. Dieser Kündigungsschutz gilt für **die ersten drei in der Einladung oder Antragstellung aufgeführten Arbeitnehmer**. Kommt es nicht zu der initiierten Wahl, besteht der Kündigungsschutz vom Zeitpunkt der Einladung oder Antragstellung an **drei Monate**.

- Die **ordentliche Kündigung** eines **Ausbildungsverhältnisses** ist **nach Ablauf der Probezeit** gemäß **§ 15 II BBiG ausgeschlossen**.
- Die Kündigung eines gemäß **§ 90 I Nr.1 SGB IX mehr als 6 Monate im Arbeitsverhältnis** stehenden Schwerbehinderten bedarf gemäß **§ 85 SGB IX** der Zustimmung des Integrationssamts. Eine bei Kündigungserklärung vorhandene **Kenntnis des Arbeitgebers** von der Schwerbehinderung ist für den Kündigungsschutz nach § 85 SGB IX **nicht nötig**. Sowohl bei der ordentlichen als auch bei der außerordentlichen Kündigung verliert der Schwerbehinderte jedoch seinen Sonderkündigungsschutz, wenn er dem Arbeitgeber nicht **innen eines Monats nach Kündigungszugang** die festgestellte bzw. beantragte Feststellung seiner **Schwerbehinderung**

mitteilt. Nach Urteil des BAG vom 07.03.02 (2 AZR 612/00) reicht für den Sonderkündigungsschutz nach § 85 SGB IX es bereits aus, wenn noch vor Antragstellung des Schwerbehinderten auf Feststellung beim Versorgungsamt der schwerbehinderte Arbeitnehmer den Arbeitgeber vor dem Ausspruch der Kündigung über seine körperliche Beeinträchtigung und über die beabsichtigte Antragstellung informiert hat.

2 ordentliche Kündigungsfrist . Gemäß § 622 BGB gelten für Angestellte wie Arbeiter grundsätzlich folgende gesetzliche Kündigungsfristen für Arbeitgeberkündigungen:

- Bei Arbeitsverhältnissen bis unter 2 Jahren:

Frist von 4 Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats

Ohne Einrechnung vor Vollendung des 25. Lebensjahres liegender Beschäftigungszeiten gemäß **§ 622 II 2 BGB** erhöhen sich die **Fristen für die Arbeitgeberkündigung** gemäß **§ 622 II 1 BGB** stufenweise wie folgt:

- Bei 2 Jahre bestehendem Arbeitsverhältnis:

1 Monat zum Ende des Kalendermonats

- Bei 5 Jahre bestehendem Arbeitsverhältnis:

2 Monate zum Ende des Kalendermonats

- Bei 8 Jahre bestehendem Arbeitsverhältnis:

3 Monate zum Ende des Kalendermonats

- Bei 10 Jahre bestehendem Arbeitsverhältnis:

4 Monate zum Ende des Kalendermonats

etc. ...bis 7 Monate zum Ende eines Kalendermonats bei 20 Jahre bestehendem Arbeitsverhältnis

Es ist auch ein **Berufsausbildungsverhältnis**, aus dem der Auszubildende in ein Arbeitsverhältnis übernommen wurde, **zu berücksichtigen** (BAG Urteil vom 02.12.99 zu 2 AZR 139/99).

Laut § 622 II BGB sollen bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer Zeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahres des Arbeitnehmers liegen, nicht berücksichtigt werden. **Die Vorschrift ist eine Diskriminierung wegen Alters und verstößt gegen das AGG. Sie ist nicht mehr anzuwenden.**

Kürzere Fristen als die der gesetzlichen Kündigungsfristen nach § 622 I – 3 BGB können gemäß **§ 622 IV BGB nur tarifvertraglich**, nicht einzelvertraglich vereinbart werden. **Sonderfall** hierzu ist der noch genauer zu erläuternde **§ 622 V BGB**.

Die Vereinbarung von **längeren Kündigungsfristen** als der Kündigungsfristen nach

- 622 I bis III BGB ist **wirksam** gemäß **§ 622 V 3 BGB möglich**. Hierbei darf jedoch gemäß **§ 622 VI BGB keine längere Frist für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer** vereinbart werden als für die Kündigung durch den Arbeitgeber. Bei **Verstoß gegen § 622 VI BGB** gilt

nach Rechtsprechung bzw. Arbeitnehmerschutz die **längere Kündigungsfrist für beide** Vertragspartner.

Sonderfälle des § 622 BGB im übrigen:

- Gemäß **§ 622 III BGB** kann ein Arbeitsvertrag mit **vereinbarter Probezeit** mit einer **Frist von 2 Wochen** gekündigt werden, solange die Probezeit nicht 6 Monate überschreitet.
- Gemäß **§ 622 V BGB** kann eine „**kürzere**“ **Kündigungsfrist als die 4-Wochen-Frist des § 622 I BGB** vereinbart werden im Fall eines zur **vorübergehenden, nicht länger als 3 Monate dauernden Aushilfe** eingestellten Arbeitnehmers gemäß **§ 622 V Nr.1 BGB** oder gemäß **§ 622 V Nr. 2 BGB** bei **Kleinbetrieben von höchstens 20 Mitarbeitern** ohne Einrechnung von Auszubildenden bei gemäß **§ 622 V 2 BGB** abgestufter anteiliger Anrechnung von Teilzeitbeschäftigten entsprechend der Berechnungsstaffelung des **§ 23 I 4 KSchG**. **§ 622 V I BGB** wird wie folgt ausgelegt: Es kann von der **Terminierung der vierwöchigen Kündigungsfrist zum Fünfzehnten bzw. Monatsende** abgewichen werden.
- **622 V BGB** regelt eine **Ausnahme zu § 622 I BGB** nicht zu **§ 622 II BGB**.
- Bei **Auszubildenden** ist während der **höchstens dreimonatigen Probezeit (§ 13 BBiG)** die **Kündigung** des Berufsausbildungsverhältnisses gemäß **§ 15 I BBiG jederzeit ohne Einhalten einer Kündigungsfrist** möglich.
- Gemäß **§ 113 I InsO** kann ein Dienstverhältnis vom Insolvenzverwalter und vom Dienstverpflichteten **ohne Rücksicht auf eine vereinbarte Vertragsdauer oder Kündigungsausschluss** gekündigt werden mit einer **Frist von 3 Monaten**, falls nicht eine kürzere Frist maßgeblich ist.

Besondere Kündigungsfristen:

Die Angabe einer **entgegen zwingende Vorschriften des § 622 BGB gesetzten Kündigungsfrist** hat **nicht die Unwirksamkeit der Kündigung selbst** zur Folge. Das Arbeitsverhältnis endet bei **sonstiger Wirksamkeit der Kündigung** als solche **zum rechtmäßig nächstmöglichen Zeitpunkt**.

Die **Berechnung der Kündigungsfrist** richtet sich nach **§§ 186 ff BGB**. Gemäß **§ 187 I BGB** ist der **Tag, an dem gekündigt wird, nicht in die Frist einzurechnen**. So muss **z.B.** bei einer Kündigungsfrist zum Monatsende mit einmonatiger Frist nach **§ 622 II 1 Nr. 1 BGB** spätestens am letzten Tag des Vormonats gekündigt werden gemäß **§ 188 III BGB**. Wenn der letzte Tag, an dem die Kündigung zu erklären wäre, auf einen Samstag, Sonn- oder staatlich anerkannten Feiertag fallen sollte, müsste die Kündigung spätestens an diesem freien Tag zugehen. Der Zugang am Tag darauf entsprechend **§ 193 BGB gilt nicht** für die Erklärungsfrist der Kündigung. Sonst würde es zu einer Verkürzung des Laufs der Kündigungsfrist kommen und nicht zu der von **§ 193 BGB** intendierten Verlängerung der Frist, sofern deren letzter Tag auf einen Feiertag fällt.

Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz

Wenn das zu kündigende Arbeitsverhältnis gemäß § 23 I KSchG als **Kleinbetrieb bzw. bei nicht länger als sechsmonatiger Beschäftigung** des Arbeitnehmers i.S.d. § 1 I KSchG **nicht dem Kündigungsschutz des § 1 I KSchG unterliegt**, so ist eine **ordentliche Kündigung ohne soziale Rechtfertigung** möglich.

Hinsichtlich der Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung ist zunächst danach zu fragen, ob das Arbeitsverhältnis dem **allgemeinen Kündigungsschutz nach KSchG** unterliegt.

Der **Anwendungsbereich des 1. Abschnitts des KSchG, in dessen § 1 I KSchG die soziale Rechtfertigung der Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung vorausgesetzt wird, nicht auf Kleinbetriebe**. Als solche gelten seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Arbeitsmarktreform ab 01.01.04 gemäß **§ 23 I S. 2 und 3 KSchG** Betriebe, in denen **in der Regel nicht mehr als zehn Arbeitnehmer ausschließlich Auszubildender** beschäftigt werden. Auch werden die **Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis erst nach dem 31.12.03 begonnen hat, nicht bei der Feststellung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer berücksichtigt**. Für Arbeitsverhältnisse, deren **Arbeitsverhältnis vor dem 01.01.04 begonnen hat**, gilt weiterhin der **Schwellenwert von nicht mehr als 5 (Alt-)Arbeitnehmern** im Betrieb.

Teilzeitbeschäftigte sind gemäß **§ 23 I 4 KSchG gestaffelt** wie folgt einzurechnen: Arbeitnehmer mit einer regelmäßigen Wochenarbeitszeit von **nicht mehr als 20 Stunden** sind mit **0,5** zu berücksichtigen, Arbeitnehmer mit **nicht mehr als 30 Wochenstunden** mit **0,75**.

Der **Arbeitsplatz des zu kündigenden Arbeitnehmers** ist in die Berechnung des Schwellenwerts für die Anwendbarkeit des KSchG mit einzurechnen. Dies gilt auch dann, wenn Kündigungsgrund die unternehmerische Entscheidung ist, den betreffenden Arbeitsplatz künftig dauerhaft nicht mehr neu zu besetzen (BAG Urteil v. 22.01.04 zu 2 AZR 237/03).

Nicht der Betriebsgröße nach § 23 I 2 KSchG zuzurechnen sind **Aushilfskräfte, außer** es kann eine **regelmäßige Anzahl** von Aushilfskräften in einem Betrieb festgestellt werden. Gemäß **§ 21 VII BerzGG** zählt ein **Arbeitnehmer in Elternzeit** nicht zur Betriebsbelegschaft, sofern eine dem Betrieb zuzurechnende Ersatzkraft für ihn eingestellt ist. **Leiharbeiter** sind gemäß **§ 14 I AÜG** nicht als Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs einzurechnen, sondern sind Arbeitnehmer des Verleiherbetriebs.

Nach **§ 1 I KSchG** ist die **Kündigung** eines Arbeitnehmers, dessen Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb ohne Unterbrechung **länger als 6 Monate bestanden hat, rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt** ist.

Die **soziale Rechtfertigung** kann im Sinne des **§ 1 II 1 KSchG** durch die dort aufgeführten **drei Fallgruppen von Kündigungsgründen** gegeben sein: **personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte** Kündigungsbegründung:

Verhaltensbedingte Kündigung

Eine Kündigung ist dann sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht durch Gründe bedingt ist, die im Verhalten des Arbeitnehmers liegen, § 1 Abs. 2 KSchG.

In der Regel wird deshalb eine verhaltensbedingte Kündigung auszusprechen sein. Es müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- Verletzung vertraglicher Pflichten
- Negative Zukunftsprognose
- Verschulden
- Abmahnung
- Interessenabwägung

1 Verhaltensbedingte Kündigungsgründe können **Vertragsverletzungen**, dienstliches und außerdienstliches Verhalten, Umstände aus dem Verhältnis des Arbeitnehmers zu betrieblichen und überbetrieblichen Einrichtungen, Organisationen und Behörden sein. Entscheidend ist ein Fehlverhalten des Arbeitnehmers, das in einer Verletzung arbeitsvertraglicher Haupt- oder Nebenpflichten liegen kann.

2 **Verschulden**. Der Arbeitnehmer muss schuldhaft handeln, es ist nicht notwendig, dass er auch vorsätzlich handelt. Es genügt bereits eine fahrlässige Pflichtverletzung. Abweichend von diesem Prinzip soll ein Objektiv pflichtwidriges Verhalten dann eine Kündigung rechtfertigen können, wenn die Folgen für den Arbeitgeber erheblich waren, z. B. bei Verursachung eines beträchtlichen Schadens oder bei einer erheblichen Störung des Betriebsfriedens.

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, den Sachverhalt vor Ausspruch der Kündigung umfassend aufzuklären. Unter den Tatsachen, die für die Kündigung maßgebend sind, sind im Sinne der Zumutbarkeitserwägungen sowohl die für als auch die gegen die Kündigung sprechenden Umstände zu verstehen. Es genügt somit nicht, die Kenntnis des konkreten, die Kündigung auslösenden Anlasses, der einen wichtigen Grund darstellen könnte. Dem Kündigungsberechtigten muss eine Gesamtwürdigung nach Zumutbarkeitsgesichtspunkten möglich sein. Bei der Arbeitgeberkündigung gehören deswegen zum Kündigungssachverhalt auch die für den Arbeitnehmer und gegen eine außerordentliche Kündigung sprechenden Gesichtspunkte, die regelmäßig ohne Anhörung des Arbeitnehmers nicht hinreichend vollständig erfasst werden können. Solange der Kündigungsberechtigte diese zur Aufklärung des Sachverhalts nach pflichtgemäßem Ermessen notwendig erscheinende Maßnahmen nicht durchführt, insbesondere den Kündigungsgegner Gelegenheit zur Stellungnahme gibt, kann die Ausschlussfrist nicht beginnen.

Grundvoraussetzung für den Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung ist aber eine vorherige Abmahnung.

3 **Abmahnung**. Abmahnungen sollen dem Arbeitnehmer ein Fehlverhalten deutlich machen und ihn vor zukünftigen Konsequenzen warnen. Dies setzt eine genaue Bezeichnung des Vorwurfes mit Datum und Sachverhalt voraus. Um

die Warnfunktion zu erfüllen, sind auch die Konsequenzen genau bezeichnet anzudrohen.

Das Bundesarbeitsgericht hält einer Abmahnung bei Störungen im Leistungsbereich regelmäßig vor Ausspruch einer Kündigung für erforderlich. Bei Störungen im Vertrauensbereich ist eine vorherige Abmahnung regelmäßig entbehrlich. Nur wenn der Arbeitnehmer mit vertretbaren Gründen annehmen konnte, sein Verhalten sei nicht vertragswidrig oder werde vom Arbeitgeber zumindest nicht als ein erhebliches, den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdendes Fehlverhalten angesehen, ist bei einem Fehlverhalten im Vertrauensbereich einer Abmahnung ausnahmsweise entbehrlich.

Der Arbeitgeber muss in einer für den Arbeitnehmer hinreichend deutlich erkennbaren Art und Weise Leistungsmängel beanstanden und damit den Hinweis verbinden, dass in Wiederholungsfälle der Inhalt oder der Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet sei. Eine Abmahnung, die diesen Anforderungen nicht entspricht, ist unwirksam.

Die Abmahnung ist nicht formgebunden, sie bedarf insbesondere keiner Schriftform. Zweckmäßig ist es aber die Abmahnung umfassend mündlich vorzunehmen und unter Bezug hierauf schriftlich zu bestätigen.

Das Bundesarbeitsgericht hat eine Regelausschlussfrist für Abmahnungen abgelehnt.

Bei Bagatelverstößen, die jeder für sich mangels Verhältnismäßigkeit keine Abmahnung rechtfertigen können und erst durch ständige Wiederholung das Gewicht eines abmahnungsfähigen Verhaltens gewinnen, wird deutlich, dass die Abmahnung grundsätzlich nicht an Zeitvorgaben gebunden ist. Unter Umständen kann aber das Recht zur Abmahnung verwirkt sein.

Das Bundesarbeitsgericht hat es ebenfalls abgelehnt, eine Regelfrist anzuerkennen, nach deren Ablauf eine Abmahnung grundsätzlich unwirksam wäre. Eine eventuelle Unwirksamkeit durch Zeitablauf kann nur aufgrund aller Umstände des Einzelfalles festgestellt werden. In der Praxis kann von 4 Wochen ausgegangen werden.

Abmahnungsberechtigt sind alle Mitarbeiter, die auf Grund ihrer Aufgabenstellung verbindliche Anweisungen bezüglich des Ortes, derzeit sowie der Art und Weise der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung zu erteilen haben. Zu beachten ist vor allem, dass der Arbeitgeber einen etwaigen Kündigungsgrund verbraucht, wenn er den zu Grunde liegenden Sachverhalt nur mit einer Abmahnung ahndet.

Das Bundesarbeitsgericht billigt dem Arbeitnehmer in ständiger Rechtsprechung einen Anspruch auf Entfernung einer zu Unrecht erteilten Abmahnung aus der Personalakte zu.

Der Arbeitgeber trägt die Beweislast für die Tatsachen, aus denen die Berechtigung der Abmahnung erfolgt. Werden in einer Abmahnung mehrere Pflichtverletzungen gerügt und ist auch nur eine der vermeintlichen Pflichtverletzungen seitens des Arbeitgebers nicht beweisbar, ist die Abmahnung insgesamt aus der Personalakte zu entfernen. Es ist aber zulässig, die in einem Abmahnungsprozess als berechtigt angesehene Rüge unter Entfernung des unberechtigten Teils neu

zusammenzufassen und in die Personalakte aufzunehmen.

4 Interessenabwägung. Ebenso wie bei anderen Kündigungsformen bedarf es auch bei der verhaltensbedingten Kündigung einer umfassenden Interessenabwägung.

Auf Seiten des Arbeitgebers können dabei Gesichtspunkte und Disziplin, Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Betriebes oder des Unternehmens, der Eintritt eines Vermögensschadens, die Wiederholungsgefahr, die Schädigung des Ansehens in der Öffentlichkeit sowie der Schutz der übrigen Belegschaftsmitglieder einbezogen werden. Führt das vertragswidrige Verhalten des Arbeitnehmers (etwa unentschuldigtes Fehlen) zu Betriebsablaufstörungen, kommt diesen im Rahmen der Interessenabwägung den Arbeitnehmer belastendes Gewicht zu.

Auf Seiten des Arbeitnehmers kommen folgende Gesichtspunkte für die Einstellung in die Interessenabwägung in Betracht: Art, Schwere unter Häufigkeit der vorgeworfenen Pflichtwidrigkeiten, früheres Verhalten des Arbeitnehmers, Mitverschulden des Arbeitgebers, Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Umfang der Unterhaltsverpflichtungen sowie die Lage auf dem Arbeitsmarkt. Insbesondere ist zu berücksichtigen, ob der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz im selben Betrieb oder in einem anderen Betriebsunternehmens eingesetzt werden kann.

5 Darlegung- und Beweislast. Der Arbeitgeber trägt die Darlegung und Beweislast für die verhaltensbedingten Kündigungsgründe, § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG. Das bezieht sich auch auf das Verschulden des Arbeitnehmers.

6 Einzelfälle. Durch Alkoholismus bedingte arbeitsvertragliche Pflichtverletzungen während der Arbeitszeit können eine Kündigung rechtfertigen. Der Alkoholismus selbst wird in der Regel nur einen krankheitsbedingten Kündigungsgrund darstellen können.

