

1

Grundlagen des Arbeitsrechts

Aufgaben des Arbeitsrechts

I Zentrale Aufgabe des Arbeitsrechts ist der Schutz für Arbeitnehmer. Durch den Arbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit (§ 611a Abs. 1 BGB). Der Arbeitsvertrag begründet ein Rechtsverhältnis zwischen dem einzelnen Arbeitnehmer und dem einzelnen Arbeitgeber – das Arbeitsverhältnis. Dieses unterscheidet sich von anderen Rechtsverhältnissen durch die Weisungsbindung sowie die Fremdbestimmung in persönlicher und regelmäßig auch wirtschaftlicher Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber. Die Arbeitnehmer sind als unselbstständig Beschäftigte in der Regel die wirtschaftlich Schwächeren und in ihrer Existenzgrundlage weitgehend vom Arbeitsentgelt (von der im Arbeitsvertrag vereinbarten Vergütung – § 611a Abs. 2 BGB) abhängig. Zum Ausgleich der strukturellen Unterlegenheit des Arbeitnehmers als Vertragspartei gegenüber dem Arbeitgeber bedürfen Arbeitnehmer eines besonderen Schutzes. Der Grundgedanke des Arbeitsrechts ist, insoweit einen fairen Interessenausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern herbeizuführen. Die zentrale Aufgabe des Arbeitsrechts besteht darin, einen angemessenen arbeitsvertraglichen Bestandsschutz zu gewährleisten sowie die Arbeitnehmer vor Beeinträchtigungen ihrer Persönlichkeit, vor wirtschaftlichen Nachteilen und vor gesundheitlichen Gefahren zu schützen, die die Leistung von abhängiger Arbeit mit sich bringt. Das Arbeitsrecht geht grundsätzlich von der Vertragsfreiheit aus und ist darauf ausgelegt, Arbeitnehmern ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen. Die Vergangenheit hat gezeigt, dass die Vertragsfreiheit von Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowie die Verantwortlichkeit des Arbeitgebers für Leben und Gesundheit der von ihm beschäftigten Arbeitnehmer allein den

notwendigen sozialen und gesundheitlichen Arbeitnehmerschutz nicht gewährleisten konnten. Deshalb setzt das Arbeitsrecht gesetzliche Rahmenbedingungen, damit das Arbeitsentgelt (die Vergütung) und die sonstigen Arbeitsbedingungen auf kollektiver Ebene gleichgewichtig ausgehandelt werden können und die individuell ausgehandelten Arbeitsbedingungen auf ihre Angemessenheit gerichtlich überprüft werden können. Hinzu tritt die Aufgabe, zum Schutz der unselbstständig Beschäftigten, staatliche Mindestnormen für das Arbeitsentgelt/die Vergütung (z. B. Mindestlohn, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall usw.) und die sonstigen Arbeitsbedingungen (z. B. Mindesturlaub, Elternzeit, Pflegezeit usw.) zu schaffen, die vertraglich nicht unterschritten werden dürfen. Für Arbeitnehmer bestimmt sich der Grad der Freiheit im Arbeitsverhältnis in hohem Maße an dem Grad der Sicherheit im Arbeitsverhältnis, insbesondere am Schutz vor einem ungerechtfertigten Verlust des Arbeitsverhältnisses und an der Sicherstellung eines fairen Arbeitsentgelts (einer fairen Vergütung) und sonstiger fairer Arbeitsbedingungen. Sichere, verlässliche und faire Arbeitsbedingungen sind auch eine wesentliche Voraussetzung für die Lebens- und Familienplanung der Arbeitnehmer. Diese Zielsetzungen des Arbeitsrechts bestehen unabhängig von der arbeitsvertraglichen Gestaltung und der gewählten Form des Arbeitsverhältnisses (Vollzeit/Teilzeit oder befristet/unbefristet).

2 Weiterhin haben die meisten Vorschriften des Arbeitsrechts auch die Aufgabe, das Arbeitsleben zu ordnen. Das Arbeitsrecht ist eng mit der Wirtschafts- und Arbeitsmarktordnung verbunden. Arbeitsbedingungen sind immer auch Wirtschaftsbedingungen für die Unternehmen. Das Arbeitsrecht hat deshalb auch die Wettbewerbsfähigkeit und die Anpassungsfähigkeit der Unternehmen zu berücksichtigen. Es muss so ausgestaltet sein, dass es neben seinem Hauptanliegen, der Sicherung des Arbeitnehmerschutzes,

1 Grundlagen des Arbeitsrechts

genügend Flexibilität aufweist, um den erforderlichen Spielraum für Anpassungen an betriebliche und wirtschaftliche Notwendigkeiten zu gewährleisten. Dies gilt besonders auch für die das Arbeitsrecht weitgehend gestaltenden Bestimmungen der überbetrieblichen Tarifverträge und der auf den Betrieb beschränkten Betriebsvereinbarungen. Entscheidend ist, dass die Interessen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern durch das Arbeitsrecht zu einem angemessenen Ausgleich gebracht werden können. Zum Ausgleich gehören auch Teilhaberechte über kollektive Interessenvertretungen, Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit, Erhaltung der Beschäftigungsfähigkeit der Arbeitnehmer durch lebenslanges Lernen, vor allem durch berufliche Weiterbildung sowie familienfreundliche Gestaltung der Arbeit.

Die Arbeitswelt befindet sich in einem Umbruch, der auch als Arbeit 4.0 oder auch als 4. industrielle Revolution bezeichnet wird. Neben der Globalisierung und dem demografischen Wandel führen technologische Innovationen zu einer tiefgreifenden Veränderung der Arbeitswelt. Insbesondere die gegenwärtige digitale Umgestaltung der Wirtschaft mit Automatisierung und Computerisierung gilt insoweit als hochdynamisch, da die sich fortwährend verdichtende Vernetzung von Informations- und Kommunikationstechnologien selbstbeschleunigend wirkt und so einen umfassenden Strukturwandel in der Arbeitswelt einleitet. Diese dynamische Zunahme der digitalen Arbeit in allen Bereichen der Arbeitswelt stellt die Gestaltung des Arbeitsrechts vor weitere neue Herausforderungen (siehe dazu näher BMAS, *Weißbuch Arbeiten 4.0*). Dabei spielen die durch den technologischen Wandel gestiegenen Risiken für das Persönlichkeitsrecht und für die psychische Gesundheit der Arbeitnehmer eine besondere Rolle. Daher ist angesichts des zunehmenden Einsatzes der neuen Informations- und Kommunikationstechniken in der Arbeitswelt als weitere Aufgabe des Arbeitsrechts insbesondere der Persönlichkeits- und Datenschutz der Beschäftigten hinzugekommen. Beschäftigtendatenschutz ist ein in Gesetzesform gegossener Schutz des Persönlichkeitsrechts der Beschäftigten. Um einen effektiven Schutz für diese Grundrechtsposition der Beschäftigten weiterhin sicherzustellen, wurden bereits die Regelungen der EU-Datenschutzgrundverordnung für das Arbeitsleben in Deutschland durch nationale arbeitsrechtliche Regelungen des neuen Bundesdatenschutzgesetzes (Inkrafttreten am 25. Mai 2018) konkretisiert. Es wird allgemein

erwartet, dass Fortschritte in der Entwicklung der künstlichen Intelligenz oder in der Robotik einen erheblichen Einfluss auf die künftige Arbeitswelt haben. Es ist damit zu rechnen, dass bewährte Tätigkeitsfelder langsam verschwinden, dass davon zwar insbesondere Routinetätigkeiten in arbeitsintensiven Branchen betroffen sind und dass mit der Entwicklung der künstlichen Intelligenz aber auch eine Vielzahl von wissensintensiven Berufsbildern dem Verdrängungsdruck ausgesetzt sind. Mit dem technologischen Wandel entstehen auch neue Anforderungen an Arbeitsorganisation und Arbeitsteilung. Es ist damit zu rechnen, dass insbesondere der digitale Wandel zu mehr befristeter und projektorientierter Arbeit sowie zu neuen Formen flexibler Arbeitsteilung führen wird (z. B. „clickworker“, „freelancer“ etc.). Das Arbeitsrecht ist fortlaufend an diese neuen Herausforderungen anzupassen, damit es auch in Zukunft seine Schutzfunktion für die Beschäftigten erfüllen kann.

3 Zur Aufgabe des Arbeitsrechtes gehört auch die Sicherstellung einer Gleichbehandlung aller Arbeitnehmer und der Schutz aller Beschäftigten vor einer Benachteiligung, insbesondere vor einer Benachteiligung aus Gründen der „Rasse“ oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität. Besondere Bedeutung für das Arbeitsrecht hat dabei die Gleichstellung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt. Durch die am 1. Mai 2015 in Kraft getretenen Änderungen des Arbeits- und Gesellschaftsrechts soll der Zugang von Frauen in Führungspositionen weiter verbessert werden. Insbesondere die Einführung einer Geschlechterquote soll die anhaltende Unterrepräsentanz von Frauen in Führungspositionen beseitigen. Jetzt geht es darum, das Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst in die Praxis umzusetzen. Zur Gleichstellung von Frauen und Männern gehört auch, dem Gebot der Lohngleichheit von Frauen und Männern mehr Nachdruck zu verleihen. Hier ist die Tatsache, dass Frauen durchschnittlich noch geringere Verdienste als Männer in vergleichbaren Positionen erhalten, noch gezielter nachzugehen. Deshalb bezweckt das am 1. Januar 2018 in Kraft getretene Gesetz zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen (Entgelttransparenzgesetz), das Gebot des gleichen Entgelts für Frauen und Männer bei gleicher oder gleichwertiger

Arbeit durchzusetzen. Es geht darum, mit geeigneten Maßnahmen Transparenz über noch bestehende ungerechtfertigte Unterschiede in der Lohnhöhe von Frauen und Männern (gender pay gap) herzustellen und die Rechtsdurchsetzung zu verbessern.

Ein weiteres Kernanliegen ist eine weitere Verbesserung der gleichberechtigten Teilhabe von Menschen mit Behinderungen insbesondere durch Schaffung von Rechtsklarheit und Rechtssicherheit unter Berücksichtigung der UN-Behindertenrechtskonvention, das Voranbringen der Barrierefreiheit, eine Verbesserung der barrierefreien Kommunikation für Menschen mit geistigen Behinderungen durch Stärkung der leichten Sprache sowie die Stärkung der Partizipation der Menschen mit Behinderungen und ihrer Selbstvertretungsorganisationen. Dazu wurde das Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen (Bundesteilhabegesetz) mit der am 1. Januar 2018 in Kraft getretenen Neufassung des SGB IX geschaffen.

Der gesellschaftliche Zusammenhalt und die Umsetzung des Europäischen Rechts erfordern auch gleiche Chancen und gleiche Rechte für jüngere und ältere Arbeitnehmer. Deshalb sind alle arbeitsrechtlichen Regelungen, die unmittelbar oder mittelbar an das Alter anknüpfen, auf die Vereinbarkeit mit dem Verbot der Diskriminierung wegen des Alters zu überprüfen. Bisher übliche, nach Alter differenzierende Regelungen müssen sich auch heute noch legitimieren lassen. Sie dürfen keine nicht mehr zeitgemäßen und diskriminierenden Differenzierungen wegen des Alters enthalten.

Besondere Herausforderungen stellt die demografische Entwicklung an das künftige Arbeitsrecht und das Arbeitsschutzrecht. Angesichts der demografischen Entwicklung wird in Deutschland in den nächsten Jahren die Zahl der älteren Menschen zunehmen und die der jüngeren abnehmen. Die Rolle älterer Beschäftigter wird dadurch auf dem Arbeitsmarkt an Bedeutung gewinnen. Der Bedarf an älteren Beschäftigten wird steigen. Eine längere Beteiligung älterer Menschen am Erwerbsleben ist volkswirtschaftlich geboten und betriebswirtschaftlich sinnvoll. Für die einzelnen Beschäftigten ist ein längeres Erwerbsleben eine Chance, Wissen und Erfahrung einzubringen, weiter mitzugestalten und am gesellschaftlichen Leben teilzuhaben. Um das Potential älterer Menschen gesellschaftlich zu nutzen, hat die Politik eine Vielfalt arbeitsmarktpolitischer Instru-

mente und Initiativen geschaffen, die die Beschäftigung älterer Menschen fördern soll. Gleichzeitig ist die Altersgrenze für den Bezug einer Regelaltersrente stufenweise auf das Erreichen des 67. Lebensjahres heraufgesetzt worden. Ziel der Arbeitspolitik ist deshalb Arbeitnehmern zu ermöglichen, gesund, qualifiziert und motiviert ihrer Arbeit bis zum Erreichen der neuen Regelaltersgrenze nachgehen zu können. Dies erfordert insbesondere ein Überdenken der bestehenden Rahmenbedingungen zugunsten einer alters- und alternsgerechten Arbeit. Als *altersgerecht* ist dabei eine Arbeit anzusehen, die sich an den spezifischen Fähigkeiten und Bedürfnissen der jeweiligen Altersgruppen orientiert. Hierunter fallen z. B. der besondere Schutz von Jugendlichen bei Schicht- und Nachtarbeit oder besondere Arbeitszeitgestaltungen für ältere Beschäftigte, z. B. bei Schichtarbeitsmodellen. *Alternsgerecht* ist demgegenüber eine Arbeitsorganisation, der ein umfassendes und auf den gesamten Alterungsprozess aller Beschäftigten bezogenes Konzept zugrunde liegt. Eine alternsgerechte Arbeitsorganisation verbindet die Leistungspotenziale, die Stärken und Schwächen aller Beschäftigtengruppen, berücksichtigt den voraussichtlichen Alterungsprozess der Beschäftigten und ist auf die Altersstruktur der gesamten Belegschaft abgestimmt. Deshalb müssen die Arbeitsplätze künftig stärker als bisher an die Möglichkeiten und Bedürfnisse aller Altersgruppen ausgerichtet werden. Dazu gehören u. a. Maßnahmen zur Verbesserung des Gesundheitsschutzes und gesundheitsgerechte Verhaltensweisen, Berücksichtigung von Weiterbildungsbedürfnissen und -notwendigkeiten im Sinne einer lebenslangen Qualifizierung sowie eine Verhinderung von Brüchen in der Erwerbsbiografie durch eine Verbesserung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf. Dabei ist es notwendig, Arbeitnehmer mit Familien in ihrem Anliegen zu unterstützen, mehr Zeit für die Familie zu haben. Wichtige Neuregelungen für die betriebliche Praxis hat dazu der Gesetzgeber mit dem seit 1. Januar 2019 geltenden neuen Teilzeitrecht geschaffen. Hierzu zählt auch, durch eine Weiterentwicklung des Teilzeitrechts den Arbeitnehmern, die ihre Arbeitszeit nur für einen begrenzten Zeitraum reduzieren wollen (z. B. wegen der Wahrnehmung von Familienpflichten), zu ermöglichen, ihre Arbeitszeit nach der Teilzeitphase wieder aufzustocken bzw. zu der vor der Teilzeit ausgeübten Arbeitszeit zurückzukehren. Dazu dienen die Einführung eines Rechtsanspruchs auf „befristete Teilzeit“ (Brückenteilzeit) und das neue Recht der Teilzeitbeschäftigten auf Verlänge-

1 Grundlagen des Arbeitsrechts

nung der Arbeitszeit. Mit diesen Optionen kann ein Verharren in der „Teilzeitfalle“ und ein „Karrierenick“ insbesondere von berufstätigen Müttern vermieden werden. Insbesondere für Frauen ist es wichtig, nach einer Familienphase ihre beruflichen Pläne voll verwirklichen zu können. Dies gilt auch für die Zunahme der Arbeitsform „Arbeit auf Abruf“; dabei ist vor allem sicherzustellen, dass die Arbeitnehmer ausreichend Planungs- und Einkommenssicherheit haben. Dem dient die am 1. Januar 2019 in Kraft getretene Neugestaltung der Arbeit auf Abruf sowie die Regelung zur Berechnung der Entgeltfortzahlung bei flexiblen Arbeitszeiten.

Ebenso wird angesichts des gestiegenen Renteneintrittsalters die Frage immer relevanter, wie durch neue Rahmenbedingungen ein stufenweiser Übergang in den Ruhestand rechtssicher organisiert werden kann. Hierzu kann eine Kombination und Bündelung von Ansprüchen der Arbeitnehmer auf Reduzierung ihrer Arbeitszeit (Teilzeitanprüche) und Ansprüchen auf gleichzeitigen Bezug von Teilrente einen wichtigen Beitrag leisten. Unter dem Aspekt der Fachkräftesicherung sind die bestehenden Rahmenbedingungen auch daraufhin zu prüfen, inwieweit sie eine Beschäftigung über die Regelaltersgrenze hinaus erschweren. So sehen viele Arbeits- und Tarifverträge eine automatische Beendigung mit Erreichen der Regelaltersgrenze vor. Hier hat der Gesetzgeber für die Arbeitsvertragsparteien die Möglichkeit geschaffen, durch Vereinbarung noch während des Arbeitsverhältnisses den zum Erreichen der Regelaltersgrenze vereinbarten Beendigungszeitpunkt hinauszuschieben. Dies kann ggf. auch mehrfach erfolgen. Hier stehen das Arbeitsrecht und das Arbeitsschutzrecht gleichermaßen vor einer Bewährung in der Zukunft.

Die Arbeitsrechtsordnung

4 Die deutsche Arbeitsrechtsordnung unterscheidet die Bereiche Individualarbeitsrecht, kollektives Arbeitsrecht und Arbeitsschutzrecht. Das Individualarbeitsrecht regelt das Verhältnis zwischen dem einzelnen Arbeitgeber und dem einzelnen Arbeitnehmer. Zum kollektiven Arbeitsrecht gehören die Unternehmerrichtbestimmung und die betriebliche Mitbestimmung sowie das Koalitions-, Tarifvertrags- und Arbeitskammerrecht. Das Arbeitsschutzrecht regelt den Gefahren- und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz. Kennzeichnend für die deutsche Arbeitsrechtsordnung ist, dass sie keine einheitliche staatliche Ord-

nung ist. An ihrer inhaltlichen Gestaltung sind neben dem Staat wesentlich die Tarifvertragsparteien und die Betriebspartner (Betriebsrat/Personalrat und Arbeitgeber) sowie Arbeitgeber und Arbeitnehmer als Parteien des Arbeitsvertrages beteiligt. Diesen einzelnen Trägern der Arbeitsrechtsordnung kommen trotz vieler Überschneidungen und Verzahnungen sehr unterschiedliche sozialpolitische Aufgaben zu:

Staatliche Mindeststandards: Gesetze und Verordnungen

5 Der Staat sichert durch Gesetze und Rechtsverordnungen einen Mindeststandard von Arbeitsbedingungen, z. B. der für alle Arbeitnehmer geltende gesetzliche Mindestlohn, die Einhaltung von Höchstarbeitszeiten, den bezahlten Erholungsurlaub, die Entgeltfortzahlung an Feiertagen und im Krankheitsfall, die Einhaltung von Kündigungsfristen und den gesetzlichen Schutz des Arbeitsplatzes vor ungerechtfertigter Kündigung. Im Bereich des arbeitsvertraglichen Bestandsschutzes ist im Interesse der durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten Berufsfreiheit der Arbeitnehmer ein staatlicher Mindestschutz unverzichtbar. Das folgt aus der Schutzpflichtfunktion der Grundrechte, die einzelnen Grundrechtsträger vor einer unangemessenen Beschränkung ihrer Grundrechte zu bewahren (BAG vom 21. Februar 2017, 1 AZR 292/15). Entsprechende angemessene Regelungen zum Bestandsschutz hat der Gesetzgeber mit dem Kündigungsschutzgesetz geschaffen. Dieser Schutzpflichtfunktion müssen aber auch die Regelungen für die Befristung von Arbeitsverhältnissen genügen. Dies erfordert angesichts der Veränderungen in der Arbeitswelt eine Überprüfung, inwieweit die Arbeitnehmer, vor allem die besonders betroffenen jüngeren Arbeitnehmer, bei Kettenbefristungen und bei sachgrundlosen Befristungen vor einer unangemessenen Beeinträchtigung des Grundrechts aus Art. 12 GG heute noch ausreichend geschützt sind. Gesetzliche Vorschriften garantieren auch die Gleichbehandlung z. B. von Männern und Frauen am Arbeitsplatz sowie von Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigten und von befristet und unbefristet Beschäftigten. Die staatlichen Regelungen sollen darüber hinaus auch eine Diskriminierung im Arbeitsleben verhindern, insbesondere aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität. Weitere staatliche Mindeststandards ergeben sich aus den auf gesetzlicher Grundlage erlassenen Rechtsver-

ordnungen der Bundesregierung bzw. des Bundesministers für Arbeit und Soziales, insbesondere auf den Gebieten des Arbeitsschutzes und der Mindestlöhne.

