Volker Thiel

Grundzüge des Arbeitsrechts

Stand: März 2004

Inhaltsverzeichnis

1 Arbeitsrecht: Eine Einführung 4
1.1 Bedeutung des Arbeitsrechts 4
1.2 Für wen gilt das Arbeitsrecht? 4

2 Rechtsquellen des Arbeitsrechts 7
2.1 Einzelgesetze 8
2.2 Richterrecht 8
2.3 Kollektivvereinbarungen 8
2.4 Arbeitsverträge 12
2.5 Betriebsübung 16
2.6 Verhältnis der einzelnen Rechtsquellen zueinander 17
2.7 Kollektives und individuelles Arbeitsrecht 19

3 Die Bewerbung 20
3.1 Fragerecht und Offenbarungspflicht 20
3.2 Psychologische Auswahlverfahren 25
3.3 Einstellungsuntersuchung 25
3.4 Vorstellungskosten und Bewerbungsunterlagen 26

4 Rechte und Pflichten im Arbeitsverhältnis 26
4.1 Wonach bestimmt sich der Inhalt des Arbeitsverhältnisses? 26
4.2 Hauptpflichten 27
4.3 Das Direktionsrecht des Arbeitgebers 31
4.4 Nebenpflichten 35

5 Beendigung des Arbeitsverhältnisses 38
5.1 Beendigungstatbestände im Überblick 38
5.2 Allgemeines zur Kündigung 39
5.3 Die ordentliche Kündigung 41
5.4 Kündigungsschutz 42
5.5 Die außerordentliche Kündigung 49
5.6 Die Änderungskündigung 50

6 Die Abmahnung 52

7 Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 53

8 Exkurs: Haftungsausgleich im Arbeitsverhältnis 53

9 Rechtsschutz 55
9.1 Rechtsmittel – Instanzenzug 57
9.2 Was kostet Rechtsschutz? 57

10 Abkürzungsverzeichnis 58

11 Literaturverzeichnis 59

12 Internet–Links 61

1 Arbeitsrecht: Eine Einführung

1.1 Bedeutung des Arbeitsrechts

Die *Bedeutung* des Arbeitsrechts wird klar, wenn man sich zwei Dinge vor Augen hält:

- Berücksichtigt man auch die etwa 8% Beamten,[1] dann sind rund **90%** aller Erwerbstätigen Arbeitnehmer. Das Arbeitsrecht betrifft also die ganz große Mehrheit der Bevölkerung.
- Aber es regelt auch einen **zentralen Bereich** der menschlichen Existenz: Nahezu die Hälfte seines aktiven Daseins verbringt der Mensch am Arbeitsplatz. Und nach der Stellung des einzelnen im Arbeitsleben bestimmen sich Lebensstandard und Sozialprestige.

Die zentrale Funktion des Arbeitsrechts setzt an dem zwischen Unternehmern und Arbeitnehmern bestehenden **Interessengegensatz** an: Je niedriger die Löhne, je höher die Wochenarbeitszeit und je niedriger der Urlaubsanspruch, umso geringer sind die Kosten für den Unternehmer und umso höher sein Gewinn. Den Ausgleich dieses Interessengegensatzes durch freie Verhandlungen zwischen den Parteien würde nur dann funktionieren, wenn zwischen ihnen »Waffengleichheit« herrschen würde. Dies ist in Zeiten der Massenarbeitslosigkeit aber noch weniger der Fall als im 19. Jahrhundert, als es noch kein Arbeitsrecht und keine Gewerkschaften gab. Daher hat der Gesetzgeber weniger als in anderen Bereichen den Interessenausgleich *nicht* allein den Beteiligten überlassen.

Das Arbeitsrecht verfolgt daher das Ziel, dafür zu sorgen, dass die Bedingungen beim Austausch »Arbeit gegen Geld« nicht unkontrolliert zu Lasten der Arbeitnehmer verschlechtert werden – **Schutzfunktion** des Arbeitsrechts. Indem es außerdem die dennoch entstehenden Konflikte kanalisiert (zum Beispiel sind spontane Streiks verboten), trägt es zur **Stabilität der ökonomischen Verhältnisse** bei.[2]

1.2 Für wen gilt das Arbeitsrecht?

Was ist eigentlich »Arbeitsrecht«? Es müsste statt »Arbeitsrecht« eigentlich **»Recht der abhängigen Arbeit«** heißen.[3] Denn das Arbeitsrecht gilt nur für diejenigen, die ihre Arbeitsleistung im Rahmen einer fremdbestimmten Arbeitsorganisation erbringen, die also *weisungsgebundene* Arbeit leisten.[4] Wer weisungsabhängige Tätigkeit leistet, wird als **Arbeitnehmer** bezeichnet. Arbeitsrecht ist also das besondere Recht der abhängig geleisteten menschlichen Arbeit, oder: das für Arbeitsverhältnisse maßgebliche Recht.[5]

---

[1] Diese haben zwar einen Sonderstatus, ähneln aber in vielem den Arbeitnehmern. Dennoch *sind* Beamte *keine* Arbeitnehmer: Erstens gehört ihr Rechtsverhältnis nicht dem Privatrecht an, und zweitens wird ihr Rechtsverhältnis nicht durch Vertrag, sondern durch einen mit Zustimmung des Beamten ergehenden Verwaltungsakt begründet (vgl. ZÖLLNER, LORITZ 1997, 40).

[2] Vgl. DÄUBLER 1998, 22.

[3] Vgl. DÄUBLER 1998, 21.

[4] Es gilt natürlich auch für deren Arbeitgeber, genauer sollte man also sagen: Das Arbeitsrecht gilt als Recht der abhängig geleisteten menschlichen Arbeit im Verhältnis zwischen weisungsgebundenen Beschäftigten und deren Arbeitgebern.

[5] Vgl. ZÖLLNER, LORITZ 1997, 37.

Wer als Selbstständiger (Handwerker, Arzt, Rechtsanwalt, Architekt) für einen anderen Dienste leistet, ist folglich kein Arbeitnehmer, so dass auf die von ihm abgeschlossenen Verträge nur das »normale« bürgerliche Recht Anwendung findet. Auf selbstständige Arbeit findet das Arbeitsrecht also keine Anwendung.

Entscheidende Frage dafür, ob bestimmte Bestimmungen des Arbeitsrechts (denken Sie nur an Bereiche wie Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung, Kündigungsschutz) anwendbar sind, ist also zunächst, ob die beiden Parteien, die sich streiten, überhaupt Arbeitnehmer und Arbeitgeber sind, mit anderen Worten also, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt.

1.2.1 Arbeitgeber

Arbeitgeber ist jede natürliche Person (= Mensch) und jede juristische Person (zum Beispiel GmbH, AG), die mindestens eine natürliche Person in einem Arbeitsverhältnis beschäftigt und somit »Dienstberechtigter« im Sinne des § 611 BGB ist.

1.2.2 Arbeitnehmer

Eine *allgemeingültige* gesetzliche Definition, welcher »Dienstverpflichtete« unter den engeren Begriff »Arbeitnehmer« zu fassen ist, gibt es nicht. Hinweise darauf, was *bestimmte* Gesetze für ihren (begrenzten) Geltungsbereich unter einem Arbeitnehmer verstehen, finden wir zum Beispiel in § 5 Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) und in § 5 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG). Der wichtigste allgemeine Anhaltspunkt für die Abgrenzung findet sich in § 84 Abs. 1 Satz 2 Handelsgesetzbuch (HGB):

> »Selbstständig ist, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann«.

Umgekehrt ist nicht selbstständig, sondern Arbeitnehmer jede natürliche Person, die als »Dienstverpflichteter« im Sinne des § 611 BGB[6] in persönlicher Abhängigkeit weisungsgebundene Arbeit leistet. Die Arbeit ist also *fremdbestimmt*. In manchen Fällen ist es allerdings zweifelhaft, ob tatsächlich weisungsgebundene, also Arbeitnehmertätigkeit vorliegt. Denn Dienstverträge im Sinne des § 611 BGB sind grundsätzlich auf zwei Arten möglich:

- Der Dienstverpflichtete handelt selbstständig: Er ist hinsichtlich Ort und Zeit, aber auch der Art und Weise der konkreten Arbeitsausführung frei, das heißt von Weisungen des Dienstberechtigten (bzw. »Auftraggebers«) unabhängig. Hier liegt ein »normales« oder **freies Dienstverhältnis** vor. Dienstverpflichteter im Sinne des § 611 BGB kann also auch ein Selbstständiger sein (Arzt, Rechtsanwalt), dann nämlich, wenn er nicht weisungsabhängig ist.
- Der Dienstverpflichtete ist als Arbeitnehmer von den Weisungen des Arbeitgebers abhängig – dann liegt ein **Arbeitsverhältnis** vor.

[6] Damit scheiden alle Werkverträge (§§ 631 ff. BGB) aus: Sie begründen kein Arbeitsverhältnis (vgl. ZÖLLNER, LORITZ 1997, 41). Für den Bereich pflegerischer oder ärztlicher Tätigkeit kommt allerdings ein Werkvertrag ohnehin nicht in Betracht, denn beim Werkvertrag ist der »Unternehmer« gem. § 631 BGB zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges verpflichtet – was generell im therapeutischen Kontext nicht garantiert werden kann.

Beispiel: Ein Versicherungsvertreter muss täglich von 8 bis 18 Uhr bestimmte Kunden aufsuchen und darf nicht für andere Unternehmer tätig werden. Das ist in einem sog. »Vertretervertrag« geregelt, in dem außerdem steht, er sei selbstständiger Kaufmann. Dadurch werden auch keine Beiträge zur Sozialversicherung gezahlt.

Oder: Der in den städtischen Kliniken (voll)beschäftigte Gesundheits- und Krankenpfleger K will nebenbei in einem ambulanten Pflegedienst arbeiten. Die Personalabteilung, bei der er sich diese Nebentätigkeit genehmigen lassen will, hat wegen § 2 Abs. 1 Satz 1 ArbZG[7] Bedenken, denn nach dieser Vorschrift müssen die Arbeitszeiten bei mehreren Arbeitgebern zusammengezählt werden.

Nach der Rechtsprechung kommt es grundsätzlich nicht auf die Bezeichnung an, die die Parteien in ihrem Vertrag gewählt haben, sondern auf die *tatsächliche* persönliche Abhängigkeit von einem anderen. Damit ist es das Kriterium des **Abhängigkeitsverhältnisses** bzw. der **fremdbestimmten Arbeit**, mit dem Arbeitsverhältnis und Dienstverhältnis voneinander abzugrenzen sind.

Ein weiterer Anhaltspunkt ist, ob der Arbeitnehmer in die vom Arbeitgeber vorgegebene Betriebsorganisation eingegliedert ist. Die für ein Arbeitsverhältnis typische Fremdbestimmtheit äußert sich also darin, dass der Arbeitgeber **Zeit, Ort** und **Art** und der Tätigkeit bestimmt.[8]

Ein Abhängigkeitsverhältnis und damit ein Arbeitsverhältnis kann bejaht werden,[9] wenn die folgenden wesentlichen Abgrenzungskriterien erfüllt sind:[10]

1. Eingliederung in die betriebliche Organisation eines anderen
2. Weisungsgebundenheit hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Tätigkeit (z.B. wird Art und Weise der Arbeitsausführung durch Weisungen des Vorgesetzten festgelegt)
3. Beschäftigung in nur einem Arbeitsverhältnis
4. Zusammenfassende Bewertung aller Indizien nach der Verkehrsanschauung

Die Prüfung dieser Merkmale ist meist unproblematisch, jedoch weichen auch im Gesundheitswesen Arbeitgeber vermehrt auf freie Dienstverträge aus. Das ist grundsätzlich möglich, denn examinierte Pflegekräfte können natürlich auch in einem freien Dienstverhältnis beschäftigt werden. Und für die Arbeitgeber- bzw. Auftraggeberseite sind damit einige Vorteile verbunden.[11] Ob aber wirklich ein freies Dienstverhältnis oder nur Scheinselbstständigkeit, also doch ein Arbeitsverhältnis vorliegt, wird nicht durch die von den Parteien gewählte Bezeichnung festgelegt, sondern ist anhand der oben genannten Kriterien zu prüfen.

Zum 1.1.1999 wurde in § 7 Abs. 4 SGB IV eine Regelung eingeführt, die es erleichtert, so genannte scheinselbstständige Arbeitnehmer zu erfassen und sie selbst sowie ihre Auftraggeber

---

7 Arbeitszeitgesetz.

8 Dies kann der Arbeitgeber allerdings nur im Rahmen der Gesetze, der für das Arbeitsverhältnis gültigen Tarifverträge und der Regelungen des Arbeitsvertrages, vgl. dazu unten unter »Direktionsrecht«.

9 Entsprechend muss bei Vorliegen dieser Voraussetzungen die Eigenschaft als »freier Mitarbeiter« verneint werden.

10 Vgl. BÖHME 1998, 1; GROSSKOPF, KLEIN 2002, 256.

11 So könnten sich ambulante Pflegedienste überlegen, Pflegekräfte als selbstständige Subunternehmer zu beauftragen, um so den Arbeitgeberanteil an der Sozialversicherung zu sparen und im Falle der Kündigung des Vertragsverhältnisses nicht an arbeitsrechtliche Kündigungsfristen gebunden zu sein.

zu Sozialversicherungsbeiträgen heranzuziehen. Unter scheinselbstständigen Arbeitnehmern versteht man Personen, die formal wie Selbstständige auftreten, tatsächlich aber Arbeitnehmer sind. Die Scheinselbstständigkeit wird widerlegbar vermutet, wenn mindestens drei der in Tabelle 1 genannten Merkmale erfüllt sind. Die Vermutung kann sowohl durch den Auftraggeber als auch durch den Selbstständigen mit geeigneten Beweisen widerlegt werden. Gelingt dies aber nicht, ist der Beschäftigte in allen Zweigen der Sozialversicherung versicherungspflichtig. Der Arbeitgeber muss entsprechend seinen Anteil zu den Versicherungsbeiträgen tragen. Wird die Scheinselbstständigkeit erst im Nachhinein erkannt, muss der Auftraggeber die Sozialversicherungsbeiträge (Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteil!) gemäß § 25 SGB IV bis zu vier Jahren nachentrichten, im Fall von Vorsatz sogar bis zu 30 Jahren.[12]

1. Die Person beschäftigt keine versicherungspflichtigen Arbeitnehmer, die dafür regelmäßig mehr als 325 Euro monatlich verdienen.
2. Der Beschäftigte ist hauptsächlich für einen Auftraggeber tätig.
3. Der Auftraggeber (oder ein vergleichbarer anderer Auftraggeber) lässt entsprechende Tätigkeiten in der Regel durch Arbeitnehmer verrichten.
4. Die Tätigkeit lässt typische Merkmale unternehmerischen Handelns (z.B. Marketing) nicht erkennen.
5. Die Tätigkeit entspricht dem, was dieselbe Person für denselben Auftraggeber zuvor als Arbeitnehmer erledigt hat.

Tabelle 1: Kriterien der Scheinselbstständigkeit nach § 7 Abs. 4 SGB IV

Besonderes gilt für Pflegekräfte, die als Mitglieder religiöser oder karitativer Vereinigungen tätig werden. Insoweit hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) festgestellt, dass eine **DRK-Schwester**, die in einem von der Schwesternschaft selbst betriebenen Krankenhaus tätig ist, keine Arbeitnehmerin ist. Das gilt auch dann, wenn die DRK-Schwester aufgrund eines Gestellungsvertrages im Krankenhaus eines anderen Trägers tätig ist.[13] Soweit allerdings die »Gestellungsschwestern« mit dem Krankenhausträger besondere Arbeitsverträge abschließen, sind sie Arbeitnehmerinnen.[14]

2 Rechtsquellen des Arbeitsrechts

Wenn geklärt ist, dass der Beschäftigte Arbeitnehmer ist und somit ein Arbeitsverhältnis vorliegt, können arbeitsrechtliche Vorschriften zur Anwendung kommen. Aber wo findet man eigentlich die Materie »Arbeitsrecht«?

[12] Ein Rückgriff des Arbeitgebers auf den scheinselbstständigen Arbeitnehmer ist dabei nur sehr begrenzt möglich, vgl. GROSSKOPF, KLEIN 2002, 258.

[13] BAG, Beschl. v. 20.2.1986 (NJW 1986, 2906); BAG, Beschl. v. 6.7.1995 (NZA 1996, 33).

[14] Das ist heute offenbar weithin üblich und begründet ein besonderes Arbeitsverhältnis, vgl. BÖHME 1998, 39 f. mit weiteren Nachweisen.

2.1 Einzelgesetze

Leider ist das Arbeitsrecht der Bundesrepublik Deutschland nicht in einem Arbeitsgesetzbuch zusammengefasst, sondern besteht aus **vielen Einzelgesetzen**, die zudem aus unterschiedlichen Epochen stammen:[15] Ein Teil des Arbeitsrechts findet sich noch immer in den §§ 611 ff. des BGB, das aus dem Jahr 1900 stammt. Neuere Gesetze sind zum Beispiel das BetrVG[16] (1972), das MitbestG[17] (1976) und das ArbZG (1994). Und selbst die Verfassung enthält Regelungen, die für Arbeitsverhältnisse unmittelbare Bedeutung haben, zum Beispiel Art. 3 GG (Gleichheitsgrundsatz) und Art. 9 Abs. 3 GG (Koalitionsfreiheit).

2.2 Richterrecht

Aber das für Arbeitnehmer und Arbeitgeber maßgebliche Recht findet sich auch in diesen Gesetzestexten nur teilweise. Viele, oft außerordentlich wichtige Regeln wurden erst durch die Gerichte entwickelt, insbesondere durch das Bundesarbeitsgericht (BAG) und das Bundesverfassungsgericht (BVerfG). Dieses sog. **Richterrecht** gibt es nicht nur in Bereichen, die gesetzlich gar nicht geregelt sind (Arbeitskampfrecht), sondern auch dort, wo gesetzliche Regelungen bestehen. Die Entscheidungen der Gerichte sind zwar – im Gegensatz zum anglo-amerikanischen Rechtskreis[18] – formal nur für die Parteien des Rechtsstreits bindend,[19] jedoch werden die Gerichte in aller Regel im Sinne der bisherigen Rechtsprechung entscheiden. Insbesondere höchstrichterliche Urteile können daher auch als »Quasi-Rechtsnormen«[20] bezeichnet werden.

2.3 Kollektivvereinbarungen

Die Rechte und Pflichten von Arbeitnehmer und Arbeitgeber werden aber nicht nur durch Gesetze und Richterrecht bestimmt. Zu den Kollektivvereinbarungen zählen **Tarifverträge** und Betriebs- bzw. **Dienstvereinbarungen**.

2.3.1 Tarifverträge

2.3.1.1 Bedeutung und Grundlegung

Der weitaus größte Teil aller Arbeitsverhältnisse fällt unter einen oder mehrere Tarifverträge. In Tarifverträgen werden häufig Regelungen getroffen, die für den Arbeitnehmer günstiger sind

[15] Vgl. DÄUBLER 1998, 23.
[16] Betriebsverfassungsgesetz.
[17] Mitbestimmungsgesetz.
[18] Vgl. DÄUBLER 1998, 24.
[19] Vgl. CREIFELDS 1997 unter »Rechtskraft«.
[20] So auch DÄUBLER 1998, 24.

als die gesetzlichen Regelungen, zum Beispiel im Bereich des Kündigungsschutzes[21] und des Urlaubs.[22]

Art. 9 Abs. 3 GG schützt die individuelle und kollektive Koalitionsfreiheit. Mit »Koalition«[23] ist in diesem Zusammenhang eine »Vereinigung zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen« gemeint.

- Die **individuelle Koalitionsfreiheit** garantiert das Recht des *einzelnen* Arbeitnehmers und Arbeitgebers, einer bestehenden Organisation beizutreten. Ebenso geschützt ist aber auch das Recht, sich keiner Gewerkschaft bzw. keinem Arbeitgeberverband anzuschließen, also das sog. Fernbleiberecht (negative Koalitionsfreiheit).[24]
- Die **kollektive Koalitionsfreiheit** schützt die Arbeitnehmer- bzw. Arbeitgeber*vereinigungen* als solche. Dazu gehört:
  - *Bestandsschutz:* Die Koalition darf nur unter den Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 2 GG zwangsweise aufgelöst werden.
  - *Betätigungsfreiheit:* Hierzu gehört insbesondere das
    - Recht der verbandsmäßigen Gestaltung der Löhne und Arbeitsbedingungen durch Abschluss von Tarifverträgen und das
    - Recht, zur Durchsetzung von Mindestarbeitsbedingungen Arbeitskämpfe zu führen, insbesondere Streiks zu organisieren.[25]

Mit dem Schutz der kollektiven Koalitionsfreiheit wird also auch die Tarifautonomie durch Art. 9 Abs. 3 GG garantiert. Ihre konkrete Ausgestaltung hat die Tarifautonomie im Tarifvertragsgesetz (TVG) gefunden.

Wie der Name schon sagt, stellt der Tarifvertrag keine einseitige Festlegung von Arbeitsbedingungen dar, sondern muss zwischen den Tarifvertragsparteien *ausgehandelt* und schließlich – als Vertrag – *abgeschlossen* werden. Er stellt also eine **Vereinbarung über die Arbeitsbedingungen** dar, die in einem bestimmten Bereich gelten sollen.

2.3.1.2 Wer kann einen Tarifvertrag abschließen?

Wer kann einen Tarifvertrag abschließen? Man bezeichnet das Recht, einen Tarifvertrag abschließen zu können, als *Tariffähigkeit*. Tariffähig sind nach § 2 Abs. 1 TVG

- auf Arbeitnehmerseite die **Gewerkschaften**.
- Auf Arbeitgeberseite ist die Tariffähigkeit nicht auf **Arbeitgeberverbände** beschränkt, sondern steht auch **einzelnen Arbeitgebern** zu. Auch diese könne also Tarifverträge abschließen, die unter der Bezeichnung Firmentarif oder Haustarif bekannt sind.

---

[21] Wer 15 Jahre im öffentlichen Dienst beschäftigt war und mindestens 40 Jahre alt ist, kann nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden, §§ 53 Abs. 3, 55 Abs. 1 BAT.

[22] Nach § 48 Abs. 1 BAT beträgt der Erholungsurlaub bei der 5-Tage-Woche je nach Alter 26 bis 30 *Arbeits*tage. Das entspricht 5,2 bis 6 Wochen oder **36 bis 42 Kalendertagen**. Demgegenüber gewährt § 3 BUrlG nur 24 *Werk*tage. Da hier zudem von der 6-Tage-Woche ausgegangen wird, entspricht dies nur 4 Wochen oder **28 Kalendertagen**.

[23] Koalition: Vereinigung, Bündnis mehrerer Parteien oder Staaten zur Durchsetzung ihrer Ziele.

[24] Vgl. DÄUBLER 1998, 36 f.

[25] Bestätigt wird dies ausdrücklich durch Art. 9 Abs. 3 Satz 3 GG.

2.3.1.3 Was enthält ein Tarifvertrag?

Der Inhalt eines Tarifvertrages kann, so ist es im Gesetz selbst schon angesprochen, grundsätzlich in zwei unterschiedliche Teile aufgeteilt werden, den *obligatorischen* und den *normativen* Teil.

- Nach § 1 Abs. 1 TVG enthält der Tarifvertrag zunächst die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien. Dieser sog. **obligatorische**[26] Teil enthält die Abmachungen, die nur die beiden Tarifparteien, also die Gewerkschaft auf der einen und den Arbeitgeberverband oder Unternehmer auf der anderen Seite berechtigen und verpflichten. Zum obligatorischen Teil gehören zum Beispiel Klauseln über
  - die Friedenspflicht,
  - die Art und Weise, wie bei Meinungsverschiedenheiten über den Tarifvertrag verfahren wird und
  - wie gegen Mitglieder vorgegangen wird, die sich nicht an den Tarifvertrag halten.
- Neben diesen obligatorischen Vorschriften enthält der Tarifvertrag aber auch Rechtsnormen, die den *Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen* ordnen, vgl. § 1 Abs. 1 TVG. Dieser sog. **normative** Teil enthält also Regelungen, die die einzelnen Arbeitsverhältnisse direkt betreffen. Sie sind wie ein Gesetz, also abstrakt[27]-generell[28] formuliert und gelten für alle Arbeitsverhältnisse, die vom Tarifvertrag erfasst werden. Beispiele:
  - Nach einer Beschäftigungszeit von 15 Jahren, frühestens jedoch nach Vollendung des vierzigsten Lebensjahres, ist der Angestellte unkündbar (§ 53 Abs. 3 BAT).
  - Der Angestellte erhält in jedem Urlaubsjahr Erholungsurlaub unter Zahlung der Urlaubsvergütung (§ 47 Abs. 1 Satz 1 BAT).
  - Der Angestellte wird in jedem Kalenderjahr an einem Arbeitstag unter Zahlung der Urlaubsvergütung von der Arbeit freigestellt (§ 15 a Absatz Satz 1 BAT).

  Diese normativen[29] Vorschriften machen den wesentlichen Teil eines Tarifvertrages aus. Sie haben gesetzesgleiche Wirkung. Anders gesagt: Ein Verstoß gegen die Regelung eines Tarifvertrages ist gleichsam ein Gesetzesverstoß, und vor dem Arbeitsgericht kann auf Einhaltung des Tarifvertrages genauso geklagt werden wie auf Einhaltung der staatlichen Gesetze. Die gesetzesgleiche Wirkung von normativen Tarifvorschriften ist bemerkenswert, denn bei der Schaffung dieser Rechtsnormen sind keine staatlichen Gesetzgebungsorgane tätig geworden, es handelt sich »nur« um Verträge. Diese sonst allein dem Staat zukommende gesetzgebende Gewalt wird durch Art. 9 Abs. 3 GG und das TVG für den arbeitsrechtlichen Bereich auf die Tarifvertragsparteien übertragen: Hier wird deutlich, was mit dem Begriff der Tarif*autonomie*[30] gemeint ist.

---

[26] **Obligatorisch**: verpflichtend, bindend, verbindlich; Ggs.: fakultativ.

[27] Für eine unbestimmte Zahl von Fällen.

[28] Für eine unbestimmte Zahl von Personen.

[29] **Normativ**: als Norm geltend, maßgebend, als Richtschnur dienend; **Norm**: allgemein anerkannte, als verbindlich geltende Regel.

[30] **Autonomie**: Selbstständigkeit, Unabhängigkeit.

2.3.1.4 Für wen gelten Tarifverträge?

Im Zusammenhang mit Ansprüchen, die auf einen Tarifvertrag gestützt werden, ist stets auch zu klären, ob das jeweilige Arbeitsverhältnis überhaupt unter den Tarifvertrag fällt. Denn es ist nicht selbstverständlich, dass für eine bestimmte Branche abgeschlossene Tarifverträge auch alle Arbeitsverhältnisse in dieser Branche erfassen. Es reicht nicht aus, dass es einen Tarifvertrag gibt; damit sich der einzelne Arbeitnehmer und Arbeitgeber auf diesen Tarifvertrag berufen können, ist mehr erforderlich. Nur in drei Fallkonstellationen gilt ein Tarifvertrag im Arbeitsverhältnis:

1. Der Tarifvertrag wirkt zunächst dann unmittelbar[31] und zwingend[32] auf ein Arbeitsverhältnis, wenn sowohl der Arbeitgeber dem tarifschließenden Arbeitgeberverband als auch der Arbeitnehmer der tarifschließenden Gewerkschaft angehört. Das legt § 4 Abs. 1 TVG fest, wonach die Rechtsnormen des Tarifvertrages nur für **»beiderseits Tarifgebundene«** gelten. Grundsätzlich reicht es also für eine Tarifbindung nicht aus, wenn nur der Arbeitgeber organisiert ist;[33] nie reicht es aus, wenn nur der Arbeitnehmer organisiert ist.
2. Eine zweite Möglichkeit wird durch § 5 TVG geregelt: Tarifverträge können vom Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung durch Rechtsverordnung[34] für **allgemeinverbindlich** erklärt werden. Wenn das geschieht, gilt der Tarifvertrag auch für nicht organisierte Arbeitgeber und Arbeitnehmer, vgl. § 5 Abs. 4 TVG.
3. Eine dritte und häufig genutzte Möglichkeit ist es, die Geltung eines bestimmten Tarifvertrages im **Arbeitsvertrag** zu vereinbaren. So findet sich in den Angestelltenverträgen des öffentlichen Dienstes häufig die Klausel:

> »Auf das Arbeitsverhältnis findet der Bundesangestellten-Tarifvertrag (BAT) in seiner jeweils geltenden Fassung sowie die den BAT ergänzenden und ändernden Tarifverträge Anwendung.«

Im Bereich des öffentlichen Dienstes richten sich die Arbeitsverhältnisse der Angestellten und Arbeiter fast ausschließlich nach den jeweiligen Tarifverträgen. Es ist nämlich allgemein üblich, ihre Geltung vertraglich zu vereinbaren. Die einzelnen Arbeitsverträge spielen demgegenüber kaum eine Rolle, denn sie enthalten in aller Regel keine besonderen Einzelfallregelungen.

Auch bei Einrichtungen in kirchlicher Trägerschaft werden in der Regel nur kurzgefasste Formulararbeitsverträge abgeschlossen, in denen auf die Arbeitsvertragsrichtlinien (AVR)[35] verwiesen wird. Damit erlangen die AVR Gültigkeit im Arbeitsverhältnis.

Abgesehen von dieser *rechtlichen* Geltung, die nur in den genannten drei Fallkonstellationen besteht, hat der Tarifvertrag in Betrieben, die einem tarifgebundenen Arbeitgeber gehören, ei-

---

[31] Also wie ein Gesetz, einer besonderen Bezugnahme oder Geltungsvereinbarung bedarf es nicht (vgl. DÄUBLER 1998, 44).

[32] Es ist nicht möglich, zuungunsten des Arbeitnehmers von den Vorschriften des Tarifvertrags abzuweichen (vgl. DÄUBLER 1998, 44 f.).

[33] Anderes gilt nur für die sog. *Betriebsnormen*, also Vorschriften, die betriebliche Fragen regeln (Benutzung der Kantine). Sie gelten gegenüber allen Mitarbeitern, wenn nur der Arbeitgeber tarifgebunden ist, vgl. § 3 Abs. 2 TVG.

[34] Vgl. ZÖLLNER, LORITZ 1998, § 37 III 5 (S. 418 f.).

[35] Arbeitsvertragsrichtlinien (AVR) sind Regelwerke, die ähnlich wie Tarifverträge gestaltet und gefasst sind, aber keine Tarifvertragsqualität haben; sie stehen vielmehr auf der Stufe des Arbeitsvertrags. Inhaltlich lehnen sie sich an den Bundesangestellten-Tarifvertrag (BAT) an.

ne *faktische* Bedeutung: In aller Regel werden alle Arbeitnehmer ohne Rücksicht auf ihre Gewerkschaftszugehörigkeit nach dem Tarifvertrag behandelt.[36]

2.3.2 Betriebs- bzw. Dienstvereinbarungen

Zur Regelung der Arbeitsbedingungen, die nur im jeweiligen betrieblichen Rahmen gelten, können zwischen der Belegschaftsvertretung und dem Arbeitgeber Betriebs- bzw. Dienstvereinbarungen abgeschlossen werden. Vertragspartner sind hier Arbeitgeber und Betriebsrat bzw. Personalrat des jeweiligen Betriebes bzw. der Dienststelle. Betriebs- und Dienstvereinbarungen können sich aber grundsätzlich nur auf solche Bereiche beziehen, die nicht schon tariflich geregelt sind, § 77 Abs. 3 BetrVG. Hier gilt also eine **Regelungssperre zugunsten der Tarifautonomie**.[37] Bei bestehendem Tarifvertrag können also auch für die Arbeitnehmer günstigere Arbeitsbedingungen nicht durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung geregelt werden. Zulässig sind betriebliche Regelungen dagegen, wenn und soweit sie im Tarifvertrag (durch sog. **tarifliche Öffnungsklauseln**) ausdrücklich zugelassen sind, § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG.

Betriebs- und Dienstvereinbarungen wirken, ähnlich wie Tarifverträge, unmittelbar und zwingend auf das einzelne Arbeitsverhältnis ein, § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG:[38] Was in der Betriebsvereinbarung geregelt wurde (zum Beispiel Beginn und Ende der Arbeitszeit, Rauchverbot), gilt automatisch im Einzelarbeitsverhältnis. Im Gegensatz zur Problematik bei den Tarifverträgen gelten Betriebs- und Dienstvereinbarungen ohne weitere Voraussetzungen für *alle* Mitarbeiter des Betriebes, auch solche, die erst später eintreten.

2.4 Arbeitsverträge

Eine wichtige Rechtsquelle für die Rechte und Pflichten der beiden Arbeitsvertragspartner kann auch der Arbeitsvertrag sein. Ob er dies ist, hängt davon ab, ob die Vertragsparteien ihr Arbeitsverhältnis einem Tarifvertrag unterwerfen oder selbst detaillierte Regelungen treffen wollen. Im ersten Fall enthält der Arbeitsvertrag häufig nur den sog. **Mindestinhalt**, der sich aus der gesetzlichen Regelung des Inhalts von Arbeitsverträgen in § 611 BGB ergibt. Dort werden zunächst nur die beiden Hauptpflichten festgelegt:

- Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, für den Arbeitgeber die vereinbarte **Arbeitsleistung** zu erbringen.
- Hauptpflicht des Arbeitgebers ist die Zahlung der vereinbarten **Vergütung**.

2.4.1 Arten des Arbeitsvertrags

Regelfall und Ausgangspunkt arbeitrechtlicher Regelungen ist noch immer der **unbefristete Arbeitsvertrag**. Daneben gibt es folgende Sonderformen des Arbeitsvertrages:

- Befristeter Arbeitsvertrag

---

[36] Dazu ist der Arbeitgeber indes nicht gezwungen, unter 4.4.2 (Grundsatz der Gleichbehandlung).

[37] ZÖLLNER, LORITZ 1998, § 46 II 6 (S. 538). Diese Regelungssperre ist politisch umstritten, verhindert sie doch, dass auf betrieblicher Ebene Absprachen getroffen werden können, die die besonderen Belange und die Situation des betroffenen Betriebes berücksichtigen.

[38] Vgl. ZÖLLNER, LORITZ 1998, § 46 II 1 (S. 534).

- Abrufarbeitsvertrag
- Aushilfsarbeitsvertrag

2.4.1.1 Befristeter Arbeitsvertrag

Befristet beschäftigt ist ein Arbeitnehmer mit einem auf bestimmte Zeit geschlossenen Arbeitsvertrag. § 3 Abs. 1 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) nennt zwei Formen des befristeten Arbeitsvertrags:

- Beim **kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrag** ist die Dauer kalendermäßig bestimmt. Das Arbeitsverhältnis endet mit Ablauf der vereinbarten Zeit, eine Kündigung ist nicht erforderlich.
- Beim **zweckbefristeten Arbeitsvertrag** ergibt sich die Dauer sich aus Art, Zweck oder Beschaffenheit der Arbeitsleistung. Das zweckbefristete Arbeitsverhältnis endet folglich nicht mit Eintritt eines bestimmten Datums, sondern mit dem Erreichen des Zwecks, gemäß § 15 Abs. 2 TzBfG jedoch frühestens zwei Wochen nach Zugang der schriftlichen Unterrichtung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber über den Zeitpunkt der Zweckerreichung.

Die im Regelfall des unbefristeten Arbeitsvertrags für den Arbeitnehmer geltenden Schutzrechte wie insbesondere der Kündigungsschutz könnten durch befristete Arbeitsverträge leicht umgangen werden, indem beispielsweise mehrere kurzzeitige Arbeitsverträge hintereinander abgeschlossen werden (Kettenarbeitsvertrag). Um diese Aushöhlung der Arbeitnehmerschutzrechte auszuschließen, sind befristete Arbeitsverträge nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig:

- Die Befristung eines Arbeitsvertrages ist nur zulässig, wenn es dafür einen **sachlichen Grund** gibt. Als Beispiele werden in § 14 Abs. 1TzBfG unter anderem angeführt:
  - Vorübergehender Bedarf an Arbeitsleistung
  - Vertretung eines anderen Arbeitnehmers
  - Befristung ist durch die Eigenart der Arbeitsleistung gerechtfertigt (z.B. ein auf fünf Jahre begrenztes Forschungsprojekt)
  - Befristung zur Erprobung
- **Ohne sachlichen Grund** ist eine Befristung
  - nur bis zur Dauer von *zwei Jahren* zulässig. Innerhalb dieses Zeitraums ist auch die höchstens dreimalige Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrags erlaubt, § 12 Abs. 2 TzBfG.
  - In den ersten *vier Jahren* nach der Gründung eines Unternehmens ist die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von vier Jahren zulässig; bis zu dieser Gesamtdauer von vier Jahren ist auch die mehrfache Verlängerung eines kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrages zulässig.[39]

  Überschreitet die Befristung die zulässigen Grenzen, entsteht gemäß § 16 TzBfG automatisch ein unbefristetes Arbeitverhältnis.

[39] Diese erweiterte Befristungsmöglichkeit für neu gegründete Unternehmen wurde zum 01.01.2004 mit dem neuen Abs. 2a des § 14 TzBfG eingeführt.

Die vorzeitige ordentliche Kündigung ist bei befristeten Arbeitsverhältnissen grundsätzlich ausgeschlossen, es sei denn, dass diese Möglichkeit im Arbeits- oder Tarifvertrag ausdrücklich vereinbart wurde, vgl. § 15 Abs. 3 TzBfG.

2.4.1.2 Abrufarbeitsvertrag

Im Abrufarbeitsvertrag vereinbaren Arbeitnehmer und Arbeitgeber, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen hat. Die Vereinbarung muss eine bestimmte Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit festlegen. Geschieht das nicht, gilt eine wöchentliche Arbeitszeit von zehn Stunden als vereinbart. Wenn die Dauer der täglichen Arbeitszeit nicht festgelegt wird, muss der Arbeitgeber die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers gemäß § 12 Abs. 1 TzBfG jeweils für mindestens drei aufeinander folgende Stunden in Anspruch nehmen. Außerdem ist der Arbeitnehmer nur dann zur Arbeitsleistung verpflichtet, wenn der Arbeitgeber ihm die Lage seiner Arbeitszeit jeweils mindestens vier Tage im Voraus mitteilt, § 12 Abs. 2 TzBfG.

2.4.1.3 Aushilfsarbeitsvertrag

Für den Aushilfsarbeitsvertrag gelten alle Vorschriften, die auch sonst für Arbeitsverträge gelten, also z.B. auch der allgemeine und besondere Kündigungsschutz. Im Gegensatz zu anderen Arbeitsverträgen ist es hier aber möglich, sehr kurze Kündigungsfristen oder gar die fristlose Kündigung vertraglich zu vereinbaren. Automatisch gelten jedoch keine kürzeren Kündigungsfristen, und auch die vertraglich vereinbarten Kündigungsfristen gelten nur bis zur Höchstdauer des Arbeitsverhältnisses von drei Monaten, vgl. § 622 Abs. 5 Nr. 1 BGB.

2.4.2 Vertragsfreiheit

Beim Abschluss von Arbeitsverträgen besteht für beide Vertragsparteien prinzipiell Abschlussfreiheit, so dass der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers frei ist.[40] Daran ändert auch das Verbot der geschlechtsbezogenen Diskriminierung in §§ 611a, 611b, 612 Abs. 3 BGB nichts. Denn wenn eine Bewerberin wegen ihres Geschlechts abgelehnt oder nicht befördert wird (dazu gehört auch die Ablehnung wegen Schwangerschaft), dann hat sie keinen Einstellungs- oder Beförderungsanspruch, sondern gemäß § 611a Abs. 2-5 nur einen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung.

2.4.3 Inhalt des Arbeitsvertrages

Ein Arbeitsvertrag muss mindestens enthalten:

1. Die Bezeichnung der beiden Vertragsparteien (»wer mit wem«),
2. die Art der Arbeitsleistung (»als was«),
3. Umfang der Beschäftigung (»Voll- oder Teilzeit«) und
4. den Zeitpunkt, von dem an die Pflichten zu erbringen sind (»ab wann«).

[40] Eine Ausnahme davon kann im öffentlichen Dienst entstehen. Hier ist gemäß Art. 33 Abs. 2 GG ein Einstellungsanspruch des Bewerbers denkbar.

Dieser an sich sehr dürftige Inhalt der arbeitsvertraglichen Absprachen ist rechtlich gesehen für die Führung und Abwicklung eines Arbeitsverhältnisses schon ausreichend. Die nicht geregelten Punkte bestimmen sich in diesem Fall nach den sonstigen Rechtsquellen des Arbeitsrechts, also vor allem nach gesetzlichen und einschlägigen tarifvertraglichen Regelungen.

> *Beispiel:* Ist einzelvertraglich über den Urlaub nichts vereinbart, kann sich ein Urlaubsanspruch aus einem für das Arbeitsverhältnis geltenden Tarifvertrag ergeben. Gilt ein solcher nicht, so verhilft das BUrlG dem Arbeitnehmer immerhin noch zum gesetzlichen Mindesturlaub.

Über die **Vergütung** muss der Vertrag nicht unbedingt eine Regelung treffen, denn nach § 612 BGB ist bei fehlender Vereinbarung die »übliche« Vergütung zu zahlen.

Die Bedeutung des Arbeitsvertrages liegt aber, abgesehen davon, ob und wie er das Arbeitsverhältnis regelt, generell darin, dass er das Arbeitsverhältnis überhaupt **herstellt**: Ist kein wirksamer Arbeitsvertrag zustande gekommen, existiert auch kein Arbeitsverhältnis. Darüber hinaus dient er als »Transformator« für die Geltung tariflicher Regelungen in solchen Einzelarbeitsverhältnissen, die sonst nicht vom Tarifvertrag erfasst würden (vgl. dazu S. 11 unter 2.3.1.4).

2.4.4 Form des Arbeitsvertrages

Der Vertragsschluss ist also von entscheidender Bedeutung dafür, ob überhaupt ein Arbeitsverhältnis entsteht. Dieser Vertragsschluss[41] kann grundsätzlich **formfrei** – also auch mündlich, durch Kopfnicken oder sonstige eindeutige Gesten – erfolgen. Bloßes Schweigen oder Nichtstun ist dagegen keine Willenserklärung und kann daher nicht zum Vertragsabschluss führen.

Von Gesetzes wegen ist keine besondere Form – auch nicht einfache Schriftform – vorgeschrieben. Dennoch ist es aus Gründen der Rechtssicherheit und zu Beweiszwecken sinnvoll,

- die Tatsache des Vertragsschlusses als solche sowie
- inhaltliche Absprachen schriftlich festzuhalten.

Vom Grundsatz der Formfreiheit bestehen folgende **Ausnahmen**:

- Manche **Tarifverträge** sehen den schriftlichen Abschluss von Arbeitsverträgen vor, zum Beispiel § 4 Abs. 1 BAT für den Bereich des öffentlichen Dienstes. Hier hat die Schriftform aber *keine* konstitutive[42] Funktion, sondern dient *Beweiszwecken*. Ein nur mündlich abgeschlossener Arbeitsvertrag ist also auch hier voll wirksam. Bei mündlich erfolgtem Vertragsschluss kann gemäß § 4 Abs. 1 BAT die schriftliche Niederlegung (Beurkundung) noch verlangt und notfalls sogar eingeklagt werden. Für den Geltungsbereich der AVR Caritas legt deren § 7 Abs. 1 Satz 2 dasselbe fest.
- Für **Nebenabreden** ist allerdings nach § 4 Abs. 2 BAT und § 7 Abs. 2 AVR die Schriftform *konstitutiv*, was sich aus der Formulierung dieser Vorschrift ergibt: Nebenabreden sind nur wirk-

[41] Ein Vertrag ist dann geschlossen, wenn beide Seiten auf den Vertragsschluss gerichtete, übereinstimmende Willenserklärungen abgegeben haben.

[42] Das heißt: Die schriftliche Form ist keine wesentliche Bedingung für die Wirksamkeit des Vertrages.

sam, wenn sie schriftlich vereinbart werden. Mündliche Nebenabreden haben also keinerlei Bindungswirkung. Beispiel:

↳ Soll bei einem Teilzeitarbeitsverhältnis, für das der BAT gilt, die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage auf Dauer festgeschrieben werden, ist eine schriftliche Nebenabrede im Arbeitsvertrag erforderlich. Fehlt es an einer Nebenabrede, kann der Arbeitgeber kraft seines Direktionsrechts unter Beachtung der Grundsätze des § 315 BGB (= billiges Ermessen) Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einseitig bestimmen.

- Ein Schriftformgebot gilt gemäß § 14 Abs. 4 TzBfG für **befristete Arbeitsverträge**. Wird ein befristeter Arbeitsvertrag nicht schriftlich abgeschlossen, hat dies zur Folge, dass die Befristung unwirksam ist und der Arbeitsvertrag als unbefristet gilt, vgl. § 16 TzBfG.
- Bei **Ausbildungsverträgen** besteht ein Gebot der Schriftform, vgl. z.B. § 9 Abs. 1 Krankenpflegegesetz vom 16.07.2003 (KrPflG).

2.4.5 Nachweisgesetz

Wenn kein schriftlicher Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde, muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer spätestens einen Monat nach Beginn des Arbeitsverhältnisses eine **Niederschrift über die wesentlichen Arbeitsbedingungen** aushändigen. Dieser einklagbare Anspruch des Arbeitnehmers ist im **Nachweisgesetz** (NachwG) geregelt. Dort ist ferner festgelegt, welche Angaben in der Niederschrift enthalten sein müssen. Der Inhalt der Niederschrift geht über die oben genannten vier Punkte weit hinaus und umfasst z.B. auch Höhe, Zusammensetzung und Fälligkeit des Arbeitsentgelts sowie Kündigungsfristen. Aus dieser Regelung ergibt sich jedoch keine Ausnahme von dem Grundsatz, dass Arbeitsverträge formlos gültig sind: Auch wenn der Arbeitnehmer nach Jahren noch keine Niederschrift über die wesentlichen Arbeitsbedingungen erhalten hat, ist der seinerzeit evtl. nur mündlich geschlossene Arbeitsvertrag voll wirksam.

2.5 Betriebsübung

Auch die sog. **Betriebsübung** wird als eigenständige Rechtsquelle anerkannt. Man spricht von betrieblicher Übung, wenn es im Betrieb zur *regelmäßigen Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers* kommt, aus denen die Arbeitnehmer *schließen können,* dass ihnen die Vergünstigung *auf Dauer eingeräumt* werden soll,[43] zum Beispiel dreimalige Gewährung einer Weihnachtsgratifikation oder Freistellung der Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst am Rosenmontag.[44] Bei mehrfacher Gewährung derartiger gleichartiger Sozialleistungen bestehen auch für die Zukunft Ansprüche darauf, es sei denn, der Arbeitgeber behält sich die Freiwilligkeit der Leistung vor.

[43] Vgl. BÖHME 1998, 280 f.

[44] Zu diesem Fall hat das Bundesarbeitsgericht entschieden (BAG, Urt. v. 24.3.1993 – 5 AZR 16/92 = BB 1993, 2161): Im öffentlichen Dienst muss der Arbeitnehmer davon ausgehen, dass ihm der Arbeitgeber nur die Leistungen gewähren will, zu denen er rechtlich verpflichtet ist. Auch bei langjähriger Gewährung darf der Arbeitnehmer daher nicht darauf vertrauen, dass er einen Anspruch auf die Vergünstigung hat.

2.6 Verhältnis der einzelnen Rechtsquellen zueinander

Die rechtlichen Regelungen und Grundsätze, die für Arbeitsverhältnisse gelten und nach denen im Streitfall die Arbeitsgerichte entscheiden, können sich also aus verschiedenen Rechtsquellen ergeben. Wenn aber verschiedene Rechtsquellen vorhanden sind, ist es unvermeidbar, dass Kollisionen auftreten, dass es also auf eine Frage von mehr als einer Rechtsquelle eine Antwort gibt. Widersprechen sich einzelne Rechtsquellen, ist die Frage, was nun gilt.

> *Beispiel:* Im Arbeitsvertrag des Gesundheits- und Krankenpflegers Maic, der bei einem kleinen ambulanten Pflegedienst beschäftigt ist, wird ein Jahresurlaubsanspruch von 18 Werktagen festgelegt. Maic weiß, dass im BUrlG seit dem 1.1.1995 ein Jahresurlaub von 24 Werktagen vorgesehen ist. Wie viel Urlaub kann er verlangen?

Die Feststellung, was im Einzelfall Rechtens ist, kann immer nur nach sorgfältiger Analyse aller in Betracht kommenden Rechtsquellen und ihres gegenseitigen Verhältnisses getroffen werden.[45] Die verschiedenen Rechtsquellen des Arbeitsrechts haben nicht alle denselben Rang, sondern stehen sozusagen auf unterschiedlichen Stufen. Aus den verschiedenen Rechtsquellen lässt sich daher eine **Rangpyramide** bilden, also eine Beziehung der Über- und Unterordnung einzelner Rechtsquellen (vgl. unter 2.6.1). Für den Fall, dass Rechtsquellen unterschiedlicher Rangordnung widersprüchliche Aussagen liefern, gelten zudem **Kollisionsgrundsätze** (vgl. unter 2.6.2).

2.6.1 Hierarchie der Rechtsquellen

1. An der Spitze der Pyramide steht die **Verfassung**. Sie hat Vorrang vor allen anderen Rechtsquellen. Daneben spielt gerade im Bereich des Arbeitsrechts auch das Recht der Europäischen Union eine zunehmend wichtige Rolle, wie insbesondere Urteile des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zum Bereitschaftsdienst und zur Einstellung schwangerer Arbeitnehmerinnen zeigen.[46]
2. Der Verfassung unter-, den anderen Rechtsquellen dagegen übergeordnet sind die formellen **Gesetze**, vgl. unter 2.1 (S. 8).
3. Die **Rechtsverordnung** ist dem Gesetz im formellen Sinne untergeordnet, denn sie darf gemäß Art. 80 GG nur aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung erlassen werden. Eine Sonderform der Rechtsverordnung ist die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen.
4. **Richterrecht**, vgl. unter 2.2 (S. 4).
5. **Tarifverträge** (vgl. unter 2.3.1, S. 8) sind in der Praxis eine Rechtsquelle von ganz besonderer Bedeutung. Im Rang stehen die Regelungen eines Tarifvertrages unter den zuvor genannten Rechtsquellen. Die Hierarchie zwischen Gesetzen und Tarifverträgen wird jedoch auf zweifache Weise durchbrochen:

---

[45] Vgl. ZÖLLNER, LORITZ 1998, § 6 I (S. 65).

[46] Vgl. BRUNS, W.; DEBONG, B.; ANDREAS, M.: Bereitschaftsdienst ist Arbeitszeit. Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 3.10.2000 - C 303/98. In: *Die Schwester/Der Pfleger*, 40. Jg. (2001), H. 1, S. 75-77; WEBER, MARTINA: Gesetze dürfen die Einstellung einer Schwangeren nicht blockieren. In: *Pflegezeitschrift*, 54. Jg. (2001), H. 1, S. 47-50.

- Nach dem **Günstigkeitsprinzip** gelten die Regelungen des Tarifvertrages anstelle derer des Gesetzes immer dann, wenn die tarifvertragliche Regelung für den Arbeitnehmer günstiger ist, vgl. unter 2.6.2.
- Im Gesetz kann (Ausnahme vom Günstigkeitsprinzip) ausdrücklich bestimmt werden, dass die Tarifvertragsparteien – auch *zuungunsten* der Arbeitnehmer – von der gesetzlichen Regelung abweichen können. Dann ist eine für den Arbeitnehmer ungünstige Abweichung im Einzelarbeitsvertrag zwar ausgeschlossen – insoweit sind die Gesetze also zwingend – , nicht aber im Tarifvertrag. Derartige Gesetze sind **tarifvertragsdispositiv** – das heißt, sie stehen zur Disposition der Tarifvertragsparteien, die in einem Tarifvertrag abweichende Regelungen vereinbaren können.[47] Beispiele:
  - § 4 Abs. 4 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) (Bemessungsgrundlage für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall),
  - § 622 Abs. 4 BGB (Kündigungsfristen),
  - § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG (zum Beispiel Anrechnung von Krankheitstagen auf den Jahresurlaub nach § 9 BUrlG),
  - § 7 ArbZG (zum Beispiel Verlängerung der täglichen Arbeitszeit über zehn Stunden)

6. Im Rang unterhalb des Tarifvertrags, aber dem Einzelarbeitsvertrag übergeordnet sind **Betriebs-** bzw. **Dienstvereinbarungen**. Im Verhältnis zwischen Tarifvertrag und Betriebs- bzw. Dienstvereinbarung gilt das Günstigkeitsprinzip wegen der in § 77 Abs. 3 BetrVG enthaltenen Regelungssperre (vgl. dazu S. 12 unter 2.3.2) nur eingeschränkt.
7. Auch im Verhältnis zwischen **Einzelarbeitsvertrag** (vgl. unter 2.4, S. 12) und ranghöheren Rechtsquellen gilt das Günstigkeitsprinzip. Das wird für das Verhältnis zum Tarifvertrag ausdrücklich in § 4 Abs. 3 TVG festgelegt.
8. Auf der untersten Stufe der Rangpyramide der Rechtsquellen stehen die **Betriebsübung** (vgl. unter 2.5, S. 16) und das **Direktionsrecht** des Arbeitgebers (vgl. unter 4.3, S. 31).

2.6.2 Kollisionsprinzipien

Folgende Grundsätze legen fest, was bei widersprüchlichen Aussagen in den verschiedenen Rechtsquellen gilt:

1. Nach dem **Rangprinzip** gehen höherrangige Rechtsquellen allen im Rang darunter befindlichen Rechtsquellen vor. Im obigen Beispiel gilt also nicht der Einzelarbeitsvertrag, sondern das BUrlG: Pfleger Maic hat einen Urlaubsanspruch von 24 Werktagen.
2. Sozusagen gegensätzlich wirkt das **Günstigkeitsprinzip**. Die meisten arbeitsrechtlichen Gesetze wollen nicht den Inhalt von Arbeitsverhältnissen absolut festlegen, sondern nur bestimmte Interessen des Arbeitnehmers wahren. Ihrem Sinn und Zweck nach sollen *Mindeststandards* gesichert, eine Besserstellung des Arbeitnehmers aber nicht ausgeschlossen werden. Für den Arbeitnehmer *günstigere* Regelungen durch untergeordnete Rechtsquellen sind also immer dann möglich, wenn das Gesetz nur eine bestimmte Mindestsicherung des Arbeitnehmers gewährt. Das kann sich entweder aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes ergeben, wird aber häufig auch ausdrücklich im Gesetz zugelassen (vgl. zum Beispiel § 13 Abs.

[47] **Dispositiv** nennt man eine rechtlich vorgeschriebene Regelung, die durch die daran Beteiligten geändert werden kann.

1 Satz 3 BUrlG). Wäre also im Arbeitsvertrag von Pfleger Maic ein Urlaubsanspruch von 28 Werktagen vorgesehen, dann könnte sich der Arbeitgeber nicht unter Berufung auf das Rangprinzip von dieser Vereinbarung lösen.

3. Das Verhältnis zwischen älterer und jüngerer Fassung derselben Rechtsquelle regelt das **Ablösungsprinzip**. Wird dieselbe Rechtsquelle durch eine jüngere Fassung abgelöst, geht die jüngere der älteren vor. Das gilt auch dann, wenn die neuere Fassung *ungünstigere* Arbeitsbedingungen enthält. Beispiel für einen derartigen Fall ist der BAT von 1994, der für die tarifliche Sonderzuwendung (»Weihnachtsgeld«) im öffentlichen Dienst für Angestellte und Arbeiter ab 1994 eine niedrigere Berechnungsbasis festgelegt hat.

2.7 Kollektives und individuelles Arbeitsrecht

Eine verbreitete Einteilung des Arbeitsrechts ist die in *kollektives* und *individuelles* Arbeitsrecht:

- Das **individuelle** Arbeitsrecht gilt für die Beziehungen des Arbeitgebers zum *einzelnen* Arbeitnehmer. Alle Normen und Vereinbarungen, gleich in welcher der zahlreichen Rechtsquellen des Arbeitsrechts, aus denen sich Ansprüche oder Pflichten des einzelnen Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber ergeben, zählen zum Individualarbeitsrecht. Hierzu gehören nicht nur die geschriebenen und ungeschriebenen Rechte aus dem Arbeitsvertrag, sondern u.a. auch das Arbeitsschutzrecht und die *normativen* Bestimmungen[48] in Tarifverträgen, also zum Beispiel durch Tarifvertrag geschaffene Lohnfestlegung.
- Das **kollektive** Arbeitsrecht besteht aus denjenigen rechtlichen Regelungen, die die arbeitsrechtlichen Kollektive betreffen. Arbeitsrechtliche Kollektive sind die *Koalitionen* (also Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände) und die *Belegschaften*. Im einzelnen regelt das kollektive Arbeitsrecht[49]
  - die Existenz, Organisation, und Funktion der Kollektive, sowie
  - die rechtlichen Beziehungen der Kollektive
    - zu ihren *Mitgliedern* (also zum Beispiel die Beziehungen zwischen der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) und ihren Mitgliedern) und
    - zu ihren *Gegenspielern* (also den Arbeitgeberverbänden).

  Zum kollektiven Arbeitsrecht gehören somit das Tarifvertragsgesetz, das Arbeitskampf- und das Schlichtungsrecht sowie das Betriebsverfassungsrecht.
- Als drittes Gebiet des Arbeitsrechts ist das **Arbeitsschutzrecht** anzusprechen. Es verfolgt den Zweck, Arbeitnehmer vor Gefahren, die mit der Arbeit verbunden sind, zu schützen. Zum Arbeitsschutzrecht gehören zum Beispiel Arbeitszeitgesetz, Mutterschutzgesetz und das in SGB IX geregelte Schwerbehindertenrecht. Vorschriften des Arbeitsschutzrechts begründen öffentlich-rechtliche Pflichten und stehen nicht zur Disposition der Arbeitsvertragsparteien, sie sind vielmehr zwingendes Recht. Der Arbeitgeber kann notfalls mit Zwangsmaßnahmen (Zwangsgeld, Strafe) zur Einhaltung arbeitsschutzrechtlicher Vorschriften angehalten werden.

---

[48] Zur Unterscheidung zwischen *obligatorischem* und *normativem* Teil des Tarifvertrages vgl. S. 10.

[49] Vgl. ZÖLLNER, LORITZ 1998, § 6 III (S. 77)

3 Die Bewerbung

Obwohl Bewerbungen ja *vor* dem Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses stattfinden, spielen sie sich nicht im »rechtsfreien Raum« ab.[50] Der Arbeitgeber, aber auch der Bewerber muss bestimmte Regeln einhalten. Auch dieser rechtliche Rahmen für Bewerbungen ist Bestandteil des Arbeitsrechts.

Schon vor Abschluss des Arbeitsvertrages und unabhängig davon, ob dieser später zustande kommt, entsteht bereits mit der Aufnahme von Vertragesverhandlungen ein vorvertragliches **Schuldverhältnis** zwischen Arbeitgeber und Bewerber, § 311 Abs. 2 BGB. *Schuld*verhältnis deswegen, weil gemäß § 311 Abs. 2 BGB schon jetzt zwischen den Beteiligten bestimmte Schutz- und Rücksichtspflichten bestehen, mit anderen Worten ein bestimmtes Verhalten *geschuldet* wird. In bestimmten Fällen bestehen darüber hinaus auch Informations- und Aufklärungspflichten. Jede Seite ist verpflichtet, die Interessen der anderen Seite zu respektieren. Und da es sich um echte Rechtspflichten handelt, kann die Verletzung dieser vorvertraglichen Pflichten auch zu Schadensersatzansprüchen führen.

Eine Verletzung von vorvertraglichen Pflichten, von Juristen auch *culpa in contrahendo* (lat.: Verschulden bei Vertragsverhandlungen)[51] genannt, würde zum Beispiel dann vorliegen, wenn der Arbeitgeber den Eindruck erweckt, dass der Abschluss des Arbeitsvertrages nur noch Formsache sei und der Bewerber daraufhin sein bisheriges Arbeitsverhältnis kündigt. Dann muss der Arbeitgeber gemäß § 280 BGB den durch diese Verletzung vorvertraglicher Pflichten entstandenen Schaden, also den durch die Kündigung bedingten Lohnausfall, ersetzen, wenn es nicht zum Abschluss des Arbeitsvertrages kommt.[52]

3.1 Fragerecht und Offenbarungspflicht

Sowohl beim Ausfüllen von Fragebögen als auch im Bewerbungsgespräch selbst gilt der Grundsatz: Das **Fragerecht** des Arbeitgebers ist zum Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers **eingeschränkt**. Der Arbeitgeber darf nur solche Fragen stellen, an deren Beantwortung er im Hinblick auf die angestrebte Tätigkeit des Arbeitnehmers ein berechtigtes Interesse hat. Anders: Der Arbeitgeber darf allein nach solchen Tatsachen fragen, die mit der in Aussicht genommenen Beschäftigung zusammenhängen – nur dann hat er ein berechtigtes Interesse daran, in die geschützte Privatsphäre des Bewerbers einzudringen. Bei Tatsachen, die mit der angestrebten Tätigkeit nicht zusammenhängen, geht das Interesse des Bewerbers am Schutz seiner Privatsphäre vor.

Unproblematisch ist es mit persönlichen Daten wie Verwandtschaftsverhältnissen, Freizeitbeschäftigung und Wohnbedingungen des Bewerbers, auch mit seinen Heiratsabsichten oder Kinderwünschen: All das hat den Arbeitgeber nicht zu interessieren.

---

[50] Vgl. DÄUBLER 1998, 132.

[51] Bis 2002 war das Verschulden bei Vertragsverhandlungen im BGB nicht geregelt. Mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002 wurde nicht nur die *culpa in contrahendo,* sondern auch einige weitere allgemeine Rechtsgrundsätze, die die Rechtsprechung in der Vergangenheit entwickelt hatte, gesetzlich geregelt.

[52] Das galt nach höchstrichterlicher Rechtsprechung auch schon vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetztes von 2002, vgl. BAG AP Nr. 4 zu § 276 BGB Verschulden beim Vertragsschluss.

Das »Recht zur Lüge«

Wichtig ist, wie sich der Bewerber bei unzulässigen Fragen verhalten sollte. Eine Möglichkeit ist, auf die Rechtsprechung des BAG hinzuweisen und die Antwort zu verweigern. Allerdings würde ein Bewerber, der so handelt, seine Chancen auf Einstellung nicht unbedingt erhöhen. Das hat auch das BAG erkannt und räumt dem Bewerber in ständiger Rechtsprechung das **Recht** ein, eine **unrichtige Antwort** zu geben.[53] Obwohl also darin eine Täuschung des Arbeitgebers liegt, ist dieser nicht nach § 123 BGB zur Anfechtung berechtigt, denn die Täuschung ist nicht widerrechtlich.[54]

Andrerseits ist zu beachten:

- Wenn eine **zulässige** Frage wahrheitswidrig beantwortet wird, kann der Arbeitgeber zur Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 BGB berechtigt sein, was zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führt (vgl. zu den weiteren Anfechtungsvoraussetzungen unter 5.1, S. 38).
- **Freiwillig** erteilte Auskünfte an den Arbeitgeber müssen **wahr** sein.

3.1.1 Diskriminierung

Nach dem sog. **Diskriminierungsverbot** in Art. 3 Abs. 3, 9 Abs. 3 GG und § 75 Abs. 1 BetrVG bzw. § 67 BPersVG darf niemand wegen seiner Abstammung, Religion, politischen oder gewerkschaftlichen Betätigung oder Einstellung benachteiligt werden. Aus dem Diskriminierungsverbot folgt aber auch das Verbot, die Grundlage für solche Diskriminierungen durch entsprechende Fragen zu schaffen.[55] Alle Fragen, die zu einer verbotenen Diskriminierung führen können, sind daher unzulässig. Daher darf es den Arbeitgeber nicht interessieren, welcher Konfession, Partei oder Gewerkschaft der Bewerber angehört. Das gilt auch dann, wenn ein Bewerber aus der früheren DDR nach seiner Mitgliedschaft in der SED gefragt wird.[56]

Von diesem Grundsatz gibt es eine wichtige Ausnahme bei so genannten **Tendenzbetrieben**: Wenn es gerade um die Anstellung bei einer Kirche geht, dann ist das Interesse des Arbeitgebers an der Konfession des Bewerbers berechtigt. Entsprechendes gilt für die Anstellung bei einer Partei oder Gewerkschaft. Selbstverständlich darf sich aber die Kirche nicht für die Partei- oder Gewerkschaftszugehörigkeit des Bewerbers und die Gewerkschaft nicht für seine Konfession interessieren.

3.1.2 Schwangerschaft

Bei der Frage nach der Schwangerschaft ist zunächst die seit 1980 bestehende Regelung in § 611a BGB zu beachten: Ein Arbeitnehmer darf, und zwar auch schon bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses, nicht wegen seine Geschlechts benachteiligt werden. Aus diesem Grund ist die Frage nach der Schwangerschaft inzwischen generell unzulässig. Eine Ausnahme wurde bis zum Jahr 2003 nur noch für die Fälle akzeptiert, in denen die Tätigkeit bei einer Schwangerschaft

---

53 BAG DB 1994, 939; DÄUBLER 1998, 137; ZÖLLNER, LORITZ 1998, § 11 I 3 a (S. 149).

54 Vgl. ZÖLLNER, LORITZ 1998, § 11 I 3 a (S. 149).

55 Vgl. ROSSBRUCH 1991, 74 (76).

56 So DÄUBLER 1998, 133.

- gar nicht erst aufgenommen werden *konnte,* weil es zur Ausübung des Berufes gerade auf den nichtschwangeren Zustand ankommt (zum Beispiel bei Mannequins oder Tänzerinnen) oder
- nicht aufgenommen werden *durfte* (zum Beispiel in Fällen, in denen ein Beschäftigungsverbot nach dem MSchG eingreift – Röntgenabteilung, OP-Pflege, Nachtarbeit etc.) oder
- die *Gesundheit* von Mutter und Kind *gefährdete*.

In diesem Zusammenhang ist nun allerdings das Urteil des Bundesarbeitgerichts vom 06.02.2003 zu beachten, in dem sich das Gericht der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) angeschlossen hat. Der EuGH kam bereits im Februar 2000 zu dem Ergebnis, dass die Anwendung von Vorschriften zum Schutz der Schwangeren nicht zu Benachteiligungen bei der Arbeitssuche führen dürfe. Art. 2 Abs. 1 und 3 der Richtlinie 76/207/EWG verbietet es, eine Schwangere nur deshalb nicht auf eine unbefristete Stelle einzustellen, weil sie für die Dauer der Schwangerschaft wegen eines auf ihren Zustand folgenden gesetzlichen Beschäftigungsverbots (z.B. nach § 4 MSchG) auf dieser Stelle von Anfang an nicht beschäftigt werden darf. Das hat auch Folgen für das Fragerecht des Arbeitgebers: Die Frage nach einer Schwangerschaft im Vorfeld unbefristeter Arbeitsverhältnissen verstößt regelmäßig gegen die Richtlinie 76/207/EWG. Demzufolge besteht ein Fragerecht des Arbeitgebers hinsichtlich Schwangerschaft zumindest bei unbefristeten Einstellungen auch dann nicht, wenn ein Beschäftigungsverbot nach § 4 MSchG eingreift.[57]

Die neue Rechtslage bei der Einstellung Schwangerer wird in den beiden **Leitsätzen** des Bundesarbeitsgerichtsurteils wie folgt auf den Punkt gebracht:[58]

1. Die Frage des Arbeitgebers nach einer Schwangerschaft vor der geplanten unbefristeten Einstellung einer Frau verstößt regelmäßig gegen § 611a BGB.
2. Das gilt auch dann, wenn die Frau die vereinbarte Tätigkeit wegen eines mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbotes zunächst nicht aufnehmen kann.

3.1.3 Schwerbehinderung

Die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft sieht das BAG als zulässig an.[59]

3.1.4 Gesundheitszustand

Bei der Frage, inwieweit Fragen nach dem Gesundheitszustand zulässig sind, kommt es – wie bei allen Fragen – darauf an, ob der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse hat. Das hat er aber nur dann, wenn ein Zusammenhang zwischen der Krankheit und dem zu besetzenden Ar-

[57] »Die erkennbare Zielrichtung der Frage nach der Schwangerschaft besteht dagegen darin, die Bewerberin bei einer Bejahung der Frage schon wegen der Schwangerschaft, folglich wegen des Geschlechts, nicht einzustellen. Eben dies will § 611 a Abs. 1 Satz 1 BGB verhindern. « (BAG, Urteil vom 6.2.2003, 2 AZR 621/01) Lehnt der Arbeitgeber die Einstellung einer Schwangeren mit der Begründung ab, dass sie aufgrund von Schutzvorschriften des Mutterschutzgesetzes nicht am angestrebten Arbeitsplatz eingesetzt werden kann, so wird er im Falle eines Rechtsstreits gemäß § 611a Abs. 2 BGB nicht zur Einstellung, sondern zur **Zahlung von Schadensersatz** an die Schwangere verurteilt (vgl. WEBER 2001, 50).

[58] Urteil vom 6.2.2003, 2 AZR 621/01 (www.bundesarbeitsgericht.de, 04.04.2004).

[59] BAG NZA 1996, 371.

beitsplatz besteht. Daher ist zunächst zwischen *früheren* und *gegenwärtigen* Erkrankungen zu unterscheiden:

- Krankheiten, die der Bewerber **überwunden** hat und von denen keine wesentlichen Nachwirkungen zurückgeblieben sind, müssen nicht angegeben werden, weil sie sich auf die Eignung für den vorgesehenen Arbeitsplatz nicht mehr auswirken können.
- Aber auch der **aktuelle** Gesundheitszustand darf nicht umfassend abgefragt werden:
  - Erkrankungen, die für die vorgesehene Stelle *bedeutungslos* sind, dürfen den Arbeitgeber nicht interessieren.
  - Krankheiten, die die Eignung für die vorgesehene Tätigkeit dagegen *ausschließen* oder die sich dabei *verschlimmern*, müssen angegeben werden. Die Pflegekraft, die sich für eine neurologische Station bewirbt, darf daher nach Bandscheibenschäden befragt werden. Auch ansteckende Krankheiten können die Eignung für einen Arbeitsplatz beeinträchtigen, wenn der Bewerber mit Arbeitskollegen zusammenarbeitet.
  - Die Frage nach einer *HIV-Infektion* wird mit folgender Begründung als unzulässig angesehen: Bei Beachtung allgemeiner Hygienemaßstäbe liege keine Gefährdung vor.[60]
  - Anders ist dagegen eine *AIDS-Erkrankung* zu beurteilen, denn infolge häufiger Krankheitsschübe kann es zu einer wesentlichen Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit kommen.[61]

3.1.5 Vorstrafen

Nach Vorstrafen darf der Arbeitgeber nur eingeschränkt fragen: Zulässig ist die Frage nach **einschlägigen Vorstrafen**, Vorstrafen also, die sich am vorgesehen Arbeitsplatz wiederholen können. Alle anderen Vorstrafen des Bewerbers sind dessen Privatangelegenheit und brauchen dem Arbeitgeber nicht mitgeteilt werden. Nach diesem Grundsatz darf also der Kassierer nach Vermögensdelikten, der Kraftfahrer nach Verkehrsdelikten oder eine Pflegefachkraft nach Verstößen gegen das Betäubungsmittelgesetz gefragt werden.

Unabhängig davon, ob die Vorstrafen einschlägig sind, darf sich ein Bewerber als unbestraft bezeichnen, wenn

- die Straftat bereits **verjährt** ist oder
- nach § 53 BZRG (Bundeszentralregistergesetz) aus dem Register zu **tilgen** ist – also spätestens fünf Jahre nach der Verurteilung.

3.1.6 Beruflicher Werdegang

Uneingeschränkt zulässig sind Fragen nach dem schulischen und beruflichen Werdegang des Bewerbers einschließlich der dabei erworbenen Fähigkeiten, Erfahrungen und Kenntnisse. Bei »Löchern« in der Biographie aufgrund von Umständen, die dem Arbeitgeber nicht mitgeteilt zu werden brauchen (zum Beispiel Haftstrafe wegen nicht einschlägiger Straftat), dürfen wahrheitswidrig normale berufliche Tätigkeiten angegeben werden.

[60] Vgl. GROSSKOPF, KLEIN 2002, 262.
[61] Vgl. GROSSKOPF, KLEIN 2002, 262.

Die Frage nach der **bisherigen Vergütung** ist unzulässig, weil durch sie nicht die Eignung für den Arbeitsplatz überprüft, sondern nur die Verhandlungsposition des Arbeitgebers verbessert wird. Zulässig ist dagegen die übliche Frage nach den Gehaltswünschen des Bewerbers.

Unzulässig ist auch die Frage danach, ob der Bewerber **Wehr- oder Zivildienst** geleistet hat.[62]

3.1.7 Vermögensverhältnisse

Die Frage nach den Vermögensverhältnissen ist nur dann zulässig, wenn es darauf im konkreten Arbeitsbereich des Bewerbers ankommt, wie das zum Beispiel beim Fahrer eines Geldtransportes oder dem Kassierer einer Bank der Fall ist. Bei einer Pflegefachkraft dürfte die Frage nach geordneten wirtschaftlichen Verhältnissen daher in aller Regel unzulässig sein.

Anders zu beurteilen ist dagegen die Frage, ob derzeit **Gehaltspfändungen** vorliegen. Schon wegen des damit verbundenen Aufwandes in der Lohnbuchhaltung ist das Interesse des Arbeitgebers daran, ob derzeit eine Pfändung besteht, berechtigt. Folgerichtig haben ihn aber Gehaltspfändungen in der Vergangenheit nicht zu interessieren.

3.1.8 Informations- und Aufklärungspflichten

Im Vorfeld eines Arbeitsvertrages haben beide Seiten auch Informations- und Aufklärungspflichten: Bestimmte Tatsachen müssen *unaufgefordert* und *wahrheitsgemäß* dargelegt werden.

- Der **Arbeitgeber** muss Umstände, deren Kenntnis für die Entscheidung des Bewerbers, ob er das Arbeitsverhältnis eingeht oder nicht, von wesentlicher Bedeutung sind, offenbaren. Beispiele:
  - Beabsichtigte oder wahrscheinliche Verlegung oder gar Schließung des Betriebes in absehbarer Zeit
  - Nicht allgemein bekannte Gesundheitsgefährdung der Arbeit
- Umgekehrt muss auch der **Arbeitnehmer** unaufgefordert Umstände darlegen, die für das zukünftige Arbeitsverhältnis erkennbar wesentlich sind. Im Bereich der Pflege ist hier an ein laufendes Verfahren zum Widerruf der Erlaubnis zur Führung der Berufsbezeichnung nach § 2 Abs. 2 KrPflG[63] zu denken. Ebenso muss der Bewerber, dem es um eine Einstellung als LKW- Fahrer geht, auf das Fehlen einer Fahrerlaubnis hinweisen.

[62] Vgl. GROSSKOPF, KLEIN 2002, 262.

[63] Vom 16. Juli 2003. In der alten Fassung von 1985 ist dieselbe Regelung in § 3 enthalten.

Zulässige Fragen	Bedingt zulässige Fragen	Grundsätzlich verbotene Fragen
• Beruflicher Werdegang • Schwerbehinderung	• Vorstrafen • Vermögensverhältnisse • Krankheiten • Gehaltspfändung	• Religionszugehörigkeit • Gewerkschaftszugehörigkeit • Parteizugehörigkeit • Heiratsabsichten • Schwangerschaft[64] • Höhe der bisherigen Vergütung

Tabelle 2: Fragerecht des Arbeitgebers

3.2 Psychologische Auswahlverfahren

Psychologische Tests einschließlich graphologischer Gutachten sind nur zulässig, wenn

- der Bewerber *einwilligt*,
- über den Ziel und Zweck des Tests und die Art der dabei zu ermittelnden Daten *aufgeklärt* wird (ohne ausreichende Aufklärung ist die Einwilligung unwirksam!) und
- es sich um die Ermittlung *arbeitsplatzbezogener Merkmale* handelt. Allgemeine Persönlichkeitstests und IQ-Tests sind daher unzulässig: Ihnen fehlt dieser Bezug zum Arbeitsplatz.

3.3 Einstellungsuntersuchung

Der Arbeitgeber darf auch eine ärztliche Untersuchung fordern, zu ihrer Durchführung ist jedoch die Zustimmung des Bewerbers erforderlich. Allerdings darf auch der Arzt keine weitergehenden Fragen stellen als der Arbeitgeber – der Schutz der Privatsphäre des Bewerbers ändert sich nicht dadurch, dass der Arbeitgeber die Ermittlung von ihm interessant erscheinenden Umständen auf einen Experten, hier den Arzt, delegiert.

Der Arzt wird aufgrund seiner Sachkunde regelmäßig weitergehende Erkenntnisse gewinnen, als der Arbeitgeber durch zulässige Fragen erlangt hätte. Da jedoch die ärztliche Schweigepflicht auch im Verhältnis zum Arbeitgeber wirkt, darf er dem Arbeitgeber nur solche Tatsachen mitteilen, nach denen dieser auch selbst hätte fragen dürfen. Unzulässig ist daher die Mitteilung einer **konkreten Diagnose** oder **einzelner medizinischer Befunde**. Dem Arbeitgeber darf nur die Auskunft über die gesundheitliche Eignung für den vorgesehenen Arbeitsplatz erteilt werden. Darüber hinausgehende medizinische Befunde der Einstellungsuntersuchung unterliegen der ärztlichen Schweigepflicht.[65]

[64] Die Frage nach der Schwangerschaft ist, jedenfalls bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen, als grundsätzlich verboten anzusehen, vgl. Fußnote 57.

[65] Ähnlich DÄUBLER 1998, 137.

3.4 Vorstellungskosten und Bewerbungsunterlagen

Wenn der Arbeitgeber zu einem Vorstellungsgespräch einlädt, dann muss er die Kosten für Anfahrt, Übernachtung und Verpflegung ersetzen, vgl. §§ 662-674 BGB. Möchte er das nicht, hat er die Möglichkeit, schon bei der Einladung jede Kostenerstattung auszuschließen.

Nach einer gescheiterten Bewerbung kann der Bewerber die Rücksendung sämtlicher Bewerbungsunterlagen verlangen. Solange diese sich noch beim Arbeitgeber befinden, besteht Diskretionspflicht: Die Unterlagen dürfen ohne ausdrückliche Zustimmung des Bewerbers nicht an Dritte weitergeleitet werden.

4 Rechte und Pflichten im Arbeitsverhältnis

Bei der Frage nach den Rechten und Pflichten, die die beiden Parteien im Arbeitsverhältnis haben, muss zunächst Klarheit darüber hergestellt werden, wo diese Rechte und Pflichten geregelt sind. Dabei ist die Frage nach den Rechten und Pflichten im Arbeitsverhältnis nichts anderes als die Frage nach seinem **Inhalt**.

4.1 Wonach bestimmt sich der Inhalt des Arbeitsverhältnisses?

Nach den Erläuterungen oben unter 2 (S. 7) ist bereits klar, dass es zu einem großen Teil die **Rechtsquellen** sind, die den Inhalt des Arbeitsverhältnisses bestimmen. Anstelle des Begriffs der »Rechtsquellen des Arbeitsrechts« wird zum Teil auch der der (rechtlichen) »**Gestaltungsfaktoren** von Arbeitsverhältnissen«[66] verwendet – ein Begriff, der im Zusammenhang mit der Frage nach dem *Inhalt* eines Arbeitsverhältnisses sogar geeigneter erscheint. Es geht also um die *Faktoren*, die den Inhalt, das heißt die gegenseitigen Rechte und Pflichten, festlegen oder *gestalten*.

Im Anschluss an die Rangpyramide der Rechtsquellen und die beiden Grundsätze des Rang- und des Günstigkeitsprinzip ist hier festzuhalten:

- Das Arbeitsverhältnis muss sich zunächst im Rahmen der **Gesetze** bewegen. Folglich gilt der Kündigungsschutz des KSchG, im Krankheitsfall wird nach den Vorschriften des EFZG das Gehalt weitergezahlt, etc.
- Hat im jeweiligen Arbeitsvertrag ein **Tarifvertrag** Gültigkeit (das ist nach den auf S. 11 unter 2.3.1.4 dargelegten Grundsätzen zu ermitteln), dann sind auch dessen Vorschriften zu beachten. Folglich kann dann der Arbeitnehmer die seiner Eingruppierung entsprechende Vergütung verlangen, hat Anspruch auf sechs Wochen Jahresurlaub etc.
- Rechte und Pflichten der Vertragsparteien können grundsätzlich auch im **Arbeitsvertrag** geregelt werden. Im Gegensatz zur weitgehenden *Abschlussfreiheit* bei Arbeitsverträgen (vgl. oben unter 2.4.1, S. 12) ist jedoch die *Inhaltsfreiheit* durch zahlreiche Arbeitsschutzvorschriften (z.B. ArbZG) stark eingeschränkt. Dasselbe gilt für die *Beendigungsfreiheit,* die durch den gesetzlichen Kündigungsschutz eingeschränkt wird.
- Weitere Rechte und Pflichten können durch **Betriebsvereinbarungen** festgelegt werden, so zum Beispiel das Recht aller Mitarbeiter, mittags in der Kantine zu essen.

[66] Vgl. ZÖLLNER, LORITZ 1998, § 6 I 8 (S. 73 f.).

- Zusätzliche Rechte, aber auch Pflichten für den Arbeitnehmer können sich außerdem aus der sog. **Betriebsübung** ergeben.

Von dem durch diese Gestaltungsfaktoren gesetzten Rahmen darf im Einzelarbeitsvertrag nur zu Gunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden. Weicht eine Einzelvereinbarung zu seinen Ungunsten ab, ist sie unwirksam und wird durch die Regelung in höherrangigen Rechtsquellen ersetzt.

4.2 Hauptpflichten

Die im Arbeitsverhältnis bestehenden Hauptpflichten werden explizit in § 611 BGB festgelegt: Es ist auf der einen Seite die Pflicht zur Zahlung der Vergütung, auf der anderen die Pflicht zur Arbeitsleistung.

4.2.1 Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers

Die Lohnzahlungspflicht ist die wichtigste Pflicht des Arbeitgebers. Sie besteht in der Regel auch ohne ausdrückliche Vereinbarung, vgl. § 612 BGB. Die Höhe der Vergütung ist zumeist unproblematisch, sie ergibt sich für Pflegekräfte regelmäßig aus Tarifverträgen.

Das Arbeitsverhältnis ist ein *gegenseitiger* Vertrag ist, in dem sich die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers und die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers in einem gegenseitigen *Austauschverhältnis* gegenüberstehen. Daraus folgt der Grundsatz: ohne Arbeit kein Lohn, ohne Lohn keine Arbeit. Interessant im Zusammenhang mit der Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers sind die *Ausnahmen* von diesem Grundsatz:

4.2.2 Vorübergehende Verhinderung, § 616 BGB

Nach § 616 BGB ist der Arbeitgeber zur Vergütungszahlung verpflichtet, wenn der Arbeitnehmer ohne sein Verschulden für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit aus persönlichen Gründen an der Arbeitsleistung gehindert ist.

In Tarifverträgen werden häufig spezielle Regelungen für die Fälle persönlicher Arbeitsverhinderung getroffen, so zum Beispiel in § 52 BAT. Sofern der Tarifvertrag im jeweiligen Arbeitsverhältnis anwendbar ist, gelten dann die tariflichen Regelungen.

4.2.3 Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

Das Entgeltfortzahlungsgesetz vom 26.5.1994 (EFZG) regelt die Vergütungsfortzahlung im Krankheitsfall und an gesetzlichen Feiertagen.[67]

[67] In § 10 EFZG geregelt ist die Erstattungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung in Höhe von 80% des fortzuzahlenden Entgelts für Unternehmer, die nicht mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigen.

4.2.3.1 Anspruchsvoraussetzungen

Damit bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung besteht, müssen gemäß § 3 EFZG insbesondere folgende **Anspruchsvoraussetzungen** erfüllt sein:

1. Es muss eine **Krankheit** vorliegen, aus der sich die **Arbeitsunfähigkeit** des Arbeitnehmers ergibt. Dabei ist der Begriff der Arbeitsunfähigkeit *relativ* und wird auf die konkrete Tätigkeit bezogen: Durch eine Tendovaginitis wird zwar eine Sekretärin, nicht aber der Richter arbeitsunfähig.[68]
2. Ein Arbeitnehmer hat nur dann einen Lohnfortzahlungsanspruch, wenn er die zur Arbeitsunfähigkeit führende Erkrankung **nicht verschuldet** hat.[69] Natürlich ist kein Arbeitnehmer dazu verpflichtet, unter allen Umständen darauf zu achten, gesund und arbeitsfähig zu bleiben. Andrerseits kann er aber auch nicht erwarten, dass der Arbeitgeber seine wirtschaftliche Existenz sichert, wenn er sich leichtfertig in Gefahr begibt und Schaden erleidet. Allgemein ist daher ein Verschulden nur dann gegeben, wenn ein *grober Verstoß gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartende Verhalten* vorliegt; wenn es also ungerechtfertigt erscheinen würde, die Folgen auf den Arbeitgeber abzuwälzen. Einige Beispiele sollen diese generelle Klausel mit Leben füllen:
   - Die Ausübung **gefährlicher Sportarten** (Drachenfliegen, Boxen) ist nicht zu beanstanden, wenn und soweit dabei die erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen beachtet werden.[70]
   - Bei **Verkehrsunfällen** liegt dann Verschulden vor, wenn *grob fahrlässig* gegen Verkehrsvorschriften verstoßen wurde: Eine geringfügige Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit hat keine Folgen, wohl aber das leichtsinnige Überqueren einer vielbefahrenen Straße. Wer sich im Auto nicht anschnallt, verliert seine Ansprüche, sofern die bei dem Unfall erlittenen Verletzungen auf das Nichtanlegen des Sicherheitsgurtes zurückzuführen sind,[71] entsprechendes gilt für Fahrten ohne Sturzhelm. Verschuldet ist auch ein Verkehrsunfall, der Folge einer Trunkenheitsfahrt ist.[72]
   - Ein **Arbeitsunfall** ist verschuldet, wenn vorsätzlich oder grob fahrlässig gegen Sicherheitsbestimmungen verstoßen wurde, also zum Beispiel keine Sicherheitsschuhe getragen wurden. Es fällt nicht schwer, im Krankenhaus Praktiken zu benennen, bei denen nach diesen Maßstäben ein Verschulden des Arbeitnehmers zu bejahen wäre.[73]
   - Als unverschuldet gilt gemäß § 3 Abs. 2 EFZG auch die Arbeitsverhinderung, die infolge eines rechtmäßigen **Schwangerschaftsabbruchs** eintritt. Gleiches gilt für den nach geltendem Recht zwar straflosen, aber rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruch nach Beratung innerhalb der ersten 12 Wochen der Schwangerschaft.
   - Das Verschulden ist auch bei **Suchterkrankungen** ausgeschlossen.

---

[68] Vgl. SCHAUB 1997, 277.

[69] Vgl. hierzu DÄUBLER 1998, 216 ff.

[70] BAG DB 1982, 706.

[71] BAG AuR 1983, 124.

[72] Vgl. zu Beispielen SCHAUB 1997, 280 f.

[73] Von großer praktischer Bedeutung ist die Frage des Verschuldens bei *Arbeitsunfällen* indes nicht. Denn bei Arbeitsunfällen ist die gesetzliche Unfallversicherung für die Entgeltfortzahlung zuständig. Sie leistet im Gegensatz zur gesetzlichen Krankenversicherung vom ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit an. Die Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung sind grundsätzlich verschuldensunabhängig.

Die Beweislast dafür, dass der Arbeitnehmer seine Krankheit verschuldet hat, trägt der Arbeitgeber.

3. Der Arbeitgeber kann die Fortzahlung der Vergütung verweigern, solange der Arbeitnehmer bei einer Erkrankung, die länger als drei Kalendertage dauert, kein **ärztliches Zeugnis** vorlegt. Erkrankt der Arbeitnehmer im Ausland, muss er dem Arbeitgeber und seiner gesetzlichen Krankenversicherung von dort unverzüglich die Arbeitsunfähigkeit, deren voraussichtliche Dauer und die genaue Adresse mitteilen, und zwar auf dem schnellstmöglichen Wege. Die Kosten dieser Nachricht hat der Arbeitgeber zu tragen. Ab dem vierten Tag ist auch aus dem Ausland unverzüglich eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen.
4. Ansprüche auf Entgeltfortzahlung bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit entstehen gemäß § 3 Abs. 3 EFZG erst, wenn das Arbeitsverhältnis **vier Wochen** ununterbrochen bestanden hat.

4.2.3.2 Inhalt des Anspruchs

Liegen die genannten Anspruchsvoraussetzungen vor, so ist dem Arbeitnehmer

- für **sechs Wochen** derjenige Betrag zu zahlen, den er ohne die Erkrankung verdient hätte (Lohnausfallprinzip).[74] Dazu gehört nicht das für Überstunden zusätzlich gezahlte Arbeitsentgelt, § 4 Abs. 1 a EFZG.[75] In Tarifverträgen können die Tarifparteien hiervon abweichende Bemessungsgrundlagen für das bei Krankheit fortzuzahlende Arbeitsentgelt vereinbaren, was sich letztlich auf dessen Höhe auswirkt. Die gesetzlichen Regelungen zur *Höhe* der Vergütungsfortzahlung im Krankheitsfall sind also insoweit tarifvertragsdispositiv, vgl. § 4 Abs. 4 EFZG sowie unter 2.6 (Ausnahme vom Rang- und vom Günstigkeitsprinzip).
- Erkrankt der Arbeitnehmer in kurzen Abständen mehrfach (so genannte **Mehrfacherkrankungen**), so ist zu unterscheiden zwischen *Wiederholungs-* und *Fortsetzungskrankheit:*

  ↳ Grundsätzlich entstehen bei mehrmaliger Erkrankung jeweils voneinander unabhängige Ansprüche, selbst wenn es sich um die gleiche Krankheit handelt. Hier liegt eine **wiederholte Erkrankung** vor.

  > *Beispiel:* Der Arbeitnehmer erleidet am 1.2. eine Darminfektion, weswegen er bis zum 15.3. arbeitsunfähig ist. Sodann bricht er sich am 1.4. ein Bein. Er hat in beiden Fällen den vollen Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung durch den Arbeitgeber, also für jeweils sechs Wochen. Das gleiche gilt, wenn der Arbeitnehmer wegen Erkältung arbeitsunfähig war, dann einen oder mehrere Tage gearbeitet und sich erneut erkältet hat.

  ↳ Anders ist der Fall zu beurteilen, wenn weitere Erkrankungen auf *demselben Grundleiden* beruhen (der Arbeitnehmer erkrankt in kurzen Zeitabständen mehrfach wegen Bandscheibenschadens oder Allergie): Hier liegt eine **Fortsetzungserkrankung** vor. Ein er-

[74] Vom 1.10.1996 bis zum 31.12.1999 war die Entgeltzahlung im Krankheitsfall auf 80% des Arbeitsentgelts beschränkt. Davon betroffen waren aber ohnehin nur Arbeitnehmer, für die keine günstigeren Regelungen in Tarifverträgen bestanden.

[75] Die Herausnahme der Überstundenvergütungen aus der Entgeltfortzahlung ist zum 1.1.1999 in den § 4 Abs. 1a EFZG eingefügt worden. Betroffen sind sowohl die Grundvergütung als auch die Überstundenzuschläge, vgl. SCHIEFER, WORZALLA PflR 1999, 38 (41).

neuter Anspruch auf Vergütungsfortzahlung ist gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 EFZG nur dann gegeben, wenn

- ❖ der Arbeitnehmer vor der erneuten Arbeitsunfähigkeit mindestens sechs Monate nicht infolge derselben Erkrankung arbeitsunfähig war, *oder*
- ❖ wenn seit Beginn der ersten Arbeitsunfähigkeit infolge derselben Erkrankung bereits zwölf Monate vergangen sind.

4.2.4 Beschäftigungsanspruch

Fraglich ist, ob der Arbeitnehmer neben dem Anspruch auf Vergütungszahlung auch einen direkten **Anspruch auf Beschäftigung** hat. Das ist heute für alle Arbeitnehmer allgemein anerkannt. Der Arbeitnehmer kann den Arbeitgeber sogar auf Beschäftigung verklagen.[76]

Differenzierter ist die Frage zu beurteilen, ob der Arbeitnehmer auch bei einem **Streit um die Beendigung des Arbeitsverhältnisses** einen Weiterbeschäftigungsanspruch hat, zum Beispiel wenn nach erfolgter Kündigung Kündigungsschutzklage erhoben wird. Folgende Konstellationen sind zu unterscheiden:

- Während eines **erstinstanzlichen Rechtsstreits** überwiegt wegen des ungewissen Ausgangs des Kündigungsschutzprozesses das Interesse des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer nicht zu beschäftigen, es sei denn, die Kündigung ist offensichtlich unbegründet ➲ kein Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers.
- Gewinnt der Arbeitnehmer in der ersten Instanz (wird also die Unwirksamkeit der Kündigung festgestellt), überwiegt in der **zweiten Instanz** sein Interesse an Weiterbeschäftigung ➲ der Arbeitnehmer muss während der Dauer des Rechtsstreits in der zweiten Instanz grundsätzlich weiterbeschäftigt werden. Für ein überwiegendes Gegeninteresse des Arbeitgebers reicht die Ungewissheit des Prozessausgangs in der zweiten Instanz nicht mehr aus, es müssen *zusätzliche* Gesichtspunkten hinzukommen (zum Beispiel Verdacht einer strafbaren Handlung, Auftragsmangel, Betriebsstillegung, Streit mit Kollegen).

4.2.5 Arbeitspflicht des Arbeitnehmers

Der Arbeitnehmer hat seine Arbeit gemäß § 613 S. 1 BGB *persönlich* zu leisten, er darf also keinen »Ersatzmann« schicken. Entsprechend muss der Arbeitnehmer seine Arbeitspflicht grundsätzlich auch nur gegenüber seinem Vertragspartner erfüllen, § 613 Satz 2 BGB.

Hauptpflicht des Arbeitnehmers ist die Arbeitsleistung, § 611 BGB. Damit ist aber nur gesagt, dass der Arbeitnehmer arbeiten muss. Eine weitere Festlegung der Arbeitsleistung erfolgt in der Regel im Arbeitsvertrag, zum Beispiel »Einstellung als Hilfsarbeiter«, »als Gesundheits- und Krankenpflegerin«. Neben dieser *fachlichen Bestimmung* der Tätigkeit kann die Tätigkeit durch Vereinbarung einer *Vergütungsgruppe* weiter eingegrenzt werden. Aber auch damit ist die konkrete Art der Tätigkeit noch nicht festgelegt.

[76] Das BAG leitet den Beschäftigungsanspruch aus Art. 1 und 2 GG ab: Die Achtung vor der Person des Arbeitnehmers verlangt, dass dieser für das erlangte Geld auch eine Tätigkeit entfalte (BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäftigungsanspruch; BÖHME 1998, 111; SCHAUB 1997, 326).

Beispiele: Ist der Hilfsarbeiter, der zunächst als Packer eingesetzt wurde, nach einer entsprechenden Anweisung des Arbeitgebers auch zum Hofkehren verpflichtet? Muss die seit ihrer Einstellung auf einer internistischen Station tätige Krankenschwester auf Anordnung der Pflegedirektorin in der Urologie arbeiten? Kann eine Stationsleitung auf die Stelle einer »normalen« Krankenschwester ohne Leitungsfunktion versetzt werden?

Es ist für Arbeitsverhältnisse geradezu charakteristisch, dass die Arbeitsleistungen des Arbeitnehmers nicht konkret im Voraus festgelegt werden können, sondern aufgrund der sich ändernden Bedürfnisse fortlaufend neu bestimmt werden müssen. Und natürlich kann nicht verlangt werden, diese fortlaufende Neubestimmung durch ständige Arbeitsvertragsänderungen zu regeln.

4.3 Das Direktionsrecht des Arbeitgebers

Die Lücken, die nach »Auswertung« aller einschlägigen Rechtsquellen verbleiben, werden mit Hilfe des **Direktionsrechts** des Arbeitgebers ausgefüllt. Der Arbeitgeber hat aufgrund des Arbeitsvertrages das Recht, von sich aus jede Anordnung zu treffen, die ihm sinnvoll erscheint. Da die Pflichten des Arbeitnehmers (und damit der *Inhalt des Arbeitsverhältnisses*) auch durch das Direktionsrecht bestimmt werden, ist es berechtigt, zu den *Gestaltungsfaktoren von Arbeitsverhältnissen* auch das Direktionsrecht des Arbeitgebers zu zählen.[77]

Dem Weisungsrecht des Arbeitgebers entspricht, sozusagen spiegelbildlich, die **Gehorsamspflicht** des Arbeitnehmers: Im Arbeitsverhältnis ist ein Mensch der Weisungsgewalt eines andern unterworfen. Um den unterworfenen, schwächeren, abhängigen Teil – den Arbeitnehmer – vor Missbräuchen des Direktionsrechts zu schützen, werden ihm Grenzen gezogen. Aufgrund dieser Grenzen ist das Direktionsrecht *rechtlich* der schwächste Gestaltungsfaktor für die Arbeitsbedingungen: Es muss die Regelungen aller übergeordneten Gestaltungsfaktoren – u.a. Gesetze, Tarifverträge, Arbeitsvertrag – als Grenze beachten. Dennoch hat das Weisungsrecht *faktisch* ein großes Gewicht im Arbeitsalltag, kennzeichnet es doch die Abhängigkeit des Arbeitnehmers (vgl. oben unter 1.2.2).

Aufgrund seines Direktionsrechts kann der Arbeitgeber die Einzelheiten der Arbeitsleistung bestimmen, und zwar hinsichtlich:

- der **Art** der Arbeitsleistung, wobei sich die Weisungen
  - ↳ auf den *Arbeitsplatz* als solchen oder
  - ↳ auf die *Art und Weise des Arbeitsablaufs* beziehen können.
- Die Weisungen des Arbeitgebers können aber auch den **Ort** oder
- die **Zeit** der Arbeitsleitung betreffen. Sie können sich darüber hinaus beziehen
- auf das **betriebliche Verhalten** und
- das **außerdienstliche** Verhalten des Arbeitnehmers.

[77] Vgl. ZÖLLNER, LORITZ 1998, § 6 I 8 (S. 73 f.); als »praktisch wichtigstes« Gestaltungsmittel des Arbeitgebers wird das Direktionsrecht auch von BÖHME (1998, 102) bezeichnet.

Weisungs- bzw. Direktionsrecht ist das Recht des Arbeitgebers, durch Erteilung von Weisungen einseitig den Inhalt der Arbeitsleistung und die Arbeitsbedingungen zu bestimmen. Dies betrifft vor allem die Bestimmung von Zeit, Art und Ort der Arbeitsleistung.[78] Dem Weisungsrecht des Arbeitgebers entspricht, sozusagen spiegelbildlich, die **Gehorsamspflicht** des Arbeitnehmers.

Das Direktionsrecht findet seine Grenzen in den Vorschriften der Gesetze, Tarifverträge und des Arbeitsvertrages. Daher können dem Arbeitnehmer in besonderen Situationen sogar **Weigerungsrechte** zustehen, dann z.B., wenn er durch die Befolgung der Weisung gegen Bestimmungen des Strafrechts oder gegen arbeitschutzrechtliche Bestimmungen verstoßen würde.

Inhalt und Grenzen des Direktionsrechts sollen im Folgenden anhand einiger Beispiele erläutert werden.

4.3.1 Erstmalige Zuweisung eines Arbeitsplatzes

Das Weisungsrecht des Arbeitgebers gilt nur im Rahmen des Arbeitsvertrages. Der **Arbeitsplatz** kann im Arbeitsvertrag ganz unterschiedlich umschrieben sein. Vier Möglichkeiten sind denkbar:

1. Der Arbeitnehmer kann sich **ganz allgemein** zur Arbeitsleistung verpflichten. Dann wird das Weisungsrecht des Arbeitgebers durch den Arbeitsvertrag selbst nicht eingeschränkt. Die Zulässigkeit derartiger Vereinbarungen ergibt sich aus § 315 BGB.
2. Eine andere Möglichkeit ist, den Arbeitsplatz schon von vornherein im Arbeitsvertrag **fest** zu bestimmen, zum Beispiel bei der leitenden Pflegekraft oder bei einer Formulierung wie *»... als Abteilungsschwester der Inneren Abteilung 1 nach Vergütungsgruppe Kr. VII«*. Hier beschränkt sich das Weisungsrecht auf Einzelheiten des Arbeits*ablaufs*, hinsichtlich des Arbeits*platzes* lässt der Arbeitsvertrag für Weisungen des Arbeitgebers keinen Raum mehr.
3. In der Regel bewegen sich Arbeitsverträge aber zwischen diesen beiden Extremen: Die Arbeitsleistung wird **fachlich** bestimmt, wie zum Beispiel in der Formulierung *»... als Gesundheits- und Krankenpflegerin eingestellt.«* Damit ist zwar festgelegt, dass die Arbeitnehmerin nicht als Röntgenassistentin, Laborantin, Ärztin oder Verwaltungsangestellte beschäftigt werden darf. Es bleibt aber offen, zu welcher konkreten Tätigkeit aus dem Berufsfeld der Gesundheits- und Krankenpflege die Arbeitnehmerin verpflichtet ist: Sie könnte im ganzen Krankenhaus eingesetzt werden.
4. Um die vom Arbeitnehmer geschuldete Arbeitsleistung konkreter festzulegen, kann im Arbeitsvertrag über die fachliche Bestimmung hinaus die **Eingruppierung** in eine bestimmte Vergütungsgruppe vereinbart werden. Auch wenn damit der konkrete Arbeitsplatz noch nicht endgültig festgelegt ist (jede Vergütungsgruppe enthält mehrere Tätigkeitstypen), dürfen dem Arbeitnehmer nur solche Tätigkeiten übertragen werden, die einer der in der vereinbarten Vergütungsgruppe genannten Tätigkeitstypen entsprechen. Die im Arbeits-

[78] BAG, Urt. v. 27.3.80 – 2 AZR 506/78.

vertrag enthaltene Eingruppierung führt also zu einer *Konkretisierung* des Arbeitsverhältnisses auf Tätigkeiten, die der vereinbarten Vergütungsgruppe entsprechen.

Je genauer ein Tarifvertrag, eine Betriebsvereinbarung oder auch der Arbeitsvertrag die Tätigkeit des Arbeitnehmers beschreiben, desto enger ist zwangsläufig das Weisungsrecht des Arbeitgebers.

Je weniger detailliert die Tätigkeit des Arbeitnehmers im Arbeitsvertrag etc. umschrieben ist, umso weiter sind die Grenzen des Weisungsrechts, zum Beispiel für einen Arbeitsplatzwechsel.

4.3.2 Zuweisung geringer- oder höherwertiger Tätigkeiten

Nach der Rechtsprechung des BAG ist die Zuweisung von Tätigkeiten, die den Tätigkeitstypen einer anderen als der vereinbarten Vergütungsgruppe entsprechen, auch dann nicht möglich, wenn die vereinbarte Vergütung zugesichert wird. Dies wird mit dem engen Zusammenhang zwischen der ausgeübten Tätigkeit und der entsprechenden Vergütungsgruppe begründet, der sog. »Vergütungsautomatik«. Die Zuweisung kann also nicht einseitig durch den Arbeitgeber in Ausübung seines Direktionsrechts erfolgen. Vor einem derartigen Wechsel der Tätigkeit ist daher eine **Änderungskündigung** oder die Änderung des Arbeitsvertrages durch einen **Änderungsvertrag** erforderlich.

Von diesem Grundsatz bestehen zwei Ausnahmen, bei denen der Arbeitgeber unter Beibehaltung der Bezahlung eine Tätigkeit zuweisen kann, die den Tätigkeitstypen einer niedrigeren oder höheren Vergütungsgruppe entsprechen:

1. Dem Arbeitnehmer kann **vorübergehend** eine höher- oder geringerwertige Tätigkeit zugewiesen werden, wenn dies aus betrieblichen Gründen (zum Beispiel Arbeitskräftemangel, Vertretung erkrankter Kollegen) erforderlich ist. Für *höherwertige* Tätigkeiten ergibt sich das aus § 24 BAT; für *geringerwertige* aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers.
2. **Auf Dauer** kann ein geringerwertiger Arbeitsplatz nur aus vom Arbeitnehmer zu vertretenden Gründen zugewiesen werden, zum Beispiel wegen Unverträglichkeit mit Kollegen, Vorgesetzten oder Nachgeordneten.

Bei Zuweisung einer geringerwertigen Tätigkeit bleibt der Anspruch auf eine der bisherigen Tätigkeit entsprechenden Vergütung bestehen. Jedoch ist in solchen Fällen Vorsicht angezeigt:

Achtung: Erklärt sich der Arbeitnehmer, ob ausdrücklich oder stillschweigend, mit einer geringerwertigen Tätigkeit und geringerer Vergütung einverstanden, liegt keine Arbeitgeberweisung, sondern ein *Änderungsvertrag* vor. Ansprüche auf eine höhere als die der zugewiesenen Tätigkeit entsprechenden Vergütung sind damit ausgeschlossen.

Wird Ihnen eine geringerwertige Tätigkeit zugewiesen, empfiehlt es sich daher dringend, sich Ihre Rechte aus dem Arbeitsverhältnis schriftlich vorzubehalten!

4.3.3 Wechsel des Arbeitsplatzes

Hier ist zunächst zwischen *Versetzung* und *Umsetzung* zu unterscheiden:

4.3.3.1 Versetzung

Eine **Versetzung** kann sowohl den *Ort* als auch die *Art* der Arbeitsleistung betreffen:

- Zum einen liegt eine Versetzung vor, wenn dem Arbeitnehmer nicht nur vorübergehend ein Arbeitsplatz in einem anderen Betrieb bzw. Dienststelle zugewiesen wird. Eine Versetzung an einen anderen **Ort** ist grundsätzlich *nicht* vom Direktionsrecht umfasst, so dass hierzu eine Änderungskündigung erforderlich ist.
- Auch eine Änderung der **Art** der Arbeit ist eine Versetzung. Soll der Arbeitnehmer auf Dauer eine andere Arbeit verrichten, so liegt eine Versetzung vor. Sie ist nur in dem vom Arbeitsvertrag gezogenen Rahmen möglich. Ist eine Versetzung danach nicht vom Direktionsrecht des Arbeitgebers umfasst, muss dieser eine Änderungskündigung aussprechen.
- Von diesen Grundsätzen bestehen zwei praktisch wichtige **Ausnahmen**:
  - Im Geltungsbereich des BAT ergibt sich die Zulässigkeit der Versetzung an einen anderen Dienst**ort** aus § 12 Abs. 1 BAT. Insofern *erweitert* der BAT das Direktionsrecht des Arbeitgebers. Die Versetzung ist nur aus dienstlichen oder betrieblichen Gründen zulässig. Während der Probezeit ist eine Versetzung ohne Zustimmung des Angestellten nicht möglich, § 12 Abs. 3 BAT. Eine entsprechende Regelung ist in § 9 AVR Caritas enthalten.
  - Außerdem kann sich der Arbeitgeber auch im Einzelarbeitsvertrag Versetzungsmöglichkeiten innerhalb des Betriebes, Unternehmens oder Konzerns vorbehalten. Dann erfolgt eine Versetzung durch zulässige Ausübung des Direktionsrechts.
- Niemals aber umfasst das Direktionsrecht die Befugnis zu Versetzung des Angestellten auf einen Arbeitsplatz mit geringerer Entlohnung, auch wenn die bisher gezahlte Vergütung fortgezahlt wird: Die **Zuweisung geringerwertiger Arbeit** ist dem Arbeitnehmer stets unzumutbar. Klauseln in Arbeitsverträgen, nach denen dies dennoch zulässig sein soll, sind unwirksam, weil so der Kündigungsschutz bei Änderungskündigungen umgangen bzw. ausgehöhlt würde. Ausnahme: vgl. oben unter 4.3.2.

4.3.3.2 Umsetzung

Der Begriff der Umsetzung ist gesetzlich nicht definiert. Man meint damit eine Maßnahme des Arbeitgebers, die eine Ausübung seines Direktionsrechts ist, aber keine Versetzung. Die Umsetzung ist also »weniger« als eine Versetzung. Bei einer Umsetzung wird weder der vertragliche vereinbarte Ort der Arbeit noch die Art der Arbeitsleistung grundlegend geändert (sonst würde eine Versetzung vorliegen). Dagegen erfolgt auch eine Umsetzung in der Regel auf Dauer. Die Umsetzung ist vom Direktionsrecht des Arbeitgebers in der Regel gedeckt.

Beispiele für Fälle der innerbetrieblichen Umsetzung:

- Die Sekretärin wird lediglich einem anderen Sachbearbeiter zugeordnet, wobei ansonsten die Arbeitsumstände und -inhalte vergleichbar bleiben.
- Die Verkäuferin wird von der Kinderabteilung in die Herrenabteilung umgesetzt.
- Die Pflegekraft wird von der chirurgischen in die neurochirurgische Klinik versetzt.

4.4 Nebenpflichten

Die Hauptleistungspflichten der Arbeitsvertragsparteien sind die Arbeitspflicht und die Vergütungspflicht. Mit diesen Hauptleistungen sind aber längst noch nicht alle Verpflichtungen im Arbeitsverhältnis erschöpft. Es bestehen nämlich neben den Hauptpflichten zahlreiche Nebenpflichten. Einige Nebenpflichten sind gesetzlich ausdrücklich geregelt, andere werden von der Rechtsprechung im Wege der Auslegung aus dem Arbeitsvertrag abgeleitet. Allgemein leiten sich Nebenpflichten ab

- aus der **Treuepflicht des Arbeitnehmers** und
- der **Fürsorgepflicht des Arbeitgebers**.

Diese beiden Pflichten wiederum leiten sich als Nebenpflichten unmittelbar aus dem Arbeitsvertrag ab. Ebenso wie bei den Hauptpflichten kann auch die Missachtung von Nebenpflichten ein Kündigungsgrund sein oder Schadensersatzansprüche auslösen.

4.4.1 Nebenpflichten des Arbeitnehmers

- Eine wichtige Konkretisierung der Treuepflicht ist die **Informationspflicht**: Erkennt der Arbeitnehmer drohende Schäden, muss er dies dem Arbeitgeber anzeigen. Denn der Arbeitgeber (Krankenhausträger) hat oft nur dann Gelegenheit, betriebliche Missstände abzustellen und so einer vertraglichen Haftung gegenüber seinen Patienten zu entgehen, wenn er durch seine Mitarbeiter über Probleme informiert wird. Aus diesem Grund haben Pflegekräfte, die wegen mangelnder Besetzung einer Station keine ausreichende Pflege mehr gewährleisten können, sogar die *Verpflichtung,* die Überlastung dem Arbeitgeber mit der **Überlastungsanzeige** mitzuteilen.[79] Eine derartige Verpflichtung ergibt sich außerdem auch aus den §§ 15, 16 ArbSchG.
- Auch die **Anzeige- und Nachweispflicht** bei Arbeitsunfähigkeit nach § 5 EFZG ist eine grundlegende arbeitsvertragliche Pflicht. Ihre Verletzung kann Einbußen bei der Vergütungsfortzahlung und unter bestimmten Voraussetzungen nach vorheriger Abmahnung sogar eine Kündigung zur Folge haben. Im Übrigen folgt aus der allgemeinen Treuepflicht, dass der Arbeitgeber über jede krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit unverzüglich zu informieren ist.
- Die **Verschwiegenheitspflicht** beinhaltet, dass der Arbeitnehmer über Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gegenüber jedermann zu schweigen hat. Für den Bereich des öffentlichen Dienstes ist die Verschwiegenheitspflicht in § 9 BAT geregelt, im Bereich der AVR Cari-

[79] Vgl. BÖHME 1996 F IV 2 (S. 269).

Haupt- und Nebenpflichten der Arbeitsvertragsparteien			
Arbeitgeber		**Arbeitnehmer**	
Hauptpflichten	*Nebenpflichten* (Fürsorgepflicht)	*Hauptpflichten*	*Nebenpflichten* (Treuepflicht)
• Gehaltszahlung • Beschäftigung	• Obhuts- und Verwahrungspflicht • Informations- und Belehrungspflichten • Schutz der Arbeitnehmerdaten • Grundsatz der Gleichbehandlung (= Verbot unsachlicher Differenzierung) • Personalaktenführung, Einsichtgewährung • Zeugniserteilungspflicht, §§ 630 BGB, 61 BAT, 20 AVR Caritas	• Arbeitspflicht • Gehorsamspflicht (komplementär zum Direktionsrecht des Arbeitgebers)	• Informationspflicht (z.B. Überlastungsanzeige) • Verschwiegenheitspflicht, §§ 9 BAT, 5 Abs. 1 AVR • Verbot rufschädigender Äußerungen • Anzeige- bzw. Genehmigungspflicht bei Nebentätigkeit, §§ 11 BAT, 5 Abs. 2 AVR • Rücksichtspflichten außerhalb der Dienstzeit

Tabelle 3: Inhalt des Arbeitsverhältnisses

tas in § 5 Abs. 1. Die arbeitsrechtliche Verschwiegenheitspflicht gilt über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus.

- Aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers folgt auch das **Verbot rufschädigender Äußerungen**. Das Verbot gilt selbst dann, wenn die mitgeteilten Tatsachen erweislich wahr sind. Es endet aber dort, wo die Mitteilung rufschädigender Tatsachen zur Wahrung eigener Interessen des Arbeitnehmers erforderlich ist.

> *Beispiel:* Werden im Betrieb Unfallverhütungsvorschriften verletzt, muss sich der Arbeitnehmer zunächst an den Arbeitgeber und den Betriebs- oder Personalrat wenden, bevor er die Gewerbeaufsicht oder die Öffentlichkeit anspricht. Es ist also der schonendste Weg einzuschlagen.

- **Anzeige-** bzw. **Genehmigungspflicht** bei Nebenbeschäftigung, § 11 BAT und § 5 Abs. 2 AVR Caritas.
- Auch das **Wettbewerbsverbot** ist eine Nebenpflicht des Arbeitnehmers. Es verbietet dem Arbeitnehmer, auf demselben unternehmerischen Gebiet tätig zu werden wie sein Arbeitgeber und ihm damit Konkurrenz zu machen.
- **Rücksichtspflichten außerhalb der Dienstzeit** bei Tendenzbetrieben: Der Lektor eines geistlichen Verlages darf keine Bücher schreiben, in denen er den Atheismus propagiert, der Geschäftsführer einer Liga gegen Alkohol darf nicht die Trunksucht verherrlichen.[80] Ein Gesundheits- und Krankenpfleger, der in einer Klinik des Diakonischen Werks der Evangeli-

[80] Beispiele nach ZÖLLNER, LORITZ 1998, 175

schen Kirche tätig ist, darf nicht in nachmittäglichen Fernsehshows in einer Weise über sein Sexualverhalten sprechen, die mit der evangelischen Sexualmoral unvereinbar ist.[81] Für den Geltungsbereich der AVR Caritas sind die Anforderungen an die persönliche Lebensführung in deren § 4 Abs. 3 festgelegt: Sie muss *»der Glaubens- und Sittenlehre sowie den übrigen Normen der katholischen Kirche«* entsprechen.

- Zu **Überstunden** und **Mehrarbeit** ist der Arbeitnehmer grundsätzlich nur in Notfällen verpflichtet – wobei eine geänderte Auftragslage des Arbeitgebers noch keinen Notfall darstellt.[82] In Tarifverträgen ist allerdings vielfach geregelt, dass der Arbeitgeber unter bestimmten Voraussetzungen Überstunden verlangen kann, vgl. § 17 Abs. 1 und 4 BAT. Eine Definition von Überstunden ist in § 17 Abs. 1 Satz 1 BAT enthalten:

> **§ 17 Überstunden**
> (1) Überstunden sind die auf Anordnung geleisteten Arbeitsstunden, die über die im Rahmen der regelmäßigen Arbeitszeit (§ 15 Abs. 1 bis 4 und die entsprechenden Sonderregelungen hierzu) für die Woche dienstplanmäßig bzw. betriebsüblich festgesetzten Arbeitsstunden hinausgehen.

4.4.2 Nebenpflichten des Arbeitgebers

- Der Arbeitgeber ist zur **Fürsorge für Leben und Gesundheit** des Arbeitnehmers verpflichtet. Das ist ausdrücklich geregelt in den §§ 617, 618 BGB.
- **Obhuts- und Verwahrungspflicht** für eingebrachte Sachen: Für Sachen, die der Arbeitnehmer braucht, um zur Arbeit zu kommen oder sich zur Arbeit bereit zu halten (Straßenkleidung, angemessener Geldbetrag, Fachbücher, Taschenrechner etc.), muss der Arbeitgeber geeignete Aufbewahrungsmöglichkeiten schaffen. Unterlässt er dies, so muss er bei Verlust oder Beschädigung Schadensersatz leisten. Der Arbeitnehmer muss diese Sicherungsmöglichkeiten aber auch nutzen, d.h. den Spind abschließen und ggf. ein eigenes Schloss kaufen.

  Keine Obhutspflicht hat der Arbeitgeber für Sachen, die mit dem Arbeitsverhältnis nichts zu tun haben, zum Beispiel die mitgebrachte, wertvolle Uhr oder Kamera.
- **Informations- und Belehrungspflichten** treffen den Arbeitgeber, wenn die Gewährung bestimmter Sozialleistungen von einer Antragstellung abhängig ist. Hauptbeispiel dafür ist die betriebliche Altersversorgung, über deren Möglichkeiten sowie Vor- und Nachteile der Arbeitnehmer bei Beginn des Arbeitsverhältnisses zu belehren ist.
- Schutz der **Arbeitnehmerdaten**.
- Bei Entscheidungen, die über einzelne Arbeitsverhältnisse hinausreichen, muss der Arbeitgeber den Grundsatz der **Gleichbehandlung** beachten. Das bedeutet aber nicht, dass er alle Arbeitnehmer stets gleich behandeln muss. Nur die Fälle, die sachlich vergleichbar sind, müssen auch gleich behandelt werden.[83] Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist also nicht als

---

[81] In dem vom Arbeitsgericht Berlin am 7.7.1999 entschiedenen Fall scheiterte die Kündigung nur daran, dass der Arbeitgeber formelle Gesichtspunkte nicht berücksichtigt hat (vgl. *Die Schwester/Der Pfleger* 2000, 430 ff.).

[82] Vgl. ZÖLLNER, LORITZ 1998, § 12 III 2 a (S. 166), § 13 II 2 b (S. 176).

[83] Vgl. ZÖLLNER, LORITZ 1998, § 17 (S. 215).

Gebot gleichmäßiger Behandlung, sondern als **Verbot unsachlicher Differenzierung** zu verstehen. Ein anderer Begriff dafür ist der des **Willkürverbots**: Willkürliche Differenzierung ist dem Arbeitgeber verboten, wobei *willkürlich* gleichbedeutend ist mit *unsachlicher* Differenzierung.

In diesem Zusammenhang ist die Frage interessant, ob der Arbeitgeber aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes verpflichtet ist, auch die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer nach Tarif zu behandeln. Das ist zu verneinen: § 4 Abs. 1 TVG regelt die Geltungsdifferenzierung zwischen Arbeitnehmern, die Gewerkschaftsmitglieder sind, und »Außenseitern«. Das erlaubt auch dem Arbeitgeber eine Differenzierung. Sachlicher Grund der unterschiedlichen Behandlung ist nicht die Gewerkschaftsmitgliedschaft, sondern der vom Tarifvertrag ausgehende Zwang.

- Personalaktenführung und Einsichtgewährung
- Zeugniserteilungspflicht, § 630 BGB und § 20 AVR Caritas

5 Beendigung des Arbeitsverhältnisses

5.1 Beendigungstatbestände im Überblick

Folgende Gründe können zur Beendigung eines Arbeitsverhältnisses führen (sogenannte *Beendigungstatbestände):*

1. **Tod des Arbeitnehmers**: Sofortiges Ende des Arbeitsverhältnisses.

   Der Tod des Arbeit*gebers* ist dagegen in der Regel kein Beendigungsgrund, statt dessen tritt der Erbe in die Arbeitgeberstellung ein. Möglicherweise liegt aber ein Kündigungsgrund vor.

2. **Befristung**, vgl. § 19 Abs. 1 AVR Caritas

3. Wird ein Arbeitsverhältnis durch einen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geschlossenen **Auflösungsvertrag** (vgl. § 19 Abs. 2 AVR Caritas) beendet, finden weder die Vorschriften über den besonderen oder allgemeinen Kündigungsschutz noch über die Mitwirkungsrechte der Belegschaftsvertretung (Betriebs- bzw. Personalrat) Anwendung. Auflösungsverträge sind nur wirksam, wenn sie *schriftlich* vereinbart werden, § 623 BGB.

   > Achtung: Wegen der **Sperrzeitregelung** in § 144 SGB Abs. 3 ist es zweckmäßig, vor Abschluss eines Aufhebungsvertrages mit dem Arbeitsamt Rücksprache zu nehmen, da sonst der Anspruch auf Arbeitslosengeld vorübergehend entfallen kann!