Wenn der Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkrankt ist, hat er alles zu unterlassen, was seine Genesung verzögern könnte. Das bloße Vortäuschen von Arbeitsunfähigkeit kann als beharrliche Arbeitsverweigerung sogar mit einer außerordentlichen Kündigung geahndet werden. Arbeitet ein Arbeitnehmer während der Arbeitsunfähigkeit anderweitig, ist der Beweis der vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttert. Der Arbeitnehmer muss dann seinerseits konkret darlegen, warum er gesundheitlich nicht in der Lage gewesen sein soll, in seinem Hauptarbeitsverhältnis zu arbeiten.

Außerdienstliches Verhalten des Arbeitnehmers setzt als Kündigungsgrund voraus, dass das Arbeitsverhältnis konkret beeinträchtigt wird. Dies kann der Fall sein, wenn die nicht durch eine Notlage verursachte Verschuldung eines in einer Vertrauensstellung beschäftigten Arbeitnehmers in kurzer Zeit zu häufigen Lohnpfändungen führt. Eine abstrakte Störung des Betriebsfriedens reicht allerdings nicht aus.

Eine Nebenbeschäftigung rechtfertigt eine Kündigung nur dann, wenn der Arbeitgeber an der Unterlassung ein berechtigtes Interesse hatte. Eine Verletzung eines Wettbewerbsverbotes rechtfertigt allerdings regelmäßig eine Kündigung.

Eine Verdachtskündigung liegt vor, wenn und so weit der Arbeitgeber die Kündigung damit begründet, gerade der Verdacht eines nicht erwiesenen Verhaltens habe das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zerstört. Bei der Verdachtskündigung sind wegen des Risikos, einen Unschuldigen zu treffen, sehr strenge Anforderungen an die Aufklärungspflicht des Arbeitgebers zu stellen. Eine Verdachtskündigung ohne vorherige Anhörung des Arbeitnehmers ist grundsätzlich unwirksam.

Verstöße gegen die Betriebsordnung sind nach vorheriger Abmahnung geeignet, eine verhaltensbedingte Kündigung zu begründen. Dies gilt insbesondere für wiederholte Unpünktlichkeit des Arbeitnehmers.

Personenbedingte Kündigungsgründe

Ist ein Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Person liegen, nicht mehr in der Lage, die von ihm geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, ist der Arbeitgeber zum Ausspruch einer personenbedingten Kündigung berechtigt. Ein personenbedingter Grund ist unter anderem sogenannte mangelnde geistige Eignung, das heißt, dass der Arbeitnehmer von den möglicherweise gewachsenen Anforderungen seiner Tätigkeit überfordert ist. Dabei ist jedoch zu beachten, dass der Arbeitnehmer den Nachweis seiner Eignung durch langjährige Beschäftigung in der Regel erbringt.

Da personenbedingte Gründe vom Arbeitnehmer meist nicht zu steuern und zu vertreten sind, ist der Ausspruch einer vorherigen Abmahnung nicht nötig.

Bei personenbedingten Kündigungsgründen muss es sich um Gründe handeln, die in der Person des Arbeitnehmers liegen. Als derartige Umstände kommen insbesondere persönliche Eigenschaften und Fähigkeiten des Arbeitnehmers in Betracht. Da sich diese Umstände auch im Verhaltensbereich des Arbeitnehmers niederschlagen können, ist eine eindeutige Grenzziehung gegenüber den verhaltensbedingten Gründen oft nur mit Schwierigkeiten möglich.

Kündigung wegen Krankheit

Zu den personenbedingten Kündigungsgründen gehört die Kündigung wegen Krankheit.

1 Drei-Stufen-Prüfung. Grundsätzlich hat die Prüfung der sozialen Rechtfertigung einer auf Krankheit gestützten Kündigung in drei Stufen zu erfolgen.

Danach ist zunächst eine negative Prognose hinsichtlich des voraussichtlichen Gesundheitszustandes erforderlich. (Erste Stufe)

Die bisherigen und nach der Prognose auch zukünftig zu erwartenden Auswirkungen des Gesundheitszustandes des Arbeitnehmers müssen weiter zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen. Sie können durch Störungen im Betriebsablauf oder wirtschaftlichen Belastungen hervorgerufen werden. (Zweite Stufe)

In der dritten Stufe ist dann zu prüfen, ob die erheblichen betrieblichen Beeinträchtigungen zu einer billigerweise nicht mehr hinzunehmenden Belastung des Arbeitgebers führen.

2 Dauernde Arbeitsunfähigkeit. Ist ein Arbeitnehmer auf Dauer nicht in der Lage, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, ist im Regelfall eine Kündigung sozial gerechtfertigt. Allerdings ist der Arbeitnehmer, der auf Dauer die geschuldete Arbeit nicht leisten kann, zur Vermeidung einer Kündigung auf einem leidensgerechten Arbeitsplatz weiterzubeschäftigen, falls ein solcher gleichwertiger oder zumutbarer Arbeitsplatz frei und der Arbeitnehmer für die dort geleistete Arbeit geeignet ist.

3 Kündigung wegen langanhaltender Erkrankung. Im Zeitpunkt des Kündigungszuganges muss auf Grund der objektiven Umstände auf eine Arbeitsunfähigkeit für eine nicht absehbare Zeit zu schließen sein und gerade diese Ungewissheit zu unzumutbaren betrieblichen oder wirtschaftlichen Belastungen führen. Dabei ist die Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen Teil des Kündigungsgrundes.

Zu den vom Arbeitgeber in Erwägung zu ziehenden Überbrückungsmaßnahmen gehört auch die Einstellung einer Aushilfskraft auf unbestimmte Zeit. Der Arbeitgeber hat konkret darzulegen, weshalb gegebenenfalls die Einstellung einer Aushilfskraft nicht möglich oder nicht zumutbar sein soll.

Im übrigen folgt die Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Kündigung wegen langanhaltender Erkrankung den Regeln für die Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen.

4 Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen. Die Prüfung der sozialen Rechtfertigung einer wegen Krankheit ausgesprochenen ordentlichen Kündigung des Arbeitgebers erfolgt in drei Stufen. Danach ist zunächst eine negative Gesundheitsprognose erforderlich. Führen die prognostizierten Fehlzeiten zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen und ergibt eine abschließende Interessenabwägung, dass die Beeinträchtigungen auf Grund der Besonderheiten des Einzelfalles dem Arbeitgeber nicht zumutbar sind, ist die Kündigung sozial gerechtfertigt.

5 Negative Gesundheitsprognose. Erforderlich ist eine negative Gesundheitsprognose im Hinblick auf die krankheitsbedingten Ausfallzeiten. Im Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung müssen objektive Umstände für eine Arbeitsunfähigkeit auf nicht absehbare Zeit oder für die ernste Besorgnis weiterer häufiger Kurzerkrankungen sprechen. Krankheitsbedingte Fehlzeiten in der Vergangenheit sind nur insoweit von Bedeutung, als sie je nach Art der Erkrankung die Gefahr zukünftiger Erkrankungen indizieren können.

b Darlegung und Beweislast. Zunächst muss der Arbeitgeber häufiger Kurzerkrankungen in der Vergangenheit als Indiz für weitere Fehlzeiten in der Zukunft vortragen. Es gibt keine feste Annahme dafür, wann häufige Fehlzeiten vorhanden sind. Die Beweislast für eine negative Gesundheitsprognose trägt im grundsätzlich der Arbeitgeber. Maßgeblich ist die objektive Prognose eines sachverständigen Dritten, der in der Regel ein Arzt sein muss.

1 Erhebliche Beeinträchtigung betrieblichen Interessen. Die Fehlzeiten des Arbeitnehmers müssen weiter zu einer erheblichen Beeinträchtigung

betriebliche Interessen führen. Diese Beeinträchtigung ist Teil des Kündigungsgrundes. Zu berücksichtigen sind insoweit sowohl die betrieblichen Belastungen (Betriebsablaufstörungen) als auch wirtschaftliche Belastungen, zu denen grundsätzlich auch die Entgeltfortzahlungskosten für Kranke gehören, die jährlich jeweils einen Zeitraum von mehr als sechs Wochen aufzuwenden sind. Die betrieblichen wirtschaftlichen Beeinträchtigungen können alternativ oder kumulativ vorliegen.

Zu den **betrieblichen Beeinträchtigungen** gehören insbesondere Organisationsschwierigkeiten, Gefährdung des Betriebsfriedens, Schwierigkeiten, eine Ersatzkraft zu beschaffen und ähnliches. Allerdings können die aufgrund wiederholter kurzfristiger Ausfallzeiten des Arbeitnehmers entstehenden Störungen im Produktionsprozess nur dann als Kündigungsgrund berücksichtigt werden, wenn sie nicht durch mögliche Überbrückungsmaßnahmen vermieden werden können. Lassen sich Störungen im Produktionsprozess auf diese Weise nicht vermeiden, so muss die Störung darüber hinaus erheblich sein.

Erhebliche wirtschaftliche Beeinträchtigungen liegen insbesondere bei erheblichen Entgeltfortzahlungskosten, Kosten für Überstundenzuschläge anderer Mitarbeiter, Kosten für einzustellende Ersatzkräfte, Produktionsausfallkosten etc. vor. Entgeltfortzahlungskosten sind erheblich und damit geeignet, einen Kündigungsgrund zu bilden, wenn sie für mehr als sechs Wochen pro Jahr gezahlt werden mussten. Dabei ist nur auf die Kosten des betroffenen Arbeitsverhältnisses abzustellen.

Es muss ein Kausalzusammenhang zwischen betrieblichen Beeinträchtigungen und der Kündigung vorhanden sein.

Im Rahmen der schließlich vorzunehmenden Interessenabwägung müssen dann die betrieblichen und/oder wirtschaftlichen Beeinträchtigungen zu einer unzumutbaren Belastung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber führen. Ob das zutrifft, soll nicht generell, insbesondere nicht aufgrund allgemein zu beachtender bestimmter Fehlquoten, sondern allein aufgrund einer auf die konkreten Umstände des Einzelfalles bezogenen abschließende Interessenabwägung zu prüfen sein.

1 Krankheitsbedingte Minderleistung. Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichtes kann auch die krankheitsbedingte Minderung der Leistungsfähigkeit eines Arbeitnehmers eine personenbedingte ordentliche Kündigung sozial rechtfertigen, so weit diese Minderung zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führte. Auch die Kündigung wegen krankheitsbedingter Minderleistung richtet sich nach der vom Bundesarbeitsgericht entwickelten dreistufigen Prüfungssystematik für krankheitsbedingte Kündigungen.

Sonstige personenbedingte Kündigungsgründe

Möglich sind:

- Gewissenskonflikt
- Fehlen behördlicher Beschäftigungsvoraussetzungen
- Eignungsmängel

- Sicherheitsbedenken
- Straftaft
- Ehezerüttung im Ehegattenarbeitsverhältnisses

Betriebsbedingte Kündigung

1 **Vier-Stufen-Prüfung.** Eine ordentliche Kündigung ist als betriebsbedingte Kündigung sozial gerechtfertigt, § 1 Abs. 2 KSchG, wenn dringende betriebliche Erfordernisse die Kündigung bedingen, weder ein anderer, gleichwertiger, freier Arbeitsplatz noch ein anderer, nicht gleichwertiger freier Arbeitsplatz vorhanden ist und die Sozialauswahl ordnungsgemäß vorgenommen wurde.

Hinzuweisen ist vollständigshalber noch auf die Interessenabwägung, von der sich das Bundesarbeitsgericht zwar weitgehend verabschiedet hat, ohne sie aber völlig aufzugeben.

2 **dringende betriebliche Erfordernisse.** Ob Arbeitsplätze weggefallen sind, lässt sich wegen des abstrakten Begriffsinhaltes regelmäßig nur feststellen, wenn man die jeweiligen Ursachen für deren Wegfall in Betracht zieht. Denn für die Begründung einer betriebsbedingten Kündigung reicht es nicht aus, den Wegfall eines Arbeitsplatzes zu behaupten, erforderlich ist vielmehr, den entsprechenden Rückgang der Beschäftigungsmöglichkeit anhand überprüfbarer Daten nachvollziehbar zu objektivieren. Der Wegfall von Arbeitsplätzen kann durch innerbetriebliche oder außerbetriebliche Ursachen bewirkt werden.

3 **Unternehmerentscheidung.** Das Bundesarbeitsgericht vertritt in ständiger Rechtsprechung den Grundsatz, dass auch organisatorische (gestaltende) Maßnahmen, die der Arbeitgeber trifft, seinen Betrieb zum Beispiel einem Rückgang oder einer verschlechterten Auftragslage anzupassen, nicht auf ihre Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit hin überprüft werden können.

Sachliche Gründe für Rationalisierungsmaßnahmen sind nicht gefordert und dann damit auch nicht zu prüfen. Es findet nur eine Missbrauchs-Kontrolle statt. Geprüft wird, ob die Unternehmerentscheidung offenbar unvernünftig oder willkürlich ist.

1 **Außerbetriebliche Gründe.** Wirkt sich ein außerbetrieblicher Umstand, wie etwa ein Rückgang der Auftragsmenge, unmittelbar auf die aktuelle verfügbare Arbeitsmenge aus und entschließt sich der Arbeitgeber, den Personalbestand dem reduzierten Beschäftigungsbedarf anzupassen, hält das Bundesarbeitsgericht eine den betrieblichen Bereich gestaltende Unternehmerentscheidung für gegeben.

2 **Innerbetriebliche Gründe.** Die betriebsbedingte Kündigung kann der Arbeitgeber auch mit innerbetrieblichen Gründen rechtfertigen, zum Beispiel mit einem Gewinnverfall, Mangel der Rentabilität des Betriebes oder zum Beispiel mit hohen Bankkrediten bei hohen Zinsen, die schneller abgebaut werden sollen. Diese innerbetrieblichen Gründe haben zunächst keine Folgen für die Beschäftigung in Betrieb. Erst wenn der Arbeitgeber den Entschluss fasst,

wegen dieser oder anderer Gründe im Betrieb zu reagieren, also zum Beispiel Organisationsentscheidungen trifft und damit entweder auf technischem oder organisatorischem Gebiet Veränderungen im Betrieb vornimmt, können sich Auswirkungen auf die Beschäftigung ergeben. Bei dieser Art von Entscheidung handelt es sich um unternehmerische Entscheidungen, die nur einer Missbrauchskontrolle unterliegen. Führt der Arbeitgeber Rationalisierungsmaßnahmen durch, so bedarf es dafür keines sachlichen Grundes.

- 3 **Grundsatz der Erforderlichkeit.** Der Grundsatz der Erforderlichkeit verlangt die Prüfung vorrangig milderer Mittel.
- 4 **Fehlen eines anderen, gleichwertigen freien Arbeitsplatzes.** Dringende betriebliche Erfordernisse sind nicht anzuerkennen, wenn der Arbeitnehmer auf einem anderen freien Arbeitsplatz und in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann. Arbeitsplätze sind als frei anzusehen, die zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung unbesetzt sind. Sofern der Arbeitgeber aber bei Ausspruch der Kündigung mit hinreichender Sicherheit vorhersehen kann, dass ein Arbeitsplatz bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zur Verfügung stehen wird, ist ein derartiger Arbeitsplatz als frei anzusehen. Die Überbrückung des Zeitraums muss dem Arbeitgeber zumutbar sein. Als zumutbar hat das Bundesarbeitsgericht dabei einen Zeitraum angesehen, die ein anderer Stellenbewerber zur Einarbeitung benötigen würde.
- 5 **Fehlen eines anderen, nicht gleichwertigen freien Arbeitsplatzes.** Eine betriebsbedingte Kündigung ist sozialwidrig, wenn die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu geänderten Arbeitsbedingungen möglich ist und der Arbeitnehmer sich damit einverstanden erklärt, § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG. Der Arbeitnehmer hat aber keinen Anspruch auf Beförderung und damit auf Weiterbeschäftigung auf einem höherwertigen Arbeitsplatz.
- 6 **Weiterbeschäftigung in einem Konzernbetrieb.** Die Prüfung der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ist nicht konzernbezogen. Ein Konzernbetrieb kommt demgegenüber nur in Ausnahmefällen in Betracht. Dies könnte dann der Fall sein, wenn ein anderes Konzernunternehmen sich ausdrücklich zur Übernahme des betroffenen Arbeitnehmers bereit erklärt hat oder aber der Arbeitnehmer bereits nach seinem Arbeitsvertrag von vorneherein für den Unternehmens- und Konzernbereich eingestellt worden ist und sich arbeitsvertraglich mit einer Versetzung innerhalb der Konzerngruppe einverstanden erklärt hat.
- 7 **Kurzarbeit.** Nach einer Auffassung ist der Arbeitgeber grundsätzlich nicht gezwungen, zur Vermeidung von Kündigungen Kurzarbeit einzuführen, weil damit unzulässig in die Entscheidungsfreiheit seiner unternehmerischen Entscheidung eingegriffen wird (LAG Düsseldorf, DB 1984, 565). Nach anderer Meinung ist die Einführung von Kurzarbeit zwar grundsätzlich ein geeignetes Mittel zur Vermeidung betriebsbedingter Kündigungen, letztendlich trägt aber der Arbeitgeber das wirtschaftliche Risiko für die zweckmäßige Einrichtung und Gestaltung seines Betriebes. Da die

Einführung von Kurzarbeit mit erheblich höheren Produktionskosten verbunden sei, bleibe zweifelhaft, ob das Arbeitsgericht dem Arbeitgeber die Nichteinführung von Kurzarbeit vorhalten können. Der Arbeitgeber sei auch während einer Kurzarbeitsphase berechtigt, innerbetriebliche Maßnahmen zu treffen, die über die Kurzarbeit hinaus zu einem endgültigen Wegfall von Arbeitsplätzen führen können. Der Kurzarbeit komme insoweit keine Sperrwirkung zu.

8 Sozialauswahl. Die Sozialauswahl ist nach dem ab 01.01.04 reformierten **§ 1 III KSchG** anhand der in **Satz 1** des § 1 III KSchG konkret benannten sozialen Gesichtspunkte **Betriebszugehörigkeitsdauer, Lebensalter, Unterhaltungspflichten und Schwerbehinderung** vorzunehmen. Gemäß **Satz 2** des § 1 III KSchG sind in die soziale Auswahl **Arbeitnehmer nicht einzubeziehen, deren Weiterbeschäftigung insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur im berechtigten Interesse liegt.**

In die Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten sind alle Arbeitnehmer eines Betriebes einzubeziehen, deren Funktion auch von den Arbeitnehmern wahrgenommen werden können, deren Arbeitsplatz weggefallen ist. Diese Sozialauswahl ist betriebsbezogen, nicht Unternehmens- oder konzernbezogen, dies gilt auch bei einem betriebsübergreifenden Versetzungsrecht.

Betreiben mehrere Unternehmen einen einheitlichen Betrieb, sind im Rahmen der Sozialauswahl alle vergleichbaren Arbeitnehmer dieses einheitlichen Betriebes zu berücksichtigen, auch wenn sie in unterschiedlichen Unternehmen beschäftigt sind.

Im Rahmen eines Betriebsüberganges nach § 613 a BGB ist der Arbeitnehmer berechtigt, dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses zu widersprechen. Tut er dies, kann er sich nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichtes nur dann auf eine fehlerhafte Sozialauswahl berufen, wenn für seinen Widerspruch ein sachlicher Grund vorliegt. Im übrigen bedarf der Widerspruch keines sachlichen Grundes.