Die nationalen gesetzlichen Vorschriften sind dabei zunehmend geprägt von den zwingenden Vorgaben europäischer Rechtsnormen. Im Hinblick auf das größer gewordene Europa und die damit verbundenen grenzüberschreitenden Aktivitäten von Unternehmen und Arbeitnehmern hat die EU eine Vielzahl europäischer Rechtsakte geschaffen, die Mindeststandards im Arbeitsrecht vorgeben. Dazu gehören zunächst die unmittelbar auch in Deutschland geltenden EU-Verordnungen (wie z. B. die Datenschutz-Grundverordnung), die die nationalen staatlichen Gesetz- oder Verordnungsgeber nicht abweichend regeln, sondern nur konkretisieren können. Auch der Umsetzung europäischer Richtlinien in nationales Recht kommt im Bereich der Mindestarbeitsbedingungen eine immer größere Bedeutung zu. Dazu gehören insbesondere die EU-Gleichbehandlungsrichtlinien, die Richtlinien über die Teilzeitarbeit, über befristete Arbeit und über Leiharbeit. Auf der Grundlage dieser europäischen Richtlinien wurden das bedeutsame Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) und spezialgesetzliche Vorschriften für Teilzeitbeschäftigte und befristet Beschäftigte im Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) sowie auch für Leiharbeiter im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) geschaffen. Auch die gesetzlichen Regelungen über den Betriebsübergang, die Arbeitnehmer-Entsendung, die Grenzen der Arbeitszeit und den Erholungsurlaub haben ihren Ursprung in europäischen Richtlinien. Der Einfluss des europäischen Rechts auf die nationalen staatlichen Mindeststandards ist unverkennbar. Auch das bisher bei Entscheidungen in der Praxis wenig beachtete Arbeitsvölkerrecht, zu dem die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) zählt, wurde bislang eher als exotisches Rechtsgebiet betrachtet. Die aktuellen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zeigen jedoch, dass bei der Festlegung staatlicher Mindestarbeitsbedingungen die EMRK nicht länger ignoriert werden kann.

Die gesetzlich garantierten Mindestarbeitsbedingungen gelten grundsätzlich für alle Arbeitnehmer unabhängig davon, ob sie befristet, in Teilzeit oder als Leiharbeiter beschäftigt werden. Darüber hinaus gelten einige arbeitsrechtliche Vorschriften kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung auch für arbeitnehmerähnliche Personen wie z. B. in Heimarbeit Beschäftigte. Diese sind zwar in wesentlich geringe-

rem Umfang persönlich abhängig als Arbeitnehmer, jedoch wirtschaftlich abhängig und einem Arbeitnehmer vergleichbar sozial schutzbedürftig. Angesichts der Veränderung in der Arbeitswelt ist der Gesetzgeber aufgefordert, den Kreis der sozial Schutzbedürftigen – unabhängig von der Arbeitnehmereigenschaft – immer wieder neu zu bestimmen.

6 Das Arbeitsrecht ermöglicht es Arbeitgebern und Arbeitnehmern, oberhalb dieser Mindeststandards durch einzelvertragliche Vereinbarungen oder Tarifverträge für Arbeitnehmer günstigere Arbeitsbedingungen zu schaffen. Arbeitgeber und Arbeitnehmer und auf der kollektiven Ebene die Tarifvertragsparteien haben damit einen erheblichen Gestaltungsspielraum, um Regelungen zu vereinbaren, die im konkreten Fall den Interessen von Arbeitnehmern und Unternehmen gerecht werden. Auf diese Weise stellen arbeits- und tarifvertragliche Normen einen Ausgleich zwischen der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen und dem Schutz der Arbeitnehmer her. Das Arbeitsrecht setzt damit den Rahmen für eine flexible und moderne Arbeitsorganisation. Das geltende Arbeitsrecht ermöglicht es, den erforderlichen Ausgleich zwischen Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen und dem Arbeitnehmerschutz zu schaffen und ihn entsprechend den Veränderungen der Arbeitswelt ständig neu zu justieren.

Staatliche Arbeitsgerichtsbarkeit

7 Die staatliche Arbeitsgerichtsbarkeit als ein im Verhältnis zu den übrigen Gerichtsbarkeiten eigenständiger Rechtszweig ist dreistufig (Arbeitsgerichte, Landesarbeitsgerichte, Bundesarbeitsgericht) aufgebaut. Ihre Kammern bzw. Senate bestehen aus Berufsrichtern und ehrenamtlichen Richtern aus Kreisen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Die Arbeitsgerichtsbarkeit sorgt dafür, dass Rechtsstreitigkeiten aus Arbeitsverhältnissen und aus Tarifverträgen sowie aus der Betriebsverfassung gütlich beigelegt oder entschieden werden können. Essentielle Bedeutung haben die arbeitsgerichtlichen Entscheidungen für die Rechtsstreitigkeiten aus dem Bereich des nicht geregelten Arbeitskammerrechts sowie für wichtige, gesetzlich nicht im Einzelnen geregelte Teile des Arbeitsvertragsrechts. Dies gilt nicht nur für die Auslegung wichtiger arbeitsvertraglicher Gesetze, wie das Entgeltfortzahlungsgesetz, das Bundesurlaubsgesetz und das Kündigungsschutzgesetz, sondern auch für die zunehmende gerichtliche Kontrolle von allgemeinen Klauseln in vorformulierten Arbeitsverträgen.

1 Grundlagen des Arbeitsrechts

Gerade hier kommt den Entscheidungen der Gerichte für Arbeits­sachen und den Grundsätzen des Richterrechts eine besondere Funktion zu. Zunehmende Bedeutung für das deutsche Arbeitsrecht und auch für die Rechtsprechung durch die Gerichte für Arbeits­sachen in Deutschland haben auch die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zur Auslegung der EU-Verordnungen und der EU-Richtlinien, insbesondere der Vorschriften zur Gleichbehandlung, zur Arbeitszeit und zum Urlaubsrecht. Ebenso wirken sich die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zur Auslegung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) unmittelbar auf das deutsche Arbeitsrecht und die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung aus.

Staatlicher Arbeits- und Gesundheitsschutz

8 Auch auf dem Gebiet des Arbeitsschutzes (Gefahren- und Gesundheitsschutz) erlässt der Staat Gesetze und Verordnungen, die die Arbeitnehmer und vor allem auch bestimmte Arbeitnehmergruppen, wie Jugendliche, Menschen mit Behinderungen oder Frauen vor und nach der Geburt eines Kindes, vor gesundheitlichen Gefahren, vor Überforderungen und vor zu großen Belastungen schützen sollen. Diese staatlichen Regelungen werden durch die Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften ergänzt. Der öffentlich-rechtliche Arbeitsschutz begründet mit seinen an den Arbeitgeber gerichteten Geboten und Verboten zwar auch Vertragspflichten des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer und wirkt damit in das einzelne Arbeitsverhältnis hinein. Adressaten dieser Gebote und Verbote sind in erster Linie die Arbeitgeber; im Zuge eines vorgehenden Gefahrenschutzes aber auch die Hersteller und Einführer technischer Geräte oder gefährlicher Stoffe und Zubereitungen, die von Arbeitnehmern bei der Arbeit verwendet werden. Ferner richten sich die öffentlich-rechtlichen Gebote und Verbote auch an die Arbeitnehmer, vor allem, soweit es um deren sicherheitsgerechtes Verhalten bei der Arbeit geht. Es bedarf keiner Initiative des Arbeitnehmers, um die Einhaltung der ihn betreffenden Schutzvorschriften ggf. gerichtlich durchzusetzen. Während das privatrechtliche Arbeitsrecht es dem Arbeitnehmer überlässt, die ihm durch Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag zustehenden Rechte gerichtlich gegenüber dem Arbeitgeber geltend zu machen, geht der deutsche Arbeitsschutz einen anderen Weg. Die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Gebote und Verbote zur Gefahrenverhütung unterliegt be-

hördlicher Überwachung, verwaltungsrechtlichem Zwang und strafrechtlichen und bußgeldrechtlichen Sanktionen. Neben diesen Instrumenten des klassischen Arbeitsschutzes zur Verhütung von Unfällen, Berufskrankheiten sowie arbeitsbedingten Gesundheitsgefahren treten zunehmend auch Maßnahmen der menschengerechten Gestaltung der Arbeit. Diese sind ganzheitlich auf den Gesundheitsschutz des Individuums im Arbeitsleben gerichtet. Sie nehmen sowohl die physischen als auch die psychischen Belastungen und Beanspruchungen der Beschäftigten umfassend in den Blick. Die Maßnahmen befassen sich u. a. mit der Reduzierung der gesundheitsschädlichen Auswirkungen von eintöniger Arbeit oder von maschinenbestimmten Arbeitsintervallen. Aktuell in den Blickpunkt gerückt sind auch die psychischen Belastungen, die insbesondere durch den vermehrten Einsatz von Informations- und Kommunikationstechniken während Arbeit und Freizeit hervorgerufen werden, wie z. B. das Verlangen oder die Erwartung der jederzeitigen Erreichbarkeit und der spontanen Erbringung von Arbeitsleistungen in den Freizeitphasen. Zur menschengerechten Gestaltung der Arbeit gehört auch eine Rücksichtnahme auf individuelle Belastungsgrenzen.

Tarifautonomie und Koalitionsfreiheit

9 Ferner schafft der Staat den gesetzlichen Rahmen für die Tarifautonomie und für die Beteiligung der Arbeitnehmervertreter an betrieblichen und unternehmerischen Entscheidungen. Tarifautonomie, Mitbestimmung und Betriebsverfassung sind Eckpfeiler des deutschen Arbeitsrechtssystems, die sich bewährt und wesentlich zur sozialen Stabilität und damit zu einer erfolgreichen Wirtschaftsentwicklung beigetragen haben.

10 Stärker noch als durch staatliche Regelungen wird der Inhalt der Arbeitsverhältnisse durch die Tarifverträge der Gewerkschaften und der Arbeitgeberverbände gestaltet. Den Verbänden obliegt die in Art. 9 GG garantierte Aufgabe, in Tarifverträgen die Arbeitsbedingungen, insbesondere auch die Arbeitsentgelte, umfassend festzulegen und sie laufend den jeweiligen wirtschaftlichen und sozialen Entwicklungen anzupassen. Die Tarifvertragsparteien handeln dabei autonom, also eigenverantwortlich ohne staatliche Einflussnahme. Der den Tarifvertragsparteien aufgrund von Art. 9 Abs. 3 GG eingeräumte Gestaltungsspielraum besteht jedoch nur im Rahmen der Verfassung und der Gesetze. So folgt aus Art. 3

Abs. 1 GG auch für die Tarifvertragsparteien das Gebot, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (vgl. BAG vom 25. Januar 2018, 6 AZR 791/16). Die Schutzfunktion der Grundrechte verpflichtet deshalb die Arbeitsgerichte, insbesondere solchen Tarifregelungen die Durchsetzung zu verweigern, die zu einer Gruppenbildung führen, mit der Art. 3 GG verletzt wird (BAG vom 29. Juni 2017, 6 AZR 364/16). Die tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen gelten grundsätzlich nur für die Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die Mitglied der den Tarifvertrag abschließenden Organisationen sind, unmittelbar und zwingend. In der Praxis werden sie aber weitgehend auch auf die übrigen Arbeitsverhältnisse angewandt. Darüber hinaus gelten die tarifvertraglichen Regelungen auch für Arbeitnehmer und Arbeitgeber, die nicht den tarifschließenden Verbänden angehören, wenn das Arbeitsverhältnis unter den Geltungsbereich eines Tarifvertrages fällt, der vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales oder vom örtlich zuständigen Landesarbeitsministerium für allgemein verbindlich erklärt wurde oder wenn die Einhaltung der tarifvertraglichen Regelungen durch Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales zwingend vorgeschrieben wurde. Die Voraussetzungen zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen wurden durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz deutlich erleichtert.

11 Die wichtigste Wirkung der Koalitionsfreiheit und der Tarifautonomie für die Arbeitnehmerseite besteht darin, dass die Arbeitnehmer bei der Aushandlung der Arbeitsbedingungen nicht einzeln gegenüber dem Arbeitgeber auftreten müssen, sondern sich zu Gewerkschaften zusammenschließen und nunmehr mit der Arbeitgeberseite die Arbeitsbedingungen aushandeln und sie ggf. durch Streik erzwingen können. Umgekehrt können sich die einzelnen Arbeitgeber zu Arbeitgeberverbänden zusammenschließen und ebenfalls als Kollektiv aus einer stärkeren Position heraus verhandeln und für einen Ausgleich von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen sorgen. Verteilungskonflikte können auf der überbetrieblichen Ebene ausgetragen und von den Betrieben ferngehalten werden. Um Tarifkollisionen (Überschneiden der Geltungsbereiche nicht inhaltsgleicher Tarifverträge verschiedener Gewerkschaften) im Betrieb möglichst zu vermeiden und die positive Wirkung der Gestaltung des Arbeitsrechts durch Tarifverträge zu sichern, sind die bestehenden Rahmenbedingungen des Tarifvertragsgesetzes durch das Tarifeinheitsgesetz ergänzt worden.

Mitbestimmung in Betrieb und Unternehmen

12 Der eigenverantwortlichen Festlegung der Arbeitsbedingungen im Rahmen der Tarifautonomie auf überbetrieblicher Ebene entsprechen auf der Betriebs- und Unternehmensebene die Beteiligungsrechte des Betriebsrats und des Sprecherausschusses der leitenden Angestellten in betrieblichen Angelegenheiten und die Mitwirkung von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsräten größerer Unternehmen. Die betrieblichen Beteiligungsrechte sollen vor allem sicherstellen, dass die Organisation des Betriebes und der Arbeitsabläufe, der Arbeitseinsatz der Arbeitnehmer und die Zusammensetzung der Belegschaft durch Einstellungen und Entlassungen nicht der alleinigen Bestimmung des Arbeitgebers unterliegen. Der Betriebsrat und der Sprecherausschuss der leitenden Angestellten haben daher zahlreiche gesetzliche Informations-, Anhörungs- und Beratungsrechte; in den wichtigen sozialen und personellen Angelegenheiten, zum Teil auch in den wirtschaftlichen Angelegenheiten (Betriebsänderungen/Aufstellung von Sozialplänen) hat der Betriebsrat gleichberechtigte Mitbestimmungsrechte. In größeren Unternehmen nehmen Vertreter der Arbeitnehmer außerdem unmittelbaren Einfluss auch auf die unternehmerischen Planungen und Entscheidungen. Dazu wählen die Belegschaften, zum Teil auf Vorschlag der Gewerkschaften, nach den verschiedenen Gesetzen über die Unternehmensmitbestimmung ihre Vertreter in die Aufsichtsräte der Unternehmen.

Arbeitsvertragsparteien

13 Nicht zuletzt nehmen der einzelne Arbeitgeber und Arbeitnehmer als Parteien des Arbeitsvertrages an der inhaltlichen Gestaltung der Arbeitsbeziehungen aktiv teil. Nur durch den individuellen Arbeitsvertrag kann festgelegt werden, ob Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis miteinander eingehen wollen. Auch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses liegt grundsätzlich in den Händen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Allein die Arbeitsvertragsparteien sind auch in der Lage, den Inhalt des Arbeitsverhältnisses unter Beachtung der unabdingbaren gesetzlichen, tarifvertraglichen und betrieblichen Normen konkret den individuellen Bedürfnissen anzupassen (z. B. im Hinblick auf eine flexible Gestaltung von Arbeitszeit und Arbeitsentgelt) und die für das Arbeitsverhältnis geltenden zwingenden betrieblichen, tariflichen und gesetzlichen Arbeitsbedingungen zu verbessern oder

1 Grundlagen des Arbeitsrechts

zu ergänzen. Der Inhalt der Arbeitsverhältnisse wird jedoch unterhalb der Leitungsebene und der außertariflichen (AT-)Angestellten immer noch relativ selten allein durch zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer individuell ausgehandelte Vertragsabreden festgelegt. Zunehmend an Bedeutung gewonnen haben von den Arbeitgebern verwandte Formulararbeitsverträge, die an die Besonderheiten des jeweiligen Unternehmens angepasst werden. Diese unterliegen der Inhaltskontrolle durch die Gerichte für Arbeitssachen, insbesondere, ob die verwandten Vertragsklauseln überraschenden Charakter haben, nicht klar und verständlich sind oder den Arbeitnehmer sonst entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.

Rechtsgrundlagen des Arbeitsrechts

14 Die rechtlichen Grundlagen für die arbeitsrechtlichen Rechte und Pflichten sind im Wesentlichen:

- der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geschlossene Arbeitsvertrag (siehe Rn. 15 und Kapitel 2, Rn. 58 ff.),
- ein auf das Arbeitsverhältnis anwendbarer Tarifvertrag (siehe Rn. 71 f.),
- eine zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat abgeschlossene Betriebsvereinbarung (siehe Rn. 68),
- eine zwischen dem Arbeitgeber und dem Sprecherausschuss (siehe Rn. 66) abgeschlossene Vereinbarung,
- eine gesetzliche Regelung,
- eine Rechtsverordnung (auch Mindestlohnverordnung, siehe Rn. 77),
- eine unmittelbar geltende EU-Regelung (EU-Verordnung),
- eine betriebliche Übung (siehe Rn. 74),
- der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz (siehe Kapitel 2, Rn. 291 ff.),
- eine kircheneigene Arbeitsvertragsregelung (siehe Rn. 73), auf die im Arbeitsvertrag Bezug genommen wurde.

Grundbegriffe des Arbeitsrechts

Arbeitsvertrag

15 Die allgemeinen Begriffe des Arbeitsvertrages und des Arbeitsverhältnisses sowie die Begriffe des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers sind für die Anwendung des Arbeitsrechts von entscheidender Bedeutung.

