KLOCKE

Rechtswissenschaft heute

Arbeitsrecht

Individualarbeitsrecht

BOORBERG

Arbeitsrecht

Individualarbeitsrecht

von

Prof. Dr. Daniel Klocke, LL.M.oec.
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht
und Rechtstheorie an der EBS Law School in Wiesbaden

Daniel Klocke, Prof. Dr., LL.M.oec, geb. 1982 in Berlin, ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht und Rechtstheorie und Verantwortlicher für den Schwerpunkt V „Arbeitsrecht“ an der EBS Law School in Wiesbaden.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek |
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über www.dnb.de abrufbar.

1. Auflage, 2022
ISBN 978-3-415-07138-4
E-ISBN 978-3-415-07139-1

© 2022 Richard Boorberg Verlag

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz: abavo GmbH, Nebelhornstraße 8, 86807 Buchloe |
Druck und Bindung: Laupp & Göbel GmbH, Robert-Bosch-Straße 42, 72810 Gomaringen

Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG | Scharrstraße 2 | 70563 Stuttgart
Stuttgart | München | Hannover | Berlin | Weimar | Dresden
www.boorberg.de

Vorwort zur 1. Auflage

Das Arbeitsrecht ist ein sehr dynamisches Rechtsgebiet mit einem hohen Streitpotenzial. Wie in kaum einem anderen Rechtsgebiet kulminieren dogmatische und praktische Fragen in einer Vielzahl von Fällen.

Das Anliegen dieses Buches besteht darin, sowohl praktisch als auch dogmatisch orientierten Studierenden einen Überblick über die aktuellen und zentralen Rechtsfragen rund um den Arbeitsvertrag zu vermitteln und anhand der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zugleich eine klare Richtung vorzugeben, wie die Praxis Fälle löst.

Insbesondere Studierenden, die sich zum ersten Mal im Arbeitsrecht bewegen, soll über eine klare Struktur Sicherheit gegeben werden. Jedem prüfungsrelevanten Abschnitt wird ein Aufbauschema vorangestellt, welches in der Folge im Detail diskutiert wird. Diese Darstellung erlaubt eine rasche Wissensaufnahme oder Wiederholung des Stoffs. Das Abbildungsverzeichnis auf S. 13 f. kann daher auch als gute Struktur für die eigenen Lernerfolge dienen.

Für die Hilfe bei der Fertigstellung des Manuskripts möchte ich an dieser Stelle ganz herzlich Claudia Müller, Bianca Langer, Laura Zimmer und Leonard Gleumes danken.

Hinweise und Kritik nehme ich jederzeit gerne unter daniel.klocke@ebs.edu an.

Sommer, 2021 Daniel Klocke

Inhaltsverzeichnis

Abbildungsverzeichnis 13

1 Einführung in das Arbeitsrecht 19
1.1 Die Geschichte des Arbeitsrechts 19
1.1.1 Die Geschichte des Begriffs „Arbeitsrecht“ 19
1.1.2 Die historischen Grundlagen des Arbeitsrechts 20
1.2 Der Begriff des Arbeitsrechts und seine Rechtsquellen 22
1.2.1 Die Begriffsbildung 22
1.2.2 Das Arbeitsrecht in der Rechtsordnung 23
1.2.3 Die Rechtsquellen des Arbeitsrechts 24
1.3 Die Arbeitsgerichte 33

2 Arbeitnehmer und Arbeitgeber 35
2.1 Der Arbeitnehmer 35
2.1.1 Die Entwicklung des Arbeitnehmerbegriffs 35
2.1.2 Die Definition des Arbeitnehmers 36
2.1.3 Die Ermittlung der Arbeitnehmereigenschaft 37
2.1.4 Der privatrechtliche Vertrag 37
2.1.5 Die entgeltliche Dienstleistung 39
2.1.6 Die persönliche Abhängigkeit 41
2.1.7 Persönliche Abhängigkeit und neue Formen der Arbeit 42
2.1.8 Die sog. sekundären Merkmale 43
2.1.9 Die Bedeutung des unternehmerischen Risikos 44
2.1.10 Gesellschaftsrechtliche Besonderheiten 44
2.1.11 Der Arbeitnehmer als Verbraucher 46
2.2 Der Arbeitgeber 47
2.2.1 Grundlagen 48
2.2.2 Der Betriebsübergang nach § 613a BGB 48
2.2.3 Die Arbeitnehmerüberlassung (Überblick) 54
2.3 Das Arbeitsverhältnis 54
2.3.1 Vertragstheorie und faktisches Arbeitsverhältnis 55
2.3.2 Der Arbeitsvertrag als schuldrechtlicher Vertrag 55
2.3.3 Das Berufsausbildungsverhältnis 56
2.3.4 Zwischenbetrachtung 56
2.4 Die arbeitnehmerähnliche Person 56
2.4.1 Die Definition der arbeitnehmerähnlichen Person 57
2.4.2 Das Schutzkonzept 57
2.5 Die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für Arbeitnehmer (§ 5 ArbGG) 58
2.5.1 Die Ausdehnung und Einschränkungen des Arbeitnehmerbegriffs 58

2.5.2 Der Prüfungsmaßstab in der Zulässigkeit arbeitsgerichtlicher Klagen 59

3 Die Begründung des Arbeitsverhältnisses 61
3.1 Die Personalplanung und das Stellenprofil 61
3.2 Die Vertragsanbahnung 62
3.2.1 Die Veröffentlichung der Stellenausschreibung 62
3.2.2 Die Stellenausschreibung als Aufforderung zur Bewerbung 62
3.2.3 Die Bewerbung 63
3.2.4 Die Bewerbungsphase 63
3.2.5 Das Fragerecht des Arbeitgebers 64
3.2.6 Die Einstellungsuntersuchungen 68
3.3 Der Abschluss des Arbeitsvertrags 69
3.3.1 Die essentialia negotii 69
3.3.2 Vorformulierte Arbeitsbedingungen 69
3.3.3 Formerfordernisse und der Nachweis der Arbeitsbedingungen 78
3.3.4 Die Grenzen der Abschlussfreiheit 81

4 Der Schutz vor Diskriminierungen 83
4.1 Der Anwendungsbereich des AGG 83
4.1.1 Der sachliche Anwendungsbereich 84
4.1.2 Der persönliche Anwendungsbereich 84
4.2 Das Benachteiligungsverbot 85
4.2.1 Die Merkmale des § 1 AGG 85
4.2.2 Die Benachteiligungsformen 87
4.3 Die Rechtfertigung einer Benachteiligung 92
4.3.1 Berufliche Anforderungen (§ 8 AGG) 92
4.3.2 Benachteiligung wegen der Religion und Weltanschauung (§ 9 AGG) 94
4.3.3 Rechtfertigung bei Alter (§ 10 AGG) 95
4.3.4 Positive Maßnahmen nach § 5 AGG 97
4.4 Die Rechtsfolgen einer Benachteiligung 97
4.4.1 Das Beschwerderecht nach § 13 AGG 97
4.4.2 Das Leistungsverweigerungsrecht nach § 14 AGG 98
4.4.3 Der Anspruch auf Schadensersatz und Entschädigung . . . 98
4.4.4 Der Kontrahierungszwang (§ 15 Abs. 6 AGG) 102

5 Die Pflichten des Arbeitnehmers 103
5.1 Die Arbeitsleistung 103
5.1.1 Die Höchstpersönlichkeit 103
5.1.2 Die Durchsetzbarkeit der Arbeitspflicht 103
5.1.3 Der Fixschuldcharakter der Arbeitspflicht 104

5.2 Das Weisungsrecht des Arbeitgebers 105
5.2.1 Die Kontrolle der Weisung 105
5.2.2 Die Art der Arbeitsleistung 106
5.2.3 Der Ort der Arbeitsleistung 107
5.2.4 Die Zeit der Arbeitsleistung 108
5.2.5 Das Arbeitszeitrecht 113
5.2.6 Kurzarbeit 116
5.2.7 Überstunden 117
5.3 Die Ablieferungspflicht 120
5.4 Die Verschwiegenheitspflicht 121
5.4.1 Die Regelungen des GeschGehG 121
5.4.2 Insbesondere: das sog. Whistleblowing 122
5.5 Wettbewerbsverbote 122
5.5.1 Das Wettbewerbsverbot während eines Arbeitsverhältnisses 123
5.5.2 Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot 124
5.5.3 Exkurs: Nebentätigkeiten 126

6 Die Pflichten des Arbeitgebers 129
6.1 Die Pflicht zur Entgeltzahlung 129
6.1.1 Grundlagen der Entgeltzahlung 129
6.1.2 Praktische Probleme und Streitpunkte 132
6.1.3 Die Kontrolle von Vergütungsabreden 135
6.2 Der Mindestlohn 136
6.2.1 Die dogmatische Einordnung des Mindestlohnanspruchs 136
6.2.2 Der Anwendungsbereich des MiLoG 137
6.3 Die Beschäftigungspflicht 141
6.3.1 Der Anspruch auf Beschäftigung 141
6.3.2 Der Beschäftigungsanspruch im Anspruchssystem 141
6.3.3 Die Suspendierung 142
6.4 Der Grundsatz der Gleichbehandlung 142
6.4.1 Die Grundlagen des Gleichbehandlungsgrundsatzes . . . 142
6.4.2 Die Voraussetzungen des Gleichbehandlungsgrundsatzes 143
6.4.3 Der Bezugspunkt der Gleichbehandlung 145
6.4.4 Die Rechtsfolgen des Gleichbehandlungsgrundsatzes . . 145
6.4.5 Gleichbehandlung beim Arbeitsentgelt 146
6.5 Der Arbeitsschutz 147
6.5.1 Grundkonzepte des deutschen Arbeitsschutzrechts 147
6.5.2 Das Arbeitsschutzgesetz 148
6.5.3 Weitergehende Rechtsquellen 149
6.5.4 Der zivilrechtliche Arbeitsschutz 150
6.6 Das Maßregelverbot nach § 612a BGB 151
6.7 Der Datenschutz 151

7 Kein Lohn ohne Arbeit . . . 153
7.1 Das Nichtleisten der Arbeit und die Preisgefahr . . . 153
7.2 Der Annahmeverzug . . . 154
7.2.1 Das Verhältnis zur Unmöglichkeit . . . 155
7.2.2 Voraussetzungen des Annahmeverzugs . . . 156
7.2.3 Die Berechnung des Entgelts . . . 161
7.3 § 615 S. 3 BGB i. V. m. der Betriebsrisikolehre . . . 162
7.3.1 Grundlagen . . . 162
7.3.2 Das Betriebsrisiko . . . 163
7.3.3 Betriebsrisiko und wirtschaftliche Schwierigkeiten . . . 164
7.3.4 Das Betriebsrisiko und andere Ausfallgründe . . . 164
7.3.5 Abdingbarkeit von § 615 S. 3 BGB . . . 165
7.4 Die Arbeitsverhinderung aus persönlichen Gründen . . . 166
7.4.1 Das Zusammenspiel von § 275 Abs. 3 und § 616 BGB . . . 166
7.4.2 Sinn und Zweck des § 616 BGB . . . 166
7.4.3 Voraussetzungen der Entgeltfortzahlung . . . 167
7.5 Die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall . . . 170
7.5.1 Die Rechtsnatur von § 3 EFZG . . . 171
7.5.2 Die Voraussetzungen . . . 171
7.5.3 Die Dauer der Entgeltfortzahlung . . . 176
7.5.4 Die Höhe des Entgeltfortzahlungsanspruchs nach § 4 EFZG . . . 178
7.6 Die Entgeltfortzahlung bei Feiertagen . . . 178
7.7 Der Urlaubsanspruch nach dem BUrlG . . . 179
7.7.1 Die Rechtsnatur des Urlaubsanspruchs . . . 179
7.7.2 Die Voraussetzungen des Urlaubsanspruchs . . . 180
7.7.3 Der Umfang des Urlaubsanspruchs . . . 181
7.7.4 Die Gewährung des Urlaubs . . . 182
7.7.5 Das Urlaubsentgelt . . . 184
7.7.6 Arbeit während des Urlaubs . . . 185
7.7.7 Der Untergang des Urlaubsanspruchs . . . 185
7.7.8 Der Abgeltungsanspruch . . . 186
7.7.9 Besonderheiten bei tariflichen Regelungen . . . 187

8 Die Vereinbarkeit von Familie und Beruf . . . 189
8.1 Der Mutterschutz . . . 189
8.1.1 Der Anwendungsbereich des MuSchG . . . 189
8.1.2 Der Gesundheitsschutz . . . 190
8.2 Die Elternzeit . . . 193
8.2.1 Der Anspruch auf Elternzeit . . . 193
8.2.2 Die Realisierung der Elternzeit . . . 193
8.2.3 Das Elterngeld . . . 194
8.2.4 Insbesondere: Jahresurlaub . . . 194
8.3 Das Home-Office . . . 194

8.4 Die Teilzeit 195
8.4.1 Das betriebliche Management von Teilzeitarbeit 195
8.4.2 Der Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit 195
8.4.3 Die Verlängerung der Arbeitszeit 196
8.4.4 Die Brückenteilzeit 197
8.5 Die Pflegezeit und die Familienpflegezeit 197
8.5.1 Die Pflegezeit nach dem PflegeZG 197
8.5.2 Die Familienpflegezeit nach dem FPfZG 197

9 Der innerbetriebliche Schadensausgleich 199
9.1 Die Schlechtleistung des Arbeitnehmers 199
9.1.1 Die Nichtleistung 199
9.1.2 Die Schlechtleistung 199
9.2 Die Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung 202
9.2.1 Die Beweislastumkehr-Umkehr nach § 619a BGB und § 254 BGB 202
9.2.2 Die Haftung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer nach § 254 BGB analog 203
9.2.3 Der Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers nach § 670 BGB doppelt analog 210
9.2.4 Die Haftung gegenüber Arbeitskollegen 211
9.2.5 Die Haftung gegenüber Dritten 211
9.2.6 Fälle der gestörten Gesamtschuld 213
9.2.7 Die Pflicht zur vorrangigen Inanspruchnahme Dritter . . 214
9.2.8 Die Mankohaftung 214

10 Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses 217
10.1 Die Kündigung 217
10.1.1 Grundlagen 217
10.1.2 Die allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Kündigung 218
10.1.3 Der Kündigungsschutz nach dem KSchG 227
10.1.4 Die Kündigungsschutzklage 263
10.1.5 Die fristlose Kündigung/die außerordentliche Kündigung 265
10.1.6 Die Beteiligung des Betriebsrats an der Kündigung 274
10.1.7 Der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch 277
10.1.8 Besonderer Kündigungsschutz 279
10.1.9 Kündigungsschutz bei Massenentlassungen 284
10.1.10 Die Änderungskündigung 286
10.2 Der Aufhebungsvertrag 291
10.2.1 Die Schriftform nach § 623 BGB 291
10.2.2 Die Wirksamkeit des Aufhebungsvertrags i.Ü. 292
10.2.3 Prozessuale Durchsetzung der Unwirksamkeit 294

10.2.4 Die sozialrechtliche Konsequenz eines Aufhebungsvertrags 294
10.3 Die Befristung (und die Bedingung). 294
10.3.1 Das befristete Arbeitsverhältnis 295
10.3.2 Bedingungen 310
10.4 Pflichten bei bzw. nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses 311
10.4.1 Zeit für die Stellensuche 311
10.4.2 Arbeitspapiere und Ausgleichsquittung 311
10.4.3 Insbesondere: Das Zeugnis. 313

Abbildungsverzeichnis

	Inhalt	Seite
Abb. 1	Die Rechtsquellen des Arbeitsrechts	24
Abb. 2	Die betriebliche Übung	27
Abb. 3	Der Arbeitnehmer	36
Abb. 4	Der Betriebsübergang	49
Abb. 5	Das Fragerecht und Datenschutz	65
Abb. 6	Die AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht	69
Abb. 7	Vertragliche Ausschlussfristen	75
Abb. 8	Struktur und Rechtsfolgen des AGG	83
Abb. 9	Der Anspruch nach § 15 Abs. 1 AGG	98
Abb. 10	Der Anspruch nach § 15 Abs. 2 AGG	100
Abb. 11	Das Weisungsrecht des Arbeitgebers	105
Abb. 12	Die Entgelterwartung nach § 612 BGB	118
Abb. 13	Das Wettbewerbsverbot während des Arbeitsverhältnisses	123
Abb. 14	Der vertragliche Lohnanspruch nach § 611a Abs. 2 BGB	129
Abb. 15	Der Anspruch auf Mindestlohn	136
Abb. 16	Der allgemeine Gleichbehandlungsanspruch	142
Abb. 17	Kein Lohn ohne Arbeit	154
Abb. 18	Der Annahmeverzug	155
Abb. 19	Die Arbeitsverhinderung aus persönlichen Gründen	166
Abb. 20	Die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall	171
Abb. 21	Der Urlaubsanspruch	180
Abb. 22	Die Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung	207
Abb. 23	Der Anspruch aus § 670 BGB doppelt analog	210
Abb. 24	Beendigungsgründe des Arbeitsverhältnisses	217
Abb. 25	Die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigungserklärung	218
Abb. 26	Die ordnungsgemäße Kündigungserklärung	218
Abb. 27	Der Kündigungsschutz nach dem KSchG	227
Abb. 28	Die verhaltensbedingte Kündigung	235
Abb. 29	Die personenbedingte Kündigung	241
Abb. 30	Die betriebsbedingte Kündigung	246
Abb. 31	Die Kündigungsschutzklage	263
Abb. 32	Die außerordentliche Kündigung	265
Abb. 33	Die Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG	275
Abb. 34	Der Aufhebungsvertrag	291
Abb. 35	Die Entfristungsklage	309

Abkürzungen

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingung
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AO	Abgabenordnung
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbMedVV	Verordnung zur arbeitsmedizinischen Vorsorge
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
ArbStättV	Arbeitsstättenverordnung
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
Art.	Artikel
ASiG	Arbeitssicherheitsgesetz
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
BA	Bundesagentur für Arbeit
BBG	Bundesbeamtengesetz
BBiG	Bundesbildungsgesetz
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BetrSichV	Betriebssicherheitsverordnung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGG	Behindertengleichstellungsgesetz
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BStG	Beamtenstatusgesetz
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BZRG	Bundeszentralregistergesetz
bzw.	Beziehungsweise
d. h.	das heißt
DDR	Deutsche Demokratische Republik
DRiG	Deutsches Richtergesetz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ESC	Europäische Sozialcharta
EStG	Einkommensteuergesetz

EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
FamPfZG	Familienpflegezeitgesetz
ff.	folgende
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GeschGehG	Geschäftsgeheimnisgesetz
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
h. M.	herrschende Meinung
HGB	Handelsgesetzbuch
HS	Halbsatz
i. e. S.	im engeren Sinne
i. H. v.	in Höhe von
i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
IAO (ILO)	Internationale Arbeitsorganisation (International Labour Organization)
ICF	International Classification of Functioning
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
JArbSchG	Jugendarbeitsschutzgesetz
KrPflG	Krankenpflegegesetz
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MiLoG	Mindestlohngesetz
NachwG	Nachweisgesetz
PflegeZG	Pflegezeitgesetz
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannte
StGB	Strafgesetzbuch
TVG	Tarifvertragsgesetz

TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
u. a.	unter anderem
UKlaG	Unterlassungsklagengesetz
UmwG	Umwandlungsgesetz
UrhG	Urhebergesetz
VO	Verordnung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WHO	Weltgesundheitsorganisation
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZPO	Zivilprozessordnung

Hinsichtlich der Abkürzungen der Fachzeitschriften wird verwiesen auf: Kirchner, Hildebert; Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Aufl. 2018.

1 Einführung in das Arbeitsrecht

1.1 Die Geschichte des Arbeitsrechts

Oftmals gibt eine Regelung erst aus ihrem historischen Kontext ihren kompletten Sinngehalt preis. Das Bestehen von Regelungen und das Fehlen von Gesetzen erklären sich in aller Regel aus dem historisch-politischen, ja gesamtgesellschaftlichen Kontext. In besonderem Maße gilt dies für das Arbeitsrecht. Die Geschichte des Arbeitsrechts hätte eigentlich ein mehrbändiges Kompendium verdient.[1] Dieses Lehrbuch muss sich leider auf einzelne Schlaglichter beschränken.

1.1.1 Die Geschichte des Begriffs „Arbeitsrecht"

Um den Begriff „Arbeitsrecht" einordnen zu können, ist es unerlässlich, zumindest die historischen Eckdaten der Entwicklung des Arbeitsrechts zu kennen.

Das Arbeitsrecht ist ein junges Rechtsgebiet. Nicht, dass es nicht schon früher fremdbestimmte Arbeit gegeben hätte, aber das Arbeitsrecht als Rechtsdisziplin ist ein Kind des ausgehenden 19. Jahrhunderts. Wann sich der Begriff genau durchgesetzt hat, lässt sich schwer bestimmen.[2] Anfang des 20. Jahrhunderts wurde noch zwischen dem Gesinde und den gewerblichen Arbeitern streng unterschieden. 1914 gab es noch 44 Gesindeordnungen.[3] Der Angestellte kam gerade erst als Phänomen auf. Die große Zahl der Landarbeiter interessierte niemanden und wurde bis heute nur vereinzelt in ihren arbeitsrechtlichen Traditionslinien erforscht.[4] Durch den Gesetzgeber wurde der Begriff nach dem 1. Weltkrieg verwendet. In Art. 157 Abs. 2 der Weimarer Reichsverfassung hieß es beispielsweise: *„das Reich schafft ein einheitliches Arbeitsrecht."*

Dabei waren zwei wichtige Autoren federführend an der Herausbildung dieses Rechtsgebiets beteiligt.[5] Das zweibändige Buch „der Arbeitsvertrag" von *Philipp Lotmar* (1850–1922) etablierte das Arbeitsrecht (Bd1: 1902;

---

1 Vgl. auch die Literaturnachweise bei *Richardi*, in: MünchArbR, § 2; sehr lesenswert: *Kittner*, Arbeitskampf – Geschichte Recht Gegenwart (i.F.: Kittner), ebenso: *Preis/Temming* Rn. 63ff.

2 Ausführlich zur Begriffsentstehung: *Hattenhauer*, FS Reuter, 511.

3 *Hattenhauer*, FS Reuter, 511 (513). Der Begriff „Gesinde" (alt für Gefolgsmann) ist nicht umfassend festgelegt. Er zentriert sich auf die Hausangestellten bzw. Dienstboten in Anwesen. Dass für diese Arbeitnehmer andere Regeln gelten können (vgl. § 1 Abs. 2 S. 1 ArbSchG), hat nicht zur Ausklammerung geführt.

4 Eine Ausnahme bildet freilich: *Keiser*, AuR 2021, 97 (G5); *Georg Friedrich Knapp* (1842–1926) hat mehrere Arbeiten im frühen Kaiserreich verfasst.

5 *Picker*, FS Richardi, 141 (148 ff.).

Bd2: 1908). Wichtiger noch war aber das Wirken von *Hugo Sinzheimer* (1875–1945).[6] Dieser legte zentrale Grundlagen, insbesondere für das kollektive Arbeitsrecht.

1.1.2 Die historischen Grundlagen des Arbeitsrechts

Bereits diese kurzen Ausführungen machen deutlich, dass das Arbeitsrecht historisch nicht einfach zu fassen ist.[7] Arbeitskämpfe sind bis in das alte Ägypten überliefert. 4000 vor Christus legten Nekropolenarbeiter die Arbeit nieder, weil die staatliche Getreidelieferung ausblieb.[8] Der Spartakusaufstand im alten Rom wird zum Teil als Arbeitskampf der Sklaven bzw. Gladiatoren gegen ihre Lebensverhältnisse bzw. Arbeitsbedingungen verstanden und wurde (deutlich) später mit der Klassenkampfidee verbunden.[9]

Am besten beginnt man mit der Geschichte des Rechtsgebiets, das später Arbeitsrecht genannt werden wird, im Mittelalter, etwa zu der Zeit, in der sich das Heilige Römische Reich Deutscher Nation aus dem Ostfränkischen Reich herausgebildet hatte.

Im Mittelalter dominierten Zunftordnungen und die Auseinandersetzung von Gesellen und Meistern. Wichtiger als der Streik war zu dieser Zeit der sog. Verruf durch die Gesellen, eine frühe Form des Boykottaufrufs, nicht bei einem Meister oder in einer Stadt zu arbeiten.[10] Die Auseinandersetzung um die Rechte der Gesellen gipfelte im Verbot der Vereinigungen. Denn die Bekämpfung der sog. Gesellenbünde war wegen der starken Zergliederung der Gebiete in unterschiedliche Herrschaftsbereiche nahezu unmöglich. Erst gegen Ende des Heiligen Römischen Reiches wurde eine reichseinheitliche Regelung gegen die Gesellenbünde geschaffen.[11]

Diese Struktur änderte sich erst grundlegend im Zusammenhang mit den Napoleonischen Kriegen und der aufkommenden Industrialisierung im Übergang vom 17. Jahrhundert zum 18. Jahrhundert.[12] Gemeinhin wird das Regulativ über die Beschäftigung jugendlicher Arbeiter in Fabriken vom 9.3.1839[13] als Ausgangspunkt staatlicher Regelungstätigkeit zum Schutz der

6 Zu der Person Sinzheimers: *Zachert*, RdA 2001, 104.

7 Vgl. auch *Preis*, RdA 2019, 75 (75): „These 1: Abhängige Arbeit und die Ausbeutung und Verelendung breiter Schichten sind Teil der Menschheitsgeschichte."

8 *Kittner*, Arbeitskampf, 9.

9 *Däubler*, Arbeitskampfrecht, § 1 Rn. 1.

10 *Däubler*, Arbeitskampfrecht, § 1 Rn. 7.

11 Zur „Reichszunftordnung" von 1731: *Kittner*, Arbeitskampf, 102 ff.

12 Die Wirkkräfte dieser Zeit lassen sich grob als Revolution, Restauration und Reaktion zusammenfassen. Diese komplexe Gemengelage sollte bis in das 20. Jahrhundert bestimmend bleiben, vgl. *Ramm*, FG Söllner, 423.

13 Der Text ist heute abrufbar unter: http://www.zeitspurensuche.de/02/kinder2.htm#1839 (Abruf: 31.05.2021).

Beschäftigten gewertet. Dem Preußischen Staat ging es aber wohl eher darum, die Wehrfähigkeit zu sichern.

Es sind dann die Arbeiterkolonnen im Bergbau, die als Gewerkschaften zusammenfinden, wobei die sichtbaren Anfänge der modernen Gewerkschaftsbewegung eher bei den Buchdruckern und Zigarrenarbeitern liegen.[14] Der Begriff „Gewerkschaft" als Überbegriff für Arbeitnehmervertretungen war zu dieser Zeit allerdings noch nicht geprägt. Bis hinein in den Vormärz überwog der Begriff „Arbeiterverein" oder „Berufsverband". Von der heutigen Struktur moderner Gewerkschaften waren diese Zusammenschlüsse oftmals weit entfernt.

Im Windschatten des Liberalismus und der Implementation der Gewerbe- und Vertragsfreiheit erwuchs im Zuge der Reichseinigung die sog. soziale Frage, die Bismarck zunächst über die Sozialistengesetze mit Repression zu lösen versuchte [15] und schließlich – grob betrachtet – in die Sozialversicherungsgesetzgebung überführte.

Für das kollektive Arbeitsrecht ist das Jahr 1873 bedeutsam, weil in diesem Jahr der Tarifvertrag für das Buchdruckereigewerbe in Leipzig geschlossen wurde. Gleichwohl waren die Tarifverträge unter der Geltung der Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund nicht einklagbare Naturalobligationen. Erst das Reichsgericht emanzipierte den Tarifvertrag.[16]

Nach dem Ende der Ära Bismarck wurde unter *Hans Hermann Freiherr von Berlepsch* (1843–1926) wieder stärker der Schutz der Arbeit(nehm)er in den Vordergrund gerückt.[17] Dennoch fand sich jenseits von § 618 im BGB von 1900 nahezu kein Schutz der Arbeitnehmer. Lediglich Kündigungsfristen milderten den Verlust des Arbeitsplatzes ab.

Bis 1918 gewann das kollektive Arbeitsrecht dann rasant an Bedeutung. Der Tarifvertrag wurde als zentrales Mittel zur Steuerung der Arbeitsrechtsbeziehungen verstanden und eingesetzt. Nach dem Zusammenbruch des Kaiserreichs trat in der Weimarer Republik die Räteidee auf. Generell war die Weimarer Republik vom Ausbau arbeits- und sozialrechtlicher Regelungen geprägt. Bereits im Jahr 1918, im Zuge der Novemberrevolution am 18.11., schlossen Vertreter der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite das Stinnes-Legien-Abkommen, in dem die Arbeitgeberseite die Gewerkschaften als legitime Vertreter der Arbeitnehmerschaft anerkannte.

Gleichwohl zeigte sich auch eine gewisse Zurückhaltung der Legislative, so dass es in der Folge zu einer Stärkung der Richtermacht und zu einer Zu-

14 *Gamillscheg* I S. 91.

15 Ausführlicher: *Gamillscheg* I S. 96 f.

16 RGZ 73. 92.

17 Zur Gesetzgebung im Arbeitsschutz und zur sog. lex Berlepsch: *Richardi*, in: MünchArbR § 2 Rn. 9.ff.

nahme von Richterrecht kam, das auch noch heute als prägend für das Arbeitsrecht bezeichnet werden kann.[18]

Ursprünglich war die Rechtsprechung im Arbeitsrecht durch Laienrichter geprägt. Mit der Einführung des ArbGG mussten allerdings auch die Arbeitsrichter die Befähigung zum Richteramt nachweisen. Auch das Reichsarbeitsgericht wurde eingeführt.

Die Zeit des Nationalsozialismus war schließlich durch einen weitreichenden Rückbau des Arbeitsrechts zugunsten des Führerprinzips gekennzeichnet. Sehr schnell waren soziale Schutzmechanismen abgebaut und gesellschaftliche Gruppen wie Juden oder Roma und Sinti der totalitären Willkür ausgesetzt.[19] Mit dem Streich vom 2. Mai wurde die Gewerkschaftsbewegung „gleichgeschaltet". Weiterhin wurde Recht sehr stark zur gesellschaftlichen Steuerung eingesetzt. Ein Großteil der Verbrechen der Nationalsozialisten erfolgte über Papier – wobei sich angesichts Ausschwitz eine Quantifizierung eigentlich verbietet.

In der Nachkriegszeit erfolgte die Gesetzgebung zunächst über die sog. Kontrollratsgesetze. Nach Gründung der BRD wurde ein Arbeitsrecht auf der Grundlage des Grundgesetzes herausgebildet. Es spricht für diese Entwicklung, dass die zentrale Frage heute die Verwirklichung von Kollektivmacht und Individuum ist. Die Geschichte mahnt jedoch zugleich zur Vorsicht.

1.2 Der Begriff des Arbeitsrechts und seine Rechtsquellen

Mit diesen geschichtlichen Kenntnissen hat man eine etwaige Vorstellung von den Begebenheiten, in deren Zusammenhang das Arbeitsrecht herausgebildet wurde. Es geht um das Recht, das im Grundsatz die Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern regelt.[20]

1.2.1 Die Begriffsbildung

Bei genauer Betrachtung ist dieser Begriff nicht sehr präzise. Gemeinhin wird das Arbeitsrecht in drei bzw. vier Teile untergliedert: Das Individualarbeitsrecht regelt die Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Das kollektive Arbeitsrecht regelt die Rechtsbeziehungen zwischen den kollektiven Akteuren mit Wirkung für das Arbeitsverhältnis. Dazu gehört etwa das Betriebsverfassungsrecht, welches die Rechtsbeziehung von Arbeitgeber

18 Zur Rechtsfortbildung durch das BAG: *Linsenmaier*, RdA 2019, 157.

19 Vgl. u. a.: *Hansmann*, NJW 2005, 2648 zu den Nürnberger Rassegesetzen; zum Mietrecht speziell: *Herrlein*, NZM 2015, 641.

20 *Richardi*, in: MünchArbR, § 1 Rn. 1.

und Betriebsrat regelt. Erfasst werden aber auch das Tarifvertragsrecht und das Arbeitskampfrecht. Beide Materien konzentrieren sich auf die Rechtsbeziehungen von Gewerkschaften und Arbeitgebern bzw. Arbeitgeberverbänden. Schließlich gewährleistet das Arbeitsverfahrensrecht die effektive Durchsetzung der Rechte aus dem Individual- und Kollektivarbeitsrecht.

Einen Sonderstatus hatte immer schon das europäische und internationale Arbeitsrecht, das in Teilen zu einer Harmonisierung des Arbeitsrechts in Europa geführt hat. So geht etwa der Diskriminierungsschutz des AGG auf europäische Richtlinien zurück.

Redaktionell ist bemerkenswert, dass das Arbeitsrecht nicht zusammenhängend in einem Arbeitsgesetz kodifiziert ist. Vielmehr prägen eine Vielzahl von Gesetzen und Richterrecht die tägliche Praxis. Man spricht daher auch von der Lose-Blatt-Existenz des Arbeitsrechts.[21]

1.2.2 Das Arbeitsrecht in der Rechtsordnung

Im Kontext des Bürgerlichen Rechts bildet das Arbeitsrecht das Sonderprivatrecht des in Abhängigkeit Beschäftigten.[22] Doch ist das Arbeitsrecht nicht nur Privatrecht. Insbesondere das Arbeitsschutzrecht, das die Pflichten des Arbeitgebers für eine gesunde Arbeitsatmosphäre statuiert, ist auch öffentlich-rechtlich ausgestaltet. Gemäß § 21 Abs. 1 S. 1 ArbSchG ist die Überwachung des Arbeitsschutzes nämlich zuvorderst eine staatliche Aufgabe.

Neben diese Einordnung tritt eine weitere: Das Arbeitsrecht ist zwar deutsches Recht. Das allein wird dem Arbeitsrecht heute aber nicht mehr gerecht. Das Recht der Europäischen Union, die europäische Menschenrechtscharta sowie die zahlreichen Rechtsakte der IAO (ILO) wirken auf das Arbeitsrecht ein. Insofern ist Arbeitsrecht zu einem großen Teil auch Europa- und Völkerrecht.

Verfassungsrechtlich fällt das Arbeitsrecht in den Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG. Macht der Bund nicht von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch, können die Länder Arbeitsgesetze erlassen.

---

21 *Rüthers*, NJW 2003, 546 (546).

22 *Fischinger*, Rn. 2; *Franzen*, ZeuP 1995, 796 (796); kritisch zum Begriff „Sonderrecht“: *Richardi*, in: MünchArbR, § 1 Rn. 1: „allgemeines Recht für einen bestimmten Regelungskomplex“.

1.2.3 Die Rechtsquellen des Arbeitsrechts

Kennzeichnend für das Arbeitsrecht ist die Vielzahl an relevanten Rechtsquellen:

Abbildung 1: Die Rechtsquellen des Arbeitsrechts

1. Das Unionsrecht
2. Das Grundgesetz
3. Das Völkerrecht
4. Das zwingende Arbeitsrecht
5. Die Tarifverträge
6. Die Betriebsvereinbarungen
7. Der Arbeitsvertrag
8. Das dispositive Arbeitsrecht

Diese Rechtsquellen müssen nicht nur vertikal (1.–8.), sondern auch horizontal geordnet werden. Es kann etwa sein, dass auf Ebene 4 zwei Normen des zwingenden Arbeitsrechts Anwendung finden und in einem Konkurrenzverhältnis stehen.

1.2.3.1 Die horizontale Linie

Eine Ordnung auf der gleichen Rangebene bieten die klassischen Kollisionsregeln: Eine spezielle Regelung geht einer allgemeineren Regelung vor (*lex specialis*).[23] Das jüngere Gesetz löst das ältere ab (*lex posterior*). Ob Spezialität vorliegt, kann allerdings auch kontrovers sein: Ist beispielsweise der Anwendungsbereich von § 15 Abs. 1 AGG eröffnet, ist nach der Lösung des Bundesarbeitsgerichts § 280 BGB nicht mehr zu prüfen.[24] Die Norm tritt im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter § 15 AGG zurück. Das Gericht erblickt in § 15 Abs. 5 AGG keine umfassende Regelung der Anspruchskonkurrenzen. Gerade mit Blick auf § 15 Abs. 5 AGG ist diese Lösung jedoch nicht überzeugend. Die Normen sind nebeneinander zu prüfen.[25]

1.2.3.2 Die vertikale Linie

Auf der vertikalen Ebene herrscht das sog. **Rangprinzip**. Das höherrangige Recht geht dem niederrangigen Recht vor.[26] Die Rangfolge folgt der oben skizzierten Grafik von 1 nach 8.

23 *Schäfers*, JuS 2015, 875 (878).
24 BAG, NZA 2012, 1211 (1214) Rn. 42 ff.
25 Kritisch daher: *Klocke/Hautkappe*, JurisPR 12/2019 Anm. 6.
26 *Preis/Temming* Rn. 735; *Koch*, in: Schaub/Koch, Stichwort: Günstigkeitsprinzip.

Da die einzelnen Rechtsquellen zum Schutz des Arbeitnehmers bestehen, kann das Rangprinzip dann durchbrochen werden, wenn die niederrangige Rechtsquelle für den Arbeitnehmer günstiger ist: sog. **Günstigkeitsprinzip**. Das Prinzip kommt unmittelbar nur in § 4 Abs. 3 TVG zum Ausdruck, durchzieht aber nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts das gesamte Arbeitsrecht.[27]

Wann genau eine Regelung günstiger ist, kann im Einzelfall sehr schwierig sein. Nach nunmehr herrschender Meinung ist ein so genannter Sachgruppenvergleich vorzunehmen, d. h. zu vergleichen sind die in einem inneren Zusammenhang stehenden Teilkomplexe der unterschiedlichen Regelungen.[28] Das Bundesarbeitsgericht lässt daher einen Vergleich von Arbeitszeit oder Arbeitsentgelt einerseits und Beschäftigungsgarantie andererseits nicht zu. Nach Ansicht des Gerichts handelt es sich hierbei um unterschiedlich geartete Regelungsgegenstände.[29] Relevant wurde diese Frage bei den sog. betrieblichen Bündnissen für Arbeit. Die Betriebe wollten zum Erhalt ihrer Arbeit weniger arbeiten und auf Lohn verzichten. Bestand zugleich eine tarifvertragliche Regelung, war der Weg über Regelungen niederen Rangs somit versperrt.

Die Günstigkeit einer einzelvertraglichen Regelung gegenüber einer normativ geltenden Bestimmung einer Betriebsvereinbarung muss bereits im Voraus – also unabhängig von den konkreten Bedingungen des jeweiligen Anwendungsfalls – feststehen.[30] Hängt es von den Umständen des Einzelfalls ab, ob die betreffende Regelung günstiger ist oder nicht (sog. ambivalente Regelung), ist keine Günstigkeit gegeben.[31] Maßstab für die Beurteilung der Günstigkeit ist daher auch nicht der jeweilige Arbeitnehmer, sondern der Durchschnittsarbeitnehmer.

Eine Besonderheit gilt bei vorformulierten Arbeitsverträgen. Hier erlaubt das Bundesarbeitsgericht durch die Auslegung des Vertrags die „Ablösung" durch verschlechternde Betriebsvereinbarungen, weil jedem Arbeitnehmer klar sein müsse, dass der Arbeitsvertrag wegen der AGB einen kollektiven Bezug habe und daher durch andere kollektive Vereinbarungen verdrängt werden könne (sog. Betriebsvereinbarungsoffenheit).[32]

27 BAG, NZA 2004, 1110 (1113).
28 BAG, NZA 1999, 887 (893).
29 BAG, NZA 1999, 887 (893).
30 BAG, NZA 2019, 543 (547).
31 BAG, NZA 2019, 543 (547).
32 BAG, NZA 2019, 1065; kritisch: *Klocke*, AuR 2019, 443.

1.2.3.3 Insbesondere: Arbeitsrecht und Verfassung

Obgleich das Arbeitsrecht schwerpunktmäßig dem Bürgerlichen Recht zugeordnet wird, hatten die verfassungsrechtlichen Einflüsse immer eine herausragende Stellung. Aus der starken Stellung des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer hat das Bundesarbeitsgericht anfänglich sogar gefolgert, dass die Grundrechte unmittelbar im Arbeitsverhältnis Anwendung finden können.[33]

Diese Rechtsprechung, die der These des Bundesverfassungsgerichts von der mittelbaren Drittwirkung zuwiderlief[34], wurde durch das Bundesarbeitsgericht später aufgegeben.[35] Das zentrale Argument war und ist, dass Art. 1 Abs. 3 GG diejenigen aufzählt, die unmittelbar an die Grundrechte gebunden sind und insbesondere die privaten Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowie die Tarifvertragsparteien nicht nennt.

Dennoch haben die Grundrechte weiterhin eine starke Stellung im Arbeitsrecht inne. Die Grundrechte haben im Privatrecht die Funktion, bei der Interpretation von Generalklauseln als Auslegungshilfen zu fungieren.[36] Daher wird insbesondere Art. 12 GG immer dann bedeutsam, wenn die Tatbestände des Gesetzes unbestimmt sind oder eine Interessenabwägung erfordern.

In diesem Kontext hat das Bundesverfassungsgericht eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht des Staates zugunsten des Arbeitnehmers als strukturell unterlegene Partei des Arbeitsvertrags herausgebildet. Privatautonomie ist nämlich auf gleichstarke Vertragspartner angewiesen. Dort, wo die Vertragsparität gestört ist, sei es Aufgabe des Zivilrechts, diese Störung aufzulösen bzw. auszugleichen.[37]

Ferner darf nicht übersehen werden, dass Art. 9 Abs. 3 GG ein Grundrecht ist, das zwischen Privaten unmittelbar Anwendung findet.[38] Diese unmittelbare Drittwirkung der Koalitionsfreiheit war für die Herausbildung des Richterrechts im Zusammenhang mit dem Arbeitskampfrecht ganz entscheidend.

1.2.3.4 Die betriebliche Übung

Ein besonderes Institut des Arbeitsrechts stellt die sog. betriebliche Übung dar. In älteren Darstellungen wurde die betriebliche Übung noch als eigen-

33 Überblick bei: BAG, NJW 1962, 1981 (1982); zu Tarifverträgen: *Ulber/Klocke*, RdA 2021, 825.
34 BVerfG, NJW 1987, 827.
35 Vgl. bereits: BAG, AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 27.
36 BVerfG, NJW 1987, 827; *Löwisch/Caspar/Klumpp* Rn. 152.
37 BAG, AP BGB § 307 Nr. 22.
38 Umfassend: *Klocke*, SR 2020, 17.

ständige Rechtsquelle eingeordnet. Diese Bedeutung hat die betriebliche Übung heute allerdings nicht mehr.[39] Die betriebliche Übung tritt daher nicht neben Betriebsvereinbarungen, sondern wird vielmehr über das allgemeine Zivilrecht gelöst.

1.2.3.4.1 Die Definition der betrieblichen Übung

Unter einer betrieblichen Übung ist die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers zu verstehen, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden.[40] Aus einer betrieblichen Übung resultiert ein Leistungsanspruch der Arbeitnehmer für die Zukunft.

Abbildung 2: Die Prüfung einer betrieblichen Übung

1. Einordnung der betrieblichen Übung
2. Gleichförmiges wiederholtes Verhalten des Arbeitgebers
3. Schützenswertes Interesse am Erhalt der Leistung
   a) Auslegung des Verhaltens
   b) Kein wirksamer Freiwilligkeitsvorbehalt
4. Kein wirksamer Widerruf

1.2.3.4.2 Voraussetzungen einer betrieblichen Übung

Über die Herleitung dieses Anspruchs herrscht jedoch Streit. Zunächst bietet es sich an, diesen Anspruch als Konsequenz aus einem gesetzten Vertrauenstatbestand nach § 242 BGB für verbindlich zu erklären (sog. Vertrauenslösung).[41] Vorzugswürdig ist jedoch eine Lösung auf der Grundlage der §§ 145 ff. BGB (sog. Vertragslösung). Danach kann der Erklärung des Arbeitgebers nach §§ 133, 157, 242 BGB der Inhalt beigemessen werden, er wolle sich auch für die Zukunft binden. Eine Annahmeerklärung des Arbeitnehmers muss dem Arbeitgeber nach § 151 BGB nicht zugehen.[42]

Nach beiden Lösungen kommt es entscheidend darauf an, ob der Arbeitnehmer berechtigterweise davon ausgehen durfte, die Leistung werde auch in Zukunft gewährt. In der älteren Rechtsprechung war die Faustformel etabliert, dass dafür das dreimalige Gewähren ausreichen kann. Von diesem statischen Ansatz hat sich das Bundesarbeitsgericht etwas distanziert und verlangt nunmehr eine Prüfung des Rechtsbindungswillens hinsichtlich der Erklärung des Arbeitgebers im Einzelfall. Es bleibt hier, wie auch ansonsten, bei dem Grundsatz, dass der objektive Empfängerhorizont maßgeblich ist.[43]

39 *Bepler*, RdA 2005, 323.
40 BAG, NZA 2019, 106 (107).
41 *Gamillscheg*, in: FS Hilger/Stumpf, 226.
42 BAG, NZA 2019, 106 (107).
43 BAG, NZA 2019, 106 (107).

Besteht eine betriebliche Übung, stellt sich die Frage, ob neu eingestellte Arbeitnehmer sofort an ihr teilnehmen können. Man könnte dagegen einwenden, dass weder das Vertrauen noch die Voraussetzungen für einen konkludenten Vertragsschluss vorliegen werden.[44] Das Bundesarbeitsgericht geht hingegen davon aus, dass sich das Angebot auch grundsätzlich an neu eintretende Arbeitnehmer richtet.[45] Die wohl herrschende Meinung in der Literatur löst das Problem gleichwohl anders. Sie wendet den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz auf die Konstellation an und begründet daher die Anwendung der betrieblichen Übung auf den Arbeitnehmer.[46]

1.2.3.4.3 Freiwilligkeitsvorbehalt und Widerrufsvorbehalt

Eine betriebliche Übung kann in der Theorie schnell begründet werden. In der betrieblichen Praxis herrscht daher die Frage vor, wie ein Arbeitgeber einerseits Bonuszahlungen vornehmen kann, etwa um seine Belegschaft zu motivieren, und andererseits das Entstehen einer betrieblichen Übung verhindern kann.

Will ein Arbeitgeber das Entstehen einer betrieblichen Übung verhindern, muss er mit der Gewährung einer Leistung den Beschäftigten klar und verständlich deutlich machen, er wolle sich für die Zukunft nicht binden.[47] Die zentralen Mechanismen sind vorrangig der sog. Freiwilligkeitsvorbehalt und nachrangig der sog. Widerrufsvorbehalt.

Dabei ist an erster Stelle darauf hinzuweisen, dass Freiwilligkeitsvorbehalt und Widerrufsvorbehalt nicht nur bei der betrieblichen Übung relevant werden. Generell kann ein Arbeitgeber ein Interesse daran haben, dass alle Sonderleistungen keine Verbindlichkeit für die Zukunft begründen. Der Arbeitgeber kann sich außer beim laufenden Entgelt eine Entscheidung darüber vorbehalten, ob und unter welchen Voraussetzungen er eine zulässige Leistung erbringen will. Diese Freiheit findet jedoch ihre Grenze im geltenden Recht.

Auf der Grundlage der Vertragstheorie bestehen keine Probleme, im Angebot der Zusatzzahlung eine vorformulierte Vertragsbedingung zu erblicken, so dass die §§ 305 ff. BGB auf beide Formen Anwendung finden. Freiwilligkeitsvorbehalt und Widerrufsvorbehalt unterliegen somit der AGB-Kontrolle.[48]

1.2.3.4.3.1 Der Freiwilligkeitsvorbehalt

Ist der Freiwilligkeitsvorbehalt wirksam, fehlt es an einem Angebot des Arbeitgebers für die Zukunft, das der Arbeitnehmer annehmen könnte. Mit Formulierungen, dass aus der Leistung einer Sonderzahlung keinerlei

44 *Backhaus*, AuR 1983, 70.
45 BAG, NJW 1971, 1422 (1424).
46 *Preis*, in: ErfK, § 611 Rn. 228; vgl. auch *Waltermann*, RdA 2006, 257 (265).
47 BAG, NZA 2019, 106 (107); BAG, NZA 2009, 535.
48 Zum Schema: 3.3.2.

Rechte hergeleitet werden können oder wiederholte Zahlungen keinen Rechtsanspruch für die Zukunft begründen, macht der Arbeitgeber hinreichend deutlich, dass gerade keine Erfüllungspflicht bestehen soll. Ein Anspruch entsteht nur auf die jeweils zugesagte Sonderzahlung. Mit der Zahlung erlischt dieser Anspruch durch Erfüllung gemäß § 362 BGB.

Trotz des Ziels, keine Rechtsbindung herbeizuführen, handelt es sich bei einem Freiwilligkeitsvorbehalt um eine Vertragsbedingung i. S. v. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB.[49] Mit einer solchen Klausel soll die vertragliche Beziehung der Parteien gestaltet und dem Verwender ein einseitiges Recht zur Entscheidung über die Gewährung bestimmter Leistungen vorbehalten oder dessen späteres Erklärungsverhalten zur Vermeidung der Entstehung einer betrieblichen Übung festgelegt werden.

Nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB müssen die Voraussetzungen und der Umfang der Leistung so konkret formuliert sein, dass der Arbeitnehmer erkennen kann, was auf ihn zukommt. In der Gefahr, dass der Arbeitnehmer wegen unklar abgefasster AGB seine Rechte nicht wahrnimmt, liegt dann eine unangemessene Benachteiligung i. S. v. § 307 Abs. 1 BGB.[50] Eine besondere Eindeutigkeit und Klarheit muss der Vorbehalt nicht haben. Schließlich geht es um die Bedeutung späterer Erklärungen, deren Verbindlichkeit vorab festgeschrieben werden soll.

Besonders wichtig ist die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu Klauselwerken, die einerseits im Text einen „Anspruch auf [Sonderleistung]“ gewähren, dann aber weiter unten im Vertrag einen Anspruch ausschließen. Für sich genommen sind die Klauseln eindeutig. Aufeinander bezogen jedoch widersprechen sie sich. Daher nimmt das Gericht hier einen Verstoß gegen das Transparenzgebot an.[51]

Ein vertraglicher Freiwilligkeitsvorbehalt, der alle zukünftigen Leistungen unabhängig von ihrer Art und ihrem Entstehungsgrund erfasst, benachteiligt den Arbeitnehmer regelmäßig nach § 307 Abs. 1 u. Abs. 2 BGB unangemessen und ist deshalb unwirksam. Der Ausschluss jeden Rechtsanspruchs bei laufendem Arbeitsentgelt widerspricht dem Zweck des Arbeitsvertrags. Dem Arbeitgeber wird damit ermöglicht, vom Arbeitnehmer die vollständige Erbringung der geschuldeten Leistung zu verlangen und seinerseits über die von ihm geschuldete Gegenleistung zu entscheiden. Damit verhindert die Klausel den Grundgedanken der Vertragsbindung und löst die synallagmatische Verknüpfung der Leistungen beider Vertragsparteien auf. Die Klausel verstößt auch gegen den Vorrang der Individualabrede, weil diese gerade im Hinblick auf die Verbindlichkeit ausgeschlossen wird.[52]

49 BAG, NZA 2010, 445 (446).
50 BAG, NJW 2013, 2844 (2846).
51 BAG, NJW 2013, 2844.
52 Vgl. zu dieser Argumentation: BAG, NZA 2012, 81 (84).

1.2.3.4.3.2 Der Widerrufsvorbehalt

Ein Widerrufsvorbehalt ermöglicht es dem Arbeitgeber, eine verbindlich zugesagte Leistung wieder zu entziehen. Diesbezüglich ist die Rechtsprechung sehr streng. Die Inhaltskontrolle ist nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB eröffnet,[53] weil das einseitige Leistungsbestimmungsrecht, die Hauptleistungspflichten einzuschränken, zu verändern, auszugestalten und zu modifizieren, vom gesetzlichen Leitbild abweicht.

Beim Widerrufsvorbehalt wird eine Leistung grundsätzlich zugesagt, jedoch behält sich der Arbeitgeber den Widerruf vor. Wird dadurch die versprochene Leistung widerrufen, ist § 308 Nr. 4 BGB anzuwenden. Entscheidend ist demnach, dass die Statuierung des Widerrufsrechts dem Arbeitnehmer zumutbar ist.

Die Rechtsprechung hat formelle und materielle Gründe für bzw. gegen den Widerrufsvorbehalt herausgebildet. In formeller Hinsicht muss der Vorbehalt zumindest die Richtung angeben, aus der der Widerruf möglich sein soll,[54] etwa wirtschaftliche Gründe, Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers. Der Verwender muss angeben, welche Umstände ihn zum Widerruf berechtigen sollen. In materieller Hinsicht ist zu beachten, dass § 308 Nr. 4 BGB eine Spezialregelung zu § 307 darstellt und somit die Angemessenheit der Regelung gewahrt sein muss. Ein Widerrufsvorbehalt ist etwa dann zumutbar, wenn es für die Anpassung an eine unsichere Entwicklung notwendig ist.[55]

Ein Widerrufsvorbehalt ist ferner dann zumutbar, wenn er sich nach Art und Höhe der Leistung, die widerrufen werden soll, nach der Höhe des verbleibenden Verdiensts und der Stellung des Arbeitnehmers im Unternehmen als angemessen darstellt. Auch beim berechtigten Interesse des Arbeitgebers darf das Wirtschaftsrisiko des Unternehmers nicht auf den Arbeitnehmer verlagert werden. Hierzu greift das Bundesarbeitsgericht auf folgende Formel zurück: Die Vereinbarung eines Widerrufsvorbehalts ist zulässig, soweit der im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende widerrufliche Teil des Gesamtverdienstes unter 25 % liegt und der Tariflohn nicht unterschritten wird.[56] Sind darüber hinaus Zahlungen des Arbeitgebers widerruflich, die nicht eine unmittelbare Gegenleistung für die Arbeitsleistung darstellen, sondern Ersatz für Aufwendungen, die an sich der Arbeitnehmer selbst tragen muss, erhöht sich der widerrufliche Teil der Arbeitsvergütung auf bis zu 30 % des Gesamtverdienstes.

53 BAG, NZA 2012, 616 (616).
54 BAG, NZA 2012, 616 (617).
55 Vgl. auch BAG, NZA 2012, 616 (617).
56 BAG, NZA 2007, 87.

Teilweise wurde verlangt, dass ein Widerrufsvorbehalt eine Ankündigung oder Auslauffristen enthalten muss. Dem ist das Bundesarbeitsgericht entgegengetreten. Für eine solche Forderung gibt es im Gesetz keine Stütze.[57] Eine Auslauffrist kann aber bei der sogenannten Ausübungskontrolle relevant werden. Als einseitiges Gestaltungsrecht unterliegt die Ausübung des Widerrufsvorbehaltes der Kontrolle nach § 315 BGB und muss daher ebenfalls wirksam sein. Trotz wirksamen Widerrufsvorbehalts kann somit der Widerruf im Einzelfall unwirksam sein.

Die Ausübungskontrolle setzt zweierlei voraus. Erstens müssen die Voraussetzungen des Widerrufsvorbehalts vorliegen und zweitens müssen die Schranken des § 315 BGB gewahrt werden. Der Arbeitgeber muss die wesentlichen Umstände des Falls abwägen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigen.

