

Inhaltsverzeichnis

Einführung	17
I. Problemaufriss	17
II. Gang der Untersuchung	19

Teil I

Bestandsaufnahme: Rechtsgrundbegründung und -losigkeit	21
A. Begründungstatbestände eines Arbeitsverhältnisses	21
I. Vorab: Begründungstatbestand und Arbeitsverhältnis	22
II. Begründung durch Vertragsschluss	23
1. Arbeitsvertrag, § 611a BGB	24
2. Fehlerhaftes Arbeitsverhältnis	26
a) Faktische Vertragsverhältnisse	27
aa) Lehre der faktischen Vertragsverhältnisse	27
bb) Ablehnung der Eingliederungstheorie	28
cc) Fehlerhafte Arbeits- und Gesellschaftsverhältnisse	30
b) Beschäftigung im fehlerhaften Arbeitsverhältnis	31
aa) Relative Gesetzesgrenzen	33
bb) Absolute Gesetzesgrenzen	34
3. Abschlussgebote	34
a) Vertragliche Vereinbarung und gesetzliche Vorgabe	35
b) Der allgemeine Wiedereinstellungsanspruch	36
III. Begründung durch einseitige Erklärung	38
1. § 78a Abs. 2 BetrVG, § 56 Abs. 2 BPersVG und Landesgesetze	38
2. § 102 Abs. 5 BetrVG, § 85 Abs. 2 BPersVG und Landesgesetze	39
IV. Begründung durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes	41
1. § 10 AÜG	42
2. § 613a BGB	43
3. § 324 UmwG	44
4. § 625 BGB	44
5. § 15 Abs. 6 TzBfG	46
6. § 24 BBiG und spezielle Berufsausbildungsverhältnisse	47
7. § 1922 Abs. 1 BGB	48

8. Art. 12a Abs. 3 GG i. V. m. § 10 ArbSG	48
B. Rechtsgrundlosigkeit im Arbeitsrecht	49
I. Beschäftigung außerhalb des Schutzes der Rechtsordnung	49
1. Absolute Gesetzesgrenzen anhand von Beispielen	50
a) Verbotene Beschäftigung oder unerlaubter Tätigkeitsinhalt	50
b) Schutzbedürftigkeit und Schutzunwürdigkeit	51
2. Rechtsgrundlosigkeit als gewollte Rechtsfolge	53
II. Erzwungene Prozessbeschäftigung nach wirksamer Kündigung	54
1. Kompakt: Der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch	54
a) Entstehungsgeschichte	54
aa) 1955: BAG und der allgemeine Beschäftigungsanspruch	54
bb) Vor 1985: Debatte um Weiterbeschäftigungsanspruch	56
cc) 1985: Der Beschluss des <i>Großen Senats</i>	58
dd) Heute: Der Anspruch ist Rechtswirklichkeit	59
b) Prozessuales und Vollstreckung	60
2. Prozessbeschäftigungsverhältnisse mit Rechtsgrund	62
a) Bei unwirksamer Kündigung	62
b) Neues Arbeitsverhältnis durch § 625 BGB	62
c) Freiwillige Prozessbeschäftigung	64
aa) Abschluss eines neuen, zweckbefristeten Vertrages	65
bb) Fortsetzung des gekündigten Arbeitsverhältnisses	66
cc) Tatsächliche Natur	67
3. Erzwungene Prozessbeschäftigung bei wirksamer Kündigung	68
a) Argumente der bereicherungsrechtlichen Lösung	70
aa) Rechtsgrundlosigkeit sei interessensgerecht	70
bb) Alternativlosigkeit der Rechtsgrundlosigkeit	72
b) Praktische Relevanz der erzwungenen Prozessbeschäftigung	73
III. Weitere Erscheinungen der erzwungenen Prozessbeschäftigung	74
1. Änderungskündigungsschutzklage	75
2. Befristungs-/Bedingungskontrollklage gem. § 17 TzBfG	75
3. Gerichtliche Überprüfung eines Aufhebungsvertrages	76
4. Streitigkeiten über gesetzliche Begründungsvoraussetzungen	76
5. Antrag gem. § 78a Abs. 4 BetrVG und § 56 Abs. 4 BPersVG	77
IV. Rechtzeitiger Arbeitgeberwiderspruch nach Weiterarbeit	80
V. Ergebnis und weiteres Vorgehen	82