4. Unter bestimmten Voraussetzungen kann die **Anfechtung** nach § 119 BGB zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen. Praktisch bedeutsam ist dieser Beendigungstatbestand im Zusammenhang mit dem Fragerecht des Arbeitgebers (vgl. unter 3.1, S. 20): Der Arbeitgeber

kann seine Willenserklärung, die zum Abschluss des Arbeitsvertrages geführt hat, anfechten, wenn[84]

- er eine *zulässige* Frage gestellt hat,
- der Arbeitnehmer die Frage *bewusst falsch beantwortet* hat,
- der Arbeitnehmer *wissen* oder *erkennen musste,* dass die von ihm verschwiegene Tatsache für die Einstellungsentscheidung des Arbeitgebers von ausschlaggebender Bedeutung war und
- das Verschweigen der Tatsache für die Einstellung *ursächlich* war.

Die Anfechtung einer der zum Vertragsschluss führenden Willenserklärungen führt dazu, dass diese Willenserklärung unwirksam ist (§ 142 Abs. 1 BGB). Und weil ein Vertrag immer *zwei* übereinstimmende Willenserklärungen voraussetzt, entfällt damit gleichzeitig die Wirksamkeit des gesamten Arbeitsvertrags – das Arbeitsverhältnis ist mit dem Zeitpunkt der Anfechtung beendet. Der Kündigungsschutz ist bei der Anfechtung nicht anwendbar.

5. Unter bestimmten Voraussetzungen kann ein Arbeitsverhältnis auch durch **Gerichtsurteil** aufgelöst werden, vgl. § 9 KSchG.
6. Die **Kündigung** ist der in der Praxis wichtigste Beendigungsgrund. Zu unterscheiden sind die *ordentliche* und die *außerordentliche* Kündigung.
7. Erreichen der **Altersgrenze**, vgl. § 19 Abs. 3 AVR Caritas; Rente wegen Erwerbsunfähigkeit, § 18 AVR Caritas

Nicht zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen führen der *Konkurs des Arbeitgebers* und die *Veräußerung des Betriebs.*

5.2 Allgemeines zur Kündigung

Das unbefristete Arbeitsverhältnis ist ein Dauerschuldverhältnis, bei dem für jede der Vertragsparteien die Möglichkeit bestehen muss, sich von der rechtlichen Bindung zu lösen. Eine Möglichkeit dazu ist der Auflösungsvertrag, aber der setzt voraus, dass *beide* Parteien das Arbeitsverhältnis beenden wollen. Hinzukommen muss also eine Möglichkeit, sich auch ohne Zustimmung des Vertragspartners *einseitig* von den vertraglichen Bindungen lösen zu können. Diesem Zweck dient die Kündigung.

5.2.1 Rechtsnatur und Schriftform der Kündigung

Kennzeichen der Kündigung ist ihre **rechtsgestaltende Wirkung**: In dem Moment, in dem sie wirksam wird, beendet sie das Arbeitsverhältnis. Wegen dieser einschneidenden Bedeutung für den Vertragspartner ist es wichtig, dass die Kündigung *unmissverständlich* erklärt wird. Dabei muss nicht unbedingt der Begriff »Kündigung« verwendet werden: Ausreichende Eindeutigkeit kann sich auch aus der Verwendung anderer Formulierungen in Verbindung mit den sonstigen Umständen ergeben. Klar zum Ausdruck kommen muss jedenfalls, dass der Erklärende das Arbeitsverhältnis beenden will.

[84] Vgl. SCHAUB 1997, 32.

In jedem größeren Betrieb werden Kündigungen nicht durch den Arbeitgeber persönlich, sondern durch Vertreter ausgesprochen. Hier kann der Kündigungsempfänger die Kündigung zurückweisen, wenn ihm der Vertreter keine Vollmachtsurkunde vorlegen kann – die Kündigung ist damit unwirksam, vgl. § 174 BGB.

> *Beispiel:* Kündigung durch Schreiben des Rechtsanwaltes, dem keine besondere Vollmachtsurkunde beigefügt ist.

Die Kündigung ist eine *einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung:*

- **einseitig**, weil sie *ohne Zustimmung des Gegners* wirksam wird, und
- **empfangsbedürftig**, weil sie erst in dem Moment wirksam wird, in dem sie dem Empfänger *zugeht,* vgl. § 130 BGB.

Der Arbeitsvertrag kann auch schon vor Beginn des eigentlichen Arbeitsverhältnisses, also in der Zeit zwischen Vertragsschluss und Arbeitsaufnahme, gekündigt werden, wenn dies nicht im Arbeitsvertrag ausdrücklich ausgeschlossen ist.

Nach dem seit 1. Mai 2000 gültigen neuen § 623 BGB (vgl. dazu auch § 17 AVR Caritas) bedarf es für die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses durch Kündigung oder Auflösungs- bzw. Aufhebungsvertrag der **Schriftform**. Seitdem ist jede – fristgemäße oder fristlose – Kündigung durch den Arbeitgeber oder den Arbeitnehmer nur dann rechtswirksam, wenn sie schriftlich erklärt worden ist. Diese Neuregelung erhöht die Rechtssicherheit für Arbeitnehmer und Arbeitgeber und hilft, Streitigkeiten zu vermeiden. Dadurch trägt sie gleichzeitig zur Entlastung der Arbeitsgerichte bei.

5.2.2 Zugang der Kündigungserklärung

- Eine schriftliche Kündigung **unter Anwesenden**[85] geht zu, wenn dem Kündigungsempfänger das Schriftstück übergeben wird. Als Erklärung unter Anwesenden gilt auch die telefonische Kündigungserklärung, jedoch spielen mündliche Kündigungserklärungen seit dem 1. Mai 2000 keine Rolle mehr.
- Eine Kündigung **unter Abwesenden** durch Boten oder Post geht zu, wenn nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge mit der Leerung des Briefkastens gerechnet werden kann. Mit der Leerung des Briefkastens kann zwar täglich gerechnet werden, aber bei einem um 23.55 Uhr eingeworfenen Kündigungsschreiben erst am nächsten Tag, so dass hier die Kündigung auch erst am folgenden Tag wirksam wird. Beweispflichtig für den Zugang der Kündigung ist der Absender.
  - Bei **einfachen Briefen** ist dieser Beweis praktisch nicht zu führen. Bei Versendung per *Fax* kann in der Regel der Zugang bewiesen werden, jedoch reicht eine Kündigung ausschließlich per Fax nicht aus – das ist nur ausnahmsweise zur Wahrung der Frist zulässig, wenn gleichzeitig ein Einschreibebrief nachgesendet wird.[86]

[85] »Unter Anwesenden« heißt bei Gegenwart beider Parteien, vgl. SCHAUB 1997, 369.

[86] Vgl. GROSSKOPF, KLEIN 2002, 295.

- Selbst die Versendung der Kündigungserklärung als **Einschreiben** ist nicht ohne Risiken: Wenn der Empfänger vom Postboten nicht angetroffen wird, hinterlässt dieser einen Benachrichtigungsschein. Das Einschreiben ist jedoch nicht schon mit Zugang des Benachrichtigungsscheins, sondern erst dann zugegangen, wenn dem Empfänger der Einschreibebrief ausgehändigt wird. Grundsätzlich ist aber niemand verpflichtet, einen Brief von der Post zu holen.[87]
- Die Versendung des Kündigungsschreibens durch **Einschreiben mit Rückschein** oder mit dem Vermerk »persönlich« ist ebenfalls nicht ausreichend sicher, weil der Absender sozusagen vorgewarnt wird. Nimmt er daraufhin den Brief nicht an, geht die Kündigung nicht zu und wird damit nicht wirksam.[88] Sinnvoll kann das Einschreiben mit Rückschein dagegen dann sein, wenn es rechtzeitig vor Ablauf der Frist versandt wird. Denn so kann leicht ermittelt werden, ob der Empfänger das Schreiben erhalten oder abgeholt hat und notfalls noch auf andere Weise für den rechtzeitigen Zugang der Kündigung gesorgt werden.
- Aus den geschilderten Gründen dürfte das **Einwurfeinschreiben** den anderen Formen vorzuziehen sein. Dabei dokumentiert der Zusteller den Einwurf der Kündigungserklärung beim Empfänger, und damit ist der Zugang der Kündigung nachweisbar.

  Problematisch ist auch der Fall, wenn der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Kündigung abwesend ist, weil er sich zum Beispiel im Urlaub oder in Untersuchungshaft befindet. Hier nimmt das BAG an, dass die an die Wohnadresse des Arbeitnehmers gesendete Kündigung selbst dann zugeht, wenn der Arbeitgeber die Abwesenheit des Arbeitnehmers kennt.

5.3 Die ordentliche Kündigung

Die ordentliche Kündigung soll das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Kündigungsfrist beenden. Sie ist nur in Arbeitsverhältnissen möglich, die **auf unbestimmte Zeit** eingegangen wurden. **Befristete** Arbeitsverhältnisse enden mit Ablauf der vereinbarten Befristung. Eine frühere Beendigung ist nur durch außerordentliche Kündigung möglich, wenn nicht die Parteien ausdrücklich etwas anderes vereinbart haben.

Einzelvertraglich oder in Tarifverträgen kann die ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber für ältere Arbeitnehmer oder nach längerer Betriebszugehörigkeit ganz ausgeschlossen sein, vgl. §§ 53 Abs. 3 BAT, 14 AVR Caritas. Dennoch kann auch hier gekündigt werden, wenn der Betrieb aufgelöst oder wesentlich eingeschränkt wird, vgl. § 15 Abs. 1 AVR Caritas.

5.3.1 Kündigungsgrund

Bei der Kündigung braucht derjenige, der kündigt, keinen Kündigungsgrund zu nennen – die Kündigung ist auch ohne Angabe eines Kündigungsgrundes voll wirksam.[89] Allerdings kann in **Tarifverträgen**, aber auch in Betriebsvereinbarungen vereinbart werden, dass dem Empfänger der Kündigung die Kündigungsgründe mitgeteilt werden müssen. Fehlt in einem solchen Fall

[87] Daraus folgert SCHAUB (1997, 370) zu Recht, dass die Übersendung als einfaches Einschreiben sogar »gerade zu Lasten des Absenders den Zugang vereiteln« kann.

[88] Vgl. GROSSKOPF, KLEIN 2002, 295.

[89] Vgl. ZÖLLNER, LORITZ 1998, § 22 I 5 (S. 277); GROSSKOPF, KLEIN 2002, 294.

die Angabe der Kündigungsgründe, so ist die Kündigung gemäß § 126 BGB wegen Formmangels unwirksam.

Es ist sozusagen das Charakteristikum der ordentlichen Kündigung, dass sie zu ihrer Wirksamkeit keinen sachlichen Grund voraussetzt.[90] Bei Arbeitsverhältnissen, die unter das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) fallen, gelten für die Kündigung durch den *Arbeitgeber* allerdings weitere Einschränkungen, so dass für die ordentliche Arbeitgeberkündigung letztlich doch ein Kündigungsgrund vorliegen muss; dazu unter 5.4 (S. 42).

5.3.2 Kündigungsfristen

Charakteristisch für die ordentliche Kündigung ist, dass sie mit einer Kündigungsfrist ausgesprochen wird. Die **gesetzlichen Kündigungsfristen** sind in § 622 BGB geregelt.[91] Dabei verlängern sich die Kündigungsfristen, wenn das Arbeitsverhältnis längere Zeit besteht, nur für den Arbeitgeber.

Die meisten dieser gesetzlichen Regelungen zur Kündigungsfrist sind gemäß § 622 Abs. 4 Satz 1 BGB *tarifvertragsdispositiv,* können also durch **Tarifverträge** auch zu Ungunsten der Arbeitnehmer geändert werden. So gelten zum Beispiel im Anwendungsbereich des BAT deutlich längere Kündigungsfristen, und zwar auch für die Arbeitnehmerkündigung, §§ 53 Abs. 2 BAT, 14 AVR Caritas.

5.4 Kündigungsschutz

Der Kündigungsschutz umfasst im weitesten Sinne alle Bestimmungen, durch die die arbeitgeberseitige Kündigung eingeschränkt wird. Er lässt sich differenzieren in den

- **allgemeinen Kündigungsschutz**, der im Kündigungsschutzgesetz (KSchG) geregelt ist und den Großteil aller Arbeitsverhältnisse erfasst, sowie den
- **besonderen Kündigungsschutz**, der nur für bestimmte Arbeitnehmer gilt. Beispiele für den besonderen Kündigungsschutz:
  - Kündigungsschutz für *Schwangere* und *Mütter* sowie in der *Elternzeit*: § 9 MuSchG[92], § 18 BErzGG[93]
  - Kündigungsschutz für *Schwerbehinderte*: §§ 85-92 SGB IX (Kündigung nur mit Zustimmung des Integrationsamtes)
  - Kündigungsschutz für *Personalvertretungsmitglieder*: §§ 108 BPersVG, 19 Rahmen-MAVO Caritas
    - Ausschluss der ordentlichen Kündigung, Kündigung aus wichtigem Grund aber möglich.
    - Der Kündigungsschutz gilt auch für *Wahlbewerber* vom Zeitpunkt der Aufstellung bis sechs Monate nach Bekanntgabe des Wahlergebnisses.

---

[90] Das meinen zu Recht ZÖLLNER, LORITZ 1998, § 22 II 2 (S. 279).

[91] Sie gelten für nahezu alle Arbeitnehmer. Ausnahmen gelten nur noch für Schiffsleute und Seeoffiziere sowie für Auszubildende (§ 15 Abs. 2 BBiG).

[92] Mutterschutzgesetz

[93] Bundeserziehungsgeldgesetz

↳ Kündigungsschutz für *Auszubildende*: § 15 KrPflG, § 15 BBiG (nach der Probezeit ordentliche Kündigung nur durch den Auszubildenden).

Die folgende Darstellung beschränkt sich auf den im KSchG geregelten allgemeinen Kündigungsschutz.

5.4.1 Anwendungsbereich

Folgende Einschränkungen im Anwendungsbereich des *allgemeinen* Kündigungsschutzes sind zu beachten:

1. Der allgemeine Kündigungsschutz des KSchG gilt nur für die **ordentliche** Kündigung, § 13 Abs. 1 Satz 1 KSchG. Außerordentliche (also fristlose) Kündigungen fallen nicht unter den allgemeinen Kündigungsschutz. Sie können daher nicht daraufhin überprüft werden, ob sie sozial gerechtfertigt sind.
2. Der allgemeine Kündigungsschutz gilt ferner nur für Arbeitsverhältnisse, die vor der Kündigung schon **länger als 6 Monate** ohne Unterbrechung bestanden haben, § 1 Abs. 1 KSchG. Entscheidend ist hier der Zugang der Kündigungserklärung, nicht der Ablauf der Kündigungsfrist.
3. Der *allgemeine* Kündigungsschutz gilt nur für Arbeitnehmer in Betrieben mit **mehr als zehn Mitarbeitern**,[94] § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG.[95] Auszubildende werden dabei nicht, Teilzeitkräfte nur anteilig angerechnet. In Betrieben mit nicht mehr als zehn Arbeitnehmern (so genannte Kleinbetriebe) kann der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern ohne Kündigungsgrund kündigen – es sei denn, es besteht ein *besonderer* Kündigungsschutz (vgl. dazu unter 5.4). Für Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis vor dem 01.01.2004 begonnen hat, gilt eine Bestandsschutzregelung: Arbeitnehmer, die am 31. Dezember 2003 nach der alten Regelung Kündigungsschutz hatten, behalten ihre bisherige geschützte Stellung.[96]

5.4.2 Soziale Rechtfertigung der Kündigung

§ 1 KSchG legt fest,

1. *dass* eine Kündigung, die sozial nicht gerechtfertigt ist, unwirksam ist – aber nur, wenn sie rechtzeitig angegriffen wird, vgl. unter 5.4.4 (S. 49)!

---

[94] Mehr als zehn Mitarbeiter hat der Betrieb bereits dann, wenn 10,25 Stellen besetzt sind.

[95] Bis zum 31.12.1998 lag die Grenze bei 10 Mitarbeitern. Die Rücknahme auf den bis zum 30.9.1996 geltenden Schwellenwert von 5 Arbeitnehmern wurde damit begründet, dass der erhoffte Beschäftigungseffekt ausgeblieben sei, vgl. SCHIEFER, WORZALLA PflR 1999, 38, 40. Zum 01.01.2004 wurde die Grenze für Kleinbetriebe, in denen der allgemeine Kündigungsschutz nicht gilt, wieder auf 10 Arbeitnehmer erhöht.

[96] Aus dieser Bestandsschutzregelung ergibt sich eine etwas komplizierte Ungleichbehandlung unterschiedlicher Arbeitnehmer: In Betrieben mit *mehr als* zehn Arbeitnehmern genießen *alle* Arbeitnehmer allgemeinen Kündigungsschutz. In Betrieben mit *bis zu* zehn Arbeitnehmern ist zu differenzieren: Die *neuen,* also nach dem 01.01.2004 eingestellten Arbeitnehmer genießen keinen allgemeinen Kündigungsschutz, § 23 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 1 KSchG. Die *alten,* also vor dem 01.01.2004 eingestellten Arbeitnehmer genießen Kündigungsschutz, wenn die Anzahl der alten Arbeitnehmer mehr als 5 Arbeitnehmer beträgt, § 23 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 2 in Verbindung mit § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG. Dieser Bestandschutz ist zeitlich unbegrenzt. Er geht indes unwiderruflich verloren, wenn die Zahl der alten Arbeitnehmer auf fünf oder weniger absinkt (vgl. LÖWISCH BB 2004, 154, 161).

2. Ferner regelt § 1 KSchG aber auch, *unter welchen Voraussetzungen* eine Kündigung sozial gerechtfertigt ist.

Etwas anders formuliert, besagt § 1 KSchG: Eine ordentliche Kündigung muss, um wirksam zu sein, durch bestimmte Gründe sozial gerechtfertigt sein. Drei Arten solcher Gründe nennt das Gesetz: Gründe in der **Person** des Arbeitnehmers (personenbedingte Kündigung), Gründe im **Verhalten** des Arbeitnehmers (verhaltensbedingte Kündigung) und **betriebliche** Gründe (betriebsbedingte Kündigung).

5.4.2.1 Personenbedingte Kündigung

Gründe in der Person des Arbeitnehmers sind zum Beispiel Krankheit oder mangelnde Eignung.

> *Beispiele:* Der Pilot wird sehbehindert, der Gesundheits- und Krankenpfleger bekommt einen Bandscheibenvorfall, der Koch ist Dauerausscheider von Krankheitserregern, das Mannequin altert.

Bei der praktisch bedeutsamen **Kündigung wegen Krankheit** unterscheidet das BAG drei Fallgruppen:[97]

1. Eine Kündigung wegen *Langzeiterkrankung* ist sozial gerechtfertigt, wenn
   - der Arbeitnehmer in der Vergangenheit langfristig[98] erkrankt war,
   - auch in der Zukunft mit längerfristiger Erkrankung zu rechnen ist (negative Prognose), und
   - es infolge der Erkrankung zu einer erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen[99] kommt, die zu einer billigerweise nicht mehr hinzunehmenden Belastung des Arbeitgebers führen. Das können
     - betriebliche Störungen sein, zum Beispiel wenn die Anordnung von Mehrarbeit oder Überstunden erforderlich wird oder wenn es zu Störungen im Produktionsablauf kommt,[100]
     - oder eine erhebliche wirtschaftliche Belastung durch die Vergütungsfortzahlung im Krankheitsfall.
2. Eine Kündigung wegen *häufiger Erkrankung in der Vergangenheit* ist nur möglich, wenn
   - der Arbeitnehmer in der Vergangenheit häufig[101] kurzfristig erkrankt war,

---

97 Vgl. SCHAUB 1997, 389 f.

98 Über die Dauer einer »Langzeiterkrankung« gibt es keine allgemeingültige Regelung. Bei einer acht Monate dauernden Erkrankung geht das BAG jedenfalls von einer Langzeiterkrankung aus, vgl. BAG, Urt. v. 29.4.1999 (=NJW 2000, 893 ff.).

99 Von einer erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen ist in der Regel ohne weiteres dann auszugehen, wenn ein Arbeitnehmer seiner Arbeitspflicht krankheitsbedingt **dauernd** nicht nachzukommen kann. Die Vermutung, dass aufgrund der Arbeitsunfähigkeit eine erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen vorliegt, besteht aber auch dann, wenn in den nächsten **24 Monaten** nicht mit einer positiven Prognose gerechnet werden kann, vgl. BAG, Urt. v. 29.4.1999 (= NJW 2000, 893 ff.).

100 Vgl. SCHAUB 1997, 391

101 Auch hier kommt es immer auf die Umstände des Einzelfalls an. SCHAUB (1997, 390) berichtet, dass die Arbeitsgerichte bei einer Ausfallzeit von 30% die Kündigung zulassen.

- ↳ auch in Zukunft mit häufigen Erkrankungen zu rechnen ist (negative Prognose), und
- ↳ es infolge der Erkrankung zu einer erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen kommt.

3. Eine Kündigung kann schließlich auch bei *krankhaft verminderter Leistungsfähigkeit* sozial gerechtfertigt sein, wenn die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers erheblich gemindert ist, so dass er nicht mehr in der Lage ist, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen.

In all diesen Fällen ist die Kündigung aber nur dann sozial gerechtfertigt, wenn sie das letzte Mittel *(ultima ratio)* ist, vgl. unter 7 (S. 53).

5.4.2.2 Verhaltensbedingte Kündigung

Bei der verhaltensbedingten Kündigung liegen die Kündigungsgründe im Verhalten des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber, gegenüber Arbeitskollegen oder gegenüber Dritten. Dabei muss der Arbeitnehmer arbeitsvertragliche Pflichten verletzt haben.

> *Beispiele:*[102] Falsche Auskünfte eines Bankangestellten; Ausplaudern von Betriebsgeheimnissen; exzessives privates Schuldenmachen, das zu ständigen Lohnpfändungen führt; Verspätungen, Störungen des Betriebsfriedens; Nichtvorlegen von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen.

Von der Rechtsprechung wird verlangt, dass der verhaltensbedingten Kündigung in der Regel eine rechtzeitige und deutliche Abmahnung (vgl. zur Abmahnung unter 6, S. 52) des Arbeitgebers vorangegangen sein muss.[103] Auch das entspricht dem Prinzip, dass die Kündigung das letzte Mittel (*ultima ratio,* vgl. dazu unter 7, S. 53) ist. Eine einmalige Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten rechtfertigt nur in schweren Ausnahmefällen die Kündigung. Im Regelfall bestehen also folgende Voraussetzungen für die verhaltensbedingte Kündigung:

1. Abmahnung des Verstoßes gegen die arbeitsvertraglichen Pflichten.
2. Ablauf einer angemessenen Zeit, in der der Arbeitnehmer das Fehlverhalten korrigieren kann.
3. Erneuter Pflichtverstoß, der dem zuerst abgemahnten ähnlich (aber nicht damit identisch) sein muss.

Einen Sonderfall bildet die so genannte **Druckkündigung**. Vor einer Druckkündigung spricht man, wenn Mitarbeiter, die Mitarbeitervertretung oder Dritte die Entlassung eines Arbeitnehmers verlangen.

> *Beispiel:* Das gesamte Pflegepersonal einer Station erklärt, es werde kündigen, wenn nicht die Stationsleitung entlassen wird.

Eine derartige Druckkündigung ist nur in Ausnahmefällen sozial gerechtfertigt. Voraussetzung ist, dass das Verlangen, den Arbeitnehmer zu entlassen,

- unter der *ernsthaften Androhung von Nachteilen* erfolgt, deren

[102] Beispiele übernommen von ZÖLLNER, LORITZ 1998, § 23 V 2 (S. 294) und SCHAUB 1997, 393 f.
[103] BAG AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; ZÖLLNER, LORITZ 1998, § 23 V 3 (S. 296).

- Hinnahme für den Arbeitgeber *unzumutbar* ist und
- denen er sich *nicht entziehen* kann.

5.4.2.3 Betriebsbedingte Kündigung

Betriebliche Gründe für die Kündigung sind nach der Formulierung in § 1 Abs. 2 KSchG *»dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen«.* Beispiele für betriebliche Kündigungsgründe sind: Auftragsmangel; rückläufige Patientenzahlen; Rohstoffknappheit; Rationalisierungsmaßnahmen, die zum Wegfall von Arbeitsplätzen führen; Freisetzung von Arbeitskräften durch Automation; Schließung eines Betriebes; Schließung bestimmter Fachabteilungen oder Stationen. § 613 a Abs. 4 BGB stellt klar, dass der Betriebsübergang *kein* betrieblicher Grund ist. Eine betriebsbedingte Kündigung kann dann aber noch wegen fehlerhafter Sozialauswahl angreifbar sein, vgl. unter 5.4.3.2 (S. 47).

Zum 01.01.2004 ist mit dem neuen § 1a KSchG ein **Abfindungsanspruch** des Arbeitnehmers in Höhe von 0,5 Monatsverdiensten für jedes Jahr des Bestehens des Arbeitsverhältnisses eingeführt worden. Im Gegenzug muss sich der Arbeitnehmer mit der betriebsbedingten Kündigung abfinden und darauf verzichten, Kündigungsschutzklage zu erheben. Der Anspruch steht aber unter einer Bedingung: Der Arbeitgeber muss darauf *hinweisen*, dass es sich um eine betriebsbedingte Kündigung handelt und die Abfindung in der Kündigungserklärung[104] *anbieten*. Natürlich steht es dem Arbeitnehmer frei, dennoch fristgemäß (vgl. dazu unter 5.4.4, S. 49) Klage zu erheben – z.B. mit dem Ziel, eine höhere Abfindung zu erstreiten.[105] Im Ergebnis eröffnet also § 1a KSchG lediglich die Möglichkeit, dem Arbeitnehmer einen Anreiz zu schaffen, auf die Klageerhebung zu verzichten. Von Relevanz ist der Abfindungsanspruch für den Bezug von Arbeitslosengeld. Wer nämlich eine Abfindung nach § 1a KSchG annimmt, muss nicht mit der Verhängung einer in der Regel dreimonatigen Sperrzeit nach §§ 144 Abs. 1 Nr. 1, 128 Abs. 3 SGB III zu rechnen.

5.4.3 Sozialwidrigkeit trotz sozialer Rechtfertigungsgründe

Eine Kündigung kann, obwohl ein (personen-, verhaltens- oder betriebsbedingter) Kündigungsgrund nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG vorliegt, dennoch sozial ungerechtfertigt sein. Dafür sind in § 1 Abs. 2 Satz 2 und 3 sowie Abs. 3 KSchG drei weitere Gründe für die Sozialwidrigkeit aufgeführt:

1. Verstoß gegen innerbetriebliche Auswahlrichtlinien (nur bei betriebsbedingter Kündigung)
2. Vorliegen einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit, ggf. nach Umschulung oder Fortbildungsmaßnahmen
3. Unsoziale Auswahl (nur bei betriebsbedingter Kündigung)

---

[104] Daraus folgt, dass auch dieser Hinweis der Schriftform nach § 623 BGB bedarf.

[105] Allerdings war es auch bisher schon üblich, dem Arbeitnehmer den Kündigungsschutz gegen Zahlung einer Abfindung gleichsam abzukaufen. Damit ist der neue § 1a KSchG im Grunde überflüssig. Eine gegen den Willen des Arbeitnehmers erzwingbare Abfindungslösung ist nach wie vor nur bei leitenden Angestellten möglich (§§ 14 Abs. 2, 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG). Die Versuche, aus dem auf *Bestandsschutz* angelegten Kündigungsschutzgesetz ein *Abfindungsgesetz* zu machen, sind damit zumindest im Rahmen der am 01.01.2004 in Kraft getretenen Novelle gescheitert, vgl. BRUNS, ANDREAS, DEBONG 2004, 231.

Auf zwei dieser Gründe wird im Folgenden eingegangen.

5.4.3.1 Weiterbeschäftigungsmöglichkeit

In allen drei Fallgruppen (personen-, verhaltens- und betriebsbedingte Kündigung) muss als **weiteres Kriterium** hinzukommen, dass der betreffende Arbeitnehmer nicht auf einen anderen (also auf einen vorhandenen, aber nicht besetzten) Arbeitsplatz **versetzt** werden kann, § 1 Abs. 2 Satz 2 und 3 KSchG. Der Arbeitgeber muss also stets der Um- bzw. Versetzung Vorrang vor der Kündigung geben, und zwar auch dann, wenn die Weiterbeschäftigung nur unter verschlechterten Arbeitsbedingungen oder nach zumutbaren Fortbildungsmaßnahmen möglich und der Arbeitnehmer damit einverstanden ist. Das entspricht dem Prinzip der *ultima ratio* – Kündigung als letztes Mittel (vgl. unter 7, S. 53).

5.4.3.2 Unsoziale Auswahl

Das Kriterium der Sozialauswahl kommt nur bei der **betriebsbedingten** Kündigung zum Zuge, § 1 Abs. 3 KSchG: Eine Kündigung aus dringenden betrieblichen Erfordernissen ist sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Unterhaltspflichten[106] und die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat.[107]

Zusammenfassend geht es bei der Sozialauswahl darum, welcher Arbeitnehmer am wenigsten auf die Erhaltung seines Arbeitsplatzes angewiesen ist.[108] Dabei beschränkt sich die soziale Auswahl auf Arbeitnehmer, die nach Ausbildungsstand, Vergütungsgruppe etc. vergleichbar sind.[109] Demzufolge ist ein Krankenhausträger berechtigt, Kündigungen vornehmlich im Bereich der Krankenpflegehelferinnen vorzunehmen, um Pflegekräfte mit dreijähriger Ausbildung für die Klinik zu erhalten.[110] Außerdem erlaubt es § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG ausdrücklich, Arbeitnehmer von der Sozialauswahl auszunehmen, deren Weiterbeschäftigung, insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes, im berechtigten betrieblichen Interesse liegt.

---

[106] Im Zusammenhang mit dem Kriterium »Unterhaltspflichten« dürfen folgende Aspekte weder zu Gunsten noch zu Lasten des Arbeitnehmers berücksichtigt werden: Einkommen des Ehegatten (Doppelverdiener), Einkommen anderer Familienmitglieder, Pflegebedürftigkeit von Familienmitgliedern (vgl. BAG NZA 2003, 791, 794).

[107] In der bis zum 31.12.1998 geltenden Fassung des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG waren die drei Sozialindikatoren *Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter* und *Unterhaltspflichten* des Arbeitnehmers aufgeführt. Bis zum 01.01.2004 galt stattdessen wieder die Generalklausel »soziale Gesichtspunkte«. Die aktuelle, abschließende Aufzählung von vier Kriterien soll zu mehr Rechtssicherheit beitragen. Sie löst aber nicht die Frage der **Gewichtung** der einzelnen Sozialkriterien: Was wiegt schwerer, Lebensalter und Betriebszugehörigkeit eines älteren, kinderlosen Arbeitnehmers, oder die Unterhaltspflichten eines jüngeren Arbeitnehmers mit vier unterhaltsberechtigten Kindern?

[108] BAG AP Nr. 15 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung.

[109] Auf die Sozialauswahl hat auch der seit dem 01.01.2004 gespaltene Kündigungsschutz (vgl. unter 5.4.1, Ziffer 3) erhebliche Auswirkungen. Werden in einem Betreib bis zu zehn Arbeitnehmer beschäftigt, von denen mehr als fünf alte (also vor dem 01.01.2004 eingestellte) sind, so genießen nur die alten Arbeitnehmer allgemeinen Kündigungsschutz. Die neuen Arbeitnehmer können daher keine Sozialauswahl mit alten verlangen. Bei betriebsbedingten Kündungen müssen daher die neuen Arbeitnehmer vorrangig entlassen werden (vgl. BAG NZA 86, 64, 66; WILLEMSEN, ANNUSS NJW 2004, 177, 184).

[110] Vgl. das Urteil des Landesarbeitsgerichts Bremen vom 13.8.1999, abgedruckt und erläutert in PflR 2000, 19 ff.

Um aufgrund rationaler Kriterien zu einer Vorauswahl für die endgültige Sozialauswahl zu kommen, wurden in der Praxis früher **Punktetabellen** entwickelt.

Auswahlkriterien		Punktwertung
1. Lebensalter	bis zu 20 Jahren	0 Punkte
	bis zu 30 Jahren	1 Punkt
	bis zu 40 Jahren	2 Punkte
	bis zu 50 Jahren	3 Punkte
	über 50 Jahre	5 Punkte
2. Betriebszugehörigkeit je volles Beschäftigungsjahr		4 Punkte
3. Unterhaltsberechtigte Kinder je Kind		5 Punkte
4. Schwerbehinderte		10 Punkte
5. Doppelverdiener		10 Punkte Abzug

Tabelle 4: Hammer-Tabelle[111]

§ 1 Abs. 4 KSchG eröffnet die Möglichkeit, in einem Tarifvertrag, in einer Betriebsvereinbarung nach § 95 BetrVG oder in einer entsprechenden Richtlinie nach den Personalvertretungsgesetzen festzulegen, wie die vier sozialen Gesichtspunkte in § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG im Verhältnis zueinander zu bewerten sind. Wurde ein derartiges Bewertungsschema (in der Regel ein Punktesystem) vereinbart, beschränkt sich die gerichtliche Überprüfung der Auswahl auf die Frage, ob das Bewertungsschema eingehalten wurde sowie auf grobe Fehlerhaftigkeit bei seiner Anwendung.

Bei einer Betriebsänderung im Sinne der §§ 111 ff. BetrVG können Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Rahmen eines Interessenausgleichs die zu kündigenden Arbeitnehmer namentlich benennen, § 1 Abs. 5 KSchG. Folge einer derartigen »Todesliste« ist, dass die Sozialauswahl dann nur noch auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden kann.

Die Sozialauswahl erfolgt in einem dreistufigen Verfahren, vgl. Tabelle 5.

Überprüfung der Sozialwidrigkeit betriebsbedingter Kündigungen
1. Erfolgte die Bildung der Vergleichsgruppe korrekt?
2. Wurden die vier Grundkriterien nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG angemessen gewichtet?
3. Herausnahme der Arbeitnehmer, deren Weiterbeschäftigung im berechtigten betrieblichen Interesse liegt (§ 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG)

Tabelle 5: Prüfung der Sozialauswahl

[111] Vgl. ROSSBRUCH 1996 B. 8. Kap. V 4.

5.4.4 Klageerfordernis und Klagefrist

Die Unwirksamkeit der Kündigung bei fehlender sozialer Rechtfertigung tritt nicht von selbst ein, sondern kann nur durch rechtzeitige Erhebung der Kündigungsschutzklage beim Arbeitsgericht geltend gemacht werden. Die Frist beträgt drei Wochen, gerechnet vom Zugang der Kündigung beim Arbeitnehmer, vgl. §§ 4, 7 KSchG. Bei allen nach dem 01.01.2004 ausgesprochenen Kündigungen gilt die dreiwöchige Klagefrist einheitlich für alle Unwirksamkeitsgründe.[112] Versäumt der Arbeitnehmer diese Frist, so ist die Kündigung dennoch wirksam – ganz gleich, ob die Unwirksamkeit der Kündigung mit fehlender sozialer Rechtfertigung, mangelnder Beteiligung der Mitarbeitervertretung oder Missachtung des besonderen Kündigungsschutzes z.B. für Schwangere, Mütter oder Schwerbehinderte begründet wird.[113]

Die einheitliche Klagefrist gilt für die Arbeitsverhältnisse aller Arbeitnehmer, auch wenn diese in Kleinbetreiben arbeiten oder die Wartefrist des § 1 Abs. 1 KSchG nicht erfüllen.[114]

5.5 Die außerordentliche Kündigung

Die außerordentliche Kündigung ist sowohl bei unbefristeten als auch bei befristeten Arbeitsverhältnissen möglich, darüber hinaus auch bei unkündbaren Arbeitnehmern (§ 16 Abs. 2 AVR Caritas). Die Möglichkeit zur außerordentlichen Kündigung kann durch den *besonderen Kündigungsschutz* (vgl. unter 5.4, S. 42) eingeschränkt der ausgeschlossen sein. Zwei Charakteristika kennzeichnen die außerordentliche Kündigung:

1. Sie bedarf grundsätzlich *nicht* der Einhaltung einer Frist, erfolgt also in der Regel **fristlos**. Das heißt, dass das Arbeitsverhältnis in dem Zeitpunkt aufgelöst wird, in dem die Kündigung wirksam wird – also dann, wenn sie dem Kündigungsgegner zugeht, vgl. oben unter 5.2.2 (S. 40).
2. Sie ist für beide Vertragsteile *nur* zulässig, wenn ein **wichtiger Grund** vorliegt.

5.5.1 Wichtiger Grund

Ein wichtiger Grund ist nach §§ 626 Abs. 1 BGB, 16 Abs. 1 AVR Caritas gegeben, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden

- unter Berücksichtigung aller *Umstände des Einzelfalls* und
- unter Abwägung der *Interessen beider Vertragsteile*

nicht **zugemutet** werden kann, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der Kündigungsfrist (unbefristeter Arbeitsvertrag) bzw. bis zum vereinbarten Ende (befristeter Arbeitsvertrag) **fortzusetzen**.

---

[112] Sie gilt indes nicht für das Schriftformerfordernis des § 623 BGB.

[113] Bis zum 01.01.2004 galt die dreiwöchige Klagefrist nur für Kündigungsschutzklagen, mit denen ein Verstoß gegen den *allgemeinen Kündigungsschutz* des Kündigungsschutzgesetzes (fehlender Kündigungsgrund, fehlerhafte Sozialauswahl) geltend gemacht wurde. Eine Kündigungsschutzklage wegen *fehlender Anhörung der Mitarbeitervertretung* hätte also auch noch Monate später erhoben werden können.

[114] Denn § 23 Abs. 1 Satz 2 nimmt die §§ 4 Satz 1 und 7 KSchG ausdrücklich aus. Und § 1 Abs. 1 KSchG regelt lediglich den Anwendungsbereich des allgemeinen Kündigungsschutzes, also der »sozialen Rechtfertigung« als Wirksamkeitsvoraussetzung einer Kündigung.

Die Unzumutbarkeit wird vor allem bei schweren Vertragsverletzungen oder strafbaren Handlungen gegeben sein. Dagegen ist die so genannte »Verdachtskündigung« grundsätzlich unzulässig: Die Kündigung kann nicht darauf gestützt werden, dass lediglich der *Verdacht* einer Straftat oder schweren Vertragsverletzung vorliegt, die nicht nachgewiesen werden kann.[115] Einige Beispiele dafür, wann ein wichtiger Grund vorliegen kann:[116]

> Tätlichkeiten im Betrieb unter Arbeitskollegen; Beleidigung des Arbeitgebers; Schmiergeldannahme; Arbeitsverweigerung; Diebstahl durch Arbeitnehmer;[117] unsittliches Verhalten gegenüber weiblichen Angestellten; Erklärung des Arbeitnehmers, krank zu werden, falls sein Urlaub nicht verlängert wird; eigenmächtiger Urlaubsantritt; Vortäuschung von Arbeitsunfähigkeit; Trunkenheit am Arbeitsplatz.[118]

Es kommt jedoch immer auf die Umstände des Einzelfalls an. Gerade die Nuancen der Zumutbarkeit können im konkreten Einzelfall anders liegen als in einem bereits entschiedenen Fall.

5.5.2 Erlöschen des Kündigungsrechts

In § 626 Abs. 2 BGB wird die **Kündigungserklärungsfrist** geregelt: Die außerordentliche Kündigung kann nur innerhalb einer Frist von zwei Wochen erfolgen. Die Frist läuft von dem Zeitpunkt an, zu dem derjenige, der kündigt, von den zugrunde liegenden Tatsachen Kenntnis erlangt.

Versäumt der Arbeitgeber diese Ausschlussfrist, muss der Arbeitnehmer die daraus resultierende Unwirksamkeit der Kündigung innerhalb von drei Wochen durch Erhebung der Kündigungsschutzklage geltend machen. Auch diese Frist ist eine **Ausschlussfrist**: Verstreicht sie, ohne dass gegen die Kündigung geklagt wird, dann ist diese trotzdem wirksam, vgl. §§ 13 Abs. 1 Satz 2, 7 KSchG.

5.5.3 Letztes Mittel

Da die fristlose Kündigung das äußerste Mittel *(ultima ratio)* des Arbeitsrechts ist, müssen zuvor alle anderen Mittel erfolglos ausgeschöpft worden sein. Daher bedarf es vor der außerordentlichen Kündigung in der Regel einer deutlichen **Abmahnung**. Das gilt umso mehr, als sich ein wichtiger Grund häufig aus der *wiederholten* Verletzung von Pflichten ergibt.

5.6 Die Änderungskündigung

In Fällen, in denen der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis zu den bisherigen Bedingung nicht fortsetzen will, eine Änderung dieser Bedingungen aber auch nicht einseitig im Wege des Direktionsrechts durchsetzen kann, ist er zur Änderung des Arbeitsvertrages auf die Zustimmung

---

[115] Vgl. SCHAUB 1997, 381.

[116] Vgl. dazu ZÖLLNER. LORITZ 1998, § 22 III 2 (S. 283 f.) m.w.N.

[117] Vgl. zur fristlosen Kündigung wegen Eigenverbrauchs von Medikamenten PflR 2000, 101 ff.

[118] Vgl. zum »Krankfeiern« das Urteil des hessischen Landesarbeitsgerichts vom 7.8.1997, das in *Die Schwester/Der Pfleger* 1998, 238 ff. besprochen wird.

des Arbeitnehmers angewiesen. Ist dieser nicht einverstanden, bleibt dem Arbeitgeber noch das Mittel der Änderungskündigung.

> Mit der Änderungskündigung soll eine *Veränderung der Arbeitsbedingungen* (Vergütung, Eingruppierung, Tätigkeit, Arbeitsort) herbeigeführt werden, die durch Ausübung des Direktionsrechts oder einvernehmliche Vertragsänderung nicht erreicht werden kann.

Bei genauerer Betrachtung setzt sich der einheitliche Tatbestand der Änderungskündigung aus zwei Elementen zusammen (vgl. die Definition in § 2 KSchG):

- **Kündigung** des Arbeitsverhältnisses (meist als ordentliche Kündigung) und
- **Angebot** der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten (in der Regel schlechteren) Arbeitsbedingung.

Etwas anders formuliert, ist die Änderungskündigung also eine Erklärung des Arbeitgebers, dass er das Arbeitsverhältnis unter der Bedingung kündige, dass der Arbeitnehmer einer Änderung der Arbeitsbedingungen nicht zustimmt. Der Arbeitnehmer kann auf die Änderungskündigung auf drei verschiedene Arten reagieren:

1. Annahme,
2. Ablehnung und
3. Annahme unter Vorbehalt.

5.6.1 Annahme

Nimmt der Arbeitnehmer das Änderungsangebot vorbehaltlos an, dann gelten mit Ablauf der Kündigungsfrist die geänderten Bedingungen. Die Kündigung wird gegenstandslos, kann also auch nicht gerichtlich überprüft werden.

5.6.2 Ablehnung

Bei einer Ablehnung des Änderungsangebotes endet das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Kündigungsfrist. Erhebt der Arbeitnehmer dann Kündigungsschutzklage und verliert den Prozess, verliert er seinen Arbeitsplatz endgültig – eine nachträgliche Annahme ohne Zustimmung des Arbeitgebers ist ausgeschlossen. Das Unterliegen im Kündigungsschutzprozess ist auch gar nicht so unwahrscheinlich, weil das Gericht die Kündigung gerade wegen der gleichzeitig angebotenen Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Bedingungen als sozial gerechtfertigt ansehen kann. Die Ablehnung ist daher mit großen Risiken verbunden.

5.6.3 Annahme unter Vorbehalt

Zweckmäßig ist die **Annahme unter Vorbehalt** – eine Möglichkeit, die dem Arbeitnehmer in § 2 KSchG ausdrücklich eingeräumt wird. Hierbei erklärt der Arbeitnehmer, dass er die geänderten Bedingungen annehme, jedoch unter dem Vorbehalt, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen sozial gerechtfertigt ist. Bei der *Erklärung* des Vorbehalts muss die Frist des § 2

KSchG beachtet werden: Sie muss innerhalb der Kündigungsfrist, spätestens aber innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigungserklärung erfolgen.

Die soziale Rechtfertigung muss der Arbeitnehmer sodann durch rechtzeitige Erhebung der **Änderungsschutzklage** überprüfen lassen, § 4 KSchG.

- Erklärt das Gericht die Änderung der Arbeitsbedingungen für sozial ungerechtfertigt, wird das Arbeitsverhältnis zu den alten Bedingungen fortgesetzt.
- Verliert der Arbeitnehmer den Prozess, gelten die geänderten Bedingungen.

In beiden Fällen bleibt das Arbeitsverhältnis als solches erhalten. Wird die Klage nicht oder verspätet erhoben, so erlischt der Vorbehalt gemäß § 7 KSchG am Ende – es gelten die geänderten Arbeitsbedingungen.

Vorteil der dritten Möglichkeit (Annahme unter Vorbehalt) ist, dass der Arbeitnehmer die Änderungskündigung gerichtlich überprüfen lassen kann, *ohne* das Risiko des Arbeitsplatzverlustes einzugehen.

6 Die Abmahnung

Die Abmahnung bringt die Missbilligung einer Arbeitsvertragspartei darüber zum Ausdruck, dass die andere Partei ihre vertraglichen Pflichten verletzt *(Rügefunktion)*. Sie macht dem Vertragspartner deutlich, dass ein bestimmtes Verhalten nicht geduldet wird und dass im Wiederholungsfall das Arbeitsverhältnis ernsthaft gefährdet ist *(Warnfunktion)*. Obwohl beide Parteien des Arbeitsvertrages eine Abmahnung aussprechen können, geht es in der Praxis meist um die Abmahnung des Arbeitgebers. Dafür bietet sich folgende Definition an:

> Eine Abmahnung enthält die Feststellung des Arbeitgebers,
>
> - dass ein nach Ort, Zeit und Umständen genau bestimmtes Verhalten des Arbeitnehmers in der Vergangenheit gegen die arbeitsvertraglichen Pflichten verstößt *(Rüge)*, und
> - dass daher im Wiederholungsfalle die Kündigung ausgesprochen wird *(Warnung)*.[119]

Die Abmahnung dient der *Vorbereitung der verhaltensbedingten Kündigung:* In der Regel muss dem Arbeitnehmer mindestens einmal die Möglichkeit gegeben werden, sein Verhalten zu ändern, bevor die Kündigung ausgesprochen wird, vgl. unter 5.4.2.2 (S. 45). Die Vorstufe zur Abmahnung ist die **Ermahnung**, die zwar auch eine Rüge enthält, aber keine Warnfunktion hat.

[119] Ähnlich DEBONG, ANDREAS 1997, 71.

Eine Abmahnung sollte folgenden Inhalt haben:[120]

1. Genaue, sachliche **Beschreibung** des missbilligten Verhaltens mit Ort, Zeit und Umständen
2. **Bewertung** dieses Verhaltens im Vergleich zu den arbeitsvertraglichen Pflichten (zum Beispiel Störung des Betriebsfriedens, Gefährdung von Patienten, unentschuldigtes Fernbleiben von der Arbeit, Verstoß gegen Arbeitssicherheitsvorschriften)
3. Ausdrücklicher **Hinweis**, dass dieses Verhalten nicht geduldet wird
4. **Feststellung**, dass im Falle der Wiederholung bzw. Fortsetzung das Arbeitsverhältnis gefährdet ist und mit einer Kündigung gerechnet werden muss
5. **Hinweis,** dass eine Stellungnahme des Arbeitnehmers nur binnen 14 Tagen erfolgen kann und die Abmahnung nach Ablauf dieser Frist zur Personalakte genommen wird

Wertungen der Person des Arbeitnehmers haben in einer Abmahnung nichts zu suchen, ebensowenig Hinweise auf andere Sanktionen (Verweis, Buße).

7 Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Im Arbeitsrecht, insbesondere im Kündigungsrecht, gilt der allgemeine **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit:** Der Arbeitgeber darf immer nur diejenige Maßnahme ergreifen, die *notwendig*, aber auch *ausreichend* ist, um das von ihm erstrebte Ziel zu erreichen. Das härtere Mittel darf erst eingesetzt werden, wenn mildere Mittel nicht ausreichen (Prinzip der *ultima ratio*).

- Eine **Änderungskündigung**, die ja immer auch den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet, darf nicht ausgesprochen werden, wenn eine Änderung der Arbeitsbedingungen durch Ausübung des Direktionsrechts wirksam durchgesetzt werden kann. Eine hierzu nicht erforderliche Änderungskündigung wäre unwirksam.
- Entsprechendes gilt für das Verhältnis zwischen Änderungskündigung und **Beendigungskündigung**: Eine Beendigungskündigung ist wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unwirksam, wenn eine Änderungskündigung geeignet und ausreichend gewesen wäre, um das Ziel zu erreichen.
- Bei Verstößen gegen arbeitsvertragliche Pflichten ist die verhaltensbedingte Kündigung das letzte Mittel (vgl. unter 5.4.2.2, S. 45), so dass in der Regel zuerst **abgemahnt** werden muss.
- Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung ist nur zulässig, wenn eine innerbetriebliche **Umsetzung** des Arbeitnehmers nicht möglich oder sinnlos ist.

8 Exkurs: Haftungsausgleich im Arbeitsverhältnis

Bei seiner Arbeit kann der Arbeitnehmer Dritte, Arbeitskollegen oder auch den Arbeitgeber schuldhaft schädigen. Hierzu einige Beispiele:

[120] Vgl. BÖHME 1998, 344.

- Eine OP-Pflegekraft versäumt es, die verwendeten Bauchtücher zu kontrollieren. Daraufhin kommt es zu einer Peritonitis und zwei weiteren Operationen, in deren Folge die Patientin verstirbt.
- Der Operateur vergisst während der Operation ein Instrument in der Bauchhöhle des Patienten. Es kommt zu einer erneuten Operation, außerdem muss der Patient erhebliche Schmerzen erdulden.
- Infolge Unachtsamkeit beschädigt eine Intensivpflegekraft ein teures Beatmungsgerät. Die Reparatur kostet 4.000 Euro.
- Ein Arbeitnehmer verursacht einen Arbeitsunfall, bei dem sein Arbeitskollege einen Gesundheitsschaden erleidet. Zugleich wird der Anzug des Kollegen beschädigt.

Aus allgemeinen haftungsrechtlichen Grundsätzen, die im Rahmen arbeitsrechtlicher Erörterungen nicht vertieft werden können, ergibt sich in allen geschilderten Fällen eine Schadenersatzpflicht des *Arbeitnehmers* gegenüber demjenigen, dem der Schaden zugefügt wurde. Im ersten und zweiten Beispiel können die Geschädigten außerdem auch vom *Arbeitgeber* Schadensersatz verlangen.

Vorsatz	***Grobe Fahrlässigkeit***	***Mittlere Fahrlässigkeit***	***Leichte Fahrlässigkeit***
Bewusste und gewollte Schädigung.	Besonders schwer wiegende Sorgfaltspflichtverletzung. Außerachtlassen der Sorgfalt, die jedem eingeleuchtet hätte.	Verschuldensgrad liegt zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit.	Geringfügige, leicht entschuldbare Pflichtverletzung, die jedem Arbeitnehmer passieren kann.
Arbeitnehmer haftet voll.	Arbeitnehmer haftet voll. Nur ausnahmsweise Haftungsbegrenzung, wenn der Verdienst in einem Missverhältnis zum Schadensrisiko steht.	Haftung wird zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer aufgeteilt. Bei der Ermittlung der Quote entscheiden die Umstände des Einzelfalls.*	Arbeitnehmer haftet nicht.

* Zu den »Umständen des Einzelfalls« gehören zum Beispiel:

- Mitverschulden des Arbeitgebers
- Gefahrgeneigtheit der Tätigkeit
- Vom Arbeitgeber einkalkulierbares und durch Versicherung deckbares Risiko
- Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb
- Höhe des Arbeitsentgelts
- Persönliche Umstände des Arbeitnehmers (Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Familienverhältnisse)
- Bisheriges arbeitsvertragliches Verhalten des Arbeitnehmers

Tabelle 6: Grundsätze zum innerbetrieblichen Schadensausgleich[121]

Hier hat das BAG die **Haftpflicht des Arbeitnehmers im Innenverhältnis**, also im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, eingeschränkt: Aus der arbeitsvertraglichen Fürsor-

[121] Vgl. SCHELL 1998.

gepflicht des Arbeitgebers folgt, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht mit Schäden und Ersatzansprüchen belasten darf, die sich aus der besonderen Gefahr und Eigenart der ihm übertragenen Tätigkeit ergeben und als solche zum *typischen vom Arbeitgeber zu tragenden Betriebsrisiko* gehören, auch wenn sie im Einzelfall vom Arbeitnehmer fahrlässig herbeigeführt worden sind.[122] Es widerspricht der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, wenn er den Arbeitnehmer den Schaden allein tragen lässt. Als Folge davon

- hat der Arbeitnehmer einen Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber, der dem Arbeitnehmer den an den geschädigten Patienten geleisteten Schadensersatz zurückerstatten muss;
- ist der Regress des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer, wenn der Arbeitgeber dem geschädigten Patienten bereits selbst Schadensersatz geleistet hat, eingeschränkt.

Diese Haftungseinschränkung ist nach mehrfachen Modifikationen durch das BAG heute so wie in Tabelle 6 dargestellt konzipiert.

Besonderheiten ergeben sich bei der Haftung gegenüber **Arbeitskollegen**. Hier ist zwischen Personen- und Sachschäden zu unterscheiden:[123]

- Bei *Personenschäden* ist nach § 105 Abs. 1 SGB VII jede Ersatzpflicht ausgeschlossen; der Geschädigte ist wie bei anderen Unfällen auf die Unfallversicherung angewiesen.
- Bei *Sachschäden* tritt volle Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem geschädigten Kollegen ein. Es besteht jedoch ein Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber entsprechend den oben ausgeführten Grundsätzen über die Haftung im Arbeitsverhältnis. Der schadenersatzpflichtige Arbeitnehmer kann also von seinem Arbeitgeber insoweit Erstattung des an den Kollegen gezahlten Schadenersatzes verlangen, wie der Arbeitgeber, wäre er selbst geschädigt worden, seinen Schaden selbst hätte tragen müssen.

9 Rechtsschutz

Die **sachliche Zuständigkeit** ist für Arbeitsgerichte in §§ 2, 2a Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) geregelt: Es muss ein arbeitsrechtlicher Gegenstand der aufgezählten Art vorliegen, wozu praktisch alle Konflikte zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber zählen.

Die örtliche Zuständigkeit wird auch als **Gerichtsstand**[124] bezeichnet. Die örtliche Zuständigkeit bestimmt, welches sachlich zuständige Gericht wegen seines Sitzes den Rechtsstreit zu erledigen hat. Bei der Arbeitsgerichtsbarkeit ist die örtliche Zuständigkeit durch Verweis auf das Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) und die Zivilprozessordnung (ZPO) geregelt, vgl. § 48 Abs. 1 ArbGG. Nach § 21 ZPO kann daher der Arbeitgeber insbesondere am Ort seines Wohnsitzes oder am Ort der gewerblichen Niederlassung verklagt werden; der Arbeitnehmer am Ort seines Wohnsitzes.

Beispiel: Der Arbeitnehmer hat einen Arbeitsvertrag mit einer GmbH mit Sitz in Hamburg, ist aber in einer Zweigstelle in Brühl bei Köln beschäftigt.

[122] BAGE 5, 1 (7 f.); BÖHME 1996 D II 4 (S. 190).
[123] Vgl. DÄUBLER 1998, 158.
[124] Vgl. CREIFELDS 1997, 515 f.

Zur Einleitung eines arbeitsgerichtlichen Verfahrens, mit dem der Arbeitnehmer das Gericht um Rechtsschutz ersucht, ist die Erhebung der Klage erforderlich. Die Klage ist also die Prozesshandlung,

- durch die ein gerichtliches Verfahren eingeleitet wird, und
- mit der der Kläger beim Gericht um Rechtsschutz gegen den Beklagten nachsucht.

> Wenn gerichtlich gegen eine **Kündigung** vorgegangen werden soll, ist die Frist von **drei Wochen** ab Zugang der Kündigung zu beachten!

Zur Klageerhebung muss die Klageschrift abgefasst und zum Gericht gebracht werden, dann erfolgt von Amts wegen Zustellung der Klage an den Beklagten. Wegen des Risikos, bei der Klageschrift etwas falsch zu machen, empfiehlt sich hier juristische Beratung.

Bei Verfahren vor den Arbeitsgerichten in erster Instanz besteht kein **Anwaltszwang**, wohl aber bei Landesarbeitsgerichten (LAG) und BAG. Dennoch sollte der Arbeitnehmer auch in erster Instanz nicht auf juristischen Rat verzichten. Zwei Möglichkeiten kommen dazu in Betracht:

- Für Gewerkschaftsmitglieder besteht kostenfreier Rechtsschutz. Der Rechtssekretär der Gewerkschaft setzt die Klageschrift auf und tritt vor Gericht auf.
- Ansonsten sind die Anwaltskosten in der ersten arbeitsgerichtlichen Instanz, auch im Falle des Obsiegens, von jeder Partei selbst zu tragen, so dass sich der Abschluss einer Rechtsschutzversicherung anbietet. Wer wenig Geld hat, erhält vom Gericht eine sog. Prozesskostenhilfe, ihm wird unter Umständen auch ein Anwalt zur Verfügung gestellt.[125]

Beim Arbeitsgericht ist nach § 54 Abs. 1 ArbGG zunächst eine **Güteverhandlung** vor dem Berufsrichter obligatorisch. Hierbei wird der Versuch unternommen, eine einvernehmliche Lösung herbeizuführen, zum Beispiel Ausscheiden gegen Zahlen einer Abfindung. Führt dies nicht zum Erfolg, kommt es zur **streitigen Verhandlung**.

[125] Vgl. DÄUBLER 1998, 333.

9.1 Rechtsmittel – Instanzenzug

Ein **Rechtsmittel** ist ein Rechtsbehelf mit der Folge, dass eine gerichtliche Entscheidung durch ein höheres Gericht nachgeprüft wird. Zu unterscheiden sind die drei Rechtsmittel *Berufung, Revision* und *Beschwerde*. Kennzeichen des Rechtsmittels ist der **Devolutiveffekt**, durch den das Verfahren in der nächst höheren Instanz anhängig gemacht wird, und der **Suspensiveffekt**, durch den die formelle Rechtskraft[126] der angefochtenen Entscheidung gehemmt wird.

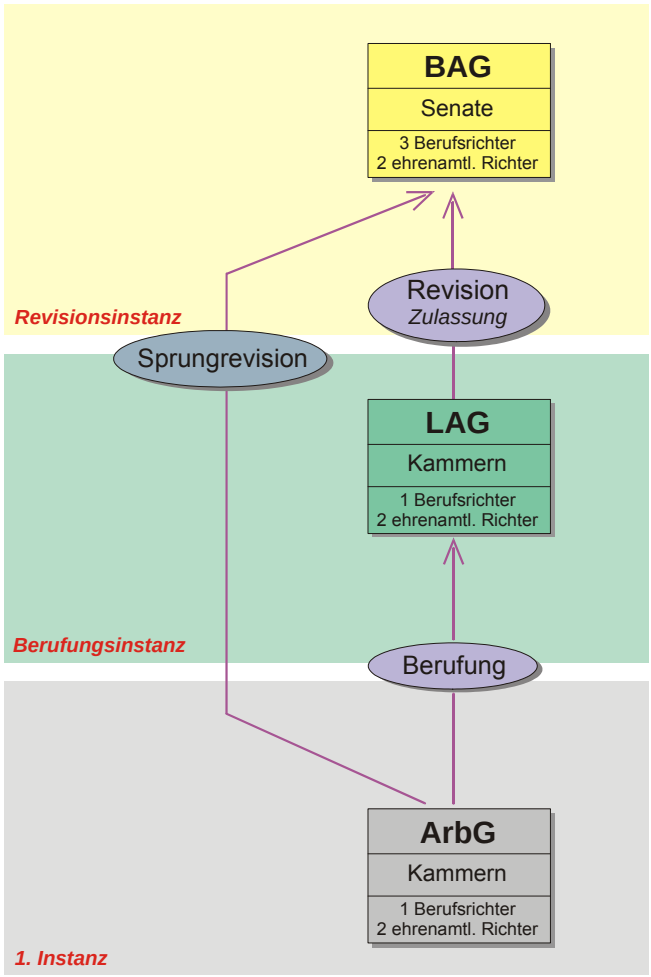

Abbildung 1: Instanzenzug im Arbeitsrecht

- Die **Berufung** ist das Rechtsmittel, das gegen Urteile der ersten Instanz gegeben ist. Im Gegensatz zur Revision wird eine neue *Tatsachen*instanz eröffnet, so dass also neue Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden können. Die Berufungsfrist beträgt bei arbeitsgerichtlichen Verfahren einen Monat nach Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils.[127] Voraussetzung für die Zulässigkeit der Berufung ist u.a., dass die Berufungssumme[128] den Betrag von 600 Euro übersteigt, wenn nicht die Berufung ausdrücklich zugelassen ist, vgl. §§ 64 Abs. 2 und 3 ArbGG.
- Die **Revision** ist ein Rechtsmittel, das nur auf eine Rechtsverletzung gestützt werden kann. Im Gegensatz zur Berufung wird also *keine neue Tatsacheninstanz* eröffnet. Die Revision ist vorgesehen gegen Urteile der Landesarbeitsgerichte, §§ 8 Abs. 3, 72 Abs. 1 ArbGG.
- Die **Beschwerde** ist ein Rechtsmittel gegen Beschlüsse des Gerichts. Im Unterschied zu anderen Rechtsmitteln ist bei der Beschwerde in der Regel die *gleiche* Instanz zuständig.

9.2 Was kostet Rechtsschutz?

Der **Arbeitsgerichtsprozess** ist in erster Instanz wesentlich »billiger« als ein Zivilprozess vor den ordentlichen Gerichten, weil

---

[126] **Formell rechtskräftig** ist eine Entscheidung dann, wenn sie nicht mehr mit Rechtsmitteln angefochten werden kann. Dagegen meint die **materielle Rechtskraft**, dass der Inhalt der Entscheidung für Gericht und Parteien maßgebend ist – in derselben Sache kann nicht noch mal entschieden werden. Materielle Rechtskraft wirkt nur zwischen den Parteien des Rechtsstreits und ihren Rechtsnachfolgern.

[127] Vgl. CREIFELDS 1997, 190

[128] Berufungssumme ist die Differenz zwischen ursprünglichem Antrag und erstinstanzlichem Urteil.

- kein Anwaltszwang besteht, und
- im Falle des Unterliegens der Gegenseite die Anwaltskosten nicht erstattet werden müssen, weil in erster Instanz jede Partei ihre Anwaltskosten selbst trägt.
- Die Gebühren vor dem Arbeitsgericht sind mit höchstens 500 Euro niedriger als im Zivilprozess.

Auch in der Berufungs- und Revisionsinstanz fallen geringere Gebühren an als im allgemeinen Zivilprozess. Allerdings fallen hier Anwaltsgebühren an und sind die Anwaltsgebühren des obsiegenden Gegners zu tragen.

Wenn es bereits in der Güteverhandlung zu einer Einigung kommt, fallen außer den Kosten für die Zustellung der Klage in Höhe von 6 Euro keine weiteren Gerichtskosten an.

10 Abkürzungsverzeichnis

a.a.O. ..... am angegebenen Ort
a.E. ..... am Ende
a.F. ..... alte Fassung
AP ..... Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts)
ArbGG ..... Arbeitsgerichtsgesetz
ArbZG ..... Arbeitszeitgesetz
AuR ..... Arbeit und Recht
AVR Caritas ..... Richtlinien für Arbeitverträge, Caritas
BAG ..... Bundesarbeitsgericht
BAT ..... Bundesangestellten-Tarifvertrag
BetrVG ..... Betriebsverfassungsgesetz
BGB ..... Bürgerliches Gesetzbuch
BGH ..... Bundesgerichtshof
BPersVG ..... Bundespersonalvertretungsgesetz
BUrlG ..... Bundesurlaubsgesetz
BVerfG ..... Bundesverfassungsgericht
DB ..... Der Betrieb
EFZG ..... Entgeltfortzahlungsgesetz
EzA ..... Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
GG ..... Grundgesetz
KSchG ..... Kündigungsschutzgesetz
LAG ..... Landesarbeitsgericht
LPersVG ..... Landespersonalvertretungsgesetz
m.w.N. ..... mit weiteren Nachweisen
MitbestG ..... Mitbestimmungsgesetz
n.F. ..... neue Fassung
NJW ..... Neue Juristische Wochenschrift
NZA ..... Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
o.g. ..... oben genannt

OLG .....Oberlandesgericht
PflR ..... Pflegerecht (Zeitschrift)
SGB X ..... Sozialgesetzbuch, Zehntes Buch
StGB .....Strafgesetzbuch
TVG..... Tarifvertragsgesetz
TVSchüler.....Tarifvertrag für Schüler in der Krankenpflege

11 Literaturverzeichnis

BÖHME, HANS: Arbeitsrecht für die Pflege. 3., neubearb. Aufl. Stuttgart, Berlin, Köln (Kohlhammer) 1998.

BÖHME, HANS: Haftungsrecht. 4. Aufl. Stuttgart (Kohlhammer) 1996.

BRENNER, GÜNTER: Rechtskunde für das Krankenpflegepersonal einschließlich des Altenpflegepersonals und anderer Berufe im Gesundheitswesen. Lehrbuch und Nachschlagewerk für die Praxis. 6., neubearb. u. erw. Aufl. Stuttgart, Lübeck, Jena u.a. (G. Fischer) 1997.

BRUNS, W.; DEBONG, B.; ANDREAS, M.: Bereitschaftsdienst ist Arbeitszeit. Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 3.10.2000 - C 303/98. In: *Die Schwester/Der Pfleger*, 40. Jg. (2001), H. 1, S. 75-77.

BRUNS, W.; DEBONG, B.; ANDREAS, M.: Kündigung wegen außerdienstlichen Fehlverhaltens? Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 7.Juli 1999 (36 Ca 305/98). In: *Die Schwester/Der Pfleger*, 39. Jg. (2000), H. 5, S. 430-434.

BRUNS, W.; DEBONG, B.; ANDREAS, M.: Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis. 1. Teil. In: *Die Schwester/Der Pfleger*, 39. Jg. (2000), H. 2, S. 166-169.

BRUNS, W.; DEBONG, B.; ANDREAS, M.: Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis. 2. Teil. In: *Die Schwester/Der Pfleger*, 39. Jg. (2000), H. 3, S. 242-246.

BRUNS, W; ANDREAS, M.; DEBONG, B.: Der Sturz aus dem Bett - ein Pflegefehler? Urteil des Landgerichts Heidelberg von 5.11.1996 (4 O 129/93) In: *Die Schwester/Der Pfleger*, 38. Jg. (1999), H. 12, S. 1052-1053.

BRUNS, W; ANDREAS, M.; DEBONG, B.: Arbeitsmarktreform. Neuregelungen beim Kündigungsschutz. In: *Die Schwester/Der Pfleger*, 43. Jg. (204), H. 3, S. 231-233.

BÜCHEL-ROSSBRUCH, URSULA; ROSSBRUCH, ROBERT: Das Fragerecht des Arbeitgebers. In: *Krankenpflege* 1991, S. 74-79.

CREIFELDS, CARL (Begr.); KAUFFMANN, HANS (Hrsg.): Rechtswörterbuch. 14., neubearb. Aufl. München (Beck) 1997.

DÄUBLER, WOLFGANG: Arbeitsrecht: Ratgeber für Beruf, Praxis und Studium. Frankfurt a. M. (Bund-Verl.) 1998.

DEBONG, B.; ANDREAS, M.: Umsetzung, Versetzung, Abmahnung und Änderungskündigung. Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 24.4.1996 (5 AZR 1031/94). In: *Die Schwester/Der Pfleger* 1997, S. 70-72.

GROSSKOPF, VOLKER; KLEIN, HUBERT: Krankenpflege und Recht. 2., vollst. überarb. u. akt. Aufl. Balingen (Spitta Verl.) 2002.

MOLKENTIN, THOMAS: Nicht alle Arzt-Tätigkeiten sind delegierbar. In: *Pflegezeitschrift*, 53. Jg. (2000), H. 3, S. 196-199.

MÜRBE, MANFRED; STADLER, ANGELIKA: Gesetzes- und Staatsbürgerkunde für Pflegeberufe. 4., überarb. Aufl. Neckarsulm, Lübeck, Ulm (Jungjohann) 1995. (= Graue Reihe, Krankenpflege. 4)

ROSSBRUCH, ROBERT: Außerordentliche Kündigung wegen Eigenverbrauch vom Medikamenten (BAT § 55 Abs. 1). LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 12.1.1999 - 3 Sa 434e/98 -. In: *Pflegerecht* 2000, H. 3, S. 101-103.

ROSSBRUCH, ROBERT: Betriebsbedingte Kündigung einer Krankenpflegehelferin (KSchG § 1; KrPflG § 4 Abs. 1 und Abs. 2). LAG Bremen, Urt. v. 13.8.1999 - 3 (2) Sa 305/98 -. In: *Pflegerecht* 2000, H. 1, S. 19-30.

ROSSBRUCH, ROBERT: Forum Aktuell. (Kündigung wegen Nichterscheinens zum Termin) In: *Pflegerecht* 2000, H. 1, S. 42-43.

ROSSBRUCH, ROBERT: Handbuch des Pflegerechts, Band 3: Systematische Darstellungen, Stand der Ergänzungslieferungen 1996

SCHAUB, GÜNTER: Meine Rechte und Pflichten als Arbeitnehmer. 7. Aufl. (DTV) 1997. (= Beck-Rechtsberater im dtv)

SCHELL, WERNER: Prüfungswissen Pflege. Berufs-, Gesetzes- und Staatsbürgerkunde. Hannover (Schlütersche) 1997.

SCHELL, WERNER: Staatsbürgerkunde, Gesetzeskunde und Berufsrecht für die Pflegeberufe in Frage und Antwort. Ein Nachschlagewerk für Ausbildung, Weiterbildung, Studium und Praxis. 11., völlig überarb. u. aktual. Aufl. Stuttgart, New York (Thieme) 1998.

STRÄSSNER, HEINZ R.; ILL-GROSS, MANUELA: Rechtsprobleme der Versetzung beim Personaleinsatz von Pflegekräften. In: *Pflegerecht* 2000, H. 2, S. 46 ff.

STRÄSSNER, HEINZ; ILL-GROSS, MANUELA: Pause während des Nachtdienstes (ArbZG § 4). LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 14.10.1998 - 3 Sa 16/98. In: *Pflegerecht* 2000, H. 1, S. 13-19.

WEBER, MARTINA: Gesetze dürfen die Einstellung einer Schwangeren nicht blockieren. In: *Pflegezeitschrift*, 54. Jg. (2001), H. 1, S. 47-50.

ZÖLLNER, WOLFGANG; LORITZ, KARL-GEORG: Arbeitsrecht: Ein Studienbuch. 5., neubearb. Aufl. München (Beck) 1998. (= Juristische Kurzlehrbücher)

12 Internet–Links

Beschreibung	Adresse
Aktuelle Texte einer Vielzahl wichtiger Gesetze zum Arbeitsrecht	http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/BMA_index.html
Gut gegliederte und aktuelle Site, auch zu arbeitsrechtlichen Fragen	http://www.zurecht.de/
»Der umfangreiche Informationsdienst zum Thema Arbeitsrecht« – übersichtlich und differenziert	http://www.arbeitsrecht.de/
Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit	http://www.bmwi.de
BAT im Volltext auf der Site des Bundesministeriums des Innern	http://www.bmi.bund.de/dokumente/Artikel/ix_92408.htm
Arbeitsvertragsrichtlinien des Deutschen Caritasverbandes (AVR, Download als ZIP-Datei)	http://www.diag-mav.org/download/download.htm
Urteilsdatenbank Medizin- und Pflegerecht	http://www.medizinrecht.de/
Institut für Pflegerecht und Gesundheitswesen (Werner Schell), stets aktuelle Informationen zu Fragen des Pflege- und Arbeitsrechts.	http://www.wernerschell.de/
Homepage des Bundesarbeitsgerichts, u.a. mit Pressemitteilungen zu BAG-Urteilen	http://www.bundesarbeitsgericht.de
Rechtsportal von Rechtsanwalt Dr. Großkopf, der an der Katholischen Fachhochschule NW in Köln im Fachbereich »Gesundheitswesen« lehrt	http://www.pwg-seminare.dewww.
Site des Verfassers (Pflegerecht und Pflegewissenschaft)	http://www.volkerthiel.de/