

Arbeitsrecht

von

Univ.-Prof. Dr. jur. Günter Borchert
Bergische Universität Wuppertal

ERICH SCHMIDT VERLAG

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über dnb.d-nb.de abrufbar.

Weitere Informationen zu diesem Titel finden Sie im Internet unter

[ESV.info/978 3 503 12918 8](http://ESV.info/9783503129188)

ISBN 978 3 503 12918 8

Alle Rechte vorbehalten.

© Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2010

www.ESV.info

Dieses Papier erfüllt die Frankfurter Forderungen der Deutschen Nationalbibliothek und der Gesellschaft für das Buch bezüglich der Alterungsbeständigkeit und entspricht sowohl den strengen Bestimmungen der US-Norm Ansi/Niso Z 39.48-1992 als auch der ISO-Norm 9706.

Satz: Tozman Satz & Grafik, Berlin

Druck: Danuvia Druckhaus, Neuburg a.d. Donau

Vorwort

Wie generell im kontinental-europäischen Gesetzesrecht (in Abgrenzung zum Case Law der anglo-amerikanischen Rechtstradition, siehe Fritzemeyer 2006, 2827) ist das Gesetz mit seinen Anwendungen auf Einzelfälle die wesentliche Grundlage zum Rechtsverständnis, auch beim Arbeitsrecht. Demgegenüber äußern mitunter andere (ohne dass das hier belegt werden soll), wer das geltende deutsche Arbeitsrecht suche, werde es überwiegend nur als Richterrecht finden. Dem kann ich nicht zustimmen; das Richterrecht dominiert zwar in den arbeitsrechtlichen Teilgebieten des Arbeitskammerrechts und der haftungsrechtlichen Besonderheiten. Ansonsten aber kann man sich ebenso gut oder ebenso schlecht wie in anderen Rechtsgebieten am Gesetz orientieren – wer zu Detailfragen praxisorientiert die Rechtslage zu klären hat, kommt in anderen Rechtsgebieten ebenso wenig ohne Blick in die aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung aus wie im Arbeitsrecht. Hätte das Richterrecht die generell dominierende Bedeutung, so hätten ja Einsteiger oder Nichtjuristen kaum eine Chance, einen sinnvollen Überblick über die Grundzüge des Arbeitsrechts zu gewinnen. (In einem Interview mit der Präsidentin des BAG wurde ihr vorgehalten, das Fehlen gesetzlicher Regelungen eröffne den Arbeitsrichtern Gestaltungsmöglichkeiten, wie sie Richter anderer Gebiete nicht hätten. Sie erwiderte: „Das stimmt so nicht. Auch Straf- und Zivilrichter entwickeln das Recht weiter. Denken Sie nur daran, wie der Bundesgerichtshof den Deal im Strafverfahren ermöglicht hat. Gesetze können nicht jeden Einzelfall vorab regeln. Dafür hat der Gesetzgeber die Gerichte. Und was das Arbeitskammerrecht betrifft: Das ist reines Verfassungsrecht. Wir leiten allein aus dem Grundgesetz die Regeln für den Arbeitskammer ab.“ – Süddeutsche Zeitung vom 29.12.2009, S. 6.)

Meine Lehrerfahrungen stammen überwiegend aus einem wirtschaftswissenschaftlichen Studiengang. Sie kommen aber auch den Rechtswissenschaftsstudierenden, die mit diesem Buch arbeiten, zugute. Ich habe gelernt, zu vermitteln, wie nicht durch Detailfülle, sondern durch Konzentration auf basics und durch Bezugnahme auf Praxis-Eindrücke ein ausbaufähiges Rechtsverständnis entsteht. Das Buch hilft, Frustrationen der Art vorzubeugen, wie ich sie vor Jahrzehnten als Student der Rechtswissenschaft erlebte: ich hörte die einführende Arbeitsrechtsvorlesung eines der namhaftesten Experten – und verstand wenig. Mit welchem damals verfügbaren Lehrbuch hätte ich mich im Selbststudium dem erwarteten Verständnisniveau nähern können?

Zum Inhalt des Buches: Es vermittelt für Studium und Praxis einen Überblick über das gesamte Arbeitsrecht. Die vertragsrechtlichen Aspekte sind selbstverständlich die Basis, aber deutlicher als in konkurrierenden Lehrwerken wird

Vorwort

dem verwaltungsrechtlichen Arbeitsschutz gebührende Aufmerksamkeit zugewendet. Vermittelt werden die Grundzüge, in einem Stoffumfang, wie er in vier Semesterwochenstunden vermittelt werden kann (Übungen oder Klausurenkurs nicht eingerechnet).