Teil 2

Grundbegriffe: Rechtsgrund und Beschäftigung	84
A. Begriff des Rechtsgrundes und maßgebliches Verständnis	84
I. Ausgangslage: Rechtsgrund- und <i>causa</i> -Begriff	84
II. Die <i>causae</i> der Verträge	86
1. Römisches Recht: <i>causae obligationum</i>	87
a) <i>Pacta nuda</i> und einklagbare <i>contractus</i>	87
b) Anerkannte <i>contractus</i> und ihre <i>causa</i>	88
c) Konsensualkontrakt und <i>locatio conductio (operarum)</i>	90
2. Glossatoren und Kommentatoren: <i>causa</i> als Seriositätsindiz	92
3. Naturrecht: <i>causa</i> als Austausch- oder Schenkungszweck	95
4. 19. Jahrhundert: Einfluss auf das BGB	98
5. BGB: <i>causa</i> als vereinbarter Rechtsgrund	100
a) <i>Causa</i> als Vertragsvoraussetzung im BGB	101
b) Übertragung auf das Arbeitsrecht	102
III. Der rechtliche Grund im Sinne der §§ 812 ff. BGB	104
1. Römisches Recht: <i>causa</i> und <i>condictio</i>	104
2. Glossatoren und Kommentatoren: <i>causa finalis</i>	106
3. 19. Jahrhundert: Voraussetzungslehre und Zweckerreichung	107
4. BGB: Rechtsgrundverständnis und rechtlicher Grund	110
a) Eingrenzung: Maßgebliche Kondiktion im Arbeitsrecht	110
b) Objektive Rechtsgrundtheorie	112
aa) Allgemein: Kausalverhältnis als Rechtsgrund	112
bb) Übertragung auf das Arbeitsrecht	114
(1) Kausalvertrag ist nur Begründungstatbestand	114
(2) Objektive Theorie und das Arbeitsverhältnis	115
c) Subjektive Rechtsgrundtheorie	115
aa) Allgemein: Erreichung des zuvor vereinbarten Zweckes	115
bb) Übertragung auf das Arbeitsrecht	117
d) Fazit: Arbeitsverhältnis als rechtlicher Grund	120
IV. Ergebnis: Arbeitsrechtlicher Rechtsgrund	120
B. Begriff arbeitsrechtlicher Beschäftigung	120
I. Beschäftigung im allgemeinsprachlichen Verständnis	121
1. Allgemeines Sprachverständnis der Beschäftigung	121
2. Bewertung anhand der juristischen Fachsprache	122
II. Beschäftigung im Sozialversicherungsrecht und Steuerrecht	124
1. Sozialversicherungsrecht	124
2. Steuerrecht	125
3. Fazit: Keine unmittelbare Übertragung	126

III. Der Beschäftigungsbegriff im Arbeitsrecht	127
1. Arbeitsrechtliche Legaldefinitionen des Beschäftigten	127
2. Systematisches Verständnis im Arbeitsrecht	129
3. Beschäftigung in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung	130
4. Fazit: Eigenständiger Begriff und tatsächliches Element	131
IV. Ergebnis: Arbeitsrechtliche Beschäftigung	132
1. Definition arbeitsrechtlicher Beschäftigung	132
2. Beschäftigungsverhältnis und Beschäftigter	132
a) Arbeitsverhältnis und Beschäftigungsverhältnis	133
b) Arbeitnehmer und Beschäftigter	133
aa) Nationaler Arbeitnehmerbegriff und Rechtsgrund	134
bb) Europäischer Arbeitnehmerbegriff und Rechtsgrund	134
cc) Fazit: Arbeitnehmer ist Beschäftigter plus Rechtsgrund	135

Teil 3

Arbeitsrechtliche Beschäftigung und ihre Relevanz	137
A. Die Grundrechte im Arbeitsrecht	137
I. Die Geltung der Grundrechte im Arbeitsrecht	138
1. Grundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat	138
2. Grundrechte als Schutzpflichten des Staates	139
a) Anerkannter Schutzauftrag der Grundrechte	139
b) Untermaßverbot	140
3. Drittwirkung der Grundrechte in Privatrechtsverhältnissen	142
a) Keine unmittelbare Drittwirkung	142
b) Grundgesetz als Werteordnung – mittelbare Drittwirkung	143
II. Folgen für die Arbeitsgesetzgebung und -gerichtsbarkeit	144
1. Der Grundsatz praktischer Konkordanz	145
2. Spielraum zwischen Über- und Untermaßverbot	146
3. Vorrang des Gesetzgebers	146
B. Das Beschäftigungsinteresse des Beschäftigten	147
I. Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1 GG	148
II. Art. 1 Abs. 1 GG	149
III. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG	151
1. Das ideelle Beschäftigungsinteresse	152
a) Persönlichkeitsentwicklung und -entfaltung	153
b) Soziale Stellung und Anerkennung	155
c) Eigene Fähigkeiten und Kenntnisse	157
2. Fazit: Das ideelle Interesse	158

IV. Art. 12 Abs. 1 GG	159
1. Das materielle Beschäftigungsinteresse	160
a) Erwirtschaftung einer Existenz- und Lebensgrundlage	160
b) Bestätigung des ideellen Interesses und soziale Teilhabe	161
2. Vertragsfreiheit und Schutz vor Zwang	163
3. Fazit: Das „Muttergrundrecht“ der Beschäftigung	164
V. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG	165
1. Schutz der psychischen Gesundheit im Beschäftigungskontext	165
a) Statistik: Steigende Bedeutung psychischer Krankheiten	166
b) Psychische Gesundheit und Beschäftigungslosigkeit	167
c) Psychische Gesundheit während einer Beschäftigung	168
2. Schutz vor Gefahren aus der Arbeitgebersphäre	169
3. Fazit: Das gesundheitliche Interesse	170
VI. Ergebnis: Gewichtiges Interesse und Gesamtbetrachtung	170
C. Das Beschäftigungsinteresse des Arbeitgebers	171
I. Unternehmerische Freiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG	172
1. Ressource Arbeit und Förderung des Betriebszweckes	173
2. Soziale Eingliederung und Betriebsfrieden	175
3. Vertrags- und Dispositionsfreiheit	176
II. Ergebnis: Das (entgegenstehende) Interesse des Arbeitgebers	178
D. Arbeitsrecht als staatliche Reaktion auf den Interessenskonflikt	179
I. Ursprünglicher Parteiwille als äußere Grenze	180
II. Kräfteungleichgewicht und sein Ausgleich	181
1. Machtgefälle im Arbeitsrecht	182
2. Staatliche Ausgleichsmechanismen	183
a) Verfassungsrechtlich veranlasste Rechte und Pflichten	183
b) Kräfteausgleich durch kollektives Arbeitsrecht	184
III. Ergebnis	185

Teil 4

Der Rechtsgrund als Fundament des Arbeitsrechts	186
A. Grundlage beschäftigungstypischer Pflