Winfried Schwabe

AchSo!

Lernen mit Fällen

Arbeitsrecht

Grundkurs

Materielles Recht & Klausurenlehre

14. Auflage

BOORBERG

Musterlösungen im Gutachtenstil

Winfried Schwabe

Lernen mit Fällen

Arbeitsrecht Grundkurs

Materielles Recht
& Klausurenlehre

14., überarbeitete Auflage, 2027

BOORBERG

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

14. Auflage, 2027
ISBN 978-3-415-07941-0
© 2009 Richard Boorberg Verlag

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Die Nutzung sämtlicher Inhalte für das Text- und Data-Mining ist ausschließlich dem Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG vorbehalten. Der Verlag untersagt eine Vervielfältigung gemäß § 44b Abs. 2 UrhG ausdrücklich. Anfragen gemäß EU-Verordnung über die allgemeine Produktsicherheit (EU) 2023/988 (General Product Safety Regulation – GPSR) richten Sie bitte an: Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG, Produktsicherheit, Scharrstraße 2, 70563 Stuttgart; E-Mail: produktsicherheit@boorberg.de

Druck und Bindung: mediaprint solutions GmbH, Eggertstraße 28, 33100 Paderborn

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

Fall 2

Urlaubsfreuden

Unternehmer U betreibt in Köln ein großes Autohaus mit angeschlossener Kfz-Werkstatt. In seinem Betrieb beschäftigt er unter anderem den ungelernten Hilfsarbeiter A, die Kfz-Meisterin M und den Büroangestellten B als Arbeitnehmer bzw. Arbeitnehmerin. Der Arbeitsvertrag des A enthält keine Regelung betreffend die Urlaubstage. Dem B stehen laut Arbeitsvertrag 28 Werktage Urlaub zu. Im Vertrag der M ist von 32 Werktagen die Rede. M ist als einzige der drei Mitglied in der Gewerkschaft, die mit dem Arbeitgeberverband, dem U angehört, einen Tarifvertrag ausgehandelt hat. Der Tarifvertrag sieht 30 Urlaubstage vor. Nach dem alten Tarifvertrag waren es allerdings 34 Tage. Dem Betriebsrat sind diese unterschiedlichen Regelungen schon lange ein Dorn im Auge. Keiner der Arbeitnehmer ist sich sicher, wie viel Urlaub ihm nun tatsächlich zusteht. Daher möchte der Betriebsrat mit U über eine betriebsinterne Urlaubsgestaltung verhandeln.

Frage: Wie viele Urlaubstage stehen A, B und M tatsächlich zu?

Schwerpunkte: Die Rechtsquellen und Gestaltungsfaktoren im Arbeitsrecht; das Rangprinzip; das Günstigkeitsprinzip; der kollektive Günstigkeitsvergleich; das Spezialitätsprinzip; das Ordnungsprinzip.

Lösungsweg

Einstieg: Anhand des kleinen Falles da oben wollen wir uns am Beispiel der in einem Arbeitsverhältnis zu gewährenden Urlaubstage mal die verschiedenen Rechtsquellen bzw. **Gestaltungsfaktoren** des Arbeitsrechts ansehen. Bei der Beurteilung eines arbeitsrechtlichen Sachverhaltes kommt es relativ häufig vor, dass ein und dieselbe Frage im Hinblick auf das Arbeitsverhältnis durch mehrere Regelungen (und dann auch noch unterschiedlich!) behandelt bzw. gelöst wird. In einem solchen Fall muss man natürlich zwingend klären, welche Rechtsgrundlage für die zu klärende Frage letztlich die entscheidende ist. Und das geht so: Im ersten Schritt klärt man, welche Gestaltungsfaktoren es überhaupt im Arbeitsrecht bzw. für den konkreten Fall gibt. Das sind erstaunlicherweise eine ganze Reihe, und die sehen wir uns gleich dann unter **I.** auch mal in aller Ruhe an. Im zweiten Schritt hat man dann zu klären, wie das Verhältnis dieser verschiedenen Gestaltungsfaktoren zueinander ist, also welche von welchen verdrängt oder welche wann bevorzugt werden und demnach im zu entscheidenden Fall

einschlägig oder eben nicht einschlägig sind (hierzu gleich unter **II.**). Und ganz zum Schluss werden wir unter **III.** das Gelernte dann mal auf unser Fällchen mit den Kollegen aus dem Betrieb des U anwenden und demnach sehen, ob wir das Ganze auch verstanden haben. Alles klar?!

I. Die Gestaltungsfaktoren im Arbeitsrecht

Vorab: Das, was jetzt kommt, bezeichnet man herkömmlicherweise als »Rechtsquellenpyramide« des Arbeitsrechts (*Junker* Rz. 63; *Lieb/Jacobs* Rz. 39); »Pyramide« übrigens deshalb, weil die unterschiedlichen Gestaltungsfaktoren und Rechtsquellen des Arbeitsrechts quasi von der Spitze bis runter zum Fundament eine entsprechende Rangfolge bzw. Rangordnung bilden, die eingehalten werden muss, wenn man keine Verstöße gegen die zwingend gültigen Wertungsprinzipien des Arbeitsrechts begehen will (ErfKomm/*Preis* § 611a BGB Rz. 261; *Junker* Rz. 63; *Brox/Rüthers/Henssler/Höpfner* Rz. 45 a; *Zöllner/Loritz/Hergenröder* § 6 Rz. 64). Wer also bei der Suche nach der einschlägigen Rechtsquelle nicht an der Spitze (= Europarecht, gleich unter 1.) beginnt, übersieht unter Umständen die wichtigste Rechtsgrundlage für das zu lösende Problem und begeht damit einen erheblichen Aufbau- und damit im Zweifel auch einen Wertungsfehler (= falsche Lösung = miese Note). Das Einhalten der sogleich geschilderten Reihenfolge ist demnach auch kein Selbstzweck, sondern unabdingbare Voraussetzung für eine logische, in sich schlüssige Lösung eines jeden arbeitsrechtlichen Falles. Also dann:

1. Europarecht

Man unterscheidet zwischen dem **primären** und dem **sekundären** Gemeinschaftsrecht (*Herdegen,* Europarecht, § 8 Rz. 4; *Schwabe,* Europarecht, Fall 1). Mit dem primären Gemeinschaftsrecht sind die Integrationsverträge, Änderungsverträge und Beitrittsabkommen gemeint: EUV, AEUV sowie die GRCh. Nach der Rechtsprechung des EuGH rechnen zum Primärrecht auch die ungeschriebenen Grundsätze des Unionsrechts (*Schaub/Ahrendt* § 4 Rz. 7). Für das Arbeitsrecht von Bedeutung sind hier zwar nur wenige Bestimmungen, aber immerhin regelt Art. 45 AEUV die Freizügigkeit von Arbeitnehmern und **Art. 157 AEUV** die Lohngleichheit von Mann und Frau. Das sekundäre Gemeinschaftsrecht besteht aus dem von den Organen der EG erlassenen Recht, und zwar Verordnungen und Richtlinien. Lediglich Letztere haben im deutschen Arbeitsrecht (erhebliche!) Bedeutung erlangt. Die Umsetzung einiger Richtlinien beeinflusst die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Arbeitsrechts und gewinnt vermittels der Rechtsprechung des EuGH bei der Auslegung spezifisch arbeitsrechtlicher Fragen Bedeutung (mit den Einzelheiten befassen wir uns unten im Fall Nr. 4). So hat der EuGH in jüngerer Zeit etwa die deutschen Regeln zur Urlaubsabgeltung auf Vorlagen des BAG und des OVG Berlin zu einem beachtlichen Teil für europarechtswidrig erklärt, und zwar namentlich wegen Verstoßes gegen Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG und Art. 31 Abs. 2 GRCh (→ EuGH NZA **2018**, 1467; EuGH NZA **2018**, 1474; EuGH NZA

2018, 1612; vgl. im Einzelnen dazu den Anhang zu Fall Nr. 5 unten sowie *Arnold/Zeh* in NZA 2019, 1).

2. Verfassungsrecht

Auch das Verfassungsrecht ist im Arbeitsrecht von Bedeutung; zu der in **Art. 9 Abs. 3 GG** geregelten Koalitionsfreiheit sogleich unter 4., zur grundsätzlichen Bedeutung von Grundrechten im Arbeitsrecht vgl. weiter unten Fall Nr. 12.

3. (Zwingende) Gesetze

Es gibt zahlreiche spezifisch arbeitsrechtliche Gesetze (vgl. nur die dtv-Textausgabe „Arbeitsgesetze" von Beck!). Daneben sind aber auch viele Bestimmungen des BGB von arbeitsrechtlicher Relevanz. Neben der üblichen Unterteilung in zwingende (das sind die typischen Arbeitnehmerschutzgesetze wie KSchG, MuSchG, EntgeltfortzahlungsG) und dispositive Bestimmungen (hierzu gleich weiter unten) gibt es im Arbeitsrecht eine dritte Kategorie, nämlich das **tarifdispositive** Gesetzesrecht (ErfKomm/*Preis* § 611a BGB Rz. 230, 261 ff; *Schaub/Treber* § 199 Rz. 11 ff.). Das bedeutet, dass von der gesetzlichen Bestimmung (nur!) durch Tarifvertrag zuungunsten der Arbeitnehmer abgewichen werden darf. Ein Beispiel ist etwa das BUrlG mit Ausnahme der §§ 1, 2 und 3 Abs. 1; bitte lies dazu: § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG.

4. Tarifverträge

Während man sich normalerweise im Zivilrecht nur mit »normalen« Rechtsnormen und vertraglichen Bestimmungen beschäftigen muss, kommen im Arbeitsrecht zwei weitere Gestaltungsfaktoren (mit erheblicher Macht!) hinzu, nämlich: die Tarifverträge und die Betriebsvereinbarungen. Bei beiden handelt es sich um sogenannte **Kollektivregelungen**, die den Zweck haben, die typischerweise gegebene (Verhandlungs-)Schwäche des einzelnen Arbeitnehmers auszugleichen (*Schaub/Treber* § 196 Rz. 3). Dass es Tarifverträge und die damit verbundene rechtssetzende Kompetenz der Tarifverbände (= »Tarifautonomie«) überhaupt gibt, liegt an der in Art. 9 Abs. 3 GG grundrechtlich garantierten Koalitionsfreiheit und der daraus hergeleiteten Zuständigkeit der entsprechend gebildeten Koalitionen für Fragen des Arbeits- und Wirtschaftslebens (BVerfG NZA **2019**, 112; BVerfG NJW **1991**, 2549; *Dieterich* in AuR 2001, 390); das Ganze nennt man »Bestands- und Betätigungsgarantie«. Maßgebend für die Wirksamkeit und die Anwendbarkeit von Tarifverträgen ist das Tarifvertragsgesetz (TVG). Um die Bedeutung des Gesetzes zu verstehen, genügt es, sich die ersten fünf Paragrafen durchlesen. Danach bestimmen sich vor allem die Tarifvertragsparteien (§ 2 Abs. 1 TVG, vgl. dazu BVerfG vom 13.09.**2019** – 1 BvR 1/16), die

persönlichen Anwendbarkeitsvoraussetzungen (Tarifgebundenheit bzw. Allgemeinverbindlichkeit, §§ 3 und 5 Abs. 4 TVG) und die Wirkung der Rechtsnormen (§ 4 Abs. 1, 3 und 5 TVG); interessant ist schließlich vor allem der nachwirkende Einfluss von Tarifnormen gemäß § 4 Abs. 5 TVG. Die Bedeutung von Tarifverträgen zeigt sich an den ihnen zugesprochenen Funktionen (nach *Schaub*/*Treber* § 196 Rz. 3 ff.):

→ **Schutzfunktion** (zugunsten des Arbeitnehmers);

→ **Verteilungsfunktion** (Beteiligung der Arbeitnehmer am Sozialprodukt).

→ **Ordnungsfunktion** (die Arbeitsvertragsparteien können auf bestimmte Arbeitsbedingungen vertrauen);

→ **Friedensfunktion** (während der Laufzeit dürfen keine Arbeitskämpfe stattfinden).

Beachte: Mit Urteil vom 11. Juli **2017** (→ NJW **2017**, 2523) hat das BVerfG das im Jahre 2015 in Kraft getretene »Gesetz zur Tarifeinheit« (Tarifeinheitsgesetz), mit dem § 4a TVG eingeführt wurde, für weitgehend verfassungsgemäß erklärt. Unvereinbar war der § 4a TVG mit dem GG nur insoweit, als dass die Belange der Angehörigen einzelner Berufsgruppen oder Branchen bei der Verdrängung bestehender Tarifverträge einseitig vernachlässigt wurden. Das Bundesverfassungsgericht gab dem Gesetzgeber auf, insofern alsbald Abhilfe zu schaffen, was dieser tatsächlich in beachtlicher Geschwindigkeit erledigte, nämlich zum 1. Januar 2019. Bis zum Inkrafttreten der neuen Regelung durfte ein Tarifvertrag im Fall einer Kollision im Betrieb nur verdrängt werden, wenn plausibel dargelegt war, dass die Mehrheitsgewerkschaft die Belange der Angehörigen der Minderheitsgewerkschaft wirksam in ihrem Tarifvertrag berücksichtigt hatte (BVerfG NJW **2017**, 2523). Unter diesen Voraussetzungen blieb der alte § 4a TVG bis zum 1. Januar 2019 anwendbar. Seitdem ist die Norm den Maßgaben des BVerfG in § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG entsprechend neu gefasst.

Mit Beschluss vom 14. November **2018** hat das BVerfG klargestellt, dass eine unterschiedliche Behandlung von Gewerkschaftsmitgliedern und Nichtgewerkschaftsmitgliedern durch Tarifverträge verfassungsrechtlich grundsätzlich möglich ist und namentlich nicht gegen die negative Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG und auch nicht gegen die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG verstößt. Wörtlich heißt es in der Entscheidung: »… *Die Tatsache, dass gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmer anders behandelt werden als nicht organisierte Beschäftigte, bedeutet noch keine Grundrechtsverletzung, jedenfalls solange sich daraus nur ein eventueller faktischer Anreiz zum Beitritt ergibt, aber weder Zwang noch Druck entsteht … Allein, dass individualrechtlich getroffene Vereinbarungen hinter tariflich geschlossenen Vereinbarungen zurückbleiben, genügt nicht, um eine individuelle Zwangswirkung bei den betroffenen Arbeitnehmern zum Gewerkschaftsbeitritt anzunehmen; dieser Umstand liegt in der Natur der Sache und gehört zu den rechtlich unbedenk-*

lichen Vorzügen eines Gewerkschaftsbeitritts …« (BVerfG NZA **2019**, 112; vgl. auch BVerfGE **31**, 297).

5. Betriebsvereinbarungen

Die Betriebsvereinbarung ist, ähnlich dem Tarifvertrag, ein privatrechtlicher Normenvertrag, der nun aber nicht geschlossen wird zwischen den Tarifparteien, sondern zwischen **Betriebsrat** und **Arbeitgeber**. Die Betriebsvereinbarung gilt als »Gesetz des Betriebes« und wirkt von außen auf die Arbeitsverhältnisse ein, ohne deren Inhalt zu werden (BAG NZA **1990**, 351, 353 f.; *Junker* Rz. 714). In Abgrenzung dazu verpflichten sogenannte »Regelungsabreden« zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat den Arbeitgeber lediglich im Innenverhältnis (BAG AP BetrVG 1972, § 77 Regelungsabrede; GK/*Kreutz* § 77 BetrVG Rzn. 8–22; *Schaub*/*Ahrendt* § 231 Rz. 68). Die entscheidenden Normen sind die §§ 76, 77, 87 und 88 des BetrVG.

> **Beachte:** Da der Inhalt einer Betriebsvereinbarung Normen für Abschluss, Inhalt und Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie überbetriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen setzt (BAG AP BetrVG 1972 § 77 Tarifvorbehalt; BAG-GS AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 46), ergibt sich vielfach eine sachliche Überschneidung mit Regelungen von Tarifverträgen (lies: § 1 Abs. 1 TVG). Aus diesem Grund normiert § 77 Abs. 3 BetrVG zum Schutz der Tarifautonomie eine **Sperrwirkung** für Betriebsvereinbarungen, die sich auf Fragen beziehen, die in einem Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden (ErfKomm/*Kania* § 77 BetrVG Rz. 43). Folglich genügt grundsätzlich die bloße Tarifüblichkeit, um eine Betriebsvereinbarung auszuschließen. Gemäß § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG ist eine Betriebsvereinbarung allerdings trotz bestehender tariflicher Regelung zulässig, wenn der Tarifvertrag eine sogenannte Öffnungsklausel vorsieht (*Schaub*/*Ahrendt* § 231 Rz. 27; *Brox*/*Rüthers*/*Henssler*/*Höpfner* Rz. 271). Etwas Anderes gilt im Bereich der (zwingenden!) Mitbestimmung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten nach **§ 87 Abs. 1 BetrVG**: Danach ist eine Betriebsvereinbarung nur ausgeschlossen, wenn tatsächlich eine tarifliche Regelung besteht und wegen der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers – unabhängig von jener der Arbeitnehmer – Anwendung findet oder finden könnte (ErfKomm/*Kania* § 77 BetrVG Rz. 53 ff.). Die überwiegende Meinung nimmt einen Anwendungsvorrang des § 87 Abs. 1 BetrVG gegenüber § 77 Abs. 3 BetrVG an, sodass die Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten im Sinne des § 87 Abs. 1 BetrVG nicht schon bei bloßer Tarifüblichkeit oder bloß nachwirkender tariflicher Regelung ausgeschlossen ist (sogenannte »Vorrangtheorie«: BAG NZA **2006**, 1285; BAG NZA **1997**, 951; BAG **1996**, 532; *Richardi* in NZA 1992, 961; *Schaub*/*Ahrendt* § 231 Rz. 23; anders aber: *Lieb*/*Jacobs* Rz. 781 ff.; *Waltermann* in RdA 1996, 129; GK/*Wiese* § 87 BetrVG Rz. 48: sogenannte »Zwei-Schranken-Theorie«).

6. Der Arbeitsvertrag

Dass im Wirtschaftsleben – und somit auch in der Arbeitswelt – viele Fragen **vertraglich** geregelt werden, ist selbstverständlicher Ausdruck der Vertragsfreiheit. Diese ist

im Arbeitsrecht allerdings vielfach eingeschränkt (durch Gesetze, Richterrecht, Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen), da der Arbeitnehmer im Vergleich zum Arbeitgeber strukturell schwächer und demzufolge schutzbedürftig ist. Zudem gibt es auf arbeitsvertraglicher Ebene drei besondere Faktoren, die Einfluss auf die Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses gewinnen können:

a) Das sind zunächst die sogenannten **Allgemeinen Arbeitsbedingungen** (ErfKomm/*Preis* § 611a BGB Rz. 232). Dieser Begriff kennzeichnet zum einen die Verwendung von für alle Arbeitnehmer gleichlautenden, vorformulierten vertraglichen Bestimmungen (Einheitsarbeitsvertrag) und zum anderen das Institut der Gesamtzusage, bei der der Arbeitgeber einseitig durch Aushang oder Rundschreiben Regelungen trifft, die für alle Beschäftigten oder eine bestimmte Gruppe gelten sollen. Interessant ist bei Einheitsarbeitsverträgen (seit der Schuldrechtsreform aus dem Jahre 2002) die Klauselkontrolle nach den §§ 305 ff. BGB (vgl. dazu den Fall Nr. 15 weiter unten)

b) Des Weiteren gibt es noch das Institut der **Betrieblichen Übung** (vgl. etwa BAG NZA **2013**, 40), das wir hier allerdings zunächst einmal ein wenig vernachlässigen wollen, um es uns dann im nächsten Fall (Nr. 3) in aller Ausführlichkeit anzusehen.

c) Und zuletzt ist der arbeitsrechtliche (also privatrechtliche, nicht verfassungsrechtliche!) **Gleichbehandlungsgrundsatz** von beachtlicher Bedeutung. Danach ist der Arbeitgeber verpflichtet, bei Maßnahmen, die seiner einseitigen Gestaltungsmacht unterliegen, vergleichbare Arbeitnehmer auch **gleich** zu behandeln; mit anderen Worten: Eine Differenzierung darf nicht willkürlich, sondern nur mit sachlichem Grund erfolgen (BAG NZA **2026**, 1033; BAG NZA **2026**, 749; BAG NZA **2009**, 196; *Erman/Edenfeld* § 611 BGB Rz. 219 ff.). Der hauptsächliche Anwendungsfall sind freiwillige, generell gewährte, in der Regel soziale Leistungen (BAG BB **2026**, 1023; BAG NZA **2009**, 27; BAG NZA **2002**, 47; BAG **1999**, 501).

Dieser Gleichbehandlungsgrundsatz hat in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag sogar eine anspruchbegründende Wirkung (unstreitig: BAG NJW **2012**, 699; BAG NJW **2006**, 2875; BAG DB **2002**, 273; NZA **2001**, 782). Sein dogmatischer Ursprung ist gleichwohl nach wie vor umstritten – für eine Herleitung aus **Art. 3 GG:** *Hanau/Adomeit* B II 3: »Ausprägung von Art. 3 GG«; ähnlich auch BAG NZA **1993**, 215; BAG NZA **2010**, 273 und BAG EzA-SD **2012**, Nr 25, 13: »Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz wird inhaltlich durch den Gleichheitssatz bestimmt«; dagegen: MHdB ArbR/*Fischinger* § 9 Rz. 8 ff. Nicht anwendbar ist der Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn es um individuell gestaltete Arbeitsbedingungen geht; da gilt dann der Vorrang der Vertragsfreiheit. Hierzu zählt grundsätzlich der vereinbarte Lohn. Folglich verstoßen beispielsweise teilweise vorgenommene Lohnerhöhungen nur dann gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn sie einseitig generell angeordnet werden (BAG NZA **2001**, 782; BAG NZA **2000**, 1050). Räumlich gesehen ist schließlich unklar, ob der Gleichbehandlungsgrundsatz auch über die Grenzen des Betriebs hinaus (also quasi unternehmensweit) gilt; nach BAG NZA **1999**, 606 »spricht viel dafür«, wobei man zur Begründung heranziehen kann, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz an eine Maßnahme des

Arbeitgebers anknüpft, und der Arbeitgeber ist eben nicht der Betrieb (als arbeitstechnische organisatorische Einheit), sondern das Unternehmen, dem der Betrieb angehört. Dementsprechend gilt der Gleichbehandlungsgrundsatz nach BAG NZA **2009**, 367 »jedenfalls dann, wenn eine verteilende Entscheidung des Arbeitgebers nicht auf einen einzelnen Betrieb beschränkt ist, sondern sich auf alle oder mehrere Betriebe des Unternehmens bezieht«, betriebsübergreifend.