Auf Vertiefungen und strittige Fragen kann hierbei nicht eingegangen werden. Um die in der aktuellen Fachdiskussion oder in der höchstrichterlichen Rechtsprechung verwendeten Argumentationen wirklich nachvollziehen zu können, sind größere Handbücher, Kommentare, Monografien und die Fachzeitschriften die richtigen Arbeitsmittel. Wer die Grundzüge beherrscht, wird mit der vertiefenden und spezialisierten Literatur und Rechtsprechung gut zurechtkommen.

Zielgruppe sind in erster Linie Studierende der Rechtswissenschaft, die sich für Arbeitsrecht als Wahlfach entschieden haben. Sie können als Einstieg oder begleitend zu den Vorlesungen mit dem Buch arbeiten. Fundierte Kenntnisse im Zivilrecht und Grundkenntnisse im Verwaltungsrecht sind bei ihnen vorhanden und erleichtern wesentlich das Verständnis. Aber auch Praktiker des Arbeitsrechts in Betrieben und bei Verbänden werden hier eine systematische Einstiegshilfe finden oder mit dem Buch ihre Kenntnisse auffrischen können, um in der Fülle der Einzelthemen den Überblick nicht zu verlieren. Dies dürfte auch für Referendare in Arbeitsgemeinschaften und für die praktische Ausbildung beim Fachanwalt, beim Gericht oder bei Gewerkschaften oder anderen Verbänden ein guter Grund sein, sich das Buch zu beschaffen.

Der Leser findet nicht nur gut verständliche knappe Erläuterungen der Rechtsfragen, sondern viele Beispiele, Muster für die Praxis, veranschaulichende Grafiken und Schemata sowie zwei exemplarische Klausurfälle mit umfangreichen Lösungshinweisen. Eingestreut sind ständig Klausurtipps und Lernkontrollfragen zum eigenständigen Kontrollieren des Kenntnisstandes. Diese sind nur dann adäquat beantwortet, wenn die Antwort nachvollziehbar begründet wird. Die zur Kontrolle der Lernkontrolle gegebenen Hinweise sind oft nur Stichworte, die die eigenständige Auseinandersetzung der Studierenden mit der Materie weder ersetzen können noch sollen.

Klausurtyp:

Ich empfehle auch, zu den Fall-Beispielen in den Lernkontrollfragen zur Übung Rechtsgutachten zu formulieren.

Ich danke Herrn Dipl.-Ök. Andreas Menge, Herrn cand. ök. Tim Bornhuse und besonders Herrn Dipl.-Ök. Udo Langner, der auch die Grafiken erstellt hat, für Unterstützung.

Wuppertal, im Sommer 2010
Günter Borchert

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XVII
1. Einführung	1
1.1. Zusammenfassung	1
1.2. Zur praktischen Bedeutung des Arbeitsrechts	2
1.3. Systematik des Arbeitsrechts	3
1.4. Literatur und sonstige Materialien	8
1.5. Zur Rechtsgeschichte	10
2. Erster Gesamtüberblick in Thesenform	13
3. Arbeitsverhältnis	19
3.1. Zusammenfassung	19
3.2. Relevanz	24
3.3. Grundlagen aus dem allgemeinen Teil des BGB	24
3.4. Grundlagen aus dem allgemeinen Schuldrecht des BGB	26
3.5. Zwingendes Gesetzesrecht und andere Rahmenvorschriften ...	28
3.6. Die einzelnen Elemente	31
3.7. Arbeitnehmerähnlichkeit	42
3.8. Weitere Indizien, aus denen in Zweifelsfällen auf Arbeitsverhältnisse geschlossen werden kann	46
4. Begründung von Arbeitsverhältnissen	49
4.1. Abschluss von Arbeitsverträgen	49
4.2. Vorvertragliche Sorgfaltspflichten, insbesondere Datenschutz bei der Vertragsanbahnung	50
5. Beendigung oder Änderung von Arbeitsverhältnissen, insbesondere Kündigungsschutzrecht	55
5.1. Zusammenfassung	56
5.2. Kündigung	57
5.3. Anfechtung	84
5.4. Befristung	85
5.5. Auflösungsvertrag, Vergleich	88

Inhaltsübersicht

5.6.	Auflösung durch Gerichtsurteil, §§ 9, 10 KSchG	89
5.7.	Arbeitszeugnis	90
5.8.	Abwicklungsvertrag; Ausgleichs- und Abgeltungsklausel	91
5.9.	Sozialrechtliche Konsequenzen	91
6.	Wechselseitige Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien	97
6.1.	Zusammenfassung	97
6.2.	Hauptpflichten	97
6.3.	Nebenpflichten (Treue- und Fürsorgepflichten)	104
6.4.	Weitere Inhalte von Arbeitsverträgen	124
7.	Tarifvertrag; Arbeitskampf	127
7.1.	Zusammenfassung	127
7.2.	Tarifvertragsnormen	127
7.3.	Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände	130
7.4.	Allgemeinverbindlichkeit	132
7.5.	Günstigkeitsprinzip	132
7.6.	Auswirkungen auf nicht Tarifgebundene	133
7.7.	Bezugnahme auf Tarifverträge in Arbeitsverträgen	135
7.8.	Tarifverträge in der Praxis	136
7.9.	Schuldrechtlicher Teil von Tarifverträgen	137
7.10.	Besonderheiten bei kirchlichen Arbeitgebern	138
7.11.	Arbeitskampf	138
8.	Betriebliche Mitbestimmung	149
8.1.	Zusammenfassung	149
8.2.	Betriebsräte	150
8.3.	Aufgaben, Beteiligung, Mitwirkung, Mitbestimmung	151
8.4.	Geschäftsführung; Betriebsversammlung	154
8.5.	Europäischer Betriebsrat	155
9.	Unternehmensmitbestimmung	157
10.	Öffentlich-rechtlicher Arbeitsschutz; Arbeitszeit; Mutterschutz; Schwerbehindertenschutz	159
10.1.	Zusammenfassung	159
10.2.	Hintergrund: Privatrecht und öffentliches Recht	159
10.3.	Arbeitsschutzbehörden	160
10.4.	Arbeitsschutzvorschriften	161
11.	Internationale Zusammenhänge	169
11.1.	Zusammenfassung	169
11.2.	Internationales Privatrecht	169
11.3.	Internationale Verträge	170

12. Betriebsübergang	173
13. Umwandlung	175
14. Insolvenz des Arbeitgebers	177
15. Arbeitnehmerüberlassung	179
16. Verwaltungshilfe nach Sozialversicherungs- und Einkommensteuerrecht	181
17. Haftung nach Unfallversicherungsrecht	183
18. Gerichtsverfahren	185
18.1. Einführung und Zusammenfassung	185
18.2. Gerichtsverfahrensrecht	186
18.3. Zulässigkeit und Begründetheit von Rechtsmitteln	188
18.4. Arbeitsgerichte	189
18.5. Weitere gerichtliche Verfahren zum Arbeitsrecht	195
19. Zu den Prüfungsanforderungen in verschiedenen Studien- und Ausbildungsgängen	199
20. Rechtsfälle und Lösungen – allgemein und zwei Beispiele	201
20.1. Gutachtenstil und Urteilsstil	201
20.2. Die Logik der Rechtsanwendung; Subsumtion des Falles unter die einschlägigen Vorschriften	201
20.3. Das praktische Vorgehen, insbesondere bei Klausuren	202
20.4. Zwei Rechtsfälle mit Lösungsbeispielen	208
Zu den Lernkontrollfragen	221
Literaturnachweise	243
Sachregister	247

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVII
1. Einführung	1
1.1. Zusammenfassung	1
1.2. Zur praktischen Bedeutung des Arbeitsrechts	2
1.3. Systematik des Arbeitsrechts	4
1.4. Literatur und sonstige Materialien	8
1.5. Zur Rechtsgeschichte	10
2. Erster Gesamtüberblick in Thesenform	13
3. Arbeitsverhältnis	19
3.1. Zusammenfassung	19
3.2. Relevanz	24
3.3. Grundlagen aus dem allgemeinen Teil des BGB	24
3.4. Grundlagen aus dem allgemeinen Schuldrecht des BGB	26
3.5. Zwingendes Gesetzesrecht und andere Rahmenvorschriften	28
3.6. Die einzelnen Elemente	31
3.6.1. Überblick	31
3.6.2. Vertrag	32
3.6.3. Dauerschuldverhältnis	33
3.6.4. Auf Erwerb gerichtete (berufliche) Tätigkeit	34
3.6.5. Unselbständige Erwerbstätigkeit	35
3.6.6. Dienstvertrag, § 611 BGB	36
3.6.7. Persönliche Abhängigkeit	38
3.6.8. Grundbegriffe	40
3.6.9. Vertragsmuster	41
3.7. Arbeitnehmerähnlichkeit	42
3.7.1. Ausbildung	42
3.7.2. Heimarbeit	43
3.7.3. Sonstige arbeitnehmerähnlichen Personen	44
3.7.3.1. Freie Dienstvertragsverhältnisse	45
3.7.3.2. Werkvertragsverhältnisse	45
3.7.3.3. Franchise-Verhältnisse	45