Ob ein sachlicher Grund für einen Widerspruch vorliegt, soll sich an dem Maßstab des Paragraphen 242 BGB messen lassen. Dabei wird man einen Widerspruch für sachlich gerechtfertigt halten, wenn etwa der Unternehmenserwerber für Insolvenzen bekannt ist oder die Stilllegung des Betriebsteils bei einem Übergang bereits feststeht.

Wie bei jeder betriebsbedingten Einzelkündigung hat auch bei der betriebsbedingten Massenentlassung die Sozialauswahl stattzufinden. Die Probleme, die die betriebsbedingte Einzelkündigung für die Sozialauswahl mit sich bringt, potenzieren sich bei Massenentlassungen allerdings in praktisch kaum noch zu bewältigender Weise. Deshalb hat der Gesetzgeber die Möglichkeit eröffnet, dass sich Arbeitgeber und - sofern vorhanden - Betriebsrat in einem Interessenausgleich auf eine Namensliste einigen, die dann als sozial gerechtfertigt gilt, § 1 Abs. 6 KSchG.

5 **Darlegungs- und Beweislast.** Der Arbeitgeber ist für das Vorliegen der betriebsbedingten Kündigungsgründe im vollen Umfang darlegungs- und beweispflichtig. Für die Frage des Vorliegens einer Arbeitsplatzalternative gilt

eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast. Deshalb liegt es zunächst dem Arbeitnehmer, konkrete Vorstellungen zu Möglichkeiten anderweitiger Beschäftigung zu äußern und deutlich zu machen wie er sich seine Weiterbeschäftigung vorstellt. Erst daraufhin hat der Arbeitgeber darzulegen und zu beweisen, weshalb diese Vorstellungen nicht zu realisieren sind. Bestreitet der Arbeitnehmer die Richtigkeit der Sozialauswahl und nennt er andere Arbeitnehmer, die weniger schutzbedürftig sein sollen als er, reicht es aus, wenn der Arbeitgeber dies substantiiert bestreitet. Dem Arbeitnehmer obliegt dann letztendlich die Beweispflicht.

Mitbestimmungsrechte eines Betriebsrates bei Kündigungsmaßnahmen

Nach § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist ein vorhandener Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören. Ein ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist schlechthin unwirksam, § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG. Daher ist der Betriebsrat auch dann anzuhören, wenn für den betroffenen Arbeitnehmer weder der allgemeine noch der besondere Kündigungsschutz greift. Die Anhörung ist vor jeder ordentlichen, außerordentlichen wie vor einer Änderungskündigung erforderlich.

Dem Betriebsrat sind alle Kündigungsgründe mitzuteilen, auf die sich der Arbeitgeber stützen will, d. h. die Gründe, die aus der subjektiven Sicht des Arbeitgebers die Kündigung rechtfertigen und für seinen Kündigungsentschluss maßgeblich sind. Er ist nicht verpflichtet, etwa bestehende anderweitige Kündigungsgründe mitzuteilen.

Ein Anhörungsverfahren ist immer dann ordnungsgemäß im Sinne des § 102 BetrVG, wenn der Arbeitgeber die aus einer subjektiven Sicht für den Kündigungsentschluss maßgebenden Umstände mitgeteilt hat. Stellt sich im späteren Verfahren heraus, dass objektiv kündigungsrechtliche erhebliche Tatsachen nicht mitgeteilt worden sind, führt dies nicht zur Fehlerhaftigkeit der Betriebsratsanhörung, sondern allein dazu, dass der Arbeitgeber diesen Sachverhalt im Kündigungsschutzprozess nicht zur Begründung der Kündigung heranziehen kann.

Wichtig ist die Art und Weise, wie der Betriebsrat informiert wird. Hier stellt sich die Frage, ob die Information schriftlich oder mündlich erfolgen soll. Eine Schriftform ist grundsätzlich nicht erforderlich, dafür sprechen Beweiszwecke für das schriftliche Verfahren, für eine mündliche Anhörung die größere Flexibilität. Erklärungen sind allein gegenüber dem Betriebsratsvorsitzenden abzugeben.

Der Betriebsrat muss über die beabsichtigte Kündigung beraten. So weit ihm dies erforderlich erscheint, soll er vor seiner Stellungnahme den betroffenen Arbeitnehmer hören. Unterlässt er dies, ist das Anhörungsverfahren deshalb nicht fehlerhaft.

Hat der Betriebsrat gegen die Kündigung bedenken, so hat er diese unter Angabe der Gründe dem Arbeitgeber spätestens innerhalb einer Woche schriftlich mitzuteilen, § 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG. Erklärt sich der Betriebsrat innerhalb einer Woche nicht abschließend, sondern begehrt im Rahmen der Wochenfrist weitere Informationen, so kann eine weitere Wochenfrist zu laufen beginnen. Dies hängt

davon ab, das Verlangen des Betriebsrates nach weiterer Information berechtigt ist. Die Kündigung darf nicht ausgesprochen werden, bevor die Stellungnahmefrist des Betriebsrates abgelaufen ist. Unter Ausspruch der Kündigung versteht das Bundesarbeitsgericht nicht etwa deren Zugang beim Empfänger, sondern bereits das Abschicken des entsprechenden Schriftstückes

Außerordentliche Kündigung

Nach § 626 I BGB können die Vertragspartner dann das Arbeitsverhältnis vorzeitig außerordentlich kündigen, wenn ihnen das Abwarten des Ablaufs der ordentlichen Kündigungsfrist bzw. des Zeitablaufs im Sinne einer Befristung nicht zuzumuten ist. Die Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung nach § 626 BGB ist nicht vertraglich abdingbar und nur in den gesetzlichen Ausnahmen ausgeschlossen.

Die außerordentliche Kündigung ist fristlos zulässig. Sie kann aber auch, wenn klagestellt bleibt, dass es sich um eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund handelt, unter Ansatz einer nicht der ordentlichen Kündigungsfrist entsprechenden sozialen Auslaufzeit erklärt werden.

Auch eine außerordentliche Kündigung ist je nach entsprechendem dringlichen Erfordernis sowohl als Änderungs- als auch als Beendigungskündigung möglich. Eine Änderungskündigung ist eine Kündigung, bei der die Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu den bisherigen Arbeitsbedingungen verbunden mit dem Vertragsangebot der Fortführung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen erklärt wird.

Wichtige Gründe für eine außerordentliche Kündigung i.S.d. § 626 I BGB z.B.:

- Missbräuchliche Verwendung oder Verschaffung einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung
- Vorgetäuschte Erkrankung
- Androhung (nicht unbedingt spätere Verwirklichung) einer Erkrankung bei vom Arbeitgeber verweigerten Urlaubsbegehren
- Wettbewerbswidriges und geschäftsschädigendes Verhalten
- Beharrliche Arbeitsverweigerung
- Verschweigen des Wegfalls der Arbeits- bzw. Aufenthaltserlaubnis
- Tätlichkeit gegenüber Arbeitskollegen
- Sexuelle Belästigungen je nach Umfang und Intensität
- Straftaten gegen Leben, Gesundheit und Freiheit
- Gegen den Arbeitgeber gerichtete Vermögensdelikte oder Sachbeschädigung
- Strafbare Ehrverletzungen wie üble Nachrede, grobe Beleidigungen oder Verleumdung gegen den Arbeitgeber, seine Angehörigen oder Vertreter

Die Zumutbarkeit des Abwartens der ordentlichen Kündigungsfrist bzw. des vereinbarten Beendigungszeitpunkts ist sodann noch je Einzelfall für sich zu prüfen.

Die außerordentliche Kündigung muss gemäß § 626 II BGB innerhalb von 2 Wochen

nach Kenntnis des Arbeitgebers der für die außerordentliche Kündigung maßgebenden Tatsachen erfolgen. Ansonsten wird unwiderleglich vermutet, dass ein Abwarten der ordentlichen Kündigungsfrist dem Arbeitgeber zumutbar war. Eine entsprechende Zweiwochenfrist für die außerordentliche Kündigung eines Auszubildenden ist in § 15 IV 1 BBiG geregelt. Der Lauf der Zweiwochenfrist ist allerdings gemäß § 15 IV 2 BBiG bei eingeleitetem außergerichtlichem Güteverfahren vor einem zur Beilegung von Streitigkeiten aus einem bestehenden Berufsausbildungsverhältnis bestimmter Berufsgruppen gebildeten Ausschuss (vgl. hierzu auch § 111 II ArbGG) bis zu dessen Beendigung gehemmt.

Zur Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung nach § 626 BGB ist die Angabe der Kündigungsgründe nicht erforderlich. Es besteht daneben ein eigener Anspruch auf Angabe der Kündigungsgründe auf Verlangen gemäß § 626 II 3 BGB. Die Angabe der Kündigungsgründe ist nur im Fall der außerordentlichen Kündigung des Ausbildungsverhältnisses nach § 15 III BBiG und bei der Kündigung nach § 9 III MuSchG Voraussetzung für die Wirksamkeit der Kündigung.

Bei fortgesetzten Pflichtverletzungen die als zusammengefasstes Gesamtverhalten zu werten sind, beginnt die Zweiwochenfrist des § 626 II BGB mit dem letzten Vorfall. Auch bei der Selbstbeurlaubung eines Arbeitnehmers, die grundsätzlich eine fristlose Kündigung rechtfertigt, beginnt die Ausschlussfrist des § 626 II BGB nicht mit dem ersten Tag des Fernbleibens, sondern an dem Tag, an dem der Arbeitnehmer nach der Selbstbeurlaubung wieder im Betrieb erscheint (BAG 22.01.98 zu 2 ABR 19/97).

Kündigungsgründe, die vor der Kündigung entstanden, dem Arbeitgeber aber erst nach der Ausschlussfrist des § 626 II BGB bekannt geworden sind, können nachgeschoben werden. Es kommt darauf an, ob im Zeitpunkt der außerordentlichen Kündigung objektiv ein wichtiger Grund für diese bestand.

Eine außerordentliche Kündigung kann auch dann geboten sein, wenn ein nicht erwiesener, jedoch starker Verdacht schwerer Verfehlungen das Vertrauensverhältnis zerstört und die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist unzumutbar macht. Die Zweiwochenfrist des § 626 II BGB beginnt bei derartigen Verdachtskündigungen mit der ausreichend sicheren Kenntnis des Arbeitgebers bzgl. der den Verdacht begründenden Tatsachen. Vor dem Ausspruch einer Verdachtskündigung aufgrund eigener Ermittlungen des Arbeitgebers muss der Arbeitnehmer angehört werden. Der Arbeitgeber kann jedoch auch das Ergebnis eines Ermittlungsverfahrens der Staatsanwaltschaft oder eines Strafverfahrens abwarten und danach innerhalb der Zweiwochenfrist des § 626 II BGB sich zur außerordentlichen Kündigung entschließen.

Besondere Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung bestimmter Personengruppen:

Gemäß § 91 II SGB IX muss der Arbeitgeber vor der Kündigung eines gemäß § 90 I Nr. 1 SGB IX mehr als 6 Monate beschäftigten Schwerbehinderten binnen 2 Wochen die Zustimmung des Integrationsamts einholen. Gemäß § 91 V SGB IX kann der Arbeitgeber auch nach Ablauf der Zweiwochenfrist des § 626 II BGB

außerordentlich kündigen, wenn er die Kündigung unverzüglich nach Erteilung der Zustimmung durch das Integrationsamt erklärt. Hierbei kommt es auf den ersten Zeitpunkt der Zustimmungserteilung an, der bereits mündlich oder fernmündlich innerhalb der gemäß § 91 III SGB IX für die Zustimmungserteilung geltenden Zweiwochenfrist erfolgt sein kann. Der vorherigen Zustellung der behördlichen Entscheidung bedarf es nicht (BAG Urteil v. 12.08.99, GZ: 2 AZR 748/98). Gemäß § 91 III 2 SGB IX tritt nach fruchtlos verstrichener Zweiwochenfrist für die Entscheidung des Integrationsamtes eine Fiktion einer als erteilt gewerteten Zustimmung ein.

Einer außerordentlichen Kündigung während der Schwangerschaft bis Ablauf von 4 Monaten nach der Entbindung bedarf es gemäß §§ 9 I, III MuSchG sowie für eine Kündigung bei bis acht Wochen vor deren Beginn verlangter Elternzeit bzw. während Elternzeit gemäß § 18 I BErzGG der Zustimmung der zuständigen obersten Landesbehörde (= Gewerbeaufsichtsamt). Auch in diesen Ausnahmefällen reicht es für die Einhaltung der Zweiwochenfrist des § 626 II BGB aus, wenn der Antrag auf Zustimmung innerhalb der Zweiwochenfrist gestellt ist und nach erfolgter Zustimmung unverzüglich die Kündigung erklärt wird.

Die außerordentliche Kündigung von Mitgliedern des Betriebsrats oder einer Jugend- und Auszubildendenvertretung bedarf gemäß § 103 BetrVG der Zustimmung des Betriebsrats.

Gemäß § 102 BetrVG ist bei Betrieben mit Betriebsrat dieser vor jeder Kündigung zu hören. Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam. Der Betriebsrat ist vom Kündigungstermin, den Kündigungsgründen und den Sozialdaten des Arbeitnehmers zu unterrichten. Hat der Betriebsrat gegen eine außerordentliche Kündigung Bedenken, so hat er diese unverzüglich, spätestens innerhalb von 3 Tagen schriftlich mitzuteilen, Bedenken gegen eine ordentliche Kündigung unter ebenfalls schriftlicher Angabe der Gründe binnen einer Woche. Bei einer Kündigung trotz Widerspruchs des Betriebsrats bzgl. einer ordentlichen Kündigung und erhobener Kündigungsschutzklage besteht nach § 102 V BetrVG ein Weiterbeschäftigungsanspruch für den Arbeitnehmer bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens

Weitere Punkte zum Kündigungsschutzgesetz:

- Gemäß § 14 I KSchG gelten die Vorschriften des §§ 1 – 13 KSchG nicht für gesetzliche Vertreter einer juristischen Person wie z.B. Geschäftsführer einer GmbH oder Vorstandsmitglieder einer AG sowie durch Satzung oder Gesellschaftsvertrag berufene Vertreter einer Personengesamtheit wie z.B. vertretungsbefugter Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft.
- Zur selbständigen Einstellung oder Entlassung berechnigte leitende Angestellte mit der Funktion als oder ähnlich wie ein Betriebsleiter oder Geschäftsführer genießen jedoch gemäß § 14 II KSchG den Kündigungsschutz des KSchG, wobei der Kündigungswiderspruch nach § 3 KSchG sowie das Begründungserfordernis bei einem Abfindungsantrag nach § 9 I S. 2 KSchG gemäß § 14 II KSchG insoweit wegfallen.
- Für eine Änderungskündigung im Rahmen des KSchG sieht § 2 KSchG für den

Arbeitnehmer die Möglichkeit vor, dass der Arbeitnehmer das Änderungsangebot unter dem Vorbehalt annehmen kann, dass die Änderung nicht sozial ungerechtfertigt ist. Diesen Vorbehalt muss der Arbeitnehmer innerhalb der Kündigungsfrist gegenüber dem Arbeitgeber erklären, bei einer längeren als 3 Wochen dauernden Kündigungsfrist spätestens innerhalb von 3 Wochen.

Gemäß § 7 KSchG erlischt jedoch die Wirkung des Vorbehalts, wenn der Arbeitnehmer nicht binnen der Dreiwochenfrist nach § 4 S.1 KSchG Klage auf Feststellung der Rechtsunwirksamkeit der Änderungskündigung erhebt.

Das Risiko des Unterliegens wäre hierbei lediglich, dass für den Arbeitnehmer im Fall des Unterliegens die geänderten Vertragsbedingungen rechtswirksam gelten würden, er jedoch nicht seinen Arbeitsplatz als solchen verloren hätte.

Lehnt der Arbeitnehmer das Änderungsangebot ab ohne dessen vorbehaltliche Annahme bei Überprüfung der Sozialwidrigkeit, so wirkt die Änderungskündigung als das ganze Arbeitsverhältnis umfassende Beendigungskündigung. Risiko: Sollte das Gericht jedoch die Änderung für sozial gerechtfertigt halten und auch ansonsten keine Rechtsunwirksamkeit der Kündigung erkennen, hätte der Arbeitnehmer kein fortlaufendes Arbeitsverhältnis zu den geänderten Bedingungen – wie im Fall der gemäß § 2 KSchG erklärten vorbehaltlichen Annahme der Änderung –, sondern er hätte sein Arbeitsverhältnis komplett verloren.

Zum Vergleich: Bei einer nicht vom KSchG umfassten Änderungskündigung hätte der Arbeitnehmer keine Möglichkeit der vorbehaltlichen Annahme gemäß § 2 KSchG, sondern nur die Möglichkeit, entweder das Änderungsangebot ohne Überprüfung der Sozialwidrigkeit der Änderung die geänderten Vertragsumstände anzunehmen oder es abzulehnen mit dem Risiko, seinen Arbeitsplatz gänzlich verloren zu haben, falls die Änderungskündigung nicht trotz Unanwendbarkeit des KSchG rechtsunwirksam war.

- Gemäß des § 4 KSchG gilt für die Geltendmachung sowohl der Sozialwidrigkeit als auch der Rechtsunwirksamkeit aus anderen Gründen einer ordentlichen Kündigung die materielle Ausschlussfrist der Klageerhebung binnen 3 Wochen ab Zugang der Kündigung. Nach Versäumen der Klagefrist gilt die Kündigung materiell als wirksam. Dies gilt - wie bisher bereits für Kündigungsschutzklagen gegen außerordentliche Kündigungen gemäß § 13 I 2 KSchG – nicht nur für Arbeitnehmer im persönlichen Anwendungsbereich des § 23 I KSchG, sondern auch für ansonsten nicht vom allgemeinen Kündigungsschutz des KSchG betroffene Kündigungen im Kleinbetrieb. In den Ausnahmefällen der §§ 5, 6 KSchG kann die Dreiwochenfrist verlängert werden.
- Stellt das Arbeitsgericht fest, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, kann nach § 9 KSchG die Auflösung des Arbeitsverhältnisses unter Zahlung einer Abfindung beantragt werden: Für den Arbeitnehmer besteht ein derartiges Antragsrecht, sofern ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten ist. Der Arbeitgeber kann den Auflösungsantrag stellen, wenn Gründe vorliegen, die eine weitere betriebsdienliche Zusammenarbeit nicht mehr erwarten lassen.

Die Höhe der Abfindung ist gemäß § 10 I KSchG auf bis zu 12 Monatsgehälter begrenzt, wobei sie stufenweise nach § 10 II KSchG für ältere Arbeitnehmer eine höhere Summe betragen kann. (Der „Haustarif“ als Verhandlungsbasis bei Güteverhandlungen am Arbeitsgericht München beträgt ½ Gehalt pro Beschäftigungsjahr.) Hinsichtlich des Anspruchs auf Zahlung aufgelaufener Gehälter bei sozialwidriger Kündigung ist nach § 11 KSchG anzurechnen, was der Arbeitnehmer zwischenzeitlich evtl. durch anderweitige Arbeit verdient hat, zu verdienen böswillig unterlassen hat bzw. an öffentlich-rechtlichen Leistungen (z.B. Arbeitslosengeld) erhalten hat. Der Arbeitgeber hat jedoch gemäß § 143 III 1 SGB III i.V.m. § 115 SGB X der öffentlich-rechtlichen Stelle die an den Arbeitnehmer zwischenzeitlich erbrachten Leistungen zu erstatten.