7. Dispositive Gesetze

Neben den zwingenden und den tarifdispositiven Gesetzen, die wir bereits weiter oben kennengelernt haben, gibt es natürlich auch noch »normale« dispositive Gesetze. Dispositive Regelungen enthalten z.B. die §§ 612, 613 und 614 BGB. Diese unterliegen in vollem Umfang der Vertragsgestaltung der Parteien, soll heißen: Man kann im Arbeitsvertrag – oder auch in einer Betriebsvereinbarung – durchaus Abweichendes vorsehen und verstößt damit nicht gegen das Gesetz (ErfKomm/*Preis* § 611a BGB Rz. 261). Die meisten arbeitsrechtlichen Sondergesetze sind allerdings **zwingend**, denn sie sollen ja regelmäßig den Arbeitnehmer schützen und folglich nicht zu seinem Nachteil abgeändert werden können (*Zöllner/Loritz/Hergenröder* § 6 I 2; *Boemke* in NZA 1992, 532).

8. Das Direktionsrecht des Arbeitgebers

Ganz zum Schluss ist das **Direktionsrecht** des Arbeitgebers ebenfalls von Bedeutung bei der Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses. Es wurde im Jahre 2003 in § 106 GewO gesetzlich normiert und gilt nach § 6 Abs. 2 GewO für **alle** Arbeitnehmer. Es ergibt sich aber nach wie vor auch schon aus dem Arbeitsvertrag selbst (vgl. ErfKomm/*Preis* § 611a BGB Rz. 258 und ErfKomm/*Preis* § 106 GewO Rz. 1 ff) und damit auch aus dem neuen § 611a BGB; lies zudem: § 315 BGB. Hierdurch wird die arbeitsvertragliche Pflicht des Arbeitnehmers nach Zeit, Art und Ort konkretisiert (BAG NZA **2012**, 1433; BAG NZA **2001**, 780; BAG NZA **1999**, 384; ErfKomm/*Preis* § 611a BGB Rz. 258; *Schaub/Linck* § 45 Rz. 13 ff.).

1. Pause: So. Das waren jetzt die arbeitsrechtlichen Gestaltungsfaktoren, also die Quellen, die Grundlage der Entscheidungsfindung sein bzw. das Arbeitsverhältnis beeinflussen können. Man sollte diese Gestaltungsfaktoren kennen, auch wenn in kaum einem Fall jemals alle auf einmal einschlägig sein werden. Es handelt sich vielmehr um eine Art »**Checkliste**«, die im Kopf des Klausur- oder Hausarbeitsbearbeiters sein sollte. Leider ist unsere Arbeit damit aber noch lange nicht getan, denn wir müssen jetzt als Nächstes klären, wie die verschiedenen Faktoren zueinanderstehen. **Also**: Verdrängt der Tarifvertrag die Betriebsvereinbarung? Oder geht der Arbeitsvertrag allem vor? Und was ist, wenn der Tarifvertrag oder der Arbeitsvertrag für den Arbeitnehmer ungünstiger ist als etwa die gesetzliche Lage? Die Antworten auf

diese und andere Fragen gibt das Verhältnis der Gestaltungsfaktoren zueinander. Und das geht so:

II. Verhältnis der verschiedenen Gestaltungsfaktoren zueinander

1. Konkurrenz auf verschiedenen Rangstufen

a) Wir haben eingangs erwähnt, dass man die Punkte 1–8 auch als »Rechtsquellenpyramide« bezeichnet. Die Stellung der einzelnen Gestaltungsfaktoren in dieser Pyramide entspricht nun logischerweise auch ihrem Rangverhältnis untereinander: Grundsätzlich gilt für die Konkurrenz von Regelungen verschiedener Ebenen das **Rangprinzip** (ErfKomm/*Preis* § 611a BGB Rz. 261; *Junker* Rz. 85). Das bedeutet beispielsweise, dass in der Regel eine arbeitsvertragliche hinter einer tarifvertraglichen Regelung zurücktritt, da der Tarifvertrag höherrangig ist.

b) Durchbrochen wird dieses Rangprinzip aber vom sogenannten »Günstigkeitsprinzip« (ErfKomm/*Preis* § 611a BGB Rz. 261). Danach gilt eine rangniedrigere Regelung anstelle der ranghöheren für das Arbeitsverhältnis, wenn sie für den Arbeitnehmer günstiger ist. Ausdrücklich normiert ist das für das Verhältnis von tarifvertraglichen zu rangniedrigeren Regelungen in § 4 Abs. 3 2. Alt. TVG (bitte prüfen); es gilt aber ausnahmslos für alle Konkurrenzverhältnisse (BAG AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 17; AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 23; *Brox/Rüthers/Henssler/Höpfner* Rz. 490).