Der Arbeitsvertrag ist nach allgemeiner Auffassung ein privatrechtlicher Vertrag, durch den ein Rechtsverhältnis zwischen dem einzelnen Arbeitnehmer und dem einzelnen Arbeitgeber – das Arbeitsverhältnis – begründet wird. Durch die Vorschrift des § 611a BGB ist der Arbeitsvertrag als Vertragstyp des BGB geregelt. Aufgrund der an § 611a BGB angelegten Formulierung und der systematischen Stellung der Vorschrift ergibt sich, dass der Arbeitsvertrag als Unterfall des Dienstvertrages anzusehen ist. Daher sind die Vorschriften des Dienstvertragsrechts auf den Arbeitsvertrag anzuwenden, soweit nicht der besondere Charakter des Arbeitsverhältnisses dem entgegensteht. Umgekehrt führt allerdings nicht jeder Dienstvertrag zu einem Arbeitsverhältnis, weil die Vereinbarung wie bei Rechtsanwälten, Ärzten oder freien Mitarbeitern auch auf die Leistung selbstständiger Dienste gerichtet sein kann. Der Arbeitsvertrag ist demgegenüber ein privatrechtlicher Vertrag über eine abhängige Dienstleistung.

Entsprechend der BGB-Systematik definiert die Regelung des § 611a BGB den Vertragstyp „Arbeitsvertrag“ über die Bestimmung seiner vertragstypischen Pflichten. Die Regelung des § 611a BGB bestimmt in Abs. 1 als Hauptpflicht des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsvertrag die Arbeitsleistungspflicht, verstanden als die Pflicht des Arbeitnehmers zur Leistung weisungsabhängiger, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit. Als Hauptpflicht des Arbeitgebers bestimmt Abs. 2 die Vergütungspflicht, d. h. die Pflicht des Arbeitgebers zur Zahlung der vereinbarten Vergütung. Der Arbeitsvertrag ist somit nach § 611a Abs. 1 BGB ein privatrechtlicher Vertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, durch den sich der Arbeitnehmer zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Das Weisungsrecht kann nach § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen.

Kriterien für die Feststellung eines Weisungsrechts des Arbeitgebers sind insbesondere:

- persönliche und fachliche Bindung an Weisungen, z. B. Unterordnung unter Vorgesetzte,
- zeitliche Weisungsgebundenheit, z. B. Möglichkeit des Arbeitgebers in einem bestimmten Rahmen über die Arbeitszeit des Arbeitnehmers zu verfügen,
- örtliche Bindung der zu erbringenden Arbeitsleistung.

Die Bindung an einen bestimmten Arbeitsort ist jedoch keine zwingende Voraussetzung. Weisungsgebunden kann ein Arbeitnehmer auch sein, wenn er nicht ausschließlich im Innendienst, sondern nur oder überwiegend im Außendienst oder sonst an wechselnden Arbeitsorten eingesetzt ist. Weisungsgebunden ist nach § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Maßgebend dafür, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist nach bisher herrschender Auffassung vor allem der Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Arbeitsleistung Verpflichtete befindet. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt nach § 611a Abs. 1 Satz 4 BGB auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Entscheidend kommt es hierbei auf die charakteristischen Merkmale an, wie sie sich aus dem Inhalt des Vertrages und der praktischen Durchführung der Vertragsbeziehungen ergeben.

Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen (§ 611a Abs. 1 Satz 5 BGB). Dabei kommt es maßgeblich jedoch weniger auf vertragliche Formulierungen als auf die tatsächliche Ausgestaltung und Durchführung des Vertragsverhältnisses an. So kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an, wenn die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses zeigt, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt (§ 611a Abs. 1 Satz 6 BGB). So handelt es sich auch dann um einen Arbeitsvertrag, wenn das Rechtsverhältnis im Dienstvertrag zwar als freies Mitarbeiterverhältnis bezeichnet wird, der Vertragspartner aber tatsächlich in persönlicher Abhängigkeit Dienste leistet (so bereits BAG vom 12. September 1996, DB 1996 S. 2083; siehe auch BAG vom 18. März 2014, 9 AZR 694/12). Dasselbe gilt, wenn ein Rechtsverhältnis im Vertrag als Praktikantenverhältnis bezeichnet wird, die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses aber zeigt, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt.

Arbeitsverhältnis

16 Durch den Arbeitsvertrag wird ein Arbeitsverhältnis begründet. Mit Abschluss des Arbeitsvertrages verpflichtet sich der Arbeitnehmer zur Leistung der versprochenen Arbeit i. S. des § 611a Abs. 1 BGB und der Arbeitgeber vor allem zur Zahlung der vereinbarten Vergütung i. S. des § 611a Abs. 2 BGB. Durch die neue Vorschrift des § 611a BGB wird somit mittelbar auch das Arbeitsverhältnis definiert.

Ein Arbeitsverhältnis liegt vor, wenn jemand (der Arbeitnehmer) aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages (des Arbeitsvertrages) im Dienste eines anderen (des Arbeitgebers) weisungsgebundene, fremdbestimmte Arbeit in persönlicher Abhängigkeit leistet.

Ein Arbeitsverhältnis kommt grundsätzlich durch Abschluss eines Arbeitsvertrages zustande. Dies schließt jedoch eine Begründung des Arbeitsverhältnisses auf andere Weise nicht aus. Arbeitsverhältnisse können auch in bestimmten Fällen kraft Gesetzes oder gesetzlicher Fiktion begründet werden: Ist z. B. bei einer Arbeitnehmerüberlassung der Arbeitsvertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeiternehmer nach § 9 AÜG unwirksam, so gilt nach § 10 Abs. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeiternehmer als zustande gekommen – zu dem für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt bzw. mit dem Eintritt der Unwirksamkeit, wenn diese erst nach der Aufnahme der Tätigkeit beim Entleiher eintritt. Geht ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen neuen Inhaber über, tritt dieser nach § 613a BGB in die Rechte und Pflichten aus den zum Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein, nicht aber in ein Anstellungsverhältnis eines GmbH-Geschäftsführers (vgl. BAG vom 13. Februar 2003, 8 AZR 654/01). Auch bei Tod des Arbeitgebers geht das Arbeitsverhältnis im Wege der Universalsukzession nach § 1922 Abs. 1 BGB auf dessen Erben über. Durch einseitige Erklärung kraft Gesetzes kann nach § 78a Abs. 2 BetrVG ein Arbeitsverhältnis begründet werden: Verlangt ein Auszubildender, der Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung oder des Betriebsrats ist, innerhalb der letzten drei Monate vor Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses die Weiterbeschäftigung, so gilt zwischen Auszubildendem und Arbeitgeber im Anschluss an das Berufsausbildungsverhältnis ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit als begründet.

Ein Arbeitsverhältnis kann ebenso bei einer hauptberuflichen wie bei einer nebenberuflichen Tätigkeit angenommen werden. Auch die Höhe des Arbeitsentgelts, die Tatsache einer Aushilfstätigkeit, die Vertragsdauer oder der Umfang der Arbeitsleistung ist nicht allein dafür maßgebend, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt oder nicht (vgl. BAG vom 13. März 1987, DB 1987 S. 1320). Auch bei geringfügigen und kurzfristigen Beschäftigungsverhältnissen wird i.d.R. ein Arbeitsverhältnis vorliegen. Eine nur einmalig geschuldete Dienstleistung begründet im Allgemeinen allerdings kein Arbeitsverhältnis.

Sonderfall: Mittelbares Arbeitsverhältnis

Es liegt vor, wenn jemand in ein Arbeitsverhältnis zu einem anderen tritt, der seinerseits Arbeitnehmer eines Dritten (mittelbarer Arbeitgeber) ist und die Arbeit unmittelbar für den mittelbaren Arbeitgeber mit dessen Wissen ausgeführt wird, ohne dass ein unmittelbarer Arbeitsvertrag zwischen dem mittelbaren Arbeitgeber und dem Gehilfen zustande kommt. Mittelbare Arbeitsverhältnisse gibt es z. B. bei Rundfunkorchestern. Der einzelne Musiker hat ein Arbeitsverhältnis mit dem Orchesterleiter und dieser wiederum ein Arbeitsverhältnis mit der Rundfunkanstalt.

Arbeitnehmer

17 Entscheidend für den persönlichen Geltungsbereich der meisten arbeitsrechtlichen Vorschriften sind die Begriffe des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers (in neueren Gesetzen wird jedoch vielfach der Begriff des Beschäftigten verwandt; siehe dazu Rn. 22). Arbeitnehmer und Arbeitgeber sind die Vertragspartner des Arbeitsvertrages. Durch die Legaldefinition des „Arbeitsvertrages“ in § 611a Abs. 1 BGB werden deshalb mittelbar auch die Begriffe des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers allgemein gesetzlich definiert. Derjenige, der aufgrund des privatrechtlichen Vertrages (des Arbeitsvertrages) dem anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist, ist aufgrund des § 611a Abs. 1 BGB als Arbeitnehmer und sein Vertragspartner als Arbeitgeber anzusehen.

Teilweise bestimmen die einzelnen Gesetze jedoch abweichend von § 611a BGB, wer als Arbeitnehmer im Sinne dieser Gesetze anzusehen ist, und legen damit einen engeren oder weiteren persönlichen Anwendungsbereich dieser Gesetze fest. So bestimmen einzelne Gesetze einen weiteren Anwendungsbereich, indem sie zu den Arbeitnehmern Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten (siehe dazu Rn. 32) rechnen (vgl. § 1 Abs. 2 EFZG; § 2 Satz 1 BUrlG; § 5 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, § 22 MiLoG hinsichtlich der Praktikanten) oder darüber hinaus auch die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbstständigkeit arbeitnehmerähnlichen Personen (siehe dazu Rn. 29) in den Arbeitnehmerbegriff mit einbeziehen (§ 2 Satz 2 BUrlG).

18 Soweit die Gesetze keine eigenständige Definition des Arbeitnehmerbegriffs enthalten, ist von dem

Arbeitnehmerbegriff im engeren Sinne nach § 611a BGB auszugehen. Aufgrund dieser Definition sind deshalb folgende Beschäftigte **nicht** als Arbeitnehmer anzusehen:

- Auszubildende, Umschüler, Volontäre oder Praktikanten. (Die Regelungen des Arbeitsverhältnisses sind jedoch grundsätzlich ergänzend anzuwenden.),
- Schüler und Studierende, die ein im Rahmen der schulischen oder hochschulischen Ausbildung verpflichtend vorgegebenes Praktikum ableisten,
- Beamte, Richter und Soldaten. (Sie haben ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis.),
- Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften und Geschäftsführer von Gesellschaften mit beschränkter Haftung,
- Personen, die zur Vertretung einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft berufen sind. (Gesellschafter, die trotz fehlender Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis der Gesellschaft zusätzlich eigene Dienste leisten, sind jedoch Arbeitnehmer.),
- Personen, die aufgrund der Mitgliedschaft in einem Verein beschäftigt sind, wenn die arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen nicht umgangen werden und sie als Vereinsmitglieder Einfluss auf die Arbeitsorganisation nehmen können,
- Personen, die Mitglieder einer geistlichen Genossenschaft oder Angehörige ähnlicher religiöser Vereinigungen sind (Diakonissinnen, Ordensmitglieder etc.),
- Freiwillige, die einen Jugendfreiwilligendienst (Freiwilliges Soziales oder Ökologisches Jahr) oder einen Bundesfreiwilligendienst leisten. (Die Regelungen des Arbeitsschutzes, des Mutterschutzgesetzes, des Jugendarbeitsschutzgesetzes, des Bundesurlaubsgesetzes und der Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung sind jedoch entsprechend anzuwenden.),
- Entwicklungshelfer im Sinne des Entwicklungshelfergesetzes,
- zivile Personen mit Sekundierungsverträgen im Rahmen eines internationalen Einsatzes der zivilen Krisenprävention,
- Personen, die ehrenamtlich tätig sind (z. B. in der Flüchtlingshilfe, in der Sterbebegleitung, bei der freiwilligen Feuerwehr),
- Personen, die ohne Entgelterwartung in der Nachbarschaft helfen,

- Personen, die vorwiegend aus medizinischen oder erzieherischen Gründen sowie zur sittlichen Besserung beschäftigt sind,
- Beschäftigte in Einrichtungen der beruflichen Rehabilitation,
- Beschäftigte mit Behinderungen in Werkstätten für behinderte Menschen, wenn ihre Beschäftigung nicht vorrangig dem Erwerb, sondern der Betreuung dient,
- Personen, die die Arbeit im Rahmen einer Anstaltsgewalt leisten (z. B. Strafgefangene, in Sicherungsverwahrung Genommene, in einer Heil- und Pflegeanstalt Untergebrachte); nicht jedoch Strafgefangene, die in einem freien Beschäftigungsverhältnis arbeiten,
- Ein-Euro-Jobber: Erwerbsfähige Leistungsbe-rechtigte, die zur Erhaltung oder Wiedererlangung der Beschäftigungsfähigkeit in Arbeitsgelegenheiten zugewiesen werden (§ 16d SGB II). Wenn jedoch zwischen Arbeitgeber und zugewiesenem erwerbsfähigen Leistungsberechtigten ein Arbeitsverhältnis begründet wird, das durch Zuschüsse zum Arbeitsentgelt gefördert wird (§ 16e SGB II), handelt es sich um Arbeitnehmer.
- Personen in Einfühlungsverhältnissen, die nur wenige Tage dauern und in denen keine Pflicht zur Arbeitsleistung besteht (Personen im Probearbeitsverhältnis sind jedoch Arbeitnehmer.),
- Forscher, die sich aufgrund eines Vertrages vorwiegend einer Dissertation widmen und dafür ein Stipendium erhalten (Doktorandenvertrag),
- Mithelfende Familienangehörige, die die Arbeit allein aufgrund der familienrechtlichen Beziehung und nicht aufgrund einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung leisten,
- In Heimarbeit Beschäftigte (Sie sind arbeitnehmerähnliche Personen mit Sonderregelungen nach dem Heimarbeitergesetz.),
- Amtswalter wie Insolvenz-, Nachlass-, Testamentsverwalter (Sie sind Parteien kraft Amtes.),
- Händler (Vertragshändler), die Waren in eigenem Namen und auf eigene Rechnung verkaufen, insoweit grundsätzlich auch ein Franchisenehmer,
- Personen, die sich zur Erfüllung eines bestimmten Werkes (Werkvertrag) oder zur Leistung selbstständiger Dienste (freier Dienstvertrag) verpflichtet haben, z. B. auch selbständige Vertreter,
- sogenannte freie Mitarbeiter/freie Dienstnehmer, wenn der „Vertrag über freie Mitarbeit“ ein für

das Arbeitsverhältnis charakteristisches Weisungsrecht nicht vorsieht, z. B. selbständige Künstler, selbständige Musiker oder selbständige Zirkusartisten (siehe BAG vom 11. August 2015, 9 AZR 98/14).

Arbeitnehmergruppen

19 Die Arbeitnehmer lassen sich entsprechend der anzuwendenden Regelungen in folgende berufliche Gruppen aufgliedern:

- kaufmännische Arbeitnehmer/Handlungsgehilfen (maßgebend ist z. T. das Handelsgesetzbuch),
- gewerbliche Arbeitnehmer (Maßgebend ist vor allem die Gewerbeordnung und das Bürgerliche Gesetzbuch.),
- Leiharbeiter, auch Zeitarbeiter genannt (Maßgebend ist vor allem das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz.),
- Seeleute (Maßgebend ist vor allem das Seearbeitsgesetz.),
- Arbeitnehmer, die bei den Kirchen oder den ihnen zugeordneten Einrichtungen (z. B. Caritas oder Diakonie) beschäftigt sind (Maßgebend sind die kircheneigenen Arbeitsvertragsregelungen.),
- sonstige Arbeitnehmer, z. B. Medizinische oder Rechtsanwaltsfachangestellte, Handwerksgehilfen, landwirtschaftliche Gehilfen oder Hausangestellte (Maßgebend ist z. T. das Bürgerliche Gesetzbuch und die Gewerbeordnung. Hinzu kommt eine Spezialregelung für Prostituierte.).

Eine weitere Aufgliederung der Arbeitnehmer besteht in teilzeit- und vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer sowie in befristet und unbefristet beschäftigte Arbeitnehmer. Arbeitnehmergruppen mit besonderen arbeitsrechtlichen Schutzrechten sind jugendliche Arbeitnehmer, schwangere Arbeitnehmerinnen und Mütter und schwerbehinderte Arbeitnehmer.

Arbeiter und Angestellte

20 Historisch wurden hinsichtlich der Arbeitnehmer in den arbeitsrechtlichen Vorschriften teilweise zwischen den Gruppen der Arbeiter und der Angestellten unterschieden. Die aktuellen arbeitsrechtlichen Gesetze differenzieren nicht mehr zwischen diesen beiden Arbeitnehmergruppen. Tarifverträge und betriebliche Regelungen unterscheiden die Arbeitnehmer in ihrem Geltungsbereich jedoch teilweise heute noch nach Arbeitern (bzw. gewerblichen Arbeitnehmern) und Angestellten (bzw. kaufmännischen Angestellten). Als maßgebendes Unterschei-

dungsmerkmal zwischen Arbeitern und Angestellten gilt, ob überwiegend körperliche oder geistige Arbeit geleistet wird. Diese Abgrenzungsformel wird jedoch in der Praxis häufig durchbrochen. So gilt die Tätigkeit im Büro allgemein als Angestelltentätigkeit, auch wenn sie vielfach rein manuell und mechanisch ist. Umgekehrt werden an viele Facharbeiter wegen der fortschreitenden technischen Entwicklung erhebliche geistige Anforderungen gestellt, ohne dass sie damit zu Angestellten werden. Deshalb richtet sich zunächst die Zuordnung des Arbeitnehmers zu den Arbeitern oder Angestellten nach der Bewertung seiner Tätigkeit durch die im konkreten Fall beteiligten Berufsvereinigungen. Ist bei den in Betracht kommenden Berufskreisen eine eindeutige Beurteilung nicht festzustellen, so ist nach allgemeiner Verkehrsauffassung in der Regel Angestellter derjenige, der kaufmännische oder büromäßige Arbeiten leistet oder gehobene Tätigkeiten ausübt, z. B. in Form der Beaufsichtigung anderer, und Arbeiter derjenige, der ausführend mechanisch tätig ist. Ist eine Einordnung immer noch nicht möglich, so ist entscheidend, ob nach dem Gesamtbild der vom Arbeitnehmer zu erbringenden Tätigkeiten die gedanklich-geistige Leistung oder die körperliche Arbeit im Vordergrund steht. Übt der Arbeitnehmer eine gemischte Tätigkeit aus, ist für die rechtliche Einordnung maßgebend, welche Tätigkeiten das Arbeitsverhältnis in seiner Gesamtheit kennzeichnen, nicht dagegen der Energie- und Zeitaufwand für Einzelarbeiten. Als Arbeiter gelten hiernach im Allgemeinen Handwerksgehilfen, Hausgehilfen, Kellner, Berufskraftfahrer, Facharbeiter wie Fachlageristen, Mechatroniker und Zerspanungsmechaniker, Feuerwehrleute, Ableser von Gas-, Strom- und Wasserzählern, Zeitungsverkäufer in Kiosken oder Hilfskräfte in der Annahmestelle einer chemischen Reinigung. Zu den Angestellten gehören neben den Bürokräften nach der Rechtsprechung z. B. Filialeiter, Kassierer in Selbstbedienungsläden, Gesundheits- und Krankenpfleger, staatlich geprüfte Masseur, Verkaufsfahrer mit reichhaltigem Warensortiment, Musiker, Gestalter für visuelles Marketing und Mannequins. Arbeiter können nicht durch Vereinbarung mit dem Arbeitgeber zu Angestellten werden. Folge solcher Vereinbarungen, wie sie insbesondere bei Arbeitern mit längerer Betriebszugehörigkeit zu finden sind, kann daher nur sein, den Arbeitern den gleichen gesellschaftlichen Status oder die gleichen betrieblichen Rechte einzuräumen wie den Angestellten.

Leitende Angestellte

2/ Die leitenden Angestellten sind ebenfalls Arbeitnehmer. Aufgrund ihrer besonderen Funktionen und Sonderinteressen befinden sie sich allerdings vielfach in einem gewissen Interessengegensatz zu den übrigen Arbeitnehmern, so dass für sie teilweise kraft Gesetzes, teilweise aufgrund der Rechtsprechung einige Besonderheiten gelten. Dabei wird der Begriff des leitenden Angestellten als eines nur verhältnismäßig kleinen Personenkreises nicht einheitlich verwendet, sondern durch in den einzelnen Gesetzen unterschiedliche Merkmale eingeschränkt oder erweitert (vgl. die Definition des leitenden Angestellten in § 5 Abs. 3 BetrVG). Als leitender Angestellter wird im Allgemeinen angesehen, wer Arbeitgeberfunktionen in einer Schlüsselstellung ausübt, d. h. im Wesentlichen selbstständig und verantwortlich den Betrieb, einen bedeutenden Betriebsteil oder einen wesentlichen Aufgabenbereich leitet. Neben dieser sogenannten Tatgruppe gehört zu den leitenden Angestellten die sogenannte Ratgruppe. Hierunter sind die Personen zu verstehen, die aufgrund eigener Entscheidungskraft hochqualifizierte Stabsarbeit führender, prüfender, entwerfender, forschender oder werbender Art leisten, und damit wegen der Bedeutung für das Unternehmen von dem besonderen persönlichen Vertrauen des Unternehmers getragen sind. Aus dieser unternehmerischen Nähe ergibt sich in der Regel ein mehr oder weniger ausgeprägter Interessengegensatz zur übrigen Arbeitnehmerschaft. Der Begriff des leitenden Angestellten deckt sich nicht mit dem des AT-Angestellten. Hierunter werden solche Angestellten – meist in leitender Stellung – verstanden, die entweder nach dem Willen der Tarifvertragsparteien aus dem Geltungsbereich eines Tarifvertrages herausgenommen sind oder denen die Arbeitsvertragsparteien diesen besonderen Status vertraglich zuerkennen.

Leitende Angestellte sind u. a. vom Arbeitszeitgesetz ausgenommen. Das Betriebsverfassungsgesetz findet keine Anwendung auf leitende Angestellte. Für sie können eigene Sprecherausschüsse zur Wahrnehmung ihrer Interessen gegenüber dem Arbeitgeber gebildet werden. Sie müssen mit einem Sitz auf der Arbeitnehmerseite in den Aufsichtsräten von den dem Mitbestimmungsgesetz 1976 unterliegenden Großunternehmen vertreten sein. Sie können als ehrenamtliche Richter bei den Gerichten für Arbeits-sachen auch auf der Arbeitgeberseite auftreten, und schließlich ist für sie eine erleichterte Auflösung des Arbeitsverhältnisses bei nicht begründeten Kündi-

gungen vorgesehen. Darüber hinaus gelten vor allem folgende Besonderheiten: Die Pflicht des leitenden Angestellten zur Wahrung der Interessen des Arbeitgebers geht erheblich weiter als bei anderen Arbeitnehmern. Von den leitenden Angestellten wird ein besonderes Maß an Arbeitsleistung verlangt, so dass die Bezahlung von Überstunden im Allgemeinen entfällt. Aufgrund ihres Vertrauensverhältnisses zum Arbeitgeber sind an die Kündigungsgründe je nach den Umständen des Einzelfalles niedrigere Anforderungen zu stellen.

Beschäftigte

22 Die neueren arbeitsrechtlichen Regelungen (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Pflegezeitgesetz, Familienpflegezeitgesetz, Gendiagnostikgesetz, Bundesdatenschutzgesetz) stellen auf den arbeitsrechtlichen Begriff der Beschäftigten ab (nicht zu verwechseln mit dem Beschäftigtenbegriff des Sozialrechts). Dieser Begriff ist weiter als der des Arbeitnehmers (siehe Rn. 17). Dies sind alle Arbeitnehmer im engeren Sinne und die zur Berufsbildung Beschäftigten (siehe dazu Rn. 32) sowie Personen, die wegen wirtschaftlicher Unselbstständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen (siehe dazu Rn. 29) anzusehen sind (vgl. § 7 Abs. 1 PflegeZG) und wegen ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit sozial ebenso schutzbedürftig sind wie Arbeitnehmer. Als arbeitnehmerähnliche Personen werden in den Gesetzen ausdrücklich die in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten genannt. Darüber hinaus gelten als Beschäftigte ausdrücklich auch die Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis sowie Personen, deren Beschäftigungsverhältnis bereits beendet ist (vgl. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG). Zum Teil werden als Beschäftigte auch ausdrücklich bezeichnet:

- die Teilnehmer an Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben sowie an Abklärungen der beruflichen Eignung und Arbeitserprobung (Rehabilitanden),
- die in anerkannten Werkstätten für behinderte Menschen Beschäftigten,
- die nach dem Jugendfreiwilligendienstgesetz Beschäftigten,
- Beamte, Richter des Bundes und Soldaten (vgl. § 3 Abs. 11 BDSG).

Auch die sozialrechtlichen Vorschriften verwenden die Begriffe des Beschäftigten und der Beschäftigung. Nach § 7 Abs. 1 SGB IV ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäf-

tigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Damit ist nach der bisherigen Rechtsprechung aber nur der Rahmen vorgegeben. Die Abgrenzung im Einzelfall obliegt auch im Sozialrecht der Rechtsprechung. Zur Unterscheidung der abhängigen Beschäftigung von der Selbstständigkeit hat das Bundessozialgericht (BSG) bisher folgende Prüfmaßstäbe herangezogen:

- die vertragliche Vereinbarung und deren tatsächliche Durchführung
- die Weisungsgebundenheit
- die Eingliederung in die Arbeitsorganisation sowie
- die unternehmerische Freiheit.

Darüber hinaus ist in einer Gesamtschau auch die Höhe des Verdienstes zu berücksichtigen (BSG vom 17. März 2017, B 12 R 7/15).

Beschäftigte mit Behinderungen

23 Der besondere Schutz von Beschäftigten mit Behinderung im Arbeitsleben ist vom Begriff der Behinderung abhängig. Dazu kann auf die Begriffsbestimmung in § 2 Abs. 1 SGB IX zurückgegriffen werden. Danach sind Menschen mit Behinderungen Menschen, die körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, die sie in Wechselwirkung mit einstellungs- und umweltbedingten Barrieren an der gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate hindern können, und der Körper- und Gesundheitszustand von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweicht; eine Krankheit als solche ist allerdings keine Behinderung. Für alle Menschen mit Behinderung, die auch in ihrer Erwerbsfähigkeit gemindert sind, hat der Gesetzgeber die besonderen Schutzvorschriften des Schwerbehindertenrechts (§§ 151 ff. SGB IX) geschaffen. Zu unterscheiden sind die Begriffe der schwerbehinderten Menschen und der ihnen Gleichgestellten: Menschen sind schwerbehindert, wenn bei ihnen ein Grad der Behinderung von mindestens 50 Prozent vorliegt (§ 2 Abs. 1 und 2 SGB IX). Auf diesen Personenkreis finden alle Vorschriften des Schwerbehindertenrechts Anwendung, ohne Rücksicht auf die Ursache der Behinderteneigenschaft. Den schwerbehinderten Menschen können Personen mit einem Grad der Behinderung von weniger als 50 Prozent, aber wenigstens 30 Prozent gleichgestellt werden, wenn sie ohne diese Gleichstellung einen geeigneten Arbeitsplatz nicht erlangen oder behalten können (§ 2 Abs. 1 und 3 SGB IX).

1 Grundlagen des Arbeitsrechts

Für die Anwendung der Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf Beschäftigte mit Behinderungen ist der europarechtliche Behindertenbegriff zugrunde zu legen. Der Begriff der „Behinderung“ wird in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs so verstanden, dass er eine Einschränkung von Fähigkeiten erfasst, die u. a. auf langfristige physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist, die den Betroffenen in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben unter Gleichstellung mit den übrigen Arbeitnehmern hindern können (in diesem Sinne EuGH vom 9. März 2017 [Milkowa], C 406/15 und aktuell bestätigt durch EuGH vom 18. Januar 2018, C 270/16).

Arbeitgeber

24 Arbeitgeber ist jeder, der einen anderen als Arbeitnehmer beschäftigt. Für die Arbeitgeberberei­genschaft ist es unerheblich, ob der Arbeitgeber eine öffentlich-rechtliche Person (z. B. Bundesland), eine juristische Person (z. B. GmbH), eine Personengesellschaft oder eine natürliche Person (Privatperson) ist. Arbeitgeber kann auch eine natürliche Person sein, die selbst zu einem Arbeitgeber in einem Arbeitsverhältnis oder Dienstverhältnis steht. Arbeitgeber, der z. B. eine Hausgehilfin im Familienhaushalt beschäftigt, kann auch eine natürliche Person sein, die selbst als Arbeitnehmer bei einem anderen Arbeitgeber (z. B. einem Industrieunternehmen) oder als Beamter bei einem Dienstherrn (z. B. einer Gemeinde) beschäftigt ist. Als Arbeitgeber im Sinne des Arbeitsrechts wird auch derjenige angesehen, der um Bewerbungen für ein von ihm angestrebtes Beschäftigungsverhältnis bittet (BAG vom 19. August 2010, 8 AZR 370/09). Werden Arbeitnehmer einem Dritten zur Arbeitsleistung überlassen, so gilt auch dieser (der Entleiher) in vielen arbeitsrechtlichen Vorschriften als Arbeitgeber. Bei der Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschriften im Bereich der Heimarbeit tritt an die Stelle des Arbeitgebers der Auftraggeber oder Zwischenmeister.

Dienstvertrag

25 Der Arbeitsvertrag ist vom freien oder selbstständigen Dienstvertrag zu unterscheiden. Das maßgebende Unterscheidungsmerkmal des Arbeitsvertrages zum freien oder selbstständigen Dienstvertrag ist die sogenannte persönliche Abhängigkeit und die Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers. Wer aufgrund eines freien/selbstständigen Dienstvertrages in unternehmerischer Eigenverantwortung tätig ist, ist ein

selbstständiger Unternehmer unabhängig davon, ob er seine Tätigkeit mit eigenen Mitarbeitern oder alleine (als sogenannter Solo-Selbstständiger) ausübt. Grundsätzlich sind deshalb Freiberufler wie Anwälte, Ärzte, Steuerberater, Wirtschaftsberater und andere frei praktizierende Dienstleister als Selbstständige anzusehen, nicht aber angestellte Anwälte/Syndikusanwälte oder Betriebsärzte/Werksärzte. Zwar bringt jede Dienstleistung eine gewisse Abhängigkeit mit sich, im freien Dienstvertrag kann der Dienstnehmer jedoch seine Tätigkeit im Wesentlichen frei gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen.

Beispiele

- Beratung durch einen unabhängigen Rechtsanwalt
- Consulting-Unternehmensberatung
- Untersuchung und Beratung durch einen niedergelassenen Arzt

Werkvertrag

26 Grundlage der Abgrenzung des Arbeitsvertrages vom Werkvertrag ist der Gegenstand der vertraglich vereinbarten Leistung. Dabei lässt die tatsächliche Handhabung Rückschlüsse auf den wirklichen Vertragswillen zu. Der Arbeitnehmer ist aufgrund des Arbeitsvertrages nur zu einer bestimmten Tätigkeit verpflichtet, also zu einem „Wirken“, nicht aber zur Herstellung eines bestimmten Werkes (BAG vom 25. September 2013, 10 AZR 282/12). Wenn dagegen die Herstellung eines bestimmten Werkes, also ein bestimmter Erfolg geschuldet ist, ohne dass es auf die dafür notwendige Arbeit ankommt, handelt es sich um einen Werkvertrag. Die Erfüllung eines Werkvertrages stellt eine selbstständige Tätigkeit dar. Wer aufgrund eines Werkvertrages tätig ist, ist ein selbstständiger Unternehmer unabhängig davon, ob er das Werk mit eigenen Mitarbeitern oder alleine (als Soloselbstständiger) herstellt.

Beispiele

- Bauplanung durch den Architekten
- Beförderung von Personen und Gütern
- Herstellung eines tauglichen EDV-Programms

Handels- und Versicherungsvertreter

27 Handelsvertreter ist, wer als selbstständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für einen

anderen Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen (§ 84 Abs. 1 Satz 1 HGB). Angestellter Vertreter ist dagegen, wer diese Aufgaben hat, ohne selbstständig zu sein (§ 84 Abs. 2 HGB; vgl. § 611a Abs. 1 BGB). Nach § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB ist selbstständig, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Andere Kriterien sind zwar gesetzlich nicht vorgesehen (vgl. BAG vom 13. Dezember 1999, u. a. 5 AZR 169/199), bei der Zuordnung unter diese Kriterien ist aber die eigene Unternehmensorganisation mit dem Auftreten unter eigener Firma und der Übernahme des Unternehmerrisikos, die Vertretung mehrerer Unternehmen und das Recht zur Bestellung von Untervertretern zu berücksichtigen. Entscheidend ist die tatsächliche Ausgestaltung und Durchführung des Vertragsverhältnisses. Dasselbe gilt auch für die Unterscheidung des angestellten vom selbstständigen Versicherungsvertreter; denn dieser ist ein Handelsvertreter, der damit betraut ist, Versicherungsverträge zu vermitteln oder abzuschließen (§ 92 Abs. 1 HGB).

Franchisenehmer

28 Franchisenehmer sind grundsätzlich keine Arbeitnehmer, sondern Selbstständige. Nur wenn der Franchisenehmer durch eine vertragliche Vereinbarung vollständig in die Organisation des Franchisegebers einbezogen wird und er damit die Möglichkeit verliert, seine Tätigkeit frei zu gestalten, ist er Arbeitnehmer (BAG vom 16. Juli 1997, AP Nr. 37 zu § 5 ArbGG 1979).

Arbeitnehmerähnliche Personen

29 Nicht zu den Arbeitnehmern im engeren Sinne gehören die arbeitnehmerähnlichen Personen. Sie sind zwar wegen ihrer fehlenden Eingliederung in eine betriebliche Organisation und im Wesentlichen freien Zeitbestimmung nicht weisungsgebunden und nicht in gleichem Maße persönlich abhängig wie Arbeitnehmer, also selbstständig tätig, wirtschaftlich aber abhängig und einem Arbeitnehmer vergleichbar sozial schutzbedürftig. Sie sind aufgrund eines Dienst- oder Werkvertrages für einen Auftraggeber tätig und für eine bestimmte Dauer auf die Inanspruchnahme ihrer Arbeitskraft und die Einkünfte daraus angewiesen. Sie erbringen die geschuldete Leistung persönlich und in der Regel ohne Mitarbeit von Arbeitnehmern. Arbeitnehmerähnliche Personen sind insbesondere die in Heimarbeit Beschäftigten (mit Sonderregelungen; siehe Rn. 30), die Einfirmenvertreter und die freien Mitarbeiter. Deshalb sind

auf sie viele arbeitsrechtliche Vorschriften aufgrund eines Gesetzes oder einer Analogie anzuwenden. So können für sie unter bestimmten Voraussetzungen Tarifverträge geschlossen werden. Sie haben Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub, auf Pflegezeit und Familienpflegezeit, auf Arbeitsschutz, auf Mutterschutz sowie auf Schutz vor Benachteiligung, Belästigung und sexueller Belästigung. Bei Kündigung haben sie Anspruch auf Einhaltung von Kündigungsfristen und auf Zeugniserteilung. Für ihre Rechtsstreitigkeiten sind die Gerichte für Arbeitssachen zuständig. Für Handels- und Versicherungsvertreter, die aufgrund vertraglicher Verpflichtung oder wegen des Umfangs ihrer Inanspruchnahme nur für einen Unternehmer tätig sind (Einfirmenvertreter), kann durch Rechtsverordnung die untere Grenze der vom Unternehmer zu gewährenden Leistungen festgesetzt werden.

In Heimarbeit Beschäftigte

30 Die in Heimarbeit Beschäftigten gehören zu den arbeitnehmerähnlichen Personen. In Heimarbeit Beschäftigte sind die Heimarbeiter und die Hausgewerbetreibenden, die mit nicht mehr als zwei fremden Hilfskräften oder Heimarbeitern arbeiten. Heimarbeiter ist dabei derjenige, der in selbst gewählter Arbeitsstätte allein oder mit seinen Familienangehörigen im Auftrag von Gewerbetreibenden oder Zwischenmeistern erwerbsmäßig arbeitet und die Verwertung der Arbeitsergebnisse dem auftraggebenden Gewerbetreibenden überlässt (§ 2 Abs. 1 HAG). Nicht entscheidend ist, ob der Heimarbeiter gewerbliche Arbeiten oder Büroarbeiten erbringt. Vom Heimarbeiter unterscheidet sich der Hausgewerbetreibende dadurch, dass er zwar selbst wesentlich am Stück mitarbeiten muss, sich aber fremder Hilfskräfte oder Heimarbeiter bedienen kann (§ 2 Abs. 2 HAG).

Den in Heimarbeit Beschäftigten können durch den zuständigen Heimarbeitsausschuss folgende Personen gleichgestellt werden:

- Personen, deren Arbeitsweise derjenigen der Heimarbeiter entspricht, bei denen die Tätigkeit aber nicht als gewerblich anzusehen ist oder deren Auftraggeber kein Gewerbetreibender oder Zwischenmeister ist,
- Hausgewerbetreibende, die mit mehr als zwei fremden Hilfskräften oder Heimarbeitern arbeiten,
- andere im Lohnauftrag arbeitende Gewerbetreibende, die infolge ihrer wirtschaftlichen Abhän-

1 Grundlagen des Arbeitsrechts

gigkeit eine ähnliche Stellung wie Hausgewerbetreibende haben,

- Zwischenmeister (Dies sind Personen, die als Selbstständige ihnen vom Gewerbetreibenden übertragene Arbeiten an Heimarbeiter oder Hausgewerbetreibende weitergeben.)

Freier Mitarbeiter

31 Freie Mitarbeiter kommen insbesondere bei den Rundfunk- und Fernsehanstalten und im Bereich der Presse vor. Die rechtliche Einordnung des Begriffs kann grundsätzlich nicht einheitlich vorgenommen werden. Je nach Grad ihrer persönlichen bzw. wirtschaftlichen Abhängigkeit sind sie als Arbeitnehmer, arbeitnehmerähnliche Personen oder Selbstständige anzusehen. Ist der Mitarbeiter zur Leistung von weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet, ist er auch trotz seiner anderen Bezeichnung als „freier Mitarbeiter“ ein Arbeitnehmer. Wenn der „Vertrag über freie Mitarbeit“ ein für Arbeitsverhältnisse charakteristisches Weisungsrecht jedoch nicht vorsieht, ist der Mitarbeiter nicht als Arbeitnehmer anzusehen. In diesem Fall kann er jedoch eine arbeitnehmerähnliche Person sein, wenn er von seinem Vertragspartner wirtschaftlich abhängig und einem Arbeitnehmer vergleichbar schutzbedürftig ist. Fehlt es bei dem „freien Mitarbeiter“ auch an der wirtschaftlichen Abhängigkeit, dann ist von einem Selbstständigen auszugehen.

Zur Berufsbildung Beschäftigte

32 Nicht zu den Arbeitnehmern im engeren Sinne des § 611a BGB gehören ferner die Personen, die vorwiegend zu ihrer beruflichen Bildung beschäftigt werden. Für sie sind im Berufsbildungsgesetz (BBiG) besondere Schutzvorschriften geregelt (z. B. das Recht auf angemessene Vergütung nach § 17 BBiG). Auf sie finden aber ergänzend die für den Arbeitsvertrag geltenden Rechtsvorschriften und Rechtsgrundsätze Anwendung, soweit sich aus dem Wesen und Zweck der beruflichen Bildung oder dem BBiG nichts anderes ergibt. Der Begriff des zur Berufsbildung Beschäftigten erfasst alle Bildungsverhältnisse, die zu einer beruflichen Qualifikation führen. Ein staatlich geregelter Ausbildungsgang ist nicht erforderlich. Unter den Begriff fallen zunächst die Auszubildenden im Sinne des BBiG; dies sind die Personen, die in einem anerkannten Ausbildungsberuf ausgebildet werden (früher Lehrlinge genannt). Ferner gehören zur Personengruppe der zur Berufsbildung Beschäftigten alle in einem Vertragsverhältnis nach § 26 BBiG

Beschäftigten; dies sind die Personen, die eingestellt werden, um berufliche Fertigkeiten, Kenntnisse, Fähigkeiten oder berufliche Erfahrungen zu erwerben, ohne dass es sich um eine Berufsausbildung im Sinne des BBiG oder um ein Arbeitsverhältnis handelt, also Anlernlinge, Praktikanten, Volontäre sowie auch zur Fortbildung, Weiterbildung oder Umschulung Beschäftigte.

33 Praktikanten sind allerdings in ihrer rechtlichen Bedeutung genau zu unterscheiden: Zu den zur Berufsbildung Beschäftigten im Sinne des § 26 BBiG gehören nur die Praktikanten, die aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung mit einem Unternehmen oder einer Behörde ein Praktikum absolvieren (sogenannte freiwillige Praktikanten). Sie gelten im Sinne des Mindestlohngesetzes als Arbeitnehmer. Die Definition des Praktikantenbegriffs enthält deshalb § 22 Abs. 1 Satz 3 MiLoG. Danach ist Praktikant unabhängig von der Bezeichnung des Rechtsverhältnisses derjenige, der sich nach der tatsächlichen Ausgestaltung und Durchführung des Vertragsverhältnisses für eine begrenzte Dauer zum Erwerb praktischer Kenntnisse und Erfahrungen einer bestimmten betrieblichen Tätigkeit zur Vorbereitung auf eine berufliche Tätigkeit unterzieht, ohne dass es sich um eine Berufsausbildung im Sinne des Berufsbildungsgesetzes oder um eine vergleichbare praktische Ausbildung handelt. Freiwillige Praktika werden meist in den Schul- oder Semesterferien, aber auch vor oder nach Abschluss eines Studiums erbracht, um beispielsweise vor, neben oder nach der Ausbildung bereits vorhandene theoretische Kenntnisse um praktische Kompetenzen zu erweitern. Nicht zu den zur Berufsbildung Beschäftigten zählen jedoch die Praktikanten, bei denen das Praktikum durch Schul- oder Hochschulrecht, z. B. in Landesschulgesetzen oder in der jeweiligen Ausbildungs- oder Studienordnung, zur Ergänzung der theoretischen Ausbildung zwingend vorgeschrieben ist (sogenannte Pflichtpraktikanten). Diese Pflichtpraktika sind zumeist vollständig in den Ausbildungsgang integriert, etwa als Praxissemester oder als Vorpraktikum vor dem eigentlichen Studienbeginn oder auch während der Semesterferien. Nicht zu den zur Berufsbildung Beschäftigten gehören jedoch Schüler und Studierende in ganz normalen Arbeitsverhältnissen, etwa Schüler in Ferienjobs oder Studierende als „Werkstudenten“ oder Studierende mit einem Zuverdienst neben dem Studium (sogenannte Teilzeitstudenten) oder auch nach dem Studium als Berufsanfänger in Probear-

beitsverhältnissen oder befristeten Arbeitsverhältnissen. Besonders nach einem Berufsabschluss muss genau hingeschaut werden; denn Personen, die zwar formal als Praktikanten eingestellt werden, nach der tatsächlichen Durchführung des Vertragsverhältnisses aber überwiegend echte Arbeitsleistungen erbringen und insoweit einen regulären Arbeitnehmer ersetzen (sogenannte Scheinpraktikanten), sind Arbeitnehmer, so dass das Arbeitsrecht einschließlich des anwendbaren Tarifrechts in vollem Umfang auf sie anzuwenden ist (vgl. § 611a Abs. 1 BGB).

34 Anlernlinge werden auf einem bestimmten Arbeitsplatz eingearbeitet. Sie unterscheiden sich von Auszubildenden durch den eingeschränkten Ausbildungsrahmen und Ausbildungszweck. Die Ausbildung in einem anerkannten Ausbildungsberuf hat nach § 4 Abs. 2 BBiG grundsätzlich in einem Berufsausbildungsverhältnis zu erfolgen. Der Abschluss eines anderen Vertragsverhältnisses im Sinne des § 26 BBiG ist in diesen Fällen unzulässig. Wenn die Vertragsparteien formal gleichwohl ein anderes Vertragsverhältnis im Sinne des § 26 BBiG auf der Grundlage eines „Anlernvertrages“ begründen, ist dieser nach § 4 Abs. 2 BBiG in Verbindung mit § 134 BGB nichtig. Auf dieses Rechtsverhältnis sind nach der bisherigen Rechtsprechung dann die Regeln über das fehlerhafte (faktische) Arbeitsverhältnis anzuwenden und das für Arbeitnehmer übliche Arbeitsentgelt zu zahlen (BAG vom 27. Juli 2010, 3 AZR 317/08). Diese Rechtsfolge ergibt sich jetzt bereits aus der Neuregelung des § 611a Abs. 1 BGB.

Mithelfende Familienangehörige

35 Mithelfende Familienangehörige sind Personen, die Arbeit allein aufgrund der familienrechtlichen Beziehung und nicht aufgrund einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung leisten. Sie sind also keine Arbeitnehmer. Eine familienrechtliche Bindung schließt ein Arbeitsverhältnis zwar grundsätzlich nicht aus. Es ist aber zu berücksichtigen, dass ein Ehegatte verpflichtet sein kann, im Beruf oder Geschäft des anderen Ehegatten mitzuarbeiten, soweit dies nach den besonderen Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, üblich ist. Ebenso müssen Kinder (auch bei Volljährigkeit), solange sie dem elterlichen Haushalt angehören und von den Eltern unterhalten werden, im Haushalt oder Geschäft mithelfen. Wenn daher der Angehörige über seine familienrechtliche Beziehung hinaus seine Dienste im Rahmen eines abhängigen Arbeitsverhältnisses erbringen soll, muss

dies deutlich vereinbart und auch der getroffenen Vereinbarung entsprechend tatsächlich durchgeführt sein (vgl. § 611a Abs. 1 BGB). Von Bedeutung ist die Arbeitnehmereigenschaft der Familienangehörigen vor allem im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung, der Anwendung des Mindestlohngesetzes und des Steuer- und Sozialversicherungsrechts.

Au-pair-Kräfte

36 Regelmäßig wird eine für eine finanzielle Gegenleistung arbeitende Au-pair-Kraft als Arbeitnehmer anzusehen sein. Die Ausgestaltung eines Au-pair-Verhältnisses kann jedoch unterschiedlich sein. Ob eine Au-pair-Kraft die Kriterien des Arbeitnehmerbegriffs erfüllt, hängt von der konkreten Ausgestaltung des Einzelfalles ab. Es fällt somit in die Kompetenz der Gerichte abschließend zu bestimmen, ob die unter Rn. 15, 16 und 17 gelegten Kriterien für die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft im konkreten Fall erfüllt sind.

Bei einer Au-pair-Kraft, die mehrere Stunden pro Woche die Kinder der Gastfamilie betreut und Hausarbeiten verrichtet, wird regelmäßig die Arbeitnehmereigenschaft zu bejahen sein. Dass eine Au-pair-Kraft keine Vollzeitstätigkeit ausübt, steht der Annahme der Arbeitnehmereigenschaft nicht entgegen. Entscheidend ist vielmehr, ob eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausgeübt wird, die nicht völlig untergeordnet und unwesentlich ist. Bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von z. B. 25 bis 30 Stunden und Tätigkeiten wie Kinderbetreuung und Hausarbeit kann sowohl hinsichtlich der Dauer der Tätigkeit als auch hinsichtlich ihres Inhalts nicht davon gesprochen werden, dass nur eine völlig untergeordnete und unwesentliche Tätigkeit vorliegt. Hierbei handelt es sich vielmehr um eine tatsächliche und echte Tätigkeit im Sinne des Arbeitnehmerbegriffs. In der Regel wird eine Au-pair-Kraft hinsichtlich ihrer Tätigkeit auch den Weisungen der Gastfamilie unterliegen.

Eine andere Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft einer Au-pair-Kraft folgt auch nicht aus dem besonderen Kontext, in dem eine Au-pair-Beschäftigung angesiedelt ist. Eine Beschäftigung als Au-pair-Kraft soll zwar in erster Linie dem Erwerb und der Verbesserung der Fremdsprachenkenntnisse der Au-pair-Kraft und dem kulturellen Austausch dienen. Für eine Au-pair-Kraft ist die Au-pair-Beschäftigung somit in besonderem Maße mit Vorteilen verbunden, die über die Vergütung ihrer Tätigkeiten, die sie in Form von freier Kost und Logis zuzüglich eines Ta-

1 Grundlagen des Arbeitsrechts

schengeldes erhält, hinausgehen. Allein aufgrund dieses Umstandes kann aber nicht die Arbeitnehmer-eigenschaft einer Au-pair-Kraft verneint werden; denn auch andere Arbeitsverhältnisse können mit über den Erhalt des Lohnes hinausgehenden Vorteilen für den Arbeitnehmer verbunden sein. Dies kann bei einer Tätigkeit im Ausland beispielsweise ebenfalls die Möglichkeit sein, eine Sprache zu erlernen, oder allgemein der Vorteil, den der Erwerb von Berufserfahrung im Ausland darstellt.

Ein-Euro-Jobber

37 Erwerbsfähige Leistungsberechtigte, die zur Erhaltung oder Wiedererlangung der Beschäftigungsfähigkeit in Arbeitsgelegenheiten zugewiesen werden (§ 16d SGB II), sind keine Arbeitnehmer. Damit gilt das Arbeitsrecht für sie nicht, insbesondere besteht kein Anspruch auf reguläre Vergütung und eine Weiterbeschäftigung im Anschluss an die Arbeitsgelegenheit. Das gilt auch dann, wenn Ein-Euro-Kräfte vom Arbeitgeber rechtswidrig als vollwertige Arbeitskraft eingesetzt werden (BAG vom 26. September 2007, 5 AZR 857/06). Andererseits können Arbeitgeber eine Ein-Euro-Kraft nicht nach Gutdünken einstellen und beschäftigen, sondern müssen den Betriebs- bzw. Personalrat mitbestimmen lassen. Die Beteiligung der Personalvertretung soll sicherstellen, dass Arbeitslose tatsächlich nur zusätzliche Aufgaben im öffentlichen Interesse erledigen und nicht genau die gleiche Arbeit wie ihre voll bezahlten Kollegen (BAG vom 2. Oktober 2007, 1 ABR 60/06).

Auch soweit Arbeitslose mit Ein-Euro-Job keine Arbeitnehmer sind, sind sie dennoch nicht rechtlos; denn zu ihrem Arbeitgeber besteht ein Dienstverhältnis mit bestimmten Rechten und Pflichten. So haben Arbeitslose nach Beendigung ihres Einsatzes gemäß § 630 BGB Anspruch auf ein Zeugnis. Elementare Ansprüche von Ein-Euro-Kräften regelt zudem § 16 SGB II. So gelten beim Einsatz in Arbeitsgelegenheiten die gleichen Arbeitsschutzbestimmungen wie für reguläre Arbeitnehmer. Außerdem haben Arbeitslose mit Ein-Euro-Job Anspruch auf den gesetzlichen Jahresurlaub von 24 Werktagen bzw. anteiligen Urlaub, sofern die Arbeitsgelegenheit kein volles Jahr besteht. Ein Anspruch auf Urlaubsentgelt während des Urlaubs gibt es jedoch nicht. Die Agentur für Arbeit zahlt nur für die Stunden eine Mehraufwandsentschädigung, in denen tatsächlich gearbeitet wurde. Das gilt auch im Krankheitsfall.

Wenn jedoch zwischen Arbeitgeber und zugewiesenen erwerbsfähigen Leistungsberechtigten ein Arbeitsverhältnis begründet wird, das durch Zuschüsse zum Arbeitsentgelt gefördert wird (§ 16e SGB II), handelt es sich um Arbeitnehmer.

Freiwillige/Volunteers (Bundesfreiwilligendienst)

38 Mit der Aussetzung der Wehrpflicht ist zum 1. Juli 2011 auch der Bundesfreiwilligendienst gestartet. Ziel ist, allen Freiwilligen, die sich für einen Freiwilligendienst interessieren, einen interessanten Platz zur Verfügung zu stellen und die finanziellen Voraussetzungen für einen Einsatz zu schaffen, von dem alle Beteiligten profitieren. Aus dem Gesetz zur Einführung eines Bundesfreiwilligendienstes ergeben sich folgende Rahmenbedingungen: Der Bundesfreiwilligendienst steht Männern und Frauen jeden Alters nach Erfüllung der Vollzeitschulpflicht offen. Der Einsatz dauert im Bundesfreiwilligendienst in der Regel zwölf, mindestens sechs und höchstens 24 Monate. Der Bundesfreiwilligendienst ist grundsätzlich vergleichbar einer Vollzeitbeschäftigung zu leisten. Sofern die Freiwilligen älter als 27 Jahre sind, ist auch eine Teilzeitbeschäftigung von mehr als 20 Wochenstunden möglich. Der Bundesfreiwilligendienst ist arbeitsmarktneutral. Er darf nicht zu einer Verdrängung oder einem Ersatz regulärer Arbeitskräfte führen, sondern allein unterstützende Tätigkeiten beinhalten. Der Bundesfreiwilligendienst kann auf den früher von Zivildienstleistenden besetzten Plätzen und in den entsprechenden Bereichen geleistet werden. Die möglichen Einsatzbereiche sind um die Einsatzbereiche Sport, Integration, Kultur, Bildung und Zivil- und Katastrophenschutz erweitert. Die Freiwilligen werden gesetzlich sozialversichert. Das Taschengeld und weitere Leistungen werden frei vereinbart. Der Bundesfreiwilligendienst wird durch Seminare begleitet, in denen soziale, kulturelle und interkulturelle Kompetenzen vermittelt werden und das Verantwortungsbewusstsein für das Gemeinwohl gestärkt wird.

Scheinselbstständige

39 Von Scheinselbstständigkeit spricht man immer dann, wenn Beschäftigungsverhältnisse (teils irrtümlich, teils absichtlich) formal als selbstständige Rechtsverhältnisse bezeichnet und behandelt werden, obwohl sie in der tatsächlichen Ausgestaltung und Durchführung des Vertragsverhältnisses als abhängige Beschäftigung angesehen werden müssen. In

diesen Fällen wenden die Arbeitgeber das Arbeitsrecht und das Sozialversicherungsrecht nicht an und vermeiden so die damit verbundenen Kosten. Scheinselbstständige sind Personen, mit denen zwar ein Vertrag als Werkunternehmer, Selbstständiger, Honorarkraft oder freier Mitarbeiter geschlossen wurde, die tatsächlich aber ohne unternehmerische Eigenverantwortlichkeit und Dispositionsmöglichkeit tätig sind und nur unselbstständige Arbeitsleistungen erbringen. Entscheidend sind die tatsächlichen Beziehungen, nicht dagegen, ob die Parteien ihre gegenseitigen Beziehungen als Arbeitsverhältnis oder, um dem zwingenden Arbeitsrecht zu entgehen, als selbstständiges Dienstverhältnis bezeichnen oder äußerlich gestalten. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an. Dies ist jetzt in der Vorschrift des § 611a Abs. 1 Satz 6 BGB ausdrücklich klargestellt. D. h., „Scheinselbstständige“ sind Arbeitnehmer, auf die deshalb die arbeitsrechtlichen Vorschriften anzuwenden sind. Sie unterliegen dem vollen Schutz des gesamten allgemeinen Arbeitsrechts. Insoweit erfolgt die verbindliche Feststellung durch die Gerichte für Arbeits­sachen.

„Scheinselbstständige“ sind grundsätzlich auch Beschäftigte im Sinne des Sozialversicherungsrechts. Die zuständigen Sozialversicherungsträger müssen von Amts wegen prüfen, ob Scheinselbstständigkeit, also eine nichtselbstständige Arbeit, vorliegt. Eine Klärung der Streitfälle des sozialversicherungsrechtlichen Status kann verbindlich über die bundesweite Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung Bund erfolgen. Diese Regelung gilt für das Sozialversicherungsrecht und hat deshalb keine unmittelbaren rechtlichen Auswirkungen auf den Begriff des Arbeitnehmers im Arbeitsrecht.

Whistleblower/Informant

40 Der englische Begriff „Whistleblower“ bezeichnet wörtlich übersetzt jemanden, der mit der Trillerpfeife Alarm schlägt. Im übertragenen Sinne wird er verwendet für Personen, die schwerwiegende Missstände in ihrem Umfeld aus primär uneigennütigen Motiven aufdecken. Im Arbeitsleben geht es um die Information von Kontroll- und Strafverfolgungsbehörden durch einen Arbeitnehmer (Informant) über Straftaten, Ordnungswidrigkeiten oder sonstige schwerwiegende Missstände im Betrieb oder Unternehmen.