§ 308 Nr. 4 BGB findet hingegen keine Anwendung auf den Freiwilligkeitsvorbehalt, weil es gerade an einer versprochenen Leistung fehlt. Kombiniert der Arbeitgeber einen Freiwilligkeitsvorbehalt mit einem Widerrufsvorbehalt, liegt ein Verstoß gegen § 307 Abs. 1 S. 2 BGB nahe.[58] Für die Vertragspartner würde sich regelmäßig nicht hinreichend deutlich erschließen, ob jegliche zukünftige Bindung ausgeschlossen ist oder lediglich die Möglichkeit eröffnet werden soll, eine solche Bindung später zu beenden. Die Möglichkeit, mit einem Widerrufsvorbehalt einen Freiwilligkeitsvorbehalt zu verstärken, besteht somit nicht.

1.2.3.4.4 Die sog. negative betriebliche Übung

Um eine betriebliche Übung zu beseitigen, wurde das Institut der sogenannten negativen betrieblichen Übung, auch gegenläufige Übung genannt, herausgebildet. Hiernach konnte der Arbeitgeber aus einer bestehenden betrieblichen Übung aussteigen, wenn er die Zulage wiederholt nur unter Vorbehalt erklärte. Diese Möglichkeit hat das Bundesarbeitsgericht zunächst restriktiv gehandhabt und 2009 dann komplett aufgegeben.[59]

Das Gericht stellte maßgeblich auf § 308 Nr. 5 BGB ab. Auf der Grundlage der Vertragstheorie wird durch die betriebliche Übung ein vertraglicher Anspruch begründet. Nach § 308 Nr. 5 BGB ist eine vertragliche Bestimmung grundsätzlich unwirksam, wonach eine Erklärung des Vertragspartners des Verwenders bei Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung als von ihm abgegeben oder nicht abgegeben gilt. Die Norm soll sicherstellen, dass das zentrale Prinzip des Privatrechts, wonach aus Schweigen kei-

57 BAG, NZA 2012, 616.
58 BAG, NZA 2012, 81 (82).
59 BAG, NZA 2009, 601.

ne Willenserklärung folgen darf, nicht durch allgemeine Geschäftsbedingungen unterlaufen wird.[60]

Bietet der Arbeitgeber unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit eine Gratifikation an und schweigt der Arbeitnehmer daraufhin, genügt dieses Verhalten daher nicht, um den Anforderungen des § 308 Nr. 5 BGB Genüge zu tun.

1.2.3.5 Das europäische und internationale Arbeitsrecht

Zu den Rechtsquellen des Arbeitsrechts gehören auch das europäische und das internationale Arbeitsrecht sowie das Arbeitsvölkerrecht. Der internationale Bezug war im Arbeitsrecht immer schon stark. Die bedeutendsten Arbeitsrechtslehrer waren auch Rechtsvergleicher (insb. Otto Kahn-Freund [1900–1979]). Insgesamt kommt man nicht umhin festzustellen, dass die Bedeutung der internationalen Rechtsquellen auch in der Praxis erheblich zugenommen hat.

1.2.3.5.1 Das Arbeitsrecht der Europäischen Union

Den wichtigsten Stellenwert nimmt dabei das Arbeitsrecht der Europäischen Union ein.[61] Das EU-Arbeitsrecht mit seinen zahlreichen Richtlinien und Verordnungen wirkt stark auf das deutsche Arbeitsrecht ein. Setzt die EU eine Richtlinie, muss die BRD diese umsetzen. Aus Art. 288 AEUV folgt, dass die Ziele der Richtlinienbestimmungen verbindlich sind. Solange aber die praktische Wirksamkeit der Richtlinie gewährleistet ist und die Bestimmungen nicht hinter vergleichbaren Regelungen des nationalen Rechts zurückbleiben, sind die Mitgliedstaaten darin frei, wie sie die Richtlinie umsetzen.[62]

Da Richtlinien in aller Regel unbestimmte Vorgaben enthalten, kommt der Rechtsprechung des EuGHs bzw. der Auslegung des Europarechts durch den EuGH im Rahmen des Vorlageverfahrens nach Art. 267 AEUV die größte Bedeutung zu. Die Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH ist nach Art. 19 Abs. 1 S. 2 AEUV verbindlich und die nationalen Gerichte sind an diese Rechtsprechung gebunden. Sie trifft die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung des deutschen Rechts.[63]

1.2.3.5.2 Das Arbeitsvölkerrecht

In der aktuellen Entwicklung hat das Recht des Europarats, die EMRK und die ESC, ebenfalls Bedeutung erlangt. Der Europäische Gerichtshof für

60 BAG, NZA 2009, 601 (603).

61 Interessierten ist die Darstellung von *Kocher*, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auf. 2020, zu empfehlen.

62 Vgl. auch: *Seifert*, EuZA 2018, 51 (52 ff.).

63 Zu Grundlagen und Grenze: EuGH, NJW 2006, 2465.

Menschenrechte hat in Art. 8 EMRK auch den Arbeitsplatz menschenrechtlichem Schutz unterstellt.[64]

Neben dieses regionale Völkerrecht tritt das Arbeitsrecht der International Labour Organisation (ILO). Die ILO wurde 1919 durch den Versailler Vertrag gegründet. Anders als im Unionsrecht besteht nur eine Pflicht, das deutsche Recht völkerrechtsfreundlich auszulegen.[65] Deswegen nimmt die Praxis von den völkerrechtlichen Vorgaben – zu Unrecht – wenig Notiz.

1.2.3.5.3 Das Internationale Arbeitsrecht

Während Europarecht und Völkerrecht auf allgemeine Vorgaben für das Verständnis des Arbeitsrechts zielen, regelt das Internationale Arbeitsrecht die Frage, welches Recht überhaupt Anwendung findet, wenn ein Arbeitsvertrag Bezugspunkte zu mehr als einer Rechtsordnung hat.[66]

Bestehen völkerrechtliche Bindungen zu Nichtmitgliedstaaten der EU, ist grundsätzlich das Unionsrecht und hier Art. 8 der sog. Rom-I-VO über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht maßgeblich. Danach kommt der Rechtswahl der Arbeitsvertragsparteien der Vorrang zu. Fehlt eine solche Rechtswahl, findet das Recht des Staats Anwendung, in dem der Arbeitnehmer für gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, es sei denn alle Umstände des Einzelfalls legen die Rechtsordnung eines anderen Staats nahe.

Das Internationale Arbeitsrecht geht Hand in Hand mit dem Internationalen Verfahrensrecht. Hier enthält die Brüssel-Ia-VO mit Art. 19 einen Gerichtsstand, der es dem Arbeitnehmer ermöglicht, am Ort der Arbeitsleistung Klage zu erheben.

1.3 Die Arbeitsgerichte

Zur Durchsetzung ihrer Rechte stellt das ArbGG Arbeitnehmer und Arbeitgeber sowie den Koalitionen eine eigene Fachgerichtsbarkeit zur Seite, die Arbeitsgerichtsbarkeit. Das ArbGG kennt in den §§ 2 und 2a ArbGG zwei unterschiedliche Verfahrensarten: das Urteilsverfahren und das Beschlussverfahren. Die §§ 2 und 2a ArbGG enthalten zugleich die Zuständigkeitskataloge, nach denen die Arbeitsgerichte gegenüber den ordentlichen Gerichten nach § 13 GVG zuständig sind. Ohne diese Verweisung müsste der Arbeitnehmer nach § 611a Abs. 2 BGB auf seinen Lohn vor dem Amtsgericht klagen.

---

64 EGMR, NZA 2017, 1443; Interessierten ist die Darstellung von *Schlachter/Heuschmid/Ulber*, Arbeitsvölkerrecht, 2019, zu empfehlen; vgl. auch *Seifert*, EuZA 203, 205.

65 *Hofmann*, Jura 2013, 326.

66 Interessierten ist die Darstellung von *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, 2013, zu empfehlen.

Der Instanzenzug ist immer gleich: Die erste Instanz sind die Arbeitsgerichte, die zweite Instanz sind die Landesarbeitsgerichte und die letzte Instanz ist dann das Bundesarbeitsgericht (§ 8 ArbGG).