Beachte: Folglich können für manche Bereiche des Arbeitsverhältnisses Regelungen des Arbeitsvertrages Geltung beanspruchen, während für andere Fragen Kollektivregelungen maßgeblich sind. Das ist zulässig – das heißt, der Arbeitnehmer darf sich aus den unterschiedlichen Rechtsquellen »**die Rosinen herauspicken**« – sofern es sich um Fragen handelt, die unterschiedlichen Sachgruppen angehören (sogenannter Sachgruppenvergleich), was z.B. bei Lohn und Urlaub der Fall ist. Das BAG formuliert diesbezüglich, dass man nicht »Äpfel mit Birnen vergleichen« dürfe (BAG NZA **1999**, 887).

c) Problematisch ist allerdings das Verhältnis von vertraglichen Bestimmungen, die auf einer Einheitsregelung, einer Gesamtzusage oder einer Betrieblichen Übung beruhen (s. oben II. 6. a. und b.), zu Betriebsvereinbarungen. Als Grundsatz gilt auch hier das Günstigkeitsprinzip. Fraglich ist jedoch, ob dies auch dann so ist, wenn es sich um **freiwillige Sozialleistungen mit kollektivem Bezug** handelt. Ein typisches Beispiel hierfür sind die Betriebsrenten. Nach einer Auffassung (*Richardi* in NZA 1990, 329) gilt das Günstigkeitsprinzip auch insoweit, sodass Betriebsvereinbarungen nie (einheits-)arbeitsvertragliche Regelungen verschlechtern können. Nach der früheren Rechtsprechung des BAG und einem Teil der Lehre sollte das Günstigkeitsprinzip für solche Fälle aber nicht uneingeschränkt gelten (BAG-GS NZA **1987**, 168; **2000**, 49; BAG **1990**,

816; BAG DB **2002**, 380; ErfKomm/*Kania* § 77 BetrVG Rz. 70 ff.; *Schaub/Ahrendt* § 231 Rz. 37). Die inhaltliche Besonderheit solcher freiwilligen Sozialleistungen, so das BAG, sei gerade ihr kollektiver Bezug. Deshalb sollte der einzelne Arbeitnehmer eine für ihn im Vergleich zu der einheitsarbeitsvertraglichen Regelung verschlechternde Betriebsvereinbarung in diesem Bereich hinnehmen müssen, wenn die Betriebsvereinbarung für die Belegschaft insgesamt nicht ungünstiger war (→ **kollektiver Günstigkeitsvergleich**), also der Dotierungsrahmen, der durch die vertragliche Einheitsregelung geschaffen wurde, insgesamt nicht verringert, sondern nur (zuungunsten einzelner Arbeitnehmer) umverteilt wurde (BAG a.a.O.).

Diese Rechtsprechung hat allerdings durch die Entscheidung BAG NZA **2013**, 916 (bestätigt für die betriebliche Altersversorgung durch BAG NZA-RR **2015**, 371) eine Einschränkung erfahren. Danach macht der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mit der Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen deutlich, dass im Betrieb einheitliche Vertragsbedingungen gelten sollen. Eine betriebsvereinbarungsfeste Gestaltung der Arbeitsbedingungen stünde dem entgegen. Die Änderung und Umgestaltung von betriebseinheitlich gewährten Leistungen wäre nur durch den Ausspruch von Änderungskündigungen möglich. Der Abschluss von betriebsvereinbarungsfesten Abreden würde zudem den Gestaltungsraum der Betriebsparteien für zukünftige Anpassungen von Arbeitsbedingungen mit kollektivem Bezug einschränken. Da Allgemeine Geschäftsbedingungen ebenso wie Bestimmungen in einer Betriebsvereinbarung auf eine Vereinheitlichung der Regelungsgegenstände gerichtet seien, könne aus Sicht eines verständigen und redlichen Arbeitnehmers nicht zweifelhaft sein, dass es sich bei den vom Arbeitgeber gestellten Arbeitsbedingungen um solche handele, die einer Änderung durch Betriebsvereinbarung zugänglich seien. Etwas Anderes soll nur dann gelten, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausdrücklich Vertragsbedingungen vereinbaren, die unabhängig von einer für den Betrieb geltenden normativen Regelung Anwendung finden sollen (BAG NZA **2013**, 916).