Arbeit

41 Der Begriff der Arbeit ist vor allem als Bezugspunkt für die Zahlung des Arbeitsentgelts/der Vergütung von entscheidender Bedeutung. Er ist nicht immer identisch mit dem Begriff der Arbeit im Arbeitszeitrecht. Arbeit ist die Leistung der im Arbeitsvertrag versprochenen Dienste, also eine fremdbestimmte, weisungsabhängige Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit (vgl. § 611a Abs. 1 BGB). Als vergütungspflichtige Arbeit zählt jedoch nicht nur jede Tätigkeit, die als solche der Befriedung eines fremden Bedürfnisses dient (BAG vom 11. Oktober 2000, 5 AZR 122/99; BAG vom 22. April 2009, 5 AZR 292/08). Arbeit in diesem Sinne ist auch die vom Arbeitgeber veranlasste Untätigkeit, während derer der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz anwesend sein muss und nicht frei über die Nutzung des Zeitraums bestimmen kann, er also weder eine Pause im Sinne des Arbeitsgesetzes noch Freizeit hat. Dies ist u. a. der Fall bei Arbeitnehmern, die sich beim Fahren eines PKW oder LKW als Fahrer abwechseln und alternativ als Beifahrer mitfahren (BAG vom 20. April 2011, 5 AZR 200/10). Diese Voraussetzung ist ebenso bei Arbeitsbereitschaft erfüllt (BAG vom 19. November 2014, 5 AZR 1101/12 und vom 29. Juni 2016, 5 AZR 716/15) und zwar auch dann, wenn sich die Notwendigkeit von Arbeitsbereitschaft oder Bereitschaftsdienst aus Verzögerungen im Betriebsablauf eines zu beliefernden Kunden ergibt. In diesem Sinne sind auch Wartezeiten von Fahrern und Beifahrern beim Beladen und Entladen vergütungspflichtige Arbeitszeit, obwohl diese Zeit nach § 21a Abs. 3 ArbZG keine Arbeitszeit im Sinne des Arbeitszeitrechts ist (BAG vom 21. Dezember 2016, 5 AZR 362/16). Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst sind vergütungsrechtlich als Arbeit anzusehen. Arbeitsbereitschaft liegt vor, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber am Arbeitsplatz zur Verfügung steht und sich ständig bereithalten muss, um im Bedarfsfall von sich aus tätig zu werden (vgl. u. a. BAG vom 10. Januar 1991, 6 AZR 352/89). Beim Bereitschaftsdienst muss der Arbeitnehmer erst auf Anforderung den Dienst aufnehmen (BAG vom 12. Dezember 2012, 5 AZR 918/11). Er muss sich, ohne dass von ihm wache Aufmerksamkeit gefordert wird, an einem vom Arbeitgeber bestimmten oder zumindest mit ihm abgestimmten Ort innerhalb oder außerhalb des Betriebes aufhalten, um bei Bedarf unverzüglich Arbeitsleistungen erbringen zu können (BAG vom 28. Januar 2004, NZA 2004, S. 446). Der Arbeitnehmer kann die Ruhezeit frei nutzen, z. B.

1 Grundlagen des Arbeitsrechts

auch schlafen, muss aber zum jederzeitigen Einsatz bereit sein. Vom Bereitschaftsdienst zu unterscheiden ist die Rufbereitschaft: Sie unterscheidet sich vor allem dadurch, dass der Arbeitnehmer den Ort, an dem er erreichbar sein muss (die Verpflichtung zur Einschaltung des Mobiltelefons reicht, vgl. BAG vom 29. Juni 2000, AP Nr. 41 zu § 15 BAT), selbst bestimmen kann und sich darüber hinaus lediglich innerhalb angemessener Zeit zur Arbeitsleistung zur Verfügung stellen muss. Damit erbringt der Arbeitnehmer während der Rufbereitschaft nicht die nach dem Arbeitsvertrag geschuldete, sondern eine andere zusätzliche Leistung, die darin besteht, dass er seinem Arbeitgeber den Aufenthaltsort anzuzeigen und so zu wählen hat, dass er die Arbeit auf Abruf innerhalb angemessener Zeit aufnehmen kann.

Im Hinblick auf die Gleichbehandlung bei der Vergütung der Arbeit spielen die Begriffe der „gleichen Arbeit“ oder der „gleichwertigen Arbeit“ eine immer größere Rolle. Beschäftigte üben eine „gleiche Arbeit“ aus, wenn sie an verschiedenen Arbeitsplätzen oder nacheinander an demselben Arbeitsplatz eine identische oder gleichartige Tätigkeit ausführen. Beschäftigte üben eine „gleichwertige Arbeit“ aus, wenn sie unter Zugrundelegung einer Gesamtheit von Faktoren als in einer vergleichbaren Situation angesehen werden können. Zu den Faktoren, die zu berücksichtigen sind, gehören u. a. die Art der Arbeit, die Ausbildungsanforderungen und die Arbeitsbedingungen. Beschäftigte in unterschiedlichen Rechtsverhältnissen (z. B. Arbeitsverhältnis und Heimarbeitsverhältnis) können dabei jedoch nicht als in einer vergleichbaren Situation angesehen werden.

Unter dem vor allem für das Mutterschutzrecht relevanten Begriff der Alleinarbeit versteht man, dass der Arbeitgeber eine Person in seinem räumlichen Verantwortungsbereich beschäftigt, ohne dass gewährleistet ist, dass diese in Risikosituationen jederzeit den Arbeitsplatz verlassen oder Hilfe erreichen kann (vgl. § 2 Abs. 4 MuschG).

Probearbeit/Probezeit

42 Die Probezeit gibt einerseits dem Arbeitgeber die Gelegenheit, die Leistungsfähigkeit und Eignung des Arbeitnehmers kennenzulernen, und andererseits dem Arbeitnehmer die Möglichkeit, sich über die Anforderungen des Arbeitsplatzes zu informieren. Als Faustregel für eine angemessene Dauer der Probezeit kann gelten: bei einfachen Tätigkeiten bis zu drei Monaten und bei höherwertigen Tätigkeiten bis

zu sechs Monaten. Es bestehen zwei Möglichkeiten zur rechtlichen Gestaltung der Probezeit:

- Als ein auf die Dauer der Erprobung befristetes Arbeitsverhältnis (sachlicher Grund der Befristung: Erprobung),
- Als ein von vornherein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit Probezeit am Beginn, in der lediglich kürzere Kündigungsfristen gelten (in der Praxis die häufigere Variante). Während einer vereinbarten Probezeit, die sechs Monate nicht übersteigt, beträgt die von beiden Seiten einzuhaltende Kündigungsfrist nur zwei Wochen. Diese Kündigungsfrist kann einzelvertraglich nur verlängert, tarifvertraglich aber auch verkürzt werden.

43 Die Probezeit ist zu unterscheiden vom „Einfühlungsverhältnis“. Dieses verfolgt einen anderen Zweck als ein Probearbeitsverhältnis. Bei Einfühlungsverhältnissen handelt es sich um Rechtsverhältnisse eigener Art, die zum Ziel haben, einem potenziellen Arbeitnehmer die Möglichkeit zu geben, die betrieblichen Gegebenheiten kennenzulernen und die Voraussetzungen der Zusammenarbeit für ein späteres Arbeits- oder Ausbildungsverhältnis zu klären. Vereinbarungen über ein „Einfühlungsverhältnis“ sind nicht unbegrenzt statthaft, sondern nur, wenn keine Pflicht zur Arbeitsleistung vereinbart wird und das Rechtsverhältnis nur für kurze Zeit besteht. Dementsprechend geht auch die Rechtsprechung davon aus, dass „Einfühlungsverhältnisse“ nur für wenige Tage zulässig sind, keinesfalls für eine längere Dauer. Eine Ausnutzung von „Einfühlungsverhältnissen“, z. B. bei Verpflichtung zu produktiver Arbeitsleistung ohne Vergütung unter Verschleierung des wahren Sachverhalts, ist unzulässig.

Atypische Arbeit

44 Atypische Arbeit/Beschäftigung ist kein feststehender Begriff des Arbeitsrechts. Als „atypische Beschäftigte“ werden heute im öffentlichen Diskurs alle die verstanden, die nicht in einem unbefristeten Normalarbeitsverhältnis beschäftigt sind. Dazu gehören vor allem die Teilzeitbeschäftigten, einschließlich der der geringfügig Beschäftigten (die größte Gruppe der „Atypischen Beschäftigten“), die befristet Beschäftigten, die Leiharbeitnehmer und auch die arbeitnehmerähnlichen Solo-Selbstständigen.

Befristete Arbeit

45 Normalerweise wird der Arbeitsvertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen. Befristet beschäftigt ist ein

Arbeitnehmer mit einem auf eine bestimmte Zeit geschlossenen Arbeitsvertrag (§ 3 Abs. 1 TzBfG). Man spricht dann auch von Arbeitsverhältnissen auf Zeit. Die Dauer des Arbeitsverhältnisses muss entweder kalendermäßig bestimmt sein (kalendermäßige Befristung)

Beispiele

- Einstellung von ... bis ...
- Einstellung am ... für ... Monate

oder sich aus der Beschaffenheit, Art oder Zweck der vereinbarten Arbeitsleistung ergeben (Zweckbefristung).

Beispiel

Einstellung zur Vertretung eines erkrankten Mitarbeiters für die Dauer der Erkrankung.

Für befristete Arbeitsverhältnisse sind zunächst die speziellen Schutzvorschriften des Teilzeit- und Befristungsgesetzes zu beachten. Darüber hinaus gelten für befristet beschäftigte Arbeitnehmer grundsätzlich dieselben arbeitsrechtlichen Schutzgesetze wie für unbefristete Arbeitnehmer. Allerdings können Arbeitnehmer, die nur für wenige Monate befristet beschäftigt sind, bestimmte Rechte aus einigen Gesetzen nicht geltend machen, weil sie aufgrund der sehr kurzen Dauer des Arbeitsverhältnisses die in den Gesetzen enthaltene Wartefrist nicht erfüllen können. So besteht bei befristeten Arbeitsverhältnissen mit einer Dauer von weniger als vier Wochen kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. In befristeten Arbeitsverhältnissen mit einer Dauer von weniger als sechs Monaten können die Arbeitnehmer keinen allgemeinen Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz, keinen Anspruch auf den vollen Jahresurlaubs nach dem Bundesurlaubsgesetz und keinen Anspruch auf Arbeitszeitreduzierung nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz geltend machen.

Im Übrigen darf ein befristet beschäftigter Arbeitnehmer wegen der Befristung des Arbeitsvertrages nicht schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer unbefristet beschäftigter Arbeitnehmer, es sei denn, dass sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen (§ 4 Abs. 2 Satz 1 TzBfG). Vergleichbar ist ein unbefristet beschäftigter Arbeitnehmer des Betriebes mit der gleichen oder ähnlichen Tätigkeit. Gibt es im Betrieb keinen vergleichbaren

unbefristet beschäftigten Arbeitnehmer, so ist der vergleichbare unbefristet beschäftigte Arbeitnehmer auf Grund des anwendbaren Tarifvertrages zu bestimmen; in allen anderen Fällen ist darauf abzustellen, wer im jeweiligen Wirtschaftszweig üblicherweise als vergleichbarer unbefristet beschäftigter Arbeitnehmer anzusehen ist (§ 3 Abs. 2 TzBfG).

Einem befristet beschäftigten Arbeitnehmer ist Arbeitsentgelt oder eine andere teilbare geldwerte Leistung, die für einen bestimmten Bemessungszeitraum gewährt wird, mindestens in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil seiner Beschäftigungsdauer am Bemessungszeitraum entspricht. Sind bestimmte Beschäftigungsbedingungen von der Dauer des Bestehens des Arbeitsverhältnisses in demselben Betrieb oder Unternehmen abhängig, so sind für befristet beschäftigte Arbeitnehmer dieselben Zeiten zu berücksichtigen wie für unbefristet beschäftigte Arbeitnehmer, es sei denn, dass eine unterschiedliche Berücksichtigung aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist (§ 4 Abs. 2 Sätze 2 und 3 TzBfG).

Leiharbeit/Zeitarbeit/Arbeitnehmerüberlassung

46 Für die Arbeitnehmerüberlassung (im Allgemeinen als Leiharbeit, teilweise auch als Zeitarbeit bezeichnet) gilt das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, dessen Neuregelungen am 1. April 2017 in Kraft treten. Dieses Gesetz enthält die wesentlichen rechtlichen Rahmenbedingungen der Arbeitnehmerüberlassung und die speziellen Schutzvorschriften für die Leiharbeiter. Nach dem neuen § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG liegt Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn ein Arbeitgeber (Verleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeiter) einem Dritten (Entleiher) – im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit – zur Arbeitsleistung überlässt. Nach § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG werden Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen.

Eine Arbeitnehmerüberlassung liegt jedoch nur vor, wenn zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeiter ein Arbeitsverhältnis besteht (§ 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG) und der Verleiher die üblichen Arbeitgeberpflichten trägt. Werden Arbeitnehmer Dritten zur Arbeitsleistung überlassen und übernimmt der Überlassende nicht die üblichen Arbeitgeberpflichten oder das Arbeitgeberisiko (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 AÜG), so wird vermutet, dass der Überlassende Arbeitsvermittlung betreibt (§ 1 Abs. 2 AÜG). Bei der

1 Grundlagen des Arbeitsrechts

Arbeitsvermittlung kommt ein Arbeitsverhältnis mit dem Dritten zustande.

Die Arbeitnehmerüberlassung ist wegen der unterschiedlichen rechtlichen Konsequenzen von einer Dienst- oder Werkleistung eines Unternehmers genau zu unterscheiden. Grundlage der Abgrenzung ist der Gegenstand der vertraglich geschuldeten Leistung; diese lässt sich im Wesentlichen aus der tatsächlichen Handhabung des Vertragsverhältnisses ermitteln. Bei einem Leiharbeitsverhältnis wird der Arbeitnehmer in den Betrieb des entleihenden Arbeitgebers in der Weise eingegliedert, dass er für den Entleiher nach dessen Weisungen zu arbeiten hat. Während sich die Arbeitnehmerüberlassung durch Übertragung des Direktionsrechts auszeichnet, erbringt ein Unternehmer eines selbstständigen Dienst- oder Werkvertrages die Dienstleistung bzw. Werkleistung in eigener unternehmerischer Verantwortung. Setzt ein Unternehmer zur Erfüllung eines Dienstvertrages oder Werkvertrages eigene Arbeitnehmer im Betrieb des Vertragspartners ein, bleibt er anders als bei der Arbeitnehmerüberlassung für die ordnungsgemäße und mangelfreie Erfüllung der im Vertrag vorgesehenen Dienste oder die Herstellung des geschuldeten Werkes verantwortlich. Die im Betrieb des Dritten eingesetzten Arbeitnehmer müssen dann weiterhin den Weisungen des Unternehmers und nicht denen des Dritten unterliegen; sie dürfen nicht in die Arbeitsorganisation des Dritten eingegliedert sein. Wird ein Vertrag lediglich als „Dienstleistungsvertrag“ oder als „Werkvertrag“ bezeichnet, überlässt der Unternehmer tatsächlich aber seine Arbeitnehmer einem Dritten zur Dienstleistung, handelt es sich um einen verdeckten Arbeitnehmerüberlassungsvertrag (sog. Scheinwerkvertrag). Wenn der Vertrag und seine tatsächliche Durchführung einander widersprechen, ist die tatsächliche Durchführung maßgebend (§ 12 Abs. 1 Satz 3 AÜG; vgl. auch BAG vom 15. April 2014, 3 AZR 395/11).

Kurzfristige Beschäftigung

47 Der Begriff der kurzfristigen Beschäftigung hat Bedeutung für das Sozialversicherungsrecht. Eine versicherungsfreie kurzfristige Beschäftigung liegt vor, wenn innerhalb eines Kalenderjahres nicht länger als zwei Monate gearbeitet wird (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV). Eine kurzfristige Beschäftigung liegt auch vor, wenn nicht mehr als 50 Arbeitstage im Jahr gearbeitet werden (§ 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV). Die kurzfristige Beschäftigung ist insbesondere in der

Landwirtschaft, aber auch in der Gastronomie und im Zeitungsvertrieb weit verbreitet. Arbeitsrechtlich sind die kurzfristig Beschäftigten wie andere befristet Beschäftigte zu behandeln (vgl. § 3 Abs. 1 und § 4 Abs. 2 TzBfG).

Eintagsarbeitsverhältnis

48 Ein Eintagsarbeitsverhältnis liegt vor, wenn jemand immer nur tageweise oder stundenweise beschäftigt wird (vgl. BAG vom 19. Januar 1993, AP Nr. 20 zu § 1 BUrlG; BAG vom 20. Oktober 1993, 7 AZR 657/92). Diese Eintagsarbeitsverhältnisse bestehen häufig im Einzelhandel oder der Gastronomie. Die in einem Eintagsarbeitsverhältnis Beschäftigten sind im Regelfall Arbeitnehmer, meist in einem befristeten Arbeitsverhältnis.

Ferienarbeit

49 Unter „Ferienarbeit oder Ferienjobs“ versteht man die Arbeit von Schülern während der Schulferien oder von Studierenden während der Semesterferien. Im Regelfall handelt es sich bei diesen Beschäftigten um Arbeitnehmer in Arbeitsverhältnissen, die auf die volle Dauer der Ferien oder Teile davon befristet sind (sogenannte Ferienarbeiter/Ferienarbeiter). Abzugrenzen sind diese Arbeitnehmer aber von solchen Schülern und Studierenden, die während der Ferien lediglich ein Informationsangebot eines Unternehmens zur beruflichen Orientierung nutzen und dieses Unternehmen besuchen oder besichtigen, ohne dort tätig zu sein. Von der Ferienarbeit ebenfalls zu unterscheiden sind Praktika während der Schul- oder Semesterferien (siehe Rn. 33).

Saisonarbeit

50 Saisonarbeiter sind Arbeitnehmer in Betrieben, die regelmäßig in einer bestimmten Jahreszeit verstärkt arbeiten, sei es, dass sie vom Wetter abhängig sind (insbesondere im Winter Einschränkungen vornehmen oder die Arbeit ganz aussetzen müssen), sei es dass die Arbeit an bestimmte Gelegenheiten gebunden ist, oder sei es, dass das Schwanken der Beschäftigung auf sonstige Gründe zurückzuführen ist. Saisonarbeiter genießen grundsätzlich dieselben Rechte wie andere Arbeitnehmer. Teilweise ist ihr Arbeitsverhältnis auf die Dauer der Saison befristet.

Teilzeitarbeit

51 Teilzeitarbeit ist jede Arbeit, für die eine kürzere regelmäßige Arbeitszeit als die Arbeitszeit ver-

gleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer des Betriebes vereinbart ist. Ist eine regelmäßige Wochenarbeitszeit nicht vereinbart, so ist ein Arbeitnehmer teilzeitbeschäftigt, wenn seine regelmäßige Arbeitszeit im Durchschnitt eines bis zu einem Jahr reichenden Beschäftigungszeitraums unter der eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers liegt. Vergleichbar ist ein vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer des Betriebes mit derselben Art des Arbeitsverhältnisses und der gleichen oder ähnlichen Tätigkeit. Gibt es im Betrieb keinen vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer, so ist der vergleichbare vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer aufgrund des anwendbaren Tarifvertrages zu bestimmen; in allen anderen Fällen ist darauf abzustellen, wer im jeweiligen Wirtschaftszweig üblicherweise als vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer anzusehen ist (§ 2 Abs. 1 TzBfG). Teilzeitbeschäftigt ist auch ein Arbeitnehmer, der eine geringfügige Beschäftigung nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV ausübt, sogenannte Minijobs (§ 2 Abs. 2 TzBfG). Auch Arbeitnehmer mit einem „Midijob“ sind arbeitsrechtlich als Teilzeitbeschäftigte anzusehen. Dies gilt sowohl bei einer Beschäftigung im Privathaushalt wie bei einer Beschäftigung in der Wirtschaft oder im öffentlichen Dienst.

Zurzeit überwiegt noch die Teilzeitarbeit mit täglich verkürzter Arbeitszeit, vor allem in Form der Halbtagsarbeit mit bis zu vierstündiger Arbeitszeit am Tag. Daneben gibt es zunehmend flexible Formen, in denen die Teilzeitarbeit entweder täglich mit ungleichmäßiger Dauer oder aber nur an einigen Tagen in der Woche oder mit längeren Freizeitphasen (z. B. eine Woche Arbeit und anschließend eine Woche Freizeit) geleistet wird.