3.7.4. Arbeitsrechtliche Regelungen mit Anwendung auf weitere Nicht-Arbeitnehmer	46
3.8. Weitere Indizien, aus denen in Zweifelsfällen auf Arbeitsverhältnisse geschlossen werden kann	46
4. Begründung von Arbeitsverhältnissen	49
4.1. Abschluss von Arbeitsverträgen	49
4.2. Vorvertragliche Sorgfaltspflichten, insbesondere Datenschutz bei der Vertragsanbahnung	50
5. Beendigung oder Änderung von Arbeitsverhältnissen, insbesondere Kündigungsschutzrecht	55
5.1. Zusammenfassung	56
5.2. Kündigung	57
5.2.1. Ordentliche oder außerordentliche Kündigung von Arbeitsverhältnissen	59
5.2.2. Nichtig oder (lediglich) unwirksame Kündigungen	60
5.2.3. Geltendmachung der Rechtsunwirksamkeit	61
5.2.4. Besonderer Kündigungsschutz	65
5.2.5. Änderungskündigung	67
5.2.6. Abmahnung	69
5.2.6.1. Begriff	69
5.2.6.2. Verhältnis zwischen Abmahnung und Kündigung	72
5.2.7. Betriebliche Mitbestimmung bei Kündigungen	73
5.2.8. Inhaltskontrolle im Hinblick auf Kündigungsgründe	74
5.2.8.1. Verstoß gegen gesetzliche Verbote	74
5.2.8.2. Sittenwidrigkeit	74
5.2.8.3. Außerordentliche Kündigung, § 626 BGB	74
5.2.8.4. Ordentliche Kündigung	77
5.2.8.4.1. Anwendbarkeit des § 1 KSchG	77
5.2.8.4.2. Prinzipien	77
5.2.8.4.3. Personenbedingte, verhaltensbeding- te und betriebsbedingte Kündigung ..	78
5.2.8.5. Zur Offenlegung der Kündigungsgründe	82
5.2.9. Weiterbeschäftigungsanspruch	83
5.3. Anfechtung	84
5.4. Befristung	85
5.5. Auflösungsvertrag, Vergleich	88
5.6. Auflösung durch Gerichtsurteil, §§ 9, 10 KSchG	89
5.7. Arbeitszeugnis	90
5.8. Abwicklungsvertrag; Ausgleichs- und Abgeltungsklausel	91
5.9. Sozialrechtliche Konsequenzen	91

6. Wechselseitige Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien	97
6.1. Zusammenfassung.	97
6.2. Hauptpflichten	97
6.2.1. Arbeit und Arbeitsentgelt	97
6.2.2. Entgeltzahlung ohne Arbeitsleistung	100
6.2.3. Konsequenzen bei Verletzung der Hauptpflichten	104
6.3. Nebenpflichten (Treue- und Fürsorgepflichten)	104
6.3.1. Nebenpflichten des Arbeitgebers	105
6.3.1.1. Gesundheitsschutz; § 618 BGB und zusammenhängende Regelungen	105
6.3.1.2. Kündigungsschutz.	109
6.3.1.3. Persönlichkeits- und Datenschutz	110
6.3.1.4. Einstehen für das Betriebsrisiko auch bei unerlaubten Handlungen des Arbeitnehmers	112
6.3.1.5. Soziale Sicherung	113
6.3.1.6. Betriebliche Sozialleistungen	114
6.3.1.7. Entgeltfortzahlung	114
6.3.1.8. § 84 Absatz 2 SGB IX.	115
6.3.1.9. § 81 SGB IX	116
6.3.1.10. Beschäftigung.	116
6.3.1.11. Arbeitszeugnis	116
6.3.1.12. § 2 Absatz 2 SGB III.	117
6.3.2. Nebenpflichten des Arbeitnehmers	117
6.3.2.1. Fallgruppen	117
6.3.2.2. Konsequenzen bei Pflichtverletzung	119
6.4. Weitere Inhalte von Arbeitsverträgen.	124
7. Tarifvertrag; Arbeitskampf	127
7.1. Zusammenfassung.	127
7.2. Tarifvertragsnormen	127
7.3. Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände	130
7.4. Allgemeinverbindlichkeit.	132
7.5. Günstigkeitsprinzip	132
7.6. Auswirkungen auf nicht Tarifgebundene.	133
7.7. Bezugnahme auf Tarifverträge in Arbeitsverträgen	135
7.8. Tarifverträge in der Praxis	136
7.9. Schuldrechtlicher Teil von Tarifverträgen.	137
7.10. Besonderheiten bei kirchlichen Arbeitgebern	138
7.11. Arbeitskampf.	138
7.11.1. Arbeitskampfrecht als Richter- und Gewohnheitsrecht.	138
7.11.2. Die Arbeitskampfmaßnahmen (Streik und Aussperrung)	140

Inhaltsverzeichnis

7.11.3. Rechtmäßige und rechtswidrige Arbeitskampfmaßnahmen	141
7.11.4. Rechtsfolgen bei rechtswidrigen Arbeitskampfmaßnahmen	143
7.11.5. Warnstreik	146
8. Betriebliche Mitbestimmung	149
8.1. Zusammenfassung	149
8.2. Betriebsräte	150
8.3. Aufgaben, Beteiligung, Mitwirkung, Mitbestimmung	151
8.4. Geschäftsführung; Betriebsversammlung	154
8.5. Europäischer Betriebsrat	155
9. Unternehmensmitbestimmung	157
10. Öffentlich-rechtlicher Arbeitsschutz; Arbeitszeit; Mutterschutz; Schwerbehindertenschutz	159
10.1. Zusammenfassung	159
10.2. Hintergrund: Privatrecht und öffentliches Recht	159
10.3. Arbeitsschutzbehörden	160
10.4. Arbeitsschutzvorschriften	161
10.4.1. Arbeitsschutzgesetz; Chemikaliengesetz; Präventionsvorschriften im Unfallversicherungsrecht	161
10.4.2. Arbeitszeitgesetz	165
10.4.3. Schwerbehindertenschutz, Mutterschutz und Jugendarbeitsschutz im öffentlich-rechtlichen Arbeitsrecht ..	167
10.4.4. Gesetz über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit	168
11. Internationale Zusammenhänge	169
11.1. Zusammenfassung	169
11.2. Internationales Privatrecht	169
11.3. Internationale Verträge	170
12. Betriebsübergang	173
13. Umwandlung	175
14. Insolvenz des Arbeitgebers	177
15. Arbeitnehmerüberlassung	179
16. Verwaltungshilfe nach Sozialversicherungs- und Einkommensteuerrecht	181

17. Haftung nach Unfallversicherungsrecht	183
18. Gerichtsverfahren	185
18.1. Einführung und Zusammenfassung	185
18.2. Gerichtsverfahrensrecht	186
18.3. Zulässigkeit und Begründetheit von Rechtsmitteln	188
18.4. Arbeitsgerichte	189
18.4.1. Urteilsverfahren	189
18.4.2. Beschlussverfahren	190
18.4.3. Darlegungs-, Beweislast	191
18.4.4. Einstweilige Verfügung	193
18.5. Weitere gerichtliche Verfahren zum Arbeitsrecht	195
18.5.1. Verwaltungsrechtlicher Rechtsschutz	196
18.5.2. Ordnungswidrigkeitenverfahren	197
18.5.3. Strafverfahren	197
18.5.4. Europarechtliche Gerichtsentscheidungen	197
19. Zu den Prüfungsanforderungen in verschiedenen Studien- und Ausbildungsgängen	199
20. Rechtsfälle und Lösungen – allgemein und zwei Beispiele	201
20.1. Gutachtenstil und Urteilsstil	201
20.2. Die Logik der Rechtsanwendung; Subsumtion des Falles unter die einschlägigen Vorschriften	202
20.3. Das praktische Vorgehen, insbesondere bei Klausuren	206
20.4. Zwei Rechtsfälle mit Lösungsbeispielen	208
20.4.1. Vorbereitende Hinweise	208
20.4.2. Erster Fall	208
20.4.3. Zweiter Fall	214
Zu den Lernkontrollfragen	221
Literaturnachweise	243
Sachregister	247