> **Tipp**: Die Diskussion über die Bedeutung dieser Entscheidung(en) ist nach wie vor in vollem Gange. Aus meiner Sicht ließe sich eine damit zusammenhängende Prüfungsaufgabe zwar durchaus in eine Klausur »verpacken«, wahrscheinlicher erscheint aber eine Thematisierung im Rahmen von Schwerpunktseminaren. Dann müssen die hierzu vorhandenen – mehrheitlich kritischen – Literaturanmerkungen ausgewertet werden: vgl. etwa *Linsenmaier* in RdA 2014, 336; *Preis/Ulber* in NZA 2014, 6; *Meinel/Kiehn* in NZA 2014, 509; *Hromadka* in NZA 2013, 1061; *Säcker* in BB 2013, 2677; *Junker* Rzn. 732 f.

2. Konkurrenz auf derselben Rangstufe

Auf derselben Rangstufe bestimmt sich das Verhältnis verschiedener Bestimmungen nach dem **Spezialitäts**- und dem **Ordnungsprinzip**. Danach geht die speziellere der allgemeineren Regelung vor (→lex specialis derogat legi generali), während über das Verhältnis zweier nacheinander ergehender Bestimmungen, die in keinem Spezialitätsverhältnis stehen, das Alter entscheidet, sodass die jüngere die ältere Regelung ablöst

(Zeitkollisionsregel: → lex posterior derogat legi priori). Für das Günstigkeitsprinzip ist bei dieser Konkurrenz kein Raum (ErfKomm/*Preis* § 611a BGB Rz. 261).

2. Pause: Auch dieser Teil über das Konkurrenzverhältnis der verschiedenen Gestaltungsfaktoren sollte im günstigsten Fall behalten werden. Es kommt relativ häufig vor, dass Klausuren, zummindest als Nebenschauplatz, eines dieser Verhältnisse zum Thema nehmen; Probleme etwa des Günstigkeitsprinzips sind gängige Klausurmaterie, insbesondere wegen der geschilderten Ausnahmen, auf die die Kandidaten dann auch gerne – vom Prüfer durchaus beabsichtigt! – reinfallen.

So, und ob wir die ganze Sache wirklich kapiert haben, schauen wir uns jetzt im letzten Schritt mal am konkreten Fall an, also:

III. Die Urlaubsansprüche von A, B und M

1. Der Urlaubsanspruch des A

Wir fangen mit A an, weil das schlicht am einfachsten ist, nämlich: Mangels Gewerkschaftszugehörigkeit gilt der (**nicht** für allgemein verbindlich erklärte) Tarifvertrag für den A nicht. Auch sein Arbeitsvertrag enthält keinerlei Regelung des Urlaubs. Folglich gilt für ihn allein die gesetzliche Bestimmung des § 3 Abs. 1 BUrlG (aufschlagen!).

ZE.: Der A hat somit jährlich einen Anspruch auf 24 Werktage. Und das sind unter Hinzuziehung der Bestimmung des § 3 Abs. 2 BUrlG (bitte nachsehen) genau **4 Wochen** Urlaub.

2. Urlaubsanspruch des B

Für den ebenfalls nicht in der Gewerkschaft organisierten B kommen zwei Regelungen in Betracht: Zum einen die Vorschrift des § 3 Abs. 1 BUrlG (24 Werktage), und zum anderen die arbeitsvertragliche Regelung (28 Werktage). Es handelt sich hier um eine Konkurrenz zweier Bestimmungen verschiedenerer Rangstufen, für die – wie wir jetzt wissen – grundsätzlich das Rangprinzip gilt. **Finte**! Da aber die rangniedrigere Regelung des Arbeitsvertrags günstiger ist, greift insoweit das **Günstigkeitsprinzip**. Ausschlaggebend ist damit der Arbeitsvertrag.

ZE.: B hat folglich einen Urlaubsanspruch von 28 Werktagen.

3. Urlaubsanspruch der M

Die meisten konkurrierenden Regelungen bestehen im Hinblick auf die gewerkschaftszugehörige M: Gesetzlich sind es 24 Werktage Urlaub, vertraglich sind es 32 Werktage und tarifvertraglich schließlich 30 (und früher 34 Werktage). Die vertragliche Regelung ist zwar rangniedriger, aber sichtbar günstiger als die gesetzliche. Auch die ranghöhere tarifvertragliche Regelung ist ungünstiger als der Arbeitsvertrag. Zwar