Für Teilzeitarbeit sind zunächst die speziellen Schutzvorschriften des Teilzeit- und Befristungsgesetzes zu beachten. Darüber hinaus gelten alle arbeitsrechtlichen Gesetze auch für teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer. Im Übrigen dürfen sie wegen der Teilzeitarbeit nicht schlechter behandelt werden als vergleichbare vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer, es sei denn, dass sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Einem teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer ist Arbeitsentgelt oder eine andere teilbare geldwerte Leistung mindestens in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil seiner Arbeitszeit an der Arbeitszeit eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers entspricht (§ 4 Abs. 1 TzBfG).

Teilzeit-/Werkstudenten

52 Als Werkstudenten in Teilzeit oder Teilzeitstudenten werden in der Praxis Studierende bezeichnet, die neben ihrem Studium eine Teilzeitbeschäftigung ausüben. In Deutschland arbeiten 27 Prozent der Studierenden mehr als 17 Stunden pro Woche. Im Arbeitsrecht haben sie dieselben Rechte und Pflichten wie andere Teilzeitbeschäftigte.

Geringfügige Beschäftigung/Minijob

53 Der Begriff der geringfügigen Beschäftigung bzw. des Minijobs bedeutet eine Beschäftigung, bei der das Arbeitsentgelt 450 Euro im Monat nicht übersteigt. Er hat insbesondere Bedeutung für das Sozialversicherungsrecht und das Steuerrecht. Personen, die seit dem 1. Januar 2013 einen geringfügig entlohnten Minijob aufnehmen, unterliegen grundsätzlich der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung. Eine Ausnahme bilden die Minijobber, die bereits eine Vollrente wegen Alters oder eine Beamtenversorgung wegen Erreichen einer Altersgrenze beziehen. Der Arbeitgeber muss bei Mini-Jobs eine Pauschalabgabe von 30,1 Prozent leisten (15 Prozent Rentenversicherung, 13 Prozent Krankenversicherung, 2 Prozent Pauschalsteuer des Arbeitgebers und 0,1 Prozent Umlage nach dem Aufwendungsausgleichsgesetz). Abweichende Regelungen gelten für eine geringfügige Beschäftigung in Privathaushalten. Diese liegt vor, wenn die geringfügige Beschäftigung durch einen privaten Haushalt begründet ist und die Tätigkeit sonst gewöhnlich durch Mitglieder des privaten Haushalts erledigt wird (§ 8a SGB IV).

Arbeitsrechtlich sind die Arbeitnehmer in diesen Minijobs (sowohl in der Wirtschaft oder Verwaltung als auch in Privathaushalten) jedoch wie andere Teilzeitarbeitnehmer zu behandeln (vgl. § 2 Abs. 2 TzBfG). Sie haben insbesondere auch Ansprüche auf Urlaub, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und an Feiertagen usw.

Midijob

54 Ein Midijob liegt vor, wenn für eine Beschäftigung ein monatliches Arbeitsentgelt von mindestens 451 Euro bis höchstens 850 Euro gezahlt wird. Der Begriff des Midijob hat Bedeutung für die Beitragspflicht des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung. Arbeitsrechtlich ist der Midijob wie jede andere Beschäftigung (in Teilzeit oder in Vollzeit) zu behandeln.

Arbeitsplatzteilung/Jobsharing

55 Bei der Arbeitsplatzteilung (verbreitet auch Jobsharing genannt) haben die Partner entweder allein oder nach Abstimmung mit dem Arbeitgeber die Aufteilung der Arbeitszeit an einem Arbeitsplatz untereinander abzustimmen. Im Verhältnis zum Arbeitgeber bestehen selbstständige Arbeitsverträge, so dass jeder Partner nur für die Mängel seiner eigenen Arbeitsleistung haftet. Dabei ist § 13 TzBfG zu beachten (siehe im Einzelnen Kapitel 2, Rn. 712).

Arbeit auf Abruf/KAPOVAZ

56 Bei der Arbeit auf Abruf (auch kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit genannt) wird die konkrete Lage der Arbeitszeit nicht von vorneherein vereinbart. Der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmer entsprechend dem jeweiligen Arbeitsbedarf zur Arbeitsleistung abrufen. Hierbei ist § 12 TzBfG zu beachten (siehe im Einzelnen Kapitel 2, Rn. 709 ff.).

Jahresarbeitsvertrag

57 Beim Jahresarbeitsvertrag wird ein jährliches Arbeitszeitvolumen mit einer bestimmten Stundenzahl vereinbart, ohne dass hiermit eine entsprechende Befristung des gesamten Arbeitsverhältnisses verbunden wäre. Ein solcher Jahresarbeitsvertrag bietet sich vor allem dann an, wenn die Arbeitszeit von Teilzeitbeschäftigten unregelmäßig anfällt oder auf bestimmte Perioden mit längeren Freizeitintervallen beschränkt ist.

Gruppenarbeit

58 Eine besondere Form der Arbeitspflicht ergibt sich im Rahmen eines Gruppenarbeitsverhältnisses. Die Gruppenarbeit ist dadurch gekennzeichnet, dass die Arbeitsleistung nicht von einem Arbeitnehmer allein – so der Normalfall –, sondern von mehreren Arbeitnehmern in einer Gruppe erbracht wird. Der einzelne Arbeitnehmer hat keine abgegrenzte Aufgabe, sondern muss seinen Teil zur gemeinsamen Arbeitsaufgabe erfüllen.

Profisportler

59 Fußballspieler sind als Lizenzspieler Arbeitnehmer (BAG vom 8. Dezember 1998, AP Nr. 15 zu § 611 BGB Berufssport). Vertragsamateure sind regelmäßig als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen (BAG vom 3. Mai 1994, 9 AZR 235/92).

Hafenarbeiter

60 Hafenarbeiter sind in der Regel nicht ständig Beschäftigte in Häfen, die in einem ständigen Arbeitsverhältnis zum Gesamthafenbetrieb stehen. Sofern in einem Hafen nach dem Gesamthafenbetriebsgesetz ein Gesamthafenbetrieb geschaffen worden ist, steht der Hafenarbeiter auch dann in einem Arbeitsverhältnis zum Gesamthafenbetrieb, wenn er jeweils bei verschiedenen Einzelhafenbetrieben beschäftigt wird.

Telearbeit

61 Unter Telearbeit versteht man jede auf Informationstechniken gestützte Tätigkeit, die mit gewisser Regelmäßigkeit ausschließlich oder teilweise an einem außerhalb des Betriebes liegenden Arbeitsplatz verrichtet wird, der üblicherweise mit der zentralen Betriebsstätte durch elektronische Kommunikationsmittel verbunden ist. Telearbeit wird überwiegend in einem Normalarbeitsverhältnis (in Vollzeit- oder Teilzeitarbeit) ausgeübt, in der Regel ist eine Eingliederung des Telearbeitnehmers in eine fremdbestimmte Arbeitsorganisation, die Bestimmung der Arbeitszeit durch den Arbeitgeber und eine örtliche Bindung der zu erbringenden Arbeitsleistung gegeben. Denkbar ist Telearbeit aber auch in der rechtlichen Form eines Heimarbeitsverhältnisses oder eines anderen arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses sowie in der Form einer selbstständigen Tätigkeit. Es wird zwischen folgenden Telearbeitsformen unterschieden:

- mobile Telearbeit, d. h. Telearbeit, die an wechselnden Orten, z. B. im Außendienst oder in Betrieben von Kunden oder Lieferanten erbracht wird;
- alternierende Telearbeit, die teilweise in der Wohnung des Telearbeiters und teilweise in der Betriebsstätte erbracht wird;
- Telearbeit in Satelliten- oder Nachbarschaftsbüros oder Telezentren (Hierbei wird die Telearbeit in ausgelagerten Büros des Unternehmens oder in Gemeinschaftsbüros unterschiedlicher Unternehmen in Wohnsitznähe des Telearbeiters erbracht.);
- Telearbeit, die ausschließlich zu Hause erbracht wird.

Betrieb/Unternehmen

62 Das Arbeitsrecht knüpft zum Teil an dem Begriff des Betriebes an, z. B. im Betriebsverfassungsrecht und beim Kündigungsschutz. Unter einem Betrieb ist die organisatorische Einheit zu verstehen, mit der

ein Unternehmer allein oder mit seinen Mitarbeitern bestimmte arbeitstechnische Zwecke auf eine gewisse Dauer verfolgt. Zum Betrieb gehören auch Nebenbetriebe, es sei denn, sie liegen räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt und haben durch Aufgabenbereich oder Organisation eigenständigen Charakter (vgl. § 4 BetrVG). Zunehmend wird auch aus dem Sinn und Schutzgedanken einer gesetzlichen Regelung der Begriff „Betrieb“ im Sinne von „Arbeitgeber“ verstanden. Der Haushalt ist kein Betrieb. Soweit daher in arbeitsrechtlichen Vorschriften auf den Betrieb abgestellt wird, werden Hausgehilfen im Allgemeinen nicht erfasst. Dies bedeutet insbesondere, dass das Kündigungsschutzgesetz oder das Betriebsverfassungsgesetz für Hausgehilfen keine Anwendung finden.

63 Vom Begriff des Betriebes ist der Begriff des Unternehmens zu unterscheiden. Unter dem Begriff des Unternehmens ist die organisatorische Einheit zu verstehen, die unter dem Zweck der Gewinnerzielung steht. Zu einem Unternehmen können mehrere Betriebe gehören. In der Regel besteht der Arbeitsvertrag zwischen Unternehmen und Arbeitnehmer; ist also das Unternehmen der Arbeitgeber. Nicht jeder Unternehmer ist jedoch notwendigerweise ein Arbeitgeber. Beschäftigt z. B. ein Handwerksmeister keine fremden Hilfskräfte, ist er zwar Unternehmer, aber kein Arbeitgeber. Umgekehrt ist auch nicht jeder Arbeitgeber ein Unternehmer. Kein Unternehmer, aber ein Arbeitgeber ist ein Rechtsanwalt oder ein Arzt, der Arbeitnehmer beschäftigt. Dasselbe gilt für einen Mann oder eine Frau, der oder die in ihrem Haushalt eine Hausgehilfin beschäftigt.

Abgeleitet vom Betriebsbegriff ist auch der Begriff des Betriebsinhabers, der vom Begriff des Arbeitgebers zu unterscheiden ist. Betriebsinhaber ist auch, wer einen arbeitstechnischen Zweck eines Betriebs allein fortgesetzt verfolgt, auch wenn er keine Arbeitnehmer beschäftigt oder beschäftigen möchte (vgl. BAG vom 25. Januar 2018, 8 AZR 309/16). Arbeitgeber hingegen ist, wer zumindest beabsichtigt, einen Arbeitnehmer oder eine arbeitnehmerähnliche Person zu beschäftigen.

Ein Betriebsübergang im Sinne des Arbeitsrechts liegt vor, wenn ein neuer Rechtsträger eine auf Dauer angelegte wirtschaftliche Einheit unter Wahrung ihrer Identität fortführt (st. Rspr.) und dabei die für den Betrieb der wirtschaftlichen Einheit verantwortliche natürliche oder juristische Person, die in dieser

Eigenschaft die Arbeitgeberverpflichtungen gegenüber den Beschäftigten eingeht, im Rahmen vertraglicher Beziehungen wechselt (vgl. BAG vom 25. Januar 2018, 8 AZR 309/16).

Generalunternehmer

64 Im Arbeitsrecht von Bedeutung ist auch der Begriff des Generalunternehmers (vgl. § 14 AEntG). Dabei handelt es sich um einen Unternehmer, der einen anderen Unternehmer mit der Erbringung von Werkleistungen nach § 631 Abs. 1 BGB oder Dienstleistungen nach § 611 BGB beauftragt. Ihn trifft eine Einstandspflicht, wenn der beauftragte Unternehmer Mindestentgelte an seine Arbeitnehmer oder Beiträge an gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien (Urlaubskassenbeiträge) nicht gezahlt hat. Für das nicht gezahlte Mindestentgelt und die Urlaubskassenbeiträge haftet der Generalunternehmer wie ein Bürge nach Verzicht auf die Einrede der Vorausklage (vgl. §§ 765, 771, 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB).

Betriebsrat/Sprecherausschuss/Personalrat

65 Der Betriebsrat ist der von den Arbeitnehmern des Betriebes gewählte „Repräsentant“ der Belegschaft in Betrieben der Privatwirtschaft. Er nimmt die im Betriebsverfassungsgesetz vorgesehenen Aufgaben, insbesondere die Beteiligungsrechte, im eigenen Namen eigenverantwortlich wahr, und zwar gegenüber dem Arbeitgeber, der Belegschaft und den einzelnen Arbeitnehmern.

66 Sprecherausschüsse können in Betrieben der Privatwirtschaft mit mindestens zehn leitenden Angestellten gewählt werden. Sie nehmen die Belange der leitenden Angestellten wahr, haben allerdings keine Mitbestimmungs-, sondern nur Mitwirkungsrechte. Arbeitgeber und Sprecherausschuss können Richtlinien über den Inhalt, den Abschluss oder die Beendigung von Arbeitsverhältnissen der leitenden Angestellten schriftlich vereinbaren (§ 28 Abs. 1 SprAuG). Der Inhalt der Richtlinien gilt für die Arbeitsverhältnisse unmittelbar und zwingend, soweit dies zwischen Arbeitgeber und Sprecherausschuss vereinbart ist (§ 28 Abs. 2 Satz 1 SprAuG).

67 Der Personalrat ist die Vertretung der Beschäftigten in den Verwaltungen und Betrieben der öffentlichen Hand. Seine Aufgaben, insbesondere Mitwirkungsrechte, ergeben sich aus den Personalvertretungsgesetzen der Bundesländer bzw. aus dem Bundespersonalvertretungsgesetz. Für bundesunmittelbare Körperschaften und Anstalten des öffentlichen

Rechts sowie für die Bundespolizei, den Bundesnachrichtendienst und das Bundesamt für Verfassungsschutz bestehen Sonderregelungen. Für Richtervertretungen gelten das Deutsche Richtergesetz und die Richtergesetze der Bundesländer. Zur Beteiligung der Soldaten vgl. Soldatenbeteiligungsgesetz.

Betriebsvereinbarungen

68 Die Betriebsvereinbarung ist in der Privatwirtschaft eine Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat (§ 77 BetrVG). Betriebsvereinbarungen können – wie Tarifverträge – schuldrechtliche und normative Bestimmungen enthalten. Die schuldrechtlichen Bestimmungen enthalten Rechte und Pflichten der Betriebspartner. Die normativen Bestimmungen können den Inhalt der Arbeitsverhältnisse der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer, den Abschluss und die Beendigung der Arbeitsverhältnisse, das betriebliche Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Belegschaft (Betriebsnormen) und betriebsverfassungsrechtliche Fragen regeln. In einer Betriebsvereinbarung können neben der Einigung in den der Mitbestimmung des Betriebsrats obliegenden Fällen (z. B. betriebliche Arbeitszeitregelung oder betriebliche Ordnung) auch nicht mitbestimmungspflichtige Fragen (sogenannte freiwillige Betriebsvereinbarungen) geregelt werden (z. B. die Vermögensbildung der Arbeitnehmer durch betriebliche Beteiligungen).

In einer Betriebsvereinbarung darf jedoch nur geregelt werden, was nicht durch Tarifvertrag geregelt ist und auch üblicherweise nicht durch Tarifvertrag geregelt wird (§ 77 Abs. 3 BetrVG) – sogenannte Regelungssperre. Eine tarifvertragliche Regelung von Arbeitsbedingungen in diesem Sinne liegt vor, wenn sie in einem Tarifvertrag enthalten ist und der Betrieb in den räumlichen, betrieblichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich dieses Tarifvertrages fällt. Tarifüblich ist eine Regelung, wenn der Regelungsgegenstand in der Vergangenheit in einem einschlägigen Tarifvertrag enthalten war und die Tarifvertragsparteien über ihn Verhandlungen führen (BAG vom 5. März 2013, 1 AZR 417/12). Die Betriebsparteien können somit wegen der Regelungssperre des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG in einer Betriebsvereinbarung weder Bestimmungen über Tarifentgelte treffen noch über deren Höhe disponieren (BAG vom 23. Januar 2018, 1 AZR 65/17). Dies gilt nach § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG nur dann nicht, wenn ein Tarifvertrag den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulässt. Die Regelungssperre gilt auch

dann nicht, soweit es um Angelegenheiten geht, die nach § 87 Abs. 1 BetrVG der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen (grds. BAG GS vom 3. Dezember 1991, GS 2/90; vgl. auch BAG vom 17. Mai 2011, 1 AZR 473/09). Die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG ist nicht von der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers abhängig (BAG vom 23. Januar 2018, 1 AZR 65/17). Ein dem Geltungsbereich eines Tarifvertrages unterfallender tarifungebundener Arbeitgeber kann mit dem bei ihm bestehenden Betriebsrat aufgrund der Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG in einer Betriebsvereinbarung auch keine inhaltsgleichen Regelungen festlegen, sofern es sich nicht um Angelegenheiten der zwingenden Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 BetrVG handelt (BAG vom 15. Mai 2018, 1 ABR 75/16). Der Verstoß gegen die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG führt zur Unwirksamkeit der Betriebsvereinbarung (BAG vom 15. Mai 2018, 1 ABR 75/16).

Dienstvereinbarungen

69 Die Dienstvereinbarung ist im öffentlichen Dienst eine Einigung zwischen Dienststelle und Personalrat (§ 73 BPersVG). Sie entspricht grundsätzlich der Betriebsvereinbarung. Die rechtliche Ausgestaltung und praktische Bedeutung weichen jedoch teilweise erheblich voneinander ab.

Gewerkschaft

70 Gewerkschaften sind zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gebildete Vereinigungen der Arbeitnehmer. Sie sind in ihrer Bildung, ihrer Existenz, ihrer organisatorischen Autonomie und ihrer koalitionsgemäßen Betätigung verfassungsmäßig geschützt. Jedermann hat das Recht, Gewerkschaften zu bilden, bestehenden Gewerkschaften beizutreten, sich in ihnen zu betätigen, aus ihnen auszutreten oder ihnen fernzubleiben. Alle Abreden, die diese Rechte einschränken, sind unwirksam (vgl. Art. 9 Abs. 3 GG).

Hauptaufgabe der Gewerkschaften in Deutschland ist es, durch freie Vereinbarungen (Tarifverträge) mit Arbeitgebern oder Arbeitgeberverbänden Arbeitsentgelt und sonstige Arbeitsbedingungen festzulegen. Tariffähige Gewerkschaften müssen frei gebildet, gegnerfrei, auf überbetrieblicher Grundlage organisiert und unabhängig sein sowie das geltende Tarifrecht als für sich verbindlich anerkennen; ferner müssen sie in der Lage sein, durch Ausüben von Druck auf den Tarifpartner zu einem Tarifabschluss zu kommen.

Tarifverträge

71 Der Tarifvertrag ist ein Vertrag zur Regelung der Pflichten und Rechte der Tarifvertragsparteien (schuldrechtlicher Teil) und zur Festlegung von Rechtsnormen, insbesondere über den Abschluss, den Inhalt und die Beendigung der erfassten Arbeitsverhältnisse (normativer Teil). Er kann auf Arbeitnehmerseite nur von den Gewerkschaften, auf Arbeitgeberseite dagegen sowohl von Arbeitgeberverbänden (Verbandstarifvertrag) als auch von jedem einzelnen Arbeitgeber (Firmen-, Werk- oder Haustarifvertrag) abgeschlossen werden. Tarifverträge können nur von tariffähigen Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften geschlossen werden.