Seit 01.01.2004 ist in § 1a KSchG ein weiterer Abfindungsanspruch geregelt:

Bei einer betriebsbedingten Kündigung und einem in der Kündigungserklärung enthaltenen Hinweis des Arbeitgebers, dass er bei Verstreichenlassen der Klagefrist eine Abfindung beanspruchen kann, hat der Arbeitnehmer gemäß § 1a KSchG einen gesetzlichen Anspruch auf eine Abfindung. Als Bemessungsgrundlage der Abfindungshöhe wurde in § 1a II KSchG die bisherige Faustregel der Gerichte +übernommen von 0,5 Monatsgehältern pro Beschäftigungsjahr bei Aufrundung auf ein volles Jahr nach mehr als 6 Monaten Beschäftigungsdauer.

Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes

Rechtsunwirksamkeit einer nicht vom allgemeinen Kündigungsschutz des KSchG umfassten Kündigung kann z.B. in folgenden Fällen gegeben sein:

- Gesetzswidrige Kündigungen wie z.B.

Verstoß gegen Verbotsgesetze gemäß § 134 BGB wie z.B. Kündigungsverbote,

Formnichtigkeit gemäß § 125 BGB,

Verstoß gegen Grundrechte,

Fehlen der Zustimmung des Integrationsamts nach § 85 SGB IX bei mehr als 6 Monate beschäftigtem Schwerbeschädigtem gemäß § 90 SGB IX,

unterlassene Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG,

Verstoß gegen das geschlechtsbezogene Benachteiligungsverbot i.S.d. § 611a BGB od. gegen Maßregelungsverbot des § 612a BGB (hier wieder § 134 BGB), oder nach § 613a IV BGB unwirksame Kündigung wegen Betriebsübergangs

- Sittenwidrigkeit der Kündigung:

z.B. Kündigung aus Rachsucht oder weil eine Arbeitnehmerin anstößiges Ansinnen zurückgewiesen hat

- Verstoß gegen Treu und Glauben:

z.B. wenn der Arbeitgeber sich zu seinem vorherigen eigenen Verhalten in Widerspruch setzt, wie etwa wenn er kurz zuvor einer Eigenkündigung des Arbeitnehmers widersprochen hat

Gemäß Urteil des BAG vom 21.02.2001 zu 2 AZR 15/00 ist auch im Kleinbetrieb ein durch Art. 12 GG gebotenes Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme zu wahren. Ist bei einem Vergleich der grundsätzlich vom Arbeitnehmer vorzutragenden Sozialdaten offensichtlich, dass dieser erheblich sozial schutzbedürftiger ist als ein vergleichbarer weiterbeschäftigter Arbeitnehmer, so ist zunächst von einer nach § 242 BGB treuwidrigen Kündigung auszugehen. Es hat sodann eine Abwägung nach Treu und Glauben zu erfolgen zwischen der jeweils vorgetragenen sozialen Schutzbedürftigkeit bzw. Auswahlgründen des Arbeitgebers (betriebliche, persönliche etc.), wobei hierbei der unternehmerischen Freiheit des Arbeitgebers im Kleinbetrieb ein erhebliches Gewicht zukommt. Ein vorheriges Abmahnungserfordernis bei einer aufgrund des Verhaltens des Arbeitnehmers erklärten Kündigung im Kleinbetrieb besteht jedoch nach Urteil des BAG vom 21.02.2001 zu 2 AZR 579/99 außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG in der Regel nicht.

Kündigungsbefugnis

Die Kündigung muss vom **Arbeitgeber** oder von einem hinsichtlich der Kündigung **bevollmächtigten Vertreter** erklärt werden. Bei der Bestellung von **Dienstvorgesetzten oder Personalleitern – nicht Personalsachbearbeitern** - wird in der Regel von einer darin enthaltenen Mitteilung an die Belegschaft ausgegangen, dass diese Person zum Ausspruch von Kündigungen berechtigt ist. Soll eine **andere Person wie z.B. ein Anwalt** die Kündigung als hierzu vom Arbeitgeber Bevollmächtigter erklären, muss dem Arbeitnehmer mit der Kündigung die diese umfassende **Originalvollmacht** zugehen. Ansonsten könnte der Arbeitnehmer die Kündigungserklärung wegen nicht vorgelegter Vollmachtsurkunde nach § 174 BGB zunächst unverzüglich zurückweisen, was zu einer Verzögerung des wirksamen Zugangs führt.

Form

Die Kündigung eines **Berufsausbildungsverhältnisses** muss nach **§ 15 III BBiG schriftlich** und bei einer außerordentlichen Kündigung nach **§ 15 II BBiG unter Angabe von Gründen** erfolgen. Bei einem Verstoß gegen § 15 III BBiG wäre die Kündigung gemäß § 125 BGB nichtig.

Gemäß **§ 623 BGB** ist der Wirksamkeit auch einer **Kündigung eines Arbeitnehmers** die Einhaltung der **Schriftform** vorausgesetzt. Andernfalls wäre eine Kündigung gemäß § 125 BGB nichtig. Außer im Fall des § 9 III 3 MuSchG ist die **Angabe der Kündigungsgründe zur Wirksamkeit** der Kündigung **grundsätzlich nicht erforderlich**.

Bei einer vertraglichen Vereinbarung, dass die Kündigung schriftlich per **Einschreibebrief** zu erfolgen hat, wurde und wird im übrigen in der Regel davon ausgegangen, dass nur die Schriftform der Kündigung als Wirksamkeitsvoraussetzung (= konstitutiv) gewollt ist und der Einschreibebrief nur als zu Beweis Zwecken dienende (= deklaratorisch) Versandart.

Die Kündigungserklärung muss **deutlich und zweifelsfrei** den **Willen der Beendigung** des Arbeitsverhältnisses **zu einem bestimmten oder aus den**

Umständen bestimmbarer Zeitpunkt aus dem Gesamtzusammenhang ergeben. Hierbei muss nicht das ausdrückliche Wort „Kündigung“ und ein beziffertes Datum verwendet werden.

Eine **unberechtigte außerordentliche** Kündigung kann **nach § 140 BGB in eine ordentliche Kündigung umgedeutet** werden, **wenn** eine jedenfalls gewünschte Beendigung, zumindest per ordentlicher Kündigung dem Willen des Kündigenden entsprach und dieser Wille dem Gekündigten erkennbar war. Es ist möglich, von vornherein bei einer außerordentlichen Kündigung gleichzeitig „höchstvorsorglich hilfsweise die ordentliche Kündigung zum nächstmöglichen Termin“ zu erklären. Gemäß Urteil des BAG vom 15.11.01 (2 AZR 310/00) ist dies jedoch nicht mehr nötig, da die **Gerichte für Arbeitssachen von sich aus prüfen** müssen, ob auf Grund der feststehenden Tatsachen eine Umdeutung der außerordentlichen Kündigungserklärung in eine zumindest ordentliche Kündigung in Betracht kommt.

Die **Kündigung ist eine empfangsbedürftige einseitige Willenserklärung** und wird erst dann **wirksam, wenn sie dem Arbeitnehmer i.S.d. §§ 130 ff BGB zugeht**. Es empfiehlt sich zur Vermeidung etwaiger Beweisprobleme in einem etwaigen Prozess bereits von vornherein für die **Beweisbarkeit des zu datierenden Zugangs** im Falle des Bestreitens zu sorgen (z.B. Zustellung per Boten als Zeuge bzw. Übergabe unter Zeugen evtl. bei abgezeichneter Kenntnisnahme).

Die Kündigung als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung geht einem ausländischen Arbeitnehmer erst dann zu und ist erst dann wirksam, wenn er sie versteht. Das Sprachrisiko der einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärung einer Kündigung trägt der Arbeitgeber. Das heißt: Die gemäß § 623 BGB schriftlich zu erklärende Kündigung geht dem fremdsprachigen Arbeitnehmer zu, ab dem nach Treu und Glauben im Einzelfall zu schätzenden Zeitpunkt, ab dem er Gelegenheit hatte, die Erklärung sich übersetzen zu lassen. Insoweit sei ergänzend auf Folgendes hingewiesen: Bei zweiseitigen Rechtserklärungen, also vertraglichen Vereinbarungen trägt der ausländische Arbeitnehmer das Sprachrisiko. Er muss sich daran festhalten lassen, aus freiem Entschluss am deutschen Rechtsverkehr teilzunehmen.

Arbeitnehmerkündigung

- 1 Frist. Für den Arbeitnehmer gilt wie für den Arbeitgeber die **gesetzliche Kündigungsfrist von 4 Wochen gemäß § 622 I BGB**. Die stufenweise Verlängerung der Kündigungsfristen nach § 622 II BGB gilt nur für den Arbeitgeber. Werden **einzelvertraglich längere Kündigungsfristen** vereinbart, gelten diese gemäß **§ 622 VI BGB** für den Arbeitnehmer, **soweit sie nicht länger als die für den Arbeitgeber vereinbarten sind**.
- 2 außerordentliche Kündigung. Die außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 626 BGB kann für den Arbeitnehmer z.B. aus folgenden Gründen gerechtfertigt sein:
 - wenn der Arbeitgeber nicht oder wiederholt unter Verzug die fällige Vergütung bezahlt

- wenn der Arbeitgeber zumindest grob fahrlässig seine Schutzpflichten i.S.d. § 618 BGB verletzt oder bei ständigem erheblichem Überschreiten der Höchstarbeitszeit
 - erhebliche Wahrscheinlichkeit der Gefährdung der Gesundheit bei Weiterführen des Arbeitsverhältnisses, wenn bei Vertragsschluss die Gefährdung nicht zu erkennen war
 - gegen den Arbeitnehmer gerichtete Ehrverletzungen bzw. Straftaten des Arbeitgebers je nach Einzelfall
- 3 sonstige. Ein Auszubildender darf gemäß § 15 II Nr. 1 BBiG nach der Probezeit nur aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist oder nach § 15 II Nr. 2 BBiG mit einer Kündigungsfrist von 4 Wochen kündigen, wenn er die Berufsausbildung aufgeben oder sich für eine andere Berufstätigkeit ausbilden lassen will. Die Kündigung bedarf gemäß § 15 III BBiG der Schriftform und im Fall der außerordentlichen Kündigung einer Begründung.

Gemäß **§ 19 BErzGG** können elternzeitanspruchsberechtigte **Arbeitnehmer** unter **Einhaltung einer Kündigungsfrist von 3 Monaten** ihr Arbeitsverhältnis **zum Ende der Elternzeit** kündigen. Auch die **Mutter bzw. werdende Mutter** kann während der Schwangerschaft und der Schutzfrist nach der Entbindung nach § 6 I MuSchG gemäß **§ 10 I MuSchG ohne Einhaltung einer Frist** das Arbeitsverhältnis **zum Ende der Schutzfrist nach der Entbindung** kündigen. **Im übrigen** steht es dem Arbeitnehmer frei, **unter Einhaltung der jeweils gesetzlichen oder vertraglich vereinbarten ordentlichen Kündigungsfrist oder außerordentlich** während der Elternzeit zu kündigen.

Insbesondere bei der Arbeitnehmerkündigung sei noch auf die in letzter Zeit vermehrt praktizierte **Kündigung vor Dienstantritt** eingegangen: Nach herrschender Meinung ist eine ordentliche sowie außerordentliche Kündigung nach Vertragsschluss noch vor Dienstantritt zulässig, **sofern** die Vertragsparteien **keine anderweitige Vereinbarung** getroffen haben. Ist die Kündigung vor Dienstantritt nicht einzelvertraglich ausgeschlossen, ist bei der Frage des Beginns des Laufes der Kündigungsfrist auf die konkreten Umstände des Einzelfalls abzustellen. Ist nur eine kurze Kündigungsfrist, ein befristetes oder ein Probe-Arbeitsverhältnis vereinbart, bzw. aus ergänzender Vertragsauslegung kein eindeutig anderes Ergebnis abzuleiten, wird im Zweifel vom Lauf der Kündigungsfrist ab Kündigungszugang ausgegangen.

Pflichten bei Ende des Arbeitsverhältnisses

- 1 Herausgabepflichten. Der Arbeitgeber hat mit tatsächlicher Beendigung des Arbeitsverhältnisses an den Arbeitnehmer dessen Arbeitspapiere wie Urlaubsbescheinigung, Lohnsteuerkarte und Versicherungsnachweis herauszugeben, sowie ein Zeugnis auszuhändigen. Die Herausgabepflicht des Arbeitgebers ist keine Bringschuld, so dass der Arbeitnehmer seine Arbeitspapiere grundsätzlich am Betriebsort abzuholen hat. Dem Arbeitgeber steht kein Zurückbehaltungsrecht an den Arbeitspapieren zu. Desweiteren hat der Arbeitgeber die Arbeitsbescheinigung i.S.d. § 312 SGB III zu erteilen.

Der **Arbeitnehmer** hat dem Arbeitgeber sämtliche ihm von diesem zur Verfügung gestellten **Arbeitsmittel bzw. Geschäftsunterlagen und Schlüssel** herauszugeben. Auch dem Arbeitnehmer steht **kein Zurückbehaltungsrecht** daran zu.

2 Zeugnispflicht. Gemäß § 109 GewO i.V.m. § 630 BGB ist dem Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein schriftliches Zeugnis zu erteilen. Nach § 109 I S. 2 GewO i.V.m. 630 BGB S.1 BGB kann der Arbeitnehmer zumindest ein einfaches Zeugnis mit Angabe der Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber fordern. Auf Verlangen ist dem Arbeitnehmer gemäß § 109 I S.3 GewO i.V.m. § 630 S. 2 BGB ein qualifiziertes Zeugnis zu erteilen, das sich auch auf Führung und Leistung der Dienste erstreckt.

Der Arbeitgeber hat dabei als Ausfluss seiner nachvertraglichen Fürsorgepflicht im Hinblick auf das berufliche Fortkommen das Zeugnis **wohlwollend** zu erteilen, jedoch muss es **der Wahrheit entsprechen**. Der Arbeitgeber darf nicht wider besseres Wissen das Zeugnis zu günstig abfassen. So würde er etwaige Schadensersatzansprüche eines späteren Arbeitgebers hervorrufen.

Das Zeugnis muss **objektiv richtig** sein, muss gemäß **§ 109 II GewO klar und verständlich** formuliert sein und darf **keine Auslassungen** dort enthalten, wo eine positive Hervorhebung beim Leser erwartet wird. **Erziehungszeiten** und **Krankheiten dürfen grundsätzlich nicht** erwähnt werden. Bemerkungen über den Grund der Vertragsbeendigung sind nur zulässig, wenn sie sachlich mit der Führung und Leistung der Dienste zusammenhängen. Gemäß Urteil des BAG vom 20.02.2001 zu 9 AZR 44/00 ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, das Arbeitszeugnis mit Formulierungen abzuschließen, in denen er dem Arbeitnehmer für die gute Zusammenarbeit dankt und ihm für die Zukunft alles Gute wünscht.

Einem Auszubildenden hat der Auszubildende auch ohne eigenes Verlangen des Auszubildenden gemäß § 8 BBiG ein qualifiziertes Zeugnis auszustellen, das sich auf Art, Dauer, Ziel der Ausbildung sowie auf die erworbenen Fertigkeiten und Kenntnisse erstreckt. Auf Verlangen ist das Zeugnis auch auf Führung, Leistung und besondere fachliche Fähigkeiten zu erstrecken.

Grundzüge des kollektiven Arbeitsrechts

1 Gemäß **Art. 9 III GG** können Arbeitnehmer und Arbeitgeber frei Zusammenschlüsse bilden zur Wahrung und Förderung ihrer Interessen bei der Gestaltung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, wobei es dem einzelnen freisteht, sich einer derartigen Vereinigung anzuschließen oder nicht (**individuelle positive und negative Koalitionsfreiheit**). Verfassungswidrige Vereinigungen sind nach Art. 9 II GG verboten. Vom Staat oder anderer Seite darf nicht in die Existenz einer Koalition i.S.d. Art. 9 III GG eingegriffen werden, die in ihrer koalitionsgemäßen Betätigung geschützt ist (**kollektive Koalitionsfreiheit**)

- 2 Das **Tarifrecht** ist im Tarifvertragsgesetz (TVG) geregelt. Die Normen des Tarifvertrags stellen **nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abdingbare Mindestbedingungen** dar. Während der Laufzeit eines Tarifvertrags ist Arbeitskampf verboten (**Friedenspflicht**). Im übrigen wird hinsichtlich des Tarifrechts auf die Ausführungen zu Ziffer I.A.3 verwiesen.
- 3 Bei einem **Arbeitskampf** werden von Arbeitnehmern bzw. Arbeitgebern kollektive Maßnahmen zur Störung der Arbeitsbeziehungen (Streik bzw. Aussperrung) ergriffen, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen. Ein **rechtmäßiger** Arbeitskampf muss folgende Voraussetzungen erfüllen: Tariffähige Parteien als Arbeitskampfparteien, als Kampfziel Abschluss eines nicht verfassungsgesetzwidrigen Tarifvertrags, Parität der Arbeitskampfparteien, Verhältnismäßigkeit der Maßnahme.
- 4 Bei einem **rechtmäßigen** Arbeitskampf ruhen die gegenseitigen Pflichten aus dem Arbeitsvertrag (**Suspendierung**), wobei die Arbeitnehmer zu **notwendigen Erhaltungsarbeiten** dennoch verpflichtet sind. Nach Ende des Arbeitskampfes leben die Leistungspflichten ohne neuen Vertragsschluss wieder auf und ist der Arbeitnehmer weiterzubeschäftigen. Bei Teilnahme an einem **rechtswidrigen** Streik hat der Arbeitgeber gegen den Arbeitnehmer Anspruch auf Arbeitsleistung, Schadensersatz wegen Vertragsverletzung bzw. das Recht zur Kündigung.
- 5 Aufgrund der **Neutralitätspflicht des Staates nach § 146 I SGB III**, der nicht in Arbeitskämpfe eingreifen darf, **ruht der Anspruch auf Arbeitslosengeld** bis zur Beendigung des die Arbeitslosigkeit begründenden Arbeitskampfes bzgl. eines hieran **beteiligten Arbeitnehmers** gemäß **§ 146 II SGB III**. Darüber hinaus ruht der Anspruch auf Arbeitslosengeld auch bei einem an dem die Arbeitslosigkeit begründenden Streik **nicht beteiligten Arbeitnehmer** unter den Voraussetzungen des **§ 146 III Nr.1 oder Nr.2 SGB III**.
- 6 Gemäß **§ 1 BetrVG** kann in Betrieben mit in der Regel **mindestens 5 ständigen Arbeitnehmern**, die das 18. Lebensjahr vollendet haben (vgl. §§ 1 und 7 BetrVG), ein **Betriebsrat** gewählt werden. „**Arbeitnehmer**“ i.S.d. **§ 5 BetrVG** sind **auch die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten**.
- 7 Die **Anzahl der Betriebsratsmitglieder** richtet sich nach **§ 9 BetrVG** und wird von **einer Person bei Betrieben mit 5 bis zu 20 Arbeitnehmern** stufenweise angehoben. In Betrieben, die einen Betriebsrat gebildet haben, sind bei in der Regel mindestens 5 Arbeitnehmern unter 18 Jahren gemäß **§ 60 BetrVG Jugend- und Auszubildendenvertretungen** zu wählen.
- 8 In sogenannten **Tendenzbetrieben** nach **§ 118 BetrVG**, deren Zwecke unmittelbar und überwiegend politisch, journalistisch, karitativ oder wissenschaftlich etc. ausgerichtet sind, findet das **BetrVG keine Anwendung, soweit es der Eigenart des Tendenzbetriebs entgegensteht**.
- 9 Nach **§ 2 BetrVG** sollen der Betriebsrat und der Arbeitgeber **vertrauensvoll zusammenarbeiten** und gemäß **§ 74 BetrVG** mindestens einmal im Monat zu einer **Besprechung** zusammentreten. **Arbeitskampfmaßnahmen**

zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat sind gemäß § 74 II BetrVG **verboten**. Arbeitgeber und Betriebsrat haben gemäß **§ 75 I BetrVG** darüber zu wachen, dass die Betriebsangehörigen nach den **Grundsätzen von Recht und Billigkeit** behandelt werden. Gemäß **§ 75 II BetrVG** haben Arbeitgeber und Betriebsrat die **freie Entfaltung der Persönlichkeit** der Betriebsangehörigen zu schützen und zu fördern. So wäre z.B. eine Betriebsvereinbarung wegen Verstoßes gegen § 75 II BetrVG unwirksam, die Betriebsangehörige unabhängig von deren Wahrnehmung des Kantinenessens zur Beteiligung an den Kantinenkosten verpflichtete (BAG Urteil vom 11.07.2000 zu 1 AZR 551/99).

- 10 Zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat können **Betriebsvereinbarungen** geschlossen werden, die nach **§ 77 IV BetrVG unmittelbar und zwingend** wirken, jedoch **nicht gegen höherrangiges Recht bzw. Tarifverträge** ohne **Öffnungsklausel i.S.d. § 77 III BetrVG verstoßen** dürfen.
- 11 Der Betriebsrat hat **Mitbestimmungsrecht in sozialen** Angelegenheiten gemäß
- § 87 ff BetrVG, **Mitwirkungsrechte in personellen** Angelegenheiten gemäß §§ 92 ff BetrVG. Seine Rechte in **wirtschaftlichen** Angelegenheiten beschränken sich in der Regel auf **Informationsrechte** gemäß §§ 106 ff BetrVG.
- 2 Das **Anhörungsrecht ergibt sich aus § 102 BetrVG bei Kündigungen**, das **Zustimmungserfordernis bei außerordentlichen Kündigungen von Mitgliedern des** Betriebsrats oder einer Jugend- und Auszubildendenvertretung bestimmt sich nach **§ 103 BetrVG**. Gemäß **§ 103 III BetrVG** ist das **Zustimmungserfordernis auch auf Versetzungen** von Personen nach § 103 I BetrVG ausdehnt, **soweit die Versetzung zu einem Verlust des Amtes oder der Wählbarkeit führen würde**.

Betriebsübergang

- 613 a BGB regelt die Rechte und Pflichten von Arbeitgebern und Arbeitnehmern beim Betriebsübergang, danach tritt der Erwerber eines Betriebes oder Betriebsteils in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse ein.

Voraussetzung für einen Betriebsübergang ist ein **Wechsel in der Person des Betriebsinhabers**, d. h. demjenigen, der über die arbeitsrechtliche Organisations- und Leitungsmacht verfügt. Gleichgültig ist dabei, ob es sich um eine natürliche Person, eine Gesamthand oder eine juristische Person handelt. Die Voraussetzung wird nicht erfüllt durch bloße Veränderungen in der Rechtsform eines Betriebsinhabers nach Umwandlungsg oder bei Wechsel von Gesellschaftern.

Bei diesem Tatbestandsmerkmal erfolgt nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung nunmehr die entscheidende Weichenstellung für oder gegen die Annahme eines Betriebsübergangs. Betrieb ist die organisatorische Einheit,

innerhalb der ein Unternehmer allein oder in Gemeinschaft mit seinen Mitarbeitern durch sachliche oder immaterielle Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt. Der Betriebsteil im Sinne des § 613 a BGB ist die funktionsfähige organisatorische Einheit von materiellen und immateriellen Betriebszwecken, die es dem jeweiligen Arbeitgeber ermöglicht, bestimmte Betriebszwecke zu verfolgen.

Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, der sich inzwischen auch das Bundesarbeitsgericht angeschlossen hat, komme es bei der Frage nach dem Betriebs(teil)übergang entscheidend darauf an, ob eine wirtschaftliche Einheit vorhanden sei, die trotz des Inhaberwechsels ihre Identität bewahrt habe. Dafür von Bedeutung sei namentlich die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebes, der Übergang oder Nichtübergang der materiellen Aktiva wie Gebäude und bewegliche Güter zum Zeitpunkt des Übergangs, die Übernahme oder Nichtübernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber, der Übergang oder Nichtübergang der Kundschaft sowie der Grad der Ähnlichkeit zwischen der vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeit sowie die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit.

Maßgeblicher Zeitpunkt und damit auslösendes Moment für die Rechtsfolgen des § 613 a BGB ist der Zeitpunkt, in dem der Wechsel in der Person des Betriebsinhabers erfolgt. Der bisherige Inhaber muss seine wirtschaftliche Betätigung in Bezug auf diesen Betrieb oder Betriebsteil einstellen.

Gemäß § 613 a Abs. 1 S. 1 BGB führt nur ein rechtsgeschäftlicher Betriebsübergang zum Eintritt des Erwerbers kraft Gesetzes in die bestehenden Arbeitsverhältnisse. Der Begriff „rechtsgeschäftlich“ ist umfassend (z. B. Kauf-, Pachtvertrag, Schenkung) und nach herrschender Meinung lediglich als Abgrenzung zur Gesamtrechtsnachfolge zu verstehen. Sogar die Nichtigkeit eines dem Übergang zugrundeliegenden Rechtsgeschäftes soll nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die Voraussetzungen des § 613 a BGB erfüllen. Für das Vorliegen eines Betriebsüberganges komme es insoweit allein auf die tatsächliche Fortführung der übernommenen wirtschaftlichen Einheit an.

Die Wirkung des Betriebsübergangs umfasst alle Arbeitsverhältnisse, die zum Zeitpunkt des Übergangs bestehen. Diese gehen einschließlich aller Rechte und Pflichten des bisherigen Arbeitgebers auf den Erwerber über und bestehen fort, einschließlich z. B. des Urlaubsanspruchs, Nebentätigkeitsgenehmigungen und der bisherigen Versorgungsanswartschaften. Nach § 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB gelten die bisher im Betrieb geltenden Regelungen aus Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen einzelvertraglich weiter und zwar mit einer einjährigen Veränderungssperre zu Gunsten des Arbeitnehmers, es sei denn die Rechte und Pflichten werden bei dem neuen Inhaber durch einen anderen Tarifvertrag oder andere Betriebsvereinbarung normiert (§ 613 a Abs. 1 S. 3 BGB).

Der bisherige Arbeitgeber haftet neben dem neuen Inhaber für Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis, soweit sie vor dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs entstanden sind und vor Ablauf von einem Jahr nach diesem Zeitpunkt fällig werden, als Gesamtschuldner, vgl. § 613 Abs. 2 BGB). Eine Sonderregelung gilt hier für Personenhandelsgesellschaften oder juristische Personen, die infolge

Umwandlung (Verschmelzung, Spaltung und Vermögensübertragung nach § 11 Nr. 1 – 3 UmwandlungsG) erlöschen, vgl. § 613 a Abs. 3 BGB, hier gehen die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis auf den übernehmenden Rechtsträger über.

Ordentliche und außerordentliche Kündigungen wegen des Betriebs(teil)übergangs sind gemäß § 613 a Abs. 4 S. 1 BGB ausgeschlossen. Unberührt bleibt aber die Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus anderen Gründen, vgl. Satz 2. Das Bundesarbeitsgericht nimmt eine nicht wesentlich durch den Betriebsübergang bedingte Kündigung immer dann an, wenn es neben dem Betriebsübergang einen sachlichen Grund gibt, der aus sich heraus die Kündigung rechtfertigt, so dass sich der Betriebsübergang lediglich als äußerer Anlass für die Kündigung, nicht jedoch als tragender Grund darstellt. Problematisch ist in diesem Zusammenhang die Kündigung wegen Betriebsstilllegung, die sich mit dem Betriebsübergang ausschließt. Bei alsbaldiger Wiedereröffnung bzw. Fortsetzung der Betriebstätigkeit spricht eine tatsächliche Vermutung gegen eine ernsthafte Stilllegungsabsicht.

Für den Nachweis der Kündigungsgründe gelten die allgemeinen Regeln der Darlegungs- und Beweislast. Jede Partei muss die Voraussetzungen der ihr günstigen Normen im Prozess darlegen und ggf. beweisen. Macht der Arbeitnehmer den Übergang seines Arbeitsverhältnisses geltend oder beruft er sich auf das Kündigungsverbot wegen Betriebsübergangs, ist er darlegungs- und beweispflichtig. Den Arbeitgeber trifft in diesem Fall allerdings eine Substantiierungspflicht, er darf sich nicht mit einfachem Bestreiten begnügen.

Der bisherige oder neue Arbeitgeber ist gemäß § 613 a Abs. 5 BGB unabhängig von einer bestimmten Betriebsgröße verpflichtet, die von einem Übergang betroffenen Arbeitnehmer in Textform (§ 126 b BGB) zu unterrichten über Zeitpunkt und Grund (Rechts- und Beweggrund) des geplanten Übergangs, der rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen für den Arbeitnehmer sowie der hinsichtlich der Arbeitnehmer unternommenen Maßnahmen (z. B. Umschulung, Abfindung bei Aufgabe des Arbeitsplatzes). Der Arbeitnehmer ist gemäß § 613 a Abs. 6 BGB berechtigt, dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung schriftlich zu widersprechen, das Arbeitsverhältnis bleibt dann mit dem bisherigen Arbeitgeber bestehen. Eine Kündigung durch den bisherigen Arbeitgeber aus betrieblichen Gründen ist nicht ausgeschlossen. § 613 a Abs. 4 BGB steht nicht entgegen, es wird nicht wegen des Betriebsübergangs gekündigt, sondern wegen des Widerspruchs.

Arbeitsgerichtlicher Rechtsschutz

1. Besonderheiten des arbeitsgerichtlichen Verfahrens:

- Die **Rechtswegzuständigkeit** der Arbeitsgerichte ist in **§ 2 ArbGG** für das **Urteilsverfahren** (§§ 46 – 79 ArbGG) und in **§ 2a ArbGG** für das **Beschlussverfahren** (§§ 80 ff ArbGG bzgl. betriebsverfassungsrechtlicher Angelegenheiten) geregelt.

Z.B. sind die Arbeitsgerichte zuständig nach **§ 2 I Nr. 3 a)** bzw. **b) ArbGG** für **bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern aus dem Arbeitsverhältnis bzw. über das Bestehen oder Nichtbestehen eines**

Arbeitsverhältnisses. Nach Rechtsprechung des BAG reicht die bloße Rechtsansicht des Klägers, er sei Arbeitnehmer, zur Bejahung der arbeitsgerichtlichen Zuständigkeit aus, wenn die Klage nur dann Erfolg haben kann, wenn der Kläger Arbeitnehmer ist. Nach **§ 5 ArbGG** sind „**Arbeitnehmer**“ **im Sinne des ArbGG auch z.B. Auszubildende** und arbeitnehmerähnliche Personen. Nach der Rechtsprechung des BAG sind die Arbeitsgerichte auch für Ansprüche aus faktischen Arbeitsverhältnissen zuständig.

- Bei der **Prozessfähigkeit Minderjähriger** ist wie folgt zu unterscheiden:

Gemäß **§ 46 II ArbGG i.V.m. § 52 ZPO** besteht Prozessfähigkeit, soweit **Geschäftsfähigkeit** vorliegt. Bei Minderjährigen, die vom gesetzlichen Vertreter zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts oder zur Eingehung eines Arbeitsverhältnisses ermächtigt sind, sind diese nach **§§ 112, 113 BGB** insoweit uneingeschränkt geschäftsfähig und prozessfähig. Da sich die Geschäftsfähigkeit nach **§ 113 BGB nicht auch auf Ausbildungsverhältnisse** erstreckt, sind Minderjährige im Bezug auf ihr Ausbildungsverhältnis daher nicht prozessfähig.

- Die **örtliche Zuständigkeit** ergibt sich über die Verweisungsnorm des **§ 46 II ArbGG** aus den §§ 12 ff ZPO. In der Regel ist der Gerichtsstand des **Erfüllungsorts nach § 29 ZPO** bei Arbeitsverhältnissen der Ort, an dem der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung zu erbringen hat.
- In **§ 9 I ArbGG** ist eigens ein **Beschleunigungsgebot** für arbeitsgerichtliche Verfahren normiert. So muss z.B. gemäß **§ 47 I ArbGG** eine Klage nur innerhalb einer Mindestfrist von **1 Woche vor dem Termin** zugestellt sein oder beträgt gemäß **§ 59 ArbGG** die **Einspruchsfrist gegen ein Versäumnisurteil** ebenfalls nur **1 Woche**.

Zunächst ist eine Verhandlung zum Zweck der gütlichen Einigung anzusetzen (**Güteverhandlung**) nach **§ 54 ArbGG**. Bei Streitigkeiten aus einem bestehenden **Berufsausbildungsverhältnis** bzw. zur Frage, ob ein Ausbildungsverhältnis beendet sei, wäre bei Bestehen eines für den jeweiligen Ausbildungszweig gebildeten **Ausschusses gemäß § 111 II 5 ArbGG** zunächst ein **außergerichtliches Güteverfahren** zu versuchen.

- Gemäß **§ 10 ArbGG** sind im arbeitsgerichtlichen Verfahren auch Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern bzw. Zusammenschlüsse solcher Verbände **parteifähig, auch wenn diese häufig nichtrechtsfähige Vereine sind**.
- Vor den **Arbeitsgerichten** kann die Partei gemäß **§ 11 I ArbGG** den Rechtsstreit **selbst** führen oder sich von **jeder prozessfähigen Person** - außer den nach § 11 III ArbGG ausgenommenen Personen - vertreten lassen (z.B. Rechtsbeistände und Steuerberater). Dabei können sich die Parteien **auch von befugten Vertretern von Gewerkschaften oder Arbeitgeberverbänden** vertreten lassen.

Vor dem **Landesarbeitsgericht** können **§ 11 II 2 ArbGG** außer Anwälten **auch** noch **Vertreter von Gewerkschaften oder Arbeitgebervereinigungen** als

Prozessbevollmächtigte auftreten. Gemäß **§ 11 II 1 ArbGG** besteht **uneingeschränkter Anwaltszwang** vor dem **Bundesarbeitsgericht**.

- Gemäß **§ 12a I ArbGG** besteht im **erstinstanzlichen arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren kein Kostenerstattungsanspruch der obsiegenden Partei**. Hierauf ist vor Mandatsabschluss gemäß **§ 12a I 2 ArbGG hinzuweisen**. Der Ausschluss der erstinstanzlichen Kostentragung im Arbeitsprozess gilt **analog** auch für die **materielle Kostentragungspflicht** im außergerichtlichen Bereich für arbeitsrechtliche Streitigkeiten.
- Der **Streitwert** einer **Kündigungsschutzklage** beträgt gemäß **§ 12 VII 1 ArbGG** höchstens das **Arbeitsentgelt eines Vierteljahres**. Der Streitwert bzgl. **wiederkehrender Leistungen** beträgt nach **§ 12 VII 2 ArbGG** grundsätzlich den Wert des **dreijährigen Bezugs**.

- Erwähnenswerte Besonderheiten des in **§ 46a ArbGG** geregelten **Mahnverfahrens**:

Im Unterschied zu § 689 II ZPO ist bereits für das Mahnverfahren das für den Rechtsstreit im Urteilsverfahren zuständige Arbeitsgericht zuständig. Die Widerspruchsfrist i.S.d. § 692 I Nr. 3 ZPO beträgt gemäß § 46a III ArbGG nur 1 Woche.

- Der für die **Berufung** geltende Schwellenwert des Beschwerdegegenstands beträgt gemäß § 64 II ArbGG 600,00 EUR. Die Berufung gegen arbeitsgerichtliche Urteile in vermögensrechtlichen Streitigkeiten kann gemäß § 64 II ArbGG eingelegt werden, wenn die Beschwerdesumme überstiegen ist oder die Berufung im Urteil des Arbeitsgerichts zugelassen wurde. Bestandsstreitigkeiten (z.B. Kündigungsschutzrechtsstreit) sind unabhängig von Streitwert und Zulassung gemäß § 64 II Nr.c ArbGG berufungsfähig.

Ausschließlich nur unter der **Voraussetzung der Zulassung** kann gemäß **§ 72 ArbGG** die **Revision** stattfinden.

Bisher fehlte im arbeitsgerichtlichen Verfahren die Möglichkeit, eine nachträgliche Zulassung der Revision mit einer Verfahrensrüge zu erreichen. Durch das Anhörungsrügensgesetz wurden die Folgen einer Verletzung rechtlichen Gehörs und der Zugang zum Bundesarbeitsgericht neu geregelt: innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen ist schriftlich bei dem konkreten Spruchkörper eine Rüge zu erheben, der das rechtliche Gehör versagt haben soll die Rüge muss die Verletzung des rechtlichen Gehörs und ihre Entscheidungserheblichkeit darlegen.

Prinzipien der Sozialversicherung

Zwangsversicherung

Es gilt das **Prinzip der Zwangsversicherung**. Das heißt: Grundsätzlich besteht Versicherungs- bzw. Beitragspflicht zur Absicherung der Bedarfsfälle wie Krankheit oder Alter etc., die ansonsten der Solidargemeinschaft bei einem Großteil von

Nichtversicherter im Rahmen der Sozialhilfe zur Last fallen würden.

1 Begriff des sozialversicherungsrechtlichen „Beschäftigungsverhältnisses“:

- 7 I SGB IV definiert Beschäftigung als „**nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis**“. Das Bundessozialgericht sieht eine Beschäftigung i.S.d. § 7 I SGB IV dann als gegeben an, wenn **Arbeit in persönlicher Abhängigkeit von einem Dritten**, in der Regel dem Arbeitgeber, geleistet wird. Wie bei der Qualifizierung eines Arbeitsverhältnisses kommt es dabei auf die **tatsächliche Durchführung** und nicht auf die Vertragsbezeichnung an.

Gemäß **§ 7 IV SGB IV** wird für Personen, die für eine selbständige Tätigkeit einen **Existenzgründerzuschuss** nach § 421 I SGB III beantragen, widerlegbar vermutet, dass sie in dieser Tätigkeit als **Selbständige** tätig sind. Für die Dauer des Bezugs dieses Zuschusses gelten sie als selbständig Tätige.

Ein sozialversicherungsrechtlich relevantes Beschäftigungsverhältnis kann **auch** dann vorliegen, **wenn kein Arbeitsvertrag** geschlossen oder dieser z.B. wegen fehlender Genehmigung des gesetzlichen Vertreters (§ 108 BGB) oder wegen §§ 134, 138 BGB nichtig wäre. Eine sozialversicherungsrechtliche Beschäftigung liegt gemäß **§ 7 II SGB IV auch bei Ausbildungsverhältnissen** vor.

Nach **§ 7 III SGB IV** wird für alle Sozialversicherungszweige für **1 Monat** ein **ohne Entgeltanspruch fortdauerndes Beschäftigungsverhältnis** (z.B. unbezahlter Urlaub) **als fortbestehend fingiert**, falls nicht Entgeltersatzansprüche (z.B. Krankengeld, Mutterschaftsgeld, Verletztengeld, Übergangsgeld) in Anspruch genommen werden.

Die Versicherungspflicht bzw. Versicherungsberechtigung, soweit diese an eine Beschäftigung oder ausnahmsweise an eine selbständige Tätigkeit anknüpft, stellt gemäß **§ 3 SGB IV unabhängig von der Staatsbürgerschaft** des Beschäftigten darauf ab, ob die **Beschäftigung im Geltungsbereich des SGB** erfolgt. Es gilt das **Territorialitätsprinzip**:

Bei **vorübergehender Entsendung** eines Arbeitnehmers **aus dem Gebiet des Geltungsbereichs** des SGB IV hinaus, wenn der Arbeitnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis innerhalb des Geltungsbereichs des SGB IV steht, bleibt der Arbeitnehmer gemäß **§ 4 SGB IV** dennoch im versicherungspflichtigen Personenkreis des SGB IV. Bei nur **vorübergehender Entsendung in den Geltungsbereich** des SGB IV hinein besteht gemäß der entsprechenden Regelung des **§ 5 SGB IV** kein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Sinne des SGB IV.

Nach **§ 6 SGB IV** ist **abweichendes überstaatliches Recht** (z.B. EWG-Verordnungen über soziale Sicherheit) und **zwischenstaatliches Recht** (z.B. Abkommen über soziale Sicherheit oder Arbeitslosenversicherung) **vorrangig**. Im Einzelnen ist insoweit auf die Richtlinien zur versicherungsrechtlichen Beurteilung von Arbeitnehmern bei Aus- und Einstrahlung (*Aichberger Textsammlung zum Sozialgesetzbuch: Nr. 116*) sowie auf Abklärung mit dem Sozialversicherungsträger im jeweiligen Einzelfall der Beschäftigung mit Auslandsbezug zu verweisen.

geringfügiger Beschäftigung –sogenannte „Mini-Jobs“:

Die Geringfügigkeitsgrenze beträgt **400,00 EUR** monatliches Arbeitsentgelt. Für Auszubildende gilt seit August 2003 wieder die Geringfügigkeitsgrenze von 325,00 EUR.

Die Voraussetzung der Arbeitszeit von **weniger als 15 Wochenstunden ist entfallen**. Der Arbeitgeber hat eine pauschale Abgabe von 25 % zu zahlen, die sich wie folgt verteilt: Für Rentenversicherung 12 %, für Krankenversicherung 11 % sowie pauschale Lohnsteuer inkl. Kirchensteuer und Solidaritätszuschlag 2 %. Bei der Ermittlung der Geringfügigkeitsgrenze werden mehrere Beschäftigungen nebeneinander addiert. Bei Beschäftigungsverhältnissen mit einem monatlichen Arbeitsentgelt zwischen 400,00 EUR und 800,00 EUR („Gleitzone“) besteht zwar Sozialversicherungspflicht in allen Sozialversicherungszweigen. Jedoch steigert sich der für das gesamte Arbeitsentgelt zu zahlende Arbeitgeberanteil linear gestaffelt bis zum vollen Arbeitgeberanteil.

Krankenversicherung

1 Die Krankenversicherungspflicht ergibt sich aus § 5 SGB V. Nach **§ 5 I Nr. 1 SGB V** besteht Versicherungspflicht bei einem **Beschäftigungsverhältnis als Arbeitnehmer oder Auszubildender gegen Arbeitsentgelt**.

Gemäß **§ 5 I Nr. 2 SGB V** sind auch Personen krankenversicherungspflichtig, die **Arbeitslosengeld oder –hilfe bzw. Unterhaltsgeld nach dem SGB III beziehen** oder dies nicht bezogen aufgrund einer **Sperrzeit nach § 144 SGB III**. Zu **beachten** ist, dass ein **Ruhen** des konkreten Leistungsbezugs nach SGB III **wegen Berücksichtigung einer Entlassungsschädigung nach § 143a SGB III nicht** in den **Krankenversicherungsschutz des § 5 I Nr.2 SGB V** aufgenommen ist. In diesem Fall würde der Krankenversicherungsschutz nicht über den noch gemäß **§ 19 II SGB V** bis zu **einem Monat nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses** bestehenden Versicherungsschutz hinausgehen.

2 Arbeitnehmer können **auf Antrag** von der Krankenversicherung unter bestimmten Voraussetzungen gemäß **§ 8 SGB V befreit** werden, um weiterhin ihre Versicherung in einer **privaten Krankenversicherung** aufrecht zu erhalten.

Für eine **Versicherungsfreiheit nach § 6 I Nr. 1 SGB V** gilt eine die **Jahresarbeitsentgeltgrenze**.

3 Die **Beitragssätze der Krankenversicherung** richten sich **nach Kassensatzung** der gemäß § 175 Abs. I SGB V frei wählbaren Krankenkasse.

Nach § 2 II SGB V „erhalten die Versicherten die Leistungen als Sach- und Dienstleistungen, soweit das SGB V nichts Abweichendes vorsieht“. Es gilt das sogenannte **Sachleistungsprinzip**. Je nach Art und Weise der Leistungserbringung wird unterschieden zwischen Sachleistungen durch Zuwendung von Sachmitteln wie z.B. Arzneimitteln, Dienstleistungen durch z.B. ärztliche bzw. zahnärztliche Behandlung und Bar- bzw. Geldleistungen wie z.B. das Krankengeld.

4 Die **Leistungsarten** der Krankenversicherung sind in **§ 11 SGB V** aufgeführt. Die Ansprüche während **Schwangerschaft bzw. nach der Entbindung** der

krankenversicherten Frau sind in den **§§ 195 ff RVO** geregelt. Der Versicherungsfall der Pflegebedürftigkeit ist in den Vorschriften zur **Pflegeversicherung** im **SGB XI** geregelt.

Der Versicherungsfall der „**Krankheit**“ wird im Sinn der Sozialversicherung definiert als regelwidriger Körper- bzw. Geisteszustand, der Behandlungsbedürftigkeit und/oder Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.

5 Die im Zusammenhang mit Arbeitsverhältnissen wesentliche Leistung der Krankenversicherung ist das **Krankengeld**, das in den **§§ 44 ff SGB V** geregelt ist.

Der Anspruch auf Krankengeld besteht gemäß §§ 44 I, 45 SGB V

- Bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit
- Bei stationärer Behandlung auf Kosten der Krankenkasse in einem Krankenhaus, einer Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtung
- Oder nach § 45 SGB V bei Arbeitsverhinderung aufgrund ärztlich bescheinigter Erforderlichkeit der Beaufsichtigung, Betreuung oder Pflege des erkrankten und versicherten Kindes, das sein 12. Lebensjahr noch nicht vollendet hat

Der Anspruch auf Krankengeld **entsteht gemäß § 46 SGB V** ab dem **Tag, der auf den Tag der ärztlichen Feststellung der Arbeitsunfähigkeit folgt bzw. ab Beginn der Behandlung i.S.d. § 44 I SGB V.**

Der Anspruch auf Krankengeld **ruht gemäß § 49 I SGB V**, soweit bzw. solange Versicherte **z.B.:**

- beitragspflichtiges Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen erhalten (§ 49 I Nr. 1)
- Elternzeit erhalten, außer wenn die Arbeitsunfähigkeit vor Beginn der Elternzeit eingetreten ist, oder das Krankengeld aus dem Arbeitsentgelt zu berechnen ist, das einer versicherungspflichtigen Beschäftigung während der Elternzeit erzielt worden ist (§ 49 I Nr. 2)
- Mutterschaftsgeld, Arbeitslosengeld oder Arbeitslosenhilfe beziehen (§ 49 I Nr.3a)
- die Arbeitsunfähigkeit der Krankenkasse nicht gemeldet haben, ohne dass die Meldung innerhalb einer Woche nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit erfolgt (§ 49 I Nr.5).

Bei Selbstverschulden **kann** die **Krankenkasse** gemäß **§ 52 SGB V** die Versicherten an der Kostentragung beteiligen bzw. Krankengeld **ganz oder teilweise versagen** bzw. zurückfordern.

6 Die **Dauer** des Krankengelds ist gemäß **§ 48 I SGB V** grundsätzlich zeitlich unbegrenzt, jedoch für den Fall der **Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Krankheit innerhalb von drei Jahren auf längstens 78 Wochen limitiert**. Nach Beginn eines neuen Dreijahreszeitraums hat der Versicherte nur unter den Voraussetzungen des § 48 II SGB V einen neuen Anspruch auf Krankengeld

7 Die **Höhe** des Krankengelds beträgt **70 % des vor der Arbeitsunfähigkeit erzielten beitragspflichtigen regelmäßigen Arbeitsentgelts bzw.**

Arbeitseinkommens. Es darf **90 % des Nettoarbeitsentgelts** nicht übersteigen. Bei Beschäftigten mit Monatsbezügen ist Regelentgelt der 30. Teil des Arbeitsentgelts, das im letzten Kalendermonat vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit auch unter Einrechnung von beitragspflichtigen Einmalzahlungen erzielt wurde. Krankengeld wird gemäß **§ 47 Abs. I S. 4 SGB V** für **Kalendertage** bezahlt. **Begrenzt** ist die Höhe des täglichen Bruttokrankengeldes gemäß **§ 47 VI SGB V mit 70 % der kalendertäglichen Beitragsbemessungsgrenze der Krankenversicherung**, die **seit 01.01.2008 43.200,00 EUR p.a. = 3.600 EUR monatlich = 120,00 EUR kalendertäglich** beträgt. Diese ist seit 01.01.2003 nicht mehr identisch mit der Krankenversicherungspflichtgrenze. Es ergibt sich daher als Höchstgrenze des Krankengeldes ein Betrag von **70 % von 120 EUR = 84,00 EUR**.

- 8 Eine weitere im Rahmen von Arbeitsverhältnissen relevante Leistung der Krankenkassen ist die Möglichkeit der Inanspruchnahme des **Medizinischen Dienstes** zur **Beseitigung von Zweifeln an Arbeitsunfähigkeit gemäß § 275 I Nr. 3b SGB V**. Derartige **Zweifel** sind nach **§ 275 Ia SGB V** z.B. gegeben, wenn der Versicherte auffällig häufig oder meist zu auffälligen Zeiten wie Brückentagen arbeitsunfähig ist, die Arbeitsunfähigkeit angekündigt oder mit ihr gedroht hat, oder z.B. die Arbeitsunfähigkeit von einem Arzt mehr als zwei Tage rückwirkend bescheinigt wurde.
- 9 Gemäß **§ 19 I SGB V** **erlöschen Leistungsansprüche** gegen die Krankenkassen grundsätzlich **mit dem Ende der Mitgliedschaft**, soweit das SGB V nichts anderes bestimmt. **Nach Beendigung der Mitgliedschaft besteht nach § 19 II SGB V noch für längstens 1 Monat** Anspruch auf Krankenversicherungsleistungen, **solange keine Erwerbstätigkeit** ausgeübt wird.
- 10 Die **Mitgliedschaft Versicherungspflichtiger besteht gemäß § 192 I SGB V fort** z.B. während eines rechtmäßigen Arbeitskampfes oder bei Anspruch auf Kranken-, Mutterschaftsgeld- oder Erziehungsgeld sowie gemäß **§ 192 II SGB V grundsätzlich während der Schwangerschaft**.
- 11 Gemäß **§ 11 IV SGB V** besteht **kein Anspruch** auf Leistung der Krankenversicherung, wenn die Leistung als Folge eines **Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit** i.S.d. gesetzlichen **Unfallversicherung** zu erbringen wäre. Der krankenversicherungsrechtliche Leistungsanspruch ist insoweit subsidiär.
- 12 Der versicherte Personenkreis in der Unfallversicherung ergibt sich aus **§§ 2ff SGB VII**. Danach sind primär wieder die abhängig Beschäftigten bzw. Lernende während der beruflichen Aus- und Fortbildung versichert, sowie über die anderen Versicherungszweige hinausgehend aber **auch geringfügig Beschäftigte** und andere im Einzelnen konkret in § 2 SGB VII aufgeführte Personengruppen. Träger der Unfallversicherung sind in erster Linie die **Berufsgenossenschaften**.
- 13 Im Unterschied zu den anderen Versicherungszweigen tragen die **Beiträge**

zur Unfallversicherung die Unternehmer allein und wird die Beitragshöhe am Grad der Unfallgefahren von den Versicherungsträgern als „Gefahrtarife“ gemäß § 157 SGB VII festgesetzt. Unternehmer können sich gemäß § 6 SGB VII freiwillig versichern.

- 14 Die Aufgabe des Unfallversicherungsträgers umfasst zunächst präventive Maßnahmen wie insbesondere den Erlass von **Unfallverhütungsvorschriften gemäß § 15 SGB VII**. Insoweit wird auch auf die Ausführungen zu Ziffer IV.B.3 verwiesen.
- 15 Versicherungsfälle der Unfallversicherung sind gemäß **§ 7 I SGB VII Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten**.

Unfallversicherung

Berufskrankheiten i.S.d. § 9 SGB VII sind Krankheiten **infolge einer versicherten Tätigkeit**. Zunächst gelten nach § 9 I SGB VII als Berufskrankheiten die sogenannten **Listenkrankheiten**, die in der **Berufskrankheiten-Verordnung (BKVO)** aufgeführt sind.

Gemäß **§ 9 II SGB VII „haben“** jedoch die Unfallversicherungsträger auch eine nicht in der BKVO verzeichnete Krankheit **„wie eine Berufskrankheit als Versicherungsfall anzuerkennen“**, wenn im Zeitpunkt der Entscheidung nach den **neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen** von einer Krankheit auszugehen ist, die **i.S.d. § 9 I S. 2 SGB VII** durch besondere Einwirkungen verursacht ist, denen ein bestimmter Personenkreis durch seine versicherte Tätigkeit in erheblich höherem Grad als die übrige Bevölkerung ausgesetzt ist. Erkrankt ein Versicherter an einer **Listenerkrankung**, so besteht gemäß **§ 9 III SGB VII** die **gesetzliche Vermutung**, dass die Erkrankung von der versicherten Tätigkeit verursacht worden ist.

Ein **Arbeitsunfall** gemäß **§ 8 I SGB VII** ist gegeben, wenn ein Versicherter einen **Unfall infolge der versicherten Tätigkeit** (z.B. auch Botengänge, Dienst- bzw. Lieferfahrt) erleidet, wobei der Unfall als **zeitlich begrenztes Ereignis auf den Körper einwirkt und zu einem Gesundheitsschaden bzw. zum Tod führt**. Das Unfallereignis muss **unfreiwillig** sein, da absichtliches Handeln grundsätzlich Unfallversicherungsleistungen ausschließt. Allein die etwaige Verbotswidrigkeit des Handelns schließt gemäß § 7 II SGB VII einen Versicherungsfall nicht aus. Gemäß **§ 8 II SGB VII** umfasst die einen Arbeitsunfall begründende versicherte Tätigkeit auch die in den **Nr. 1 – 4 des § 8 II SGB VII** bezeichneten **in Zusammenhang mit der versicherten Tätigkeit stehenden unmittelbaren Wege** bzw. gemäß **§ 8 II Nr.5 SGB VII** den **Umgang mit Arbeitsgerät**.

- 5 Als Begrenzung der Qualifizierung als gemäß **§ 8 II SGB VII** geschützter unmittelbarer Weg zwischen Ort der betrieblichen Tätigkeit und Privatbereich gilt das jeweilige **Durchschreiten der Außentür**. Der Versicherungsschutz bei einem derartigen **Wegeunfall** besteht nur solange, als der Weg nicht der Privatsphäre, also z.B. eigenwirtschaftlichen Erledigungen vor und nach einem Weg im Sinne der Nr.1-4 des § 8 II SGB VII zuzurechnen ist. Eigenwirtschaftlich motivierte Unterbrechungen des direkten Wegs zur Arbeitsstätte beseitigen den Versicherungsschutz – sofern es sich nicht um

äußerst geringfügige eigenwirtschaftliche „Abstecher im Vorübergehen“ handelt. Nach Rückkehr auf den versicherten Arbeitsweg lebt der Unfallversicherungsschutz wieder auf.

Von einem – außer im Fall des geringfügigen „Abstechers“ – **nicht unfallversicherten Um- oder Abweg** auf dem Weg nach oder vom Ort der versicherten Tätigkeit ist der Weg von oder nach einem **anderen dritten Ort** als der Wohnung **zu unterscheiden**, der als **Ausgangs- oder Zielpunkt** des unfallversicherten Weges von oder nach der versicherten Tätigkeit zu werten ist. Hierzu ist eine vom BSG bisher nicht klargestellte **längere Verweildauer** in der Regel von mindestens ein bis zwei Stunden vorausgesetzt sowie auf die sonstigen Umstände des Einzelfalles hinsichtlich des **Zusammenhangs mit der betrieblichen Tätigkeit sowie bei keiner übermäßigen Risikoerhöhung** abgestellt. So wurde vom BSG z.B. Unfallversicherungsschutz auf dem jeweiligen Weg von bzw. zur Arbeitsstätte bejaht, wenn ein Arbeitnehmer regelmäßig das Wochenende in seinem Schrebergarten verbringt.

Bei einem „**Arbeitsunfall**“ muss das **Unfallereignis** über den reinen zeitlich-räumlichen Zusammenhang hinaus in **innerem Zusammenhang mit der versicherten Tätigkeit** stehen. Hinsichtlich der **Betriebsbezogenheit** des Arbeitsunfalls als **rechtlich erhebliche Folge einer betrieblichen Tätigkeit** ist im Einzelfall bei z.B. privat und beruflich gemischten Tätigkeiten auf die **Wesentlichkeit der Bedingung** abzustellen. Das heißt, dass im Einzelfall abzuwägen ist, ob die jeweilige Verrichtung zumindest **wesentlich** – nicht unbedingt überwiegend – **betrieblichen Interessen gedient** hat. Dies ist dann zu bejahen, wenn die **Tätigkeit auch ohne den privaten Zweck vorgenommen** worden wäre. Im zweiten Schritt muss als Voraussetzung für den unfallversicherungsrechtlichen Entschädigungsanspruch der **Arbeitsunfall zumindest wesentliche Mitbedingung für den Gesundheitsschaden bzw. Tod** sein.

Als **private** und damit nicht unfallversicherte Tätigkeiten gelten z.B.:

- Grundsätzlich Einnahme von Mahlzeiten, auch während Betriebszeit bzw. in Betriebsstätte (Ausnahmen z.B.: betrieblich bedingte besondere Eile oder besonderes Hunger- bzw. Durstgefühl aufgrund versicherter Tätigkeit oder wenn besondere betriebliche Umstände den Versicherten dazu veranlassten, seine Mahlzeit an einem bestimmten Ort wie z.B. Werkskantine einzunehmen; Urteil des BSG vom 24.02.2000 zu B 2 U 20/99)
- Beschaffung von Zigaretten, Kaffee und sonstigen Genussmitteln
- Besorgen einer Lohnsteuerkarte u.ä.
- Besorgung aus eigenem Antrieb - ohne konkrete Weisung des Ausbilders oder Berufsschullehrers - zur Vorbereitung auf Prüfungsarbeiten (Urteil des BSG vom 18.04.2000 zu B 2 U 5/99 R)

Kein Unfallversicherungsschutz wird auch dann angenommen, wenn Versicherte während einer versicherten Tätigkeit in Streit geraten, außer der Streit ist seinerseits unmittelbar aus einer versicherten Tätigkeit entstanden.

Als **versicherte** Tätigkeiten der betrieblichen Sphäre gelten z.B.:

- Teilnahme an bzw. Vorbereitungshandlungen zu betrieblichen Veranstaltungen, wenn von der Betriebsleitung getragen und im Interesse der betrieblichen Gemeinschaftsförderung
- Betriebssport, wenn im Rahmen des Ausgleichszwecks und nicht mit allgemeinem sportlichem Wettkampfcharakter
- Aufsuchen des Arbeitgebers wegen Kündigung
- Innerdienstliche Betriebs- und Arbeitswege in Ausführung der versicherten Tätigkeit wie z.B. Botengänge, Lieferfahrten, Dienstreisen

6 Die **Leistungen** der Unfallversicherung umfassen gemäß §§ 26 ff SGB VII Heilbehandlung (medizinische Rehabilitation), Berufshilfe (berufliche Rehabilitation) und Geldleistungen wie Verletztengeld, Übergangsgeld, Verletztenrente, Hinterbliebenenrente, Sterbegeld und Überführungskosten.

7 Der **versicherte Personenkreis** der Rentenversicherung ergibt sich aus **§§ 1 ff SGB VI**. Zunächst sind gemäß § 1 I Nr. 1 SGB VI **gegen Arbeitsentgelt** bzw. zu ihrer **Berufsausbildung** Beschäftigte neben anderen in §§ 1 ff SGB VI aufgeführten von der Versicherungspflicht umfasst. Darüber hinaus ist auch für **sämtliche geringfügig entlohnte und damit gemäß § 5 II SGB VI grundsätzlich versicherungsfreie Beschäftigte** ein pauschaler **Beitrag von 12 % des Entgelts** für die Rentenversicherung abzuführen.

8 Gemäß **§ 2 I Nr.10 SGB VI** sind auch in die Rentenversicherungspflicht einbezogen **Personen für die Dauer des Bezugs eines Existenzgründerzuschuss** sowie nach **§ 2 I Nr. 9 SGB VI** selbständige Personen, die selbst keinen rentenversicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen, dessen Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis monatlich 400,00 EUR übersteigt, sowie auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind. Versicherungspflichtige nach § 2 I Nr. 9 werden gemäß **§ 6 I a Nr.1 SGB VI** für einen Zeitraum von 3 Jahren nach erstmaliger Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit im Sinne des § 2 I Nr.9 SGB VI von der Rentenversicherungspflicht befreit.

9 Anders als in der Krankenversicherung besteht für die Rentenversicherung **keine Einkommensgrenze für die Versicherungspflicht**. Gemäß **§ 3 S. 1 Nr. 1 SGB VI** sind auch Personen versicherungspflichtig in der Zeit, für die ihnen **in den ersten drei Lebensjahren des Kindes Kindererziehungszeiten gemäß § 56 SGB VI als rentenrechtliche Beitragszeiten** anzurechnen sind.

10 Gemäß **§ 7 I SGB VI** kann sich **grundsätzlich jeder freiwillig versichern** und freiwillig Rentenbeiträge abführen, **der das 16. Lebensjahr vollendet hat. Versicherungsfreie** (z.B. Beamte, Richter...) **oder** von der Versicherung **befreite** Personen können sich gemäß **§ 7 II SGB VI** freiwillig versichern, wenn sie die **allgemeine Wartezeit** (= gemäß § 50 SGB VI fünf Jahre) **erfüllt** haben und **nicht** aufgrund **Geringfügigkeit** einer Beschäftigung **oder selbständigen** Tätigkeit **versicherungsfrei** sind.

- 11 Die Höhe der nach **§§ 157 ff SGB VI** zu leistenden **Beiträge orientiert sich an der Beitragsbemessungsgrenze**, die seit 01.01.2008 für die alten Bundesländer 63.600,00 EUR jährlich = 5.300,00 EUR monatlich beträgt. „**Beitragsbemessungsgrenze**“ heißt, dass Einkommen für Rentenversicherungs-Beiträge nur bis zu einer festgelegten Einkommenshöchstgrenze zu berücksichtigen ist.
- 12 Die **Leistungen** der Rentenversicherung sind in den **§§ 9 bis 49 SGB VI** geregelt. Neben Leistungen wie Rehabilitationsmaßnahmen, wenn dadurch Erwerbsfähigkeit erhalten oder wiederhergestellt werden kann, sowie Übergangsgeld oder Haushaltshilfen stellen die in den **§§ 33 ff SGB VI** in Verbindung mit **§§ 232 ff SGB VI** geregelten **Renten** die wichtigste Leistungsart der Rentenversicherung dar.

Rentenversicherung

Gemäß **§ 33 SGB VI** gibt es folgende **Rentenarten**:

- **Altersrente**
- **Rente wegen verminderter Erwerbsfähigkeit**
- **Rente wegen Todes**

Renten wegen Alters können gemäß **§ 42 I SGB VI** als **Voll- oder Teilrente** genommen werden. Eine Teilrente beläuft sich gemäß **§ 42 II SGB VI** auf ein **Drittel**, die **Hälfte** oder **zwei Drittel** der erreichten Vollrente.

- 7 Nach **§ 34 SGB VI** setzt der Rentenanspruch voraus, dass neben den jeweiligen versicherungsrechtlichen und persönlichen Voraussetzungen die für die jeweilige Rente vorgesehene **Mindestversicherungszeit = Wartezeit** erfüllt ist. Die für die Erfüllung der jeweiligen Wartezeit anzusetzenden Versicherungszeiten sind gemäß **§§ 50 ff SGB VI Beitragszeiten**, sowie auch **anrechenbare Zeiten** wie Kindererziehungszeiten gemäß § 56 SGB VI oder auch **Ersatzzeiten** wie Militärdienstzeiten gemäß § 250 SGB VI. Von den Versicherungszeiten hinsichtlich der Wartezeiterfüllung sind die Versicherungsjahre zu unterscheiden, die sodann für die Berechnung der Höhe der Rentenanwartschaften zugrunde liegen.
- 8 Die **allgemeine Wartezeit** beträgt nach **§ 50 I SGB VI fünf Jahre**. Die allgemeine Wartezeit gilt nach den Voraussetzungen des **§ 53 SGB VI als vorzeitig erfüllt z.B.** bei verminderter Erwerbsfähigkeit aufgrund Arbeitsunfalls bzw. Berufskrankheit bei Versicherungspflichtigen oder bei Erwerbsunfähigkeit bis zum Ablauf von 6 Jahren nach Beendigung einer Ausbildung, wenn in den letzten zwei Jahren vor dem Versicherungsfall mindestens 1 Jahr Pflichtbeiträge für eine versicherte Beschäftigung als geleistet anzusetzen sind.
- 9 Die **Regelaltersrente** ist gemäß **§ 35 SGB VI** ab Vollendung des **65. Lebensjahres** und nach Erfüllung der **allgemeinen Wartezeit** im Sinne des § 50 I SGB VI zu beanspruchen.

Die Rentenvoraussetzungen hinsichtlich Lebensalter und Erfüllung einer Wartezeit sind jeweils modifiziert geregelt für z.B. **langjährig Versicherte (§§ 36, 236 SGB VI)**, für **schwerbehinderte Menschen (§§ 37, 236a SGB VI)**, für **Arbeitslose oder nach Altersteilzeit (§ 237 SGB VI)**, für **Frauen (§ 237a SGB VI)** etc.

Durch das am 01.01.2001 in Kraft getretene **Gesetz zur Reform der Renten wegen verminderter Erwerbsfähigkeit** wurde das bisherige System der Rente wegen verminderter Erwerbsfähigkeit, die bisher in Erwerbsunfähigkeits- und Berufunfähigkeitsrente aufgeteilt war, wie folgt in **§ 43 SGB VI** erneuert:

- Anspruch auf eine **volle Erwerbsminderungsrente nach § 43 II SGB VI** besteht, wenn
 - Versicherte wegen Krankheit bzw. Behinderung auf nicht absehbare Zeit nicht im Stande sind, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes zumindest drei Stunden täglich erwerbstätig zu sein
 - oder zwar noch zumindest drei, aber nicht mehr sechs Stunden täglich arbeiten können, jedoch keinen Arbeitsplatz finden,
 - in den letzten fünf Jahren vor Eintritt der Erwerbsminderung drei Jahre lang Pflichtbeiträge für eine versicherte Tätigkeit oder Beschäftigung gezahlt wurde (ohne Ansatz von Anrechnungs- und Berücksichtigungszeiten),
 - und vor Eintritt der Erwerbsminderung die allgemeine Wartezeit von fünf Versicherungsjahren erfüllt wurde
 - Anspruch auf **Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung nach § 43 I SGB VI** besteht, wenn
 - Versicherte wegen Krankheit bzw. Behinderung auf nicht absehbare Zeit nicht im Stande sind, unter den üblichen Bedingungen des Arbeitsmarktes zumindest sechs Stunden täglich zu arbeiten,
 - in den letzten fünf Jahren vor Eintritt der Erwerbsminderung drei Jahre lang Pflichtbeiträge für eine versicherte Tätigkeit oder Beschäftigung gezahlt haben (ohne Ansatz von Anrechnungs- und Berücksichtigungszeiten),
 - und vor Eintritt der Erwerbsminderung die allgemeine Wartezeit von fünf Versicherungsjahren erfüllt wurde.
- 1 Die monatliche Rentenhöhe berechnet sich für den jeweiligen Versicherungsfall nach der **Rentenformel**: Persönliche Entgeltpunkte x Rentenfaktor x aktueller Rentenwert.
 - 2 Gemäß § 34 II SGB VI besteht ein Anspruch auf Altersrente **vor Vollendung des 65. Lebensjahrs** nur, wenn die **Hinzuverdienstgrenze** nicht überschritten wird. Die Hinzuverdienstgrenze **bzgl. Vollrenten wegen Alters oder verminderter Erwerbsfähigkeit** beträgt gemäß **§ 34 III SGB VI** für das **gesamte Bundesgebiet 400,00 EUR monatlich**.
 - 3 Altersrenten können auch als **Teilrenten zu 1/3, zu 1/2 und zu 2/3** der Vollrente in Anspruch genommen werden. Auch hinsichtlich der Teilrenten gibt es **Hinzuverdienstgrenzen**, die differenziert in **§ 34 III SGB VI** aufgeführt sind.

Für Angestellte und zur Berufsausbildung Angestellte ist gemäß **§ 133 I SGB VI** die **Bundesversicherungsanstalt für Angestellte** zuständig.

Arbeitslosenversicherung und Arbeitsförderung

Das seit 01.01.1998 im SGB III gefasste reformierte Arbeitsförderungsgesetz versucht, der **problematischen Arbeitsmarktsituation nicht nur mit Arbeitslosigkeit verwaltenden oder finanzierenden Maßnahmen, sondern mit innovativen, Konjunktur belebenden Maßnahmen** Rechnung zu tragen.

1 Leistungsberechtigte i.S.d. SGB III sind gemäß §§ 12 – 21 SGB III Arbeitnehmer bzw. Arbeitslose **einschließlich Auszubildenden**, sowie Arbeitgeber und sonstige Träger von Maßnahmen wie z.B. für Bildung oder Wiedereingliederung.

2 Der **Leistungskatalog für Arbeitnehmer** ist in **§ 3 I SGB III** aufgeführt. Er umfasst z.B. Berufsberatung Ausbildungs- und Arbeitsvermittlung, Trainingsmaßnahmen und in § 3 I Nr. 8 SGB III Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe.

Der **Leistungskatalog für Arbeitgeber** ist **§ 3 II SGB III** zu entnehmen. Er umfasst z.B. Arbeitsmarktberatung, Ausbildungs- und Arbeitsvermittlung, Zuschüsse zu den Arbeitsentgelten bei Eingliederung von leistungsgeminderten Arbeitnehmern, bei Neugründungen, Weiterbildung, bei Ausbildungsvergütungen und bei behinderten Menschen.

Schließlich sind in **§ 3 III SGB III** Leistungen wie **Darlehen und Zuschüsse an Träger** von Arbeitsförderungsmaßnahmen aufgeführt.

4 Zuständig für die Wahrnehmung der Aufgaben der Arbeitsförderung ist die **Bundesagentur für Arbeit**, wobei die **Finanzierung** der Leistungen nach dem SGB III **nicht einheitlich** erfolgt. So werden z.B. die Mittel für das Wintergeld gesondert durch Umlagen finanziert, bzw. Kosten der Arbeitslosen- und Arbeitnehmerhilfe oder z.B. der Förderung von Struktur Anpassungsmaßnahmen von Bundesmitteln getragen.

5 Wesentlich ist jedoch nach wie vor die **Arbeitslosenversicherung** mit den durch sie finanzierten Leistungen wie Arbeitslosengeld, Unterhaltsgeld, Winterausfallgeld, Kurzarbeitergeld oder ein Großteil der Maßnahmen zur aktiven Arbeitsmarktpolitik. Die **Beitragsbemessungsgrenze** für die Arbeitslosenversicherung entspricht der auch für die Rentenversicherung seit 01.01.2004 geltenden: 61.800,00 EUR jährlich = 5.150,00 EUR monatlich für die alten Bundesländer und 52.200,00 EUR jährlich = 4.350,00 EUR monatlich für die neuen Bundesländer. Der **Beitragssatz** ist für alte und neue Bundesländer gleichermaßen **6,5 %**.

6 Zu einzelnen Leistungen an den Arbeitslosen:

Im Mittelpunkt der Arbeitslosenversicherung steht das in den **§§ 117 ff SGB III**

geregelt **Arbeitslosengeld**. Der **Anspruch auf Arbeitslosengeld** setzt gemäß § **117 I SGB III** voraus:

• **Arbeitslosigkeit i.S.d. §§ 118 ff SGB III:**

Nach § 118 I SGB III ist arbeitslos, wer **vorübergehend nicht in einem Beschäftigungsverhältnis** steht und eine **versicherungspflichtige Beschäftigung sucht**.

Gemäß § **118 II SGB III** schließt eine **weniger als 15 Wochenstunden** umfassende geringfügige Beschäftigung die **Beschäftigungslosigkeit** nicht aus. Dabei stehen gemäß § **118 III 1 SGB III** **selbständige** Tätigkeiten bzw. die Tätigkeit als **mithelfender Familienangehöriger** einer Beschäftigung gleich. Eine Sonderregelung zu einer fortgeführten Tätigkeit als mithelfender Familienangehöriger bzw. einer selbständigen Tätigkeit von mehr als 15, jedoch weniger als 18 Stunden findet sich in § **118 III 2 SGB III**.

Die für das Wesen der Arbeitslosigkeit neben **Beschäftigungslosigkeit nach § 118 I Nr.1 SGB III** vorausgesetzte **Beschäftigungssuche gemäß § 118 I Nr.2 SGB III** wird in den **§§ 119 ff SGB III** näher geregelt. Der Arbeitslose muss nach § 119 I SGB III alle Möglichkeiten nutzen und nutzen wollen, um seine Beschäftigungslosigkeit zu beenden und muss den Vermittlungsbemühungen des Arbeitsamtes **zur Verfügung stehen**. Nach § **119 II SGB III** steht dem Arbeitsamt nur der zur Verfügung, der **arbeitsfähig und arbeitsbereit** ist. Der Arbeitslose muss gemäß § **119 IV SGB III** bereit sein, **zumutbare Beschäftigungen** aufzunehmen und auszuüben.

Die **Zumutbarkeit von Beschäftigungen** regelt § **121 SGB III**. Nach § 121 I SGB III ist jede Beschäftigung zumutbar, der nicht **allgemeine oder personenbezogene Gründe** entgegenstehen.

Aus personenbezogenen Gründen ist nach § **121 III SGB III** eine Beschäftigung nicht zumutbar, wenn sie in **den ersten 3 Monaten** der Arbeitslosigkeit eine **Minderung um mehr als 20 %** des bisherigen Arbeitsentgelts mit sich bringt, in den **folgenden 3 Monaten eine Minderung um mehr als 30 %**. **Ab dem 7. Monat** der Arbeitslosigkeit ist nur noch eine Beschäftigung mit einem **das Arbeitslosengeld unterschreitenden Entgelt** als personenbezogen unzumutbar zu werten. Ein weiterer personenbezogener Grund für eine etwaige Unzumutbarkeit der Beschäftigung ist in § **121 IV SGB III** hinsichtlich der **Zumutbarkeit von Pendelzeiten** geregelt

Bei **unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit** aufgrund Krankheit verliert der Arbeitslose gemäß § **126 SGB III** seinen Arbeitslosengeldanspruch nicht.

Bei **Schwangeren** gilt Folgendes:

Bis zum Beginn des gesetzlichen Beschäftigungsverbots nach § 3 II MuSchG gilt die – wenn auch faktisch auf dem Arbeitsmarkt nur schwer vermittelbare – Schwangere als für die Vermittlungsbemühungen des Arbeitsamtes **verfügbar** und verliert ihren Arbeitslosengeldanspruch nicht. **Danach** hat sie Anspruch auf **Mutterschaftsgeld in Höhe des zuletzt bezogenen Arbeitslosengeldes**.

- **Arbeitslosmeldung i.S.d. § 122 SGB III**

Der Arbeitslose muss sich persönlich beim zuständigen Arbeitsamt arbeitslos melden.

Die Wirkung der Arbeitslosmeldung als Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosengeld **erlischt gemäß § 122 II SGB III** bei einer mehr als sechswöchigen Unterbrechung der Arbeitslosigkeit und im Fall einer dem Arbeitsamt nicht unverzüglich mitgeteilten Aufnahme einer Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit bzw. Mithilfe als Familienangehöriger.

Gemäß **§ 37b SGB III** ist der Arbeitnehmer verpflichtet, unverzüglich nach Kenntnis des Beendigungszeitpunktes sich als arbeitssuchend zu melden. Bei Verletzung dieser Pflicht nach § 37b SGB III wird das Arbeitslosengeld gemäß **§ 140 SGB III** gemindert.

- **Erfüllte Anwartschaftszeit i.S.d. §§ 123, 124 SGB III**

Zur Erfüllung der Anwartschaftszeit gemäß § 123 SGB III muss der Arbeitslose **innerhalb der Rahmenfrist nach § 124 SGB III der letzten zwei Jahre** mindestens **zwölf Monate in einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis** gestanden haben. Während der Elternzeit läuft die Rahmenfrist nicht und wird faktisch um diesen Zeitraum verlängert.

Die **Dauer** des Arbeitslosengeldes ist abhängig vom Lebensalter und Dauer der Versicherungsverhältnisse in **§ 127 SGB III** geregelt.

Die **Höhe** beträgt nach dem **allgemeinen Leistungssatz gemäß § 129 SGB III bei Arbeitslosen mit Kindern 67 %**, ansonsten **allgemein 60 %** des pauschalierten Nettoentgelts des **Bemessungszeitraums gemäß § 130 SGB III** der Entgeltabrechnungszeiträume der **letzten 52 Wochen**. Seit dem am 01.01.2001 in Kraft getretenen Neuregelungsgesetz zu Einmalzahlungen sind in das regelmäßige Arbeitsentgelt **auch beitragspflichtige Sonderzahlungen** einzurechnen. Sowohl zum Leistungssatz als auch zum Bemessungszeitraum enthalten §§ 129 ff SGB III Sonderregelungen.

Für die **Anrechnung von Nebeneinkommen aus einer Beschäftigung mit weniger als 15 Wochenstunden** besteht gemäß **§ 141 SGB III ein Freibetrag** in Höhe von **20 % des Arbeitslosengeldes**, **mindestens** in Höhe von **165,00 EUR**.

Der Anspruch auf Arbeitslosengeld **ruht** nach den Maßgaben des **§ 142 SGB III**, solange dem Arbeitslosen **andere Sozialleistungen** wie Berufsausbildungsbeihilfe, Krankengeld, Erwerbs- oder Berufsunfähigkeitsrente oder Altersrente zuerkannt sind.

Auch **ruht** der Anspruch auf Arbeitslosengeld nach **§ 143 SGB III**, wenn der Arbeitslose **Arbeitsentgelt oder eine Urlaubsabgeltung erhält bzw. beanspruchen kann**. Soweit der Arbeitslose zu beanspruchendes Arbeitsentgelt bzw. die Urlaubsabgeltung **tatsächlich nicht erhält**, wird das **Arbeitslosengeld vorerst dennoch** geleistet. Gemäß **§ 115 SGB X** geht insoweit der **Entgeltanspruch** des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber **auf den Sozialleistungsträger über**. Falls der Arbeitgeber dennoch mit befreiender Wirkung

zwischenzeitlich Entgelt an den Arbeitslosen gezahlt haben sollte, hätte der Arbeitslose gemäß § 143 III 2 SGB III das einstweilen bezogene Arbeitslosengeld insoweit zurückzuerstatten.

7 Zur Anrechnung von Entlassungsentschädigungen:

Wenn eine **Entlassungsentschädigung gezahlt** wird im Fall der Beendigung eines Arbeits- bzw. Beschäftigungsverhältnisses, **ohne** dass die für den Arbeitgeber maßgebliche **Kündigungsfrist eingehalten** wurde, **ruht** gemäß **§ 143a I SGB III** der **Anspruch auf Arbeitslosengeld grundsätzlich für die Dauer der Kündigungsfrist**. Ist eine ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber ausgeschlossen, gilt die Fiktion einer Kündigungsfrist nach der Regelung gemäß § 143a I 3 Nr.1 und Nr.2 AGB III.

Der **Ruhenszeitraum** ist nach **§ 143a II SGB III** wie folgt **begrenzt**:

Der Anspruch ruht **längstens ein Jahr**. Er ruht **nicht über den Tag hinaus**, bis zu dem der Arbeitslose – wenn er weitergearbeitet hätte – den Teil der Entlassungsentschädigung (pauschaliert auf **höchstens 60 %** der Entschädigung), der dem Arbeitsentgelt entspricht, **verdient hätte**. Der zu berücksichtigende **Entschädigungsteil vermindert sich für je fünf Lebensjahre nach Vollendung des 35. Lebensjahres** und für **je fünf Jahre Betriebszugehörigkeit** von **60 % um je 5 %**. Er beträgt **gemäß § 143a II SGB III mindestens 25 %** der nach § 143a I SGB III zu berücksichtigenden Entlassungsentschädigung. Während des Ruhens nach § 143a SGB III werden vom Arbeitsamt **keine Beiträge zur gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung** gezahlt. Damit besteht keine Versicherungspflicht insoweit nach § 5 I Nr.2 SGB V, § 20 I 2 SGB XI, § 3 S.1 Nr.3 SGB VI.

Außer **weiteren Fällen des Ruhens des Anspruchs auf Arbeitslosengeld** bei Säumnis des Arbeitslosen bzgl. Aufforderungen des Arbeitsamtes gemäß **§ 145 SGB III** oder bei Arbeitskämpfen gemäß **§ 146 SGB III** ist insbesondere auf die **Sperrzeit** gemäß **§ 144 SGB III** hinzuweisen. Hierbei ist insbesondere der Fall des § 144 I Nr. 1 SGB III von Wichtigkeit, wonach eine Sperrzeit eintritt, wenn der Arbeitslose – ohne hierfür einen wichtigen Grund zu haben - das Beschäftigungsverhältnis **selbst gelöst** oder die Lösung des Beschäftigungsverhältnisses durch ein **arbeitsvertragswidriges Verhalten veranlasst** hat.

Neben dieser Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe sind in § 144 SGB III auch Sperrzeiten wegen Arbeitsablehnung, Ablehnung einer beruflichen Eingliederungsmaßnahme oder wegen Abbruchs einer solchen geregelt. Die Sperrzeit wird **nicht verhängt, wenn der Arbeitnehmer einen wichtigen Grund für sein Verhalten** hatte. Normalerweise dauert die Sperrzeit nach § 144 I SGB III **zwölf Wochen ab dem Tag des die Sperrzeit begründenden Ereignisses**. Sie kann jedoch in **Härtefällen** i.S.d. **§ 144 III SGB III** verkürzt werden. Die Sperrzeit beginnt grundsätzlich kalendermäßig **ab Eintritt der Arbeitslosigkeit, nicht ab Stellung des Antrags auf Arbeitslosengeld**. Anders als bei sonstigen Fällen des „Ruhens“ des Arbeitslosengeldanspruchs wie z.B. § 143 SGB III verschiebt sich durch die Sperrzeit nach § 144 SGB III nicht nur der Beginn eines ansonsten

ungekürzt bestehen bleibenden Arbeitslosengeldanspruchs, sondern verkürzt sich dieser für die Zeit der Sperrzeit. Daher ist eine Verschiebung des Arbeitslosengeldanspruchs auf die Zeit nach Ablauf der Sperrzeit günstiger und von der Bundesanstalt für Arbeit nach Rechtsprechung des BSG (05.08.99 zu B 7 AL 38/98 R) zur Meidung eines ansonsten geltend zu machenden sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs hierauf auch hinzuweisen.

Zu dem häufigen Fall eines Aufhebungsvertrags ohne Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist samt Abfindungszahlung:

Es tritt sowohl die Ruhensvorschrift des § 143a SGB III ein als auch die Sperrfrist nach § 144 I Nr. 1 SGB III. Der Ruhenszeitraum nach § 143a SGB III läuft kalendermäßig ab, ohne durch eine Sperrfrist – die ihrerseits kalendermäßig nach Eintritt der Arbeitslosigkeit läuft – gehemmt zu sein.

8 Neben dem Arbeitslosengeld ist auf die Leistungsart des **Teilarbeitslosengelds** gemäß **§ 150 SGB III** hinzuweisen. Teilarbeitslos ist, wer eine versicherungspflichtige Beschäftigung verloren hat, die er **neben weiteren versicherungspflichtigen** Beschäftigungen ausgeübt hat, und eine versicherungspflichtige Beschäftigung sucht. Wegen der näheren Voraussetzungen des Anspruchs auf Teilarbeitslosengeld sei auf § 150 I und II SGB III verwiesen.

Darüber hinaus gibt es nach den Maßgaben der **§§ 190 – 196 SGB III** die Möglichkeit des Anspruchs auf **Arbeitslosenhilfe**. Arbeitslosenhilfe erhalten Arbeitslose, die **mangels Erfüllung der erforderlichen Anwartschaftszeit keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld** haben, und **bedürftig** sind und die **weiteren Anspruchsvoraussetzungen gemäß § 190 I SGB III** erfüllen. Die **Höhe** der Arbeitslosenhilfe beträgt gemäß **§ 195 Nr.2 SGB III** **allgemein 53 %** des Leistungsentgelts i.S.d. § 136 SGB III. Arbeitslosenhilfe wird gemäß **§ 190 III SGB III** **längstens für ein Jahr** bewilligt. **Ab 01.01.2005** wird die Arbeitslosenhilfe mit der Sozialhilfe im sogenannten „**Arbeitslosengeld II**“ nach den Regelungen des ab 01.01.2005 in Kraft tretenden SGB II zusammengelegt.

9 Bei Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses hat der **Arbeitgeber** gemäß **§ 312 SGB III** auf einem Vordruck der Bundesanstalt für Arbeit in der sogenannten **Arbeitsbescheinigung** alle Tatsachen zu bescheinigen, die für die Entscheidung über etwaige Entgeltersatzansprüche erheblich sein können.

10 Seit 24.03.2002 ist das **Recht zur Arbeitsvermittlung zur Förderung des Arbeitsmarktes reformiert**. Danach ist die bisher in § 291 SGB III enthaltene Erlaubnispflicht für Ausbildungs- und Arbeitsvermittlung durch private Stellen weggefallen. Es besteht nur noch die Möglichkeit der Untersagung durch das Gewerbeaufsichtsamt bei fehlender Zuverlässigkeit des privaten Vermittlers. Arbeitsvermittlung ist von gewerbsmäßiger vorübergehender Arbeitnehmerüberlassung zu unterscheiden, die nach § 1 I AÜG erlaubnispflichtig ist. In **§ 296 SGB III** ist der **Vermittlungsvertrag** zwischen dem privaten Vermittler und dem Arbeitssuchenden geregelt. Danach steht dem Vermittler gegenüber dem Arbeitssuchenden bei dessen erfolgreicher

Vermittlung abgestuft nach Dauer der Arbeitslosigkeit ein Honorar von höchstens 2.500,00 EUR. Bis 31.12.2004 soll dabei auch der neu eingeführte **Vermittlungsgutschein (§ 421g SGB III)** getestet werden, der für bestimmte Arbeitssuchende wie z.B. Arbeitslose mit Anspruch auf Arbeitslosengeld oder Arbeitslosenhilfe nach dreimonatiger Arbeitslosigkeit die Möglichkeit schafft, dass das Arbeitsamt die Vergütungskosten für einen privaten Vermittler in den gesetzlich näher bestimmten Grenzen übernimmt.

Bei der **Ausbildungs-Vermittlung nach § 296a SGB III** besteht für eine erfolgreiche Vermittlung kein Vergütungsanspruch gegenüber dem Auszubildenden, sondern nur gegenüber dem Arbeitgeber.

1 Ab dem 1. August 2006 wurden ICH AG und Überbrückungsgeld durch den neuen Existenzgründungszuschuss nach § 57 SGB III ersetzt. Wer Arbeitslosengeld bezieht, hat einen grundsätzlichen Rechtsanspruch auf den Existenzgründungszuschuss. Voraussetzung für den Existenzgründungszuschuss ist nun aber, dass man noch einen Restanspruch auf 90 Tage Arbeitslosengeld hat. Bis Oktober 2006 gibt es noch als Übergangsregelung Überbrückungsgeld.

Die Höhe des Existenzgründungszuschusses entspricht dem Arbeitslosengeld. Der Existenzgründungszuschuss wird neun Monate lang gezahlt. Hinzu kommt ein monatlicher Zuschlag von 300 Euro, der der sozialen Absicherung dient. Ab dem 10. Monat kann der Zuschlag für die Existenzsicherung weitere sechs Monate beantragt werden, wenn eine „intensive Geschäftstätigkeit und hauptberufliche unternehmerische Aktivitäten“ nachgewiesen wird.

Zu Leistungen nach dem SGB III an den Arbeitgeber:

Für die **Arbeitgeber** interessante Leistungen sind insbesondere die in **§§ 217, 218 SGB III** geregelten **Eingliederungszuschüsse** für Maßnahmen zur Eingliederung förderungsbedürftiger Personengruppen wie z.B. über 55-jähriger Langzeitarbeitslosen (§ 18 SGB III) oder behinderten Menschen (§ 19 SGB III).

Nach **§ 225 i.V.m. § 226 SGB III** erhalten Arbeitgeber, die sich vor nicht mehr als 2 Jahren selbständig gemacht haben und nicht mehr als 5 Arbeitnehmer beschäftigen für die unbefristete Beschäftigung von bis zu zwei zuvor arbeitslosen förderungsbedürftigen Arbeitnehmer einen **Einstellungszuschuss bei Neugründungen**.

Schließlich sei noch auf das in **§ 183 ff SGB III** geregelte **Insolvenzgeld** hingewiesen:

Ein Arbeitnehmer kann unter den Voraussetzungen des § 183 I SGB III bei der **Bundesagentur für Arbeit** einen Anspruch auf Insolvenzgeld in Höhe seines **Nettoarbeitsentgelts nach § 185 SGB III** für die der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. dem Insolvenzereignis **vorausgehenden letzten drei Monate** geltend machen.

Der Antrag auf Insolvenzgeld ist gemäß **§ 324 III SGB III** binnen einer **Ausschlussfrist von 2 Monaten** nach dem Insolvenzereignis zu stellen. Wegen der weiteren Bestimmungen zum Insolvenzgeld wird im Einzelnen auf §§ 183 ff SGB III

verwiesen.

Übersicht relevanter Punkte zu Berufsausbildungsverhältnissen

- Wesentliche gesetzliche Vorschriften im **BBiG** und je nach Alter des Auszubildenden im **JArbSchG**
- **Persönliche und fachliche Eignung des Ausbildenden** gemäß § 20, bei Rechtsanwaltsgehilfen § 88 BBiG (vgl. Ziffer III.A.2)
- **Zuständigkeit der Rechtsanwaltskammern gemäß § 87 I BBiG** für die Berufsausbildung der Rechtsanwaltsgehilfen bzw. für die etwaige Bildung eines Ausschusses i.S.d. **§ 111 II ArbGG bzw. § 15 IV 2 BBiG** zur Beilegung von diesbezüglichen Streitigkeiten zwischen Ausbildendem und Auszubildendem
- **Vertragsniederschrift** gemäß § 4 BBiG
- Ärztliche Bescheinigung über **Erstuntersuchung** gemäß **§ 32 JArbSchG** bzw. **Nachuntersuchung** gemäß **§ 33 JArbSchG**
- **Arbeitszeitregeln** gemäß **§§ 8 ff JArbSchG**
- **Freistellung für Teilnahme an Berufsschulunterricht** gemäß § 9 JArbSchG bzw. § 7 BBiG bei Fortzahlung der Vergütung gemäß § 12 BBiG
- **Probezeit von höchstens 3 Monaten** gemäß § 13 BBiG mit jederzeitiger Kündigungsmöglichkeit für beide Parteien, nach der Probezeit nur gemäß § 15 II BBiG kündbar.
- **Schriftformerfordernis einer Kündigung** gemäß § 15 III BBiG bzw. **Begründungserfordernis i.V.m. § 15 II BBiG**
- **Keine Geschäftsfähigkeit nach § 113 BGB** sowie damit auch **keine Prozessfähigkeit nach § 52 ZPO für minderjährige Auszubildende**
- **Beendigung** des Ausbildungsverhältnisses gemäß **§ 14 BBiG** normalerweise mit Ablauf der Ausbildungszeit bzw. mit Bestehen der Abschlussprüfung; im Fall des Nichtbestehens der Prüfung Verlängerbarkeit auf Verlangen bis zur nächstmöglichen Wiederholungsprüfung, längstens um ein Jahr.
- bei **Weiterarbeit** ohne ausdrückliche Vereinbarung gemäß **§ 17 BBiG unbefristetes Arbeitsverhältnis**
- **Mindesturlaub** für Jugendliche nach **§ 19 JArbSchG**

- **Beschäftigungsverbote gemäß §§ 22 JArbSchG und Gefahrenschutz gemäß §§ 28 ff JArbSchG**

Das Berufsausbildungsverhältnis ist gemäß **§ 7 II SGB IV** ein sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis. Auszubildende sind **sozialversicherungspflichtig** .

Übersicht relevanter Punkte bei ausländischen Beschäftigten

- Neben **Pass oder Passersatz** und **Aufenthaltsgenehmigung** ist eine **Arbeitserlaubnis gemäß § 284 SGB III** erforderlich, **außer** der Arbeitnehmer genießt nach EG-Recht Freizügigkeit oder ist im Bundesgebiet geboren. Grundsätzlich muss der **Arbeitnehmer die Arbeitserlaubnis beantragen**.
- Das **Sprachrisiko** trägt grundsätzlich insbesondere bei schriftlichen Verträgen der Arbeitnehmer, da er sich an den Gegebenheiten des Gastlandes im Rechtsverkehr festhalten lassen muss. Eine **einseitige Erklärung** des Arbeitgebers geht aber erst dann zu, wenn der Arbeitnehmer sie **versteht**, bzw. bei einer schriftlichen einseitigen Erklärung **Gelegenheit dazu hatte, sie sich übersetzen zu lassen**.
- Ein **Arbeitgeber** muss sich **über das Vorliegen der öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen der ordnungsgemäßen Beschäftigung** eines ausländischen Arbeitnehmers **versichern**. Bei illegaler Beschäftigung riskiert der Arbeitgeber neben strafrechtlichen Sanktionen z.B. auch, zur Zahlung von Abschiebungskosten herangezogen zu werden. Beschäftigt der Arbeitgeber einen Ausländer nach Auskunft des Arbeitsamts, dass dieser vorläufig bis zur Bescheidung des Arbeitserlaubnisantrags arbeiten dürfe, muss der Arbeitgeber sich nach dem Ausgang des Verfahrens **erkundigen**.
- Ohne anderweitige Rechtswahl nach Art. 27 EGBGB unterliegen Arbeitsverträge und Arbeitsverhältnisse gemäß **Art. 30 II EGBGB** dem **Recht des Staates, in dem** gewöhnlich in **Erfüllung des Arbeitsvertrags** die Arbeit verrichtet wird, bzw. am Ort der Niederlassung, die einen Arbeitnehmer eingestellt hat, der gewöhnlich seine Arbeit nicht in ein und demselben Staat verrichtet, außer es ergibt sich im Einzelfall aus den Gesamtumständen eine engere Bindung zu einem anderen Staat.
- Wenn eine bzw. eine weitere Arbeitserlaubnis aufgrund Weigerung des Arbeitsamts nicht zu erhalten ist, liegt ein **personenbedingter Kündigungsgrund** vor. Die Beschäftigungs- und Vergütungspflicht ist jedoch ohne Abwarten einer der ordentlichen Kündigungsfrist analogen Frist beendet, da der Arbeitgeber nicht zu einer rechtswidrigen Beschäftigung eines Arbeitnehmers verpflichtet werden kann, die weitere Arbeitsleistung rechtlich unmöglich ist.

- Wenn der Arbeitnehmer sich nicht rechtzeitig um die Arbeitserlaubnis bemüht, kann eine **verhaltensbedingte Kündigung** begründet sein, der jedoch eine Abmahnung vorauszugehen hätte. Im Fall des Verschweigens der ausgelaufenen Arbeitserlaubnis oder Aufenthaltsgenehmigung kann im Einzelfall sogar eine **außerordentliche Kündigung** aus wichtigem Grund gerechtfertigt sein.

Gemäß **§ 3 SGB IV** richtet sich die **Sozialversicherungspflicht unabhängig von der Staatsbürgerschaft** der Beschäftigten grundsätzlich danach, ob das **Beschäftigungsverhältnis im Geltungsbereich des SGB IV** erfolgt. Wenn ein Beschäftigter im Rahmen eines im Geltungsbereich des SGB IV bestehenden Beschäftigungsverhältnisses ins Ausland entsandt wird, gilt die Versicherungspflicht gemäß **§ 4 SGB IV** auch dann, wenn die **Entsendung im Voraus zeitlich begrenzt** ist.