72 Die in Tarifverträgen vereinbarten Arbeitsbedingungen gelten grundsätzlich jedoch nur für die Arbeitsverhältnisse der tarifgebundenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, also wenn der Arbeitnehmer Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft und der Arbeitgeber Mitglied des tarifschließenden Arbeitgeberverbandes oder beim Firmentarifvertrag selbst Tarifvertragspartner ist. Kraft Tarifgebundenheit des Arbeitgebers kann in einem Betrieb auch für Arbeitsverhältnisse derselben Art mehr als ein Tarifvertrag gelten – sogenannte Tarifpluralität (BAG vom 7. Juli 2010, 4 AZR 537/08). Soweit der Arbeitgeber an mehrere Tarifverträge unterschiedlicher Gewerkschaften gebunden ist und soweit sich die Geltungsbereiche nicht inhaltsgleicher Tarifverträge verschiedener Gewerkschaften überschneiden (kollidierende Tarifverträge) sind nach der Tarifeinheitsregelung (§ 4a Abs. 2 Satz 2 TVG) im Betrieb nur die Rechtsnormen des Tarifvertrages derjenigen Gewerkschaft anwendbar, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des zuletzt abgeschlossenen kollidierenden Tarifvertrages im Betrieb die meisten in einem Arbeitsverhältnis stehenden Mitglieder hat: D. h., bei einer Tarifkollision wird der „Minderheistarifvertrag“ durch den „Mehrheistarifvertrag“ verdrängt. Wurden jedoch beim Zustandekommen des Mehrheistarifvertrages die Interessen von Arbeitnehmergruppen, die auch von dem nicht anzuwendenden „Minderheistarifvertrag“ erfasst werden, nicht ernsthaft und wirksam berücksichtigt, sind auch die Rechtsnormen dieses „Minderheistarifvertrages“ anwendbar (jetzt ausdrücklich in § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG in der seit 1. Januar 2019 geltenden Fassung).

Tarifverträge gelten auch für Arbeitnehmer und Arbeitgeber, die nicht den tarifschließenden Verbänden

angehören, wenn das Arbeitsverhältnis unter den Geltungsbereich eines Tarifvertrages fällt, der vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales oder vom örtlich zuständigen Landesarbeitsministerium für allgemein verbindlich erklärt wurde oder wenn aufgrund des Arbeitnehmerstendengesetzes die Einhaltung der tarifvertraglichen Regelungen durch Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales zwingend vorgeschrieben wurde. Selbstverständlich kann die Anwendung von tarifvertraglichen Regelungen auch einzelvertraglich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart werden; tarifvertragliche Regelungen sind außerdem anzuwenden, wenn ihre Anwendung im Betrieb üblich ist.

Kircheneigene Arbeitsvertragsregelung/ „Dritter Weg“

73 Das Arbeitsrecht der evangelischen und der katholischen Kirche sowie die den Kirchen zugeordneten Einrichtungen (wie z. B. Diakonie oder Caritas) kennen kircheneigene Arbeitsvertragsregelungen, die im sogenannten „Dritten Weg“ zustande kommen. Dabei handeln Dienstgeber und Dienstnehmer in „Arbeitsrechtlichen Kommissionen“ die Arbeitsentgelte und sonstigen Arbeitsbedingungen für die Beschäftigten aus. Sie dürfen die für alle Arbeitnehmer geltenden, gesetzlichen Mindestarbeitsbedingungen (z. B. Mindestlohn, Mindesturlaub, etc.) nicht unterschreiten. Kommt keine Einigung zustande, tritt eine Schiedskommission zusammen, deren Spruch verbindlich ist. Beim „Dritten Weg“ sind nach dem Selbstverständnis der Kirchen Streiks ebenso wie Aussperrungen ausgeschlossen. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass es sich bei diesen kirchlichen Arbeitsvertragsregelungen (AVR) um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, denen mangels normativer Wirkung in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen nur über Bezugnahmeklauseln in den Arbeitsverträgen Wirkung verschafft werden kann (BAG vom 23. November 2017, 6 AZR 683/16). Eine normative Wirkung besteht nicht, weil das säkulare Recht für kirchliche Arbeitsvertragsregelungen keine unmittelbare und zwingende Geltung wie für Tarifverträge anordnet; es fehlt eine § 4 Abs. 1 TVG entsprechende Bestimmung (BAG vom 13. November 2002, 4 AZR 73/01, bestätigt durch BAG vom 22. März 2018, 6 AZR 835/16). Die arbeitsvertragliche Bezugnahme/Verweisung auf kirchliche Arbeitsvertragsregelungen oder einen kirchlichen Tarifvertrag beinhaltet regelmäßig jedoch auch die Vereinbarung des kirchlichen Mitarbeitervertretungsrechts und der auf dessen Grundlage ab-

1 Grundlagen des Arbeitsrechts

geschlossenen Dienstvereinbarungen, wenn das in Bezug genommene Regelwerk von der Anwendbarkeit des kollektiven kirchlichen Arbeitsrechts ausgeht (BAG vom 22. März 2018, 6 AZR 835/16).

Betriebliche Übung

74 Von betrieblicher Übung spricht man bei einer regelmäßigen Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen soll eine Leistung oder eine Vergütung auf Dauer gewährt werden. Auch ohne ausdrückliche Vereinbarung oder Regelung kann ein Arbeitnehmer durch eine betriebliche Übung Rechte im Arbeitsverhältnis erwerben und Pflichten begründen. In der Regel reicht eine dreimalige vorbehaltlose Gewährung einer Leistung (Gratifikation, z. B. Weihnachtsgratifikation, Zusatzurlaub, Urlaubsgeld, Zulage, Prämie, z. B. Treueprämie). Aus einer dem Arbeitnehmer günstigen Betriebsübung kann sich für die Zukunft ein Rechtsanspruch auf die Leistung ergeben, aber nur wenn es an einer Grundlage für die Leistungsgewährung im Tarifvertrag, in einer Betriebsvereinbarung oder im Arbeitsvertrag fehlt (BAG vom 24. November 2004, BB 2005 S. 1745). Der Arbeitgeber kann das Entstehen einer betrieblichen Übung ausschließen, wenn er bei der Gewährung zusätzlicher Leistungen oder Vergünstigungen ausdrücklich darauf hinweist, dass sie freiwillig erfolgt und daraus kein Rechtsanspruch für die Zukunft hergeleitet werden kann. Dieser Hinweis kann auch in einem Formulararbeitsvertrag erfolgen (BAG vom 21. Januar 2009, 10 AZR 219/08). Eine unklare oder intransparente Klausel im Arbeitsvertrag kann das Entstehen eines zukünftigen Rechtsanspruchs allerdings nicht verhindern (BAG vom 8. Dezember 2010, 10 AZR 671/09). Eine einmal entstandene betriebliche Übung kann nicht durch eine geänderte betriebliche Übung aufgehoben werden (BAG vom 16. März 2009, 10 AZR 281/08).

Die betriebliche Übung dient nicht nur als Grundlage stillschweigender Vereinbarungen, sondern sie wird auch zur Auslegung von Vereinbarungen und vor allem zur Ausfüllung der das Arbeitsverhältnis beherrschenden Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme herangezogen. Eine bestehende betriebliche Übung kommt auch neu eingestellten Arbeitnehmern zugute, mit denen unter der Geltung der Übung ein Arbeitsverhältnis begründet wird (BAG vom 10. August 1988, BB 1989 S. 356). Wenn der Arbeitgeber verhindern will, dass aus der bereits bestehenden be-

trieblichen Übung eine Bindung auch gegenüber neu eingestellten Arbeitnehmern eintritt, muss er die betriebliche Übung vertraglich ausschließen. Eine dem Arbeitnehmer ungünstige Betriebsübung muss auch der neu Eintretende gegen sich gelten lassen, wenn sie ihm bei Abschluss des Arbeitsvertrages bekannt war und davon auszugehen ist, dass er in sie einwilligt.

Arbeitsleistung

75 Die Arbeitsleistung ist die vereinbarte Leistung des Arbeitnehmers, die er in persönlicher Abhängigkeit und fremdbestimmt, nach Weisung des Arbeitgebers zu erbringen hat (vgl. § 611a Abs. 1 BGB). Welche Arbeit der Arbeitnehmer im Einzelnen zu leisten hat, ergibt sich zunächst aus dem Arbeitsvertrag und den dort getroffenen Regelungen. Die kurze Charakterisierung oder Beschreibung der vom Arbeitnehmer zu leistenden Tätigkeit kann aus einem schriftlichen Arbeitsvertrag bzw. aus der vom Arbeitgeber nach § 2 NachwG zu erstellenden Niederschrift entnommen werden. Zur Konkretisierung der geschuldeten Tätigkeit sind auch die gesetzlichen und tarifvertraglichen Vorschriften sowie die Betriebsvereinbarungen und betriebliche Übungen heranzuziehen. In diesem Rahmen kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer aufgrund seines Weisungsrechts Arbeitsleistungen zuweisen. Der Arbeitnehmer hat im Zweifel, also wenn nichts anderes vereinbart ist, die Arbeit persönlich zu leisten (§ 613 Satz 1 BGB). Er kann sich also grundsätzlich nicht durch eine Ersatzkraft vertreten lassen. Der Anspruch auf die Arbeitsleistung ist im Zweifel nicht auf einen anderen Arbeitgeber übertragbar (§ 613 Satz 2 BGB); er steht, wenn nichts anderes vereinbart ist, nur dem Arbeitgeber selbst zu. Grundsätzlich hat der Arbeitnehmer seine Arbeit im Betrieb zu leisten, es sei denn, dass sich aus dem Arbeitsvertrag (z. B. bei Telearbeit zu Hause oder in einer anderen selbst gewählten Arbeitsstätte) etwas anderes ergibt. Dauer und Lage der Arbeitszeit, in der die Arbeitsleistung zu erbringen ist, wird wie die übrigen Arbeitsbedingungen ebenfalls grundsätzlich durch den Arbeitsvertrag bestimmt. Dies gilt grundsätzlich auch für die Frage, ob der Arbeitnehmer zu gesetzlich und kollektivrechtlich zulässiger Sonn- und Feiertagsarbeit, zu Nacht- oder Schichtdiensten oder zu Überstunden verpflichtet ist.

Arbeitsentgelt/Vergütung

76 Das Arbeitsentgelt/die Vergütung ist die vereinbarte Gegenleistung des Arbeitgebers für die geleistete Arbeit des Arbeitnehmers (§ 611a Abs. 2 BGB).

Es wird teilweise auch als Arbeitsvergütung, Entgelt oder Bezüge bezeichnet und wird zudem bei Arbeitern Lohn, bei Angestellten Gehalt, bei Auszubildenden Ausbildungsvergütung und bei Künstlern Gage genannt. Formen des Arbeitsentgelts sind auch: Sachbezüge, Akkordlohn, Provision oder Umsatz- und Gewinnbeteiligung, Prämie, Gratifikation oder andere Sondervergütung, Zulagen und Zuschläge, sowie Antrittsgebühren für Sonn- und Feiertagsarbeit und Bonuszahlungen.

Keine Form des Arbeitsentgelts ist das Trinkgeld. Trinkgeld ist ein Geldbetrag, den ein Dritter ohne rechtliche Verpflichtung dem Arbeitnehmer zusätzlich zu einer dem Arbeitgeber geschuldeten Leistung zahlt. Die Zahlung eines regelmäßigen Arbeitsentgelts kann nicht für die Fälle ausgeschlossen werden, in denen der Arbeitnehmer für seine Tätigkeit von Dritten ein Trinkgeld erhält (§ 107 Abs. 3 GewO).

Mindestlohn/Mindestarbeitsentgelt

77 Ein flächendeckender gesetzlicher Mindestlohn (Mindestarbeitsentgelt) besteht in Deutschland seit 1. Januar 2015 (siehe Kapitel 2, Rn. 155 ff.). Für einzelne Branchen sind jedoch aufgrund des Arbeitnehmerentendegesetzes höhere branchenspezifische Mindestlöhne festgesetzt worden (siehe Kapitel 2, Rn. 170). Diese Mindestlöhne gelten unabhängig von deren Tarifbindung für alle Arbeitnehmer der jeweiligen Branche. Darüber hinaus stellen die Entgeltbestimmungen eines Tarifvertrages, die auf die Arbeitsverhältnisse der tarifgebundenen Arbeitnehmer anzuwenden sind, für die tarifgebundenen Arbeitnehmer einen „Mindestlohn“ dar.

Zur Anpassung des allgemeinen Mindestlohns hat der Gesetzgeber eine ständige unabhängige Mindestlohnkommission eingerichtet. Sie besteht aus dem Vorsitzenden, sechs stimmberechtigten ständigen Mitgliedern aus dem Kreis der Sozialpartner und zwei beratenden Mitgliedern aus der Wissenschaft ohne Stimmrecht. Die Tätigkeit der Mitglieder der Mindestlohnkommission ist ehrenamtlich; sie werden alle fünf Jahre neu berufen. Die Mindestlohnkommission hat den gesetzlichen Auftrag, laufend die Auswirkungen des Mindestlohns auf den Schutz der Arbeitnehmer, auf die Wettbewerbsbedingungen und die Beschäftigung im Zusammenhang mit bestimmten Branchen und Regionen sowie auf die Produktivität zu bewerten. Die Ergebnisse stellt die Kommission der Bundesregierung alle zwei Jahre in einem Bericht zur Verfügung.

Tariflohn

78 Das tarifvertragliche Arbeitsentgelt (Tariflohn) ist kein Festlohn, sondern für die Tarifgebundenen ein „Mindestlohn“. Anspruch auf mindestens das tarifvertragliche Arbeitsentgelt hat ein Arbeitnehmer, auf dessen Arbeitsverhältnis die Entgeltbestimmungen eines Tarifvertrages anzuwenden sind (siehe dazu Rn. 72 f.). In diesen Fällen ist ein Unterschreiten des tarifvertraglichen Arbeitsentgelts nicht zulässig. Arbeitgeber und Arbeitnehmer können jedoch durchaus auch ein höheres Arbeitsentgelt als das tarifvertragliche vereinbaren.

Urlaub

79 Unter Urlaub wird im Arbeitsrecht ein bezahlter Erholungsurlaub verstanden, der jedem erwachsenen wie jedem jugendlichen Arbeitnehmer für jedes Kalenderjahr zu gewähren ist (§§ 1, 11 BUrlG, § 19 Abs. 1 JArbSchG). Bezahlter Erholungsurlaub bedeutet dabei die uneingeschränkte und unwiderfliche Freistellung des Arbeitnehmers von allen Pflichten der Arbeitsleistung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts (des Urlaubsentgelts). Der Zweck des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub liegt darin, es dem Arbeitnehmer zu ermöglichen, sich zu erholen und über einen Zeitraum für Entspannung und Freizeit zu verfügen (siehe EuGH vom 29. November 2017, C-214/16).

Betriebsferien

80 Der Arbeitgeber kann ein berechtigtes Interesse daran haben, dass die Urlaubnahme der Arbeitnehmer in einem Zeitraum zu sogenannten Betriebsferien gebündelt wird, um in der übrigen Zeit des Jahres einen möglichst störungsfreien Produktionsablauf zu haben. Der Arbeitgeber ist befugt, für alle Arbeitnehmer des Betriebes oder des Unternehmens oder einzelne Abteilungen Betriebsferien anzuordnen und den Betrieb oder das Unternehmen ganz oder zum Teil stillzulegen.

Weisungsbindung/Weisungsrecht

81 Weisungsbindung und Fremdbestimmung des Arbeitnehmers sind die wesentlichen Elemente des Arbeitsvertrages. Weisungsgebunden ist nach § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Das Weisungsrecht (auch Direktionsrecht genannt) des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer kann Inhalt, Durchführung, Zeit und

Ort der Tätigkeit betreffen (§ 611a Abs. 1 Satz 2 BGB). Nach § 106 Satz 1 GewO ermöglicht es dem Arbeitgeber, die im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschriebene Leistungspflicht nach Inhalt, Ort und Zeit näher zu bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht bereits durch Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Einzelvertrag festgelegt sind. Dies gilt nach § 106 Satz 2 GewO auch hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. Auch soweit das Weisungsrecht danach besteht, darf es nur nach billigem Ermessen i. S. des § 315 Abs. 3 BGB ausgeübt werden (§ 106 Satz 1 GewO). Bei der Ausübung des Ermessens hat der Arbeitgeber auch auf Behinderungen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen (§ 106 Satz 3 GewO).

Kündigung/Beendigung des Arbeitsverhältnisses

82 Die Kündigung ist eine einseitige Erklärung des Arbeitgebers oder Arbeitnehmers, durch die das Arbeitsverhältnis für die Zukunft aufgelöst werden soll. Sie ist als ordentliche Kündigung (unter Einhaltung einer Kündigungsfrist) oder als außerordentliche (fristlose) Kündigung möglich.

Darüber hinaus kann das Arbeitsverhältnis aus folgenden Gründen beendet werden:

- Abschluss eines Auflösungs- bzw. Aufhebungsvertrages,
- gerichtliche Entscheidung,
- Zeitablauf bei einem wirksam befristeten Arbeitsvertrag,
- Eintritt einer auflösenden Bedingung,
- Nichtigkeit des Arbeitsvertrages,
- Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung,
- Tod des Arbeitnehmers.

Mobbing/Stalking

83 Unter Mobbing am Arbeitsplatz wird das systematische Anfeinden, Schikanieren und Diskriminieren von Arbeitnehmern untereinander oder durch Vorgesetzte verstanden (BAG vom 15. Januar 1997, 7 ABR 14/96), also Verhaltensweisen, die in ihrer Gesamtheit das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder andere ebenso geschützte Rechte, wie die Ehre oder die Gesundheit des Betroffenen, verletzen. Nach aktuellen Urteilen des Gerichts der Europäischen Union (EuGH vom 13. Juli 2018, T 275/17, T-377/17) ist Mobbing ein ungebührliches Verhalten, das über einen längeren Zeitraum, wiederholt oder systematisch in Verhaltensweisen, mündlichen oder schriftlichen Äußerungen, Handlungen oder Gesten zum Ausdruck kommt. Notwendig sind also eine gewisse Zeitspanne sowie vorsätzliche und nicht zufällig wiederholte bzw. andauernde Verhaltensweisen, die die Persönlichkeit, die Würde oder die psychische bzw. physische Integrität des Opfers angreifen. Stalking von Arbeitskollegen ist eine nichtdienstliche Kontaktaufnahme zu Arbeitskollegen, die sich als ein unbefugtes, beharrliches Nachstellen einstufen lässt, z. B. das Nachstellen einer Kollegin im Betrieb oder im Zusammenhang mit der dienstlichen Tätigkeit unter Missachtung ihres entgegenstehenden Willens (BAG vom 19. April 2012, 2 AZR 258/11).

Low Performer

84 Arbeitnehmer, die quantitative oder qualitative Defizite bei der Erfüllung ihrer Leistungspflicht zeigen, werden oft als Low-Performer bezeichnet. Die Leistungspflicht im Arbeitsverhältnis ist aber nicht starr, sondern dynamisch und orientiert sich an der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers. Der Arbeitnehmer muss tun, was er nach dem Arbeitsvertrag tun soll, und so gut wie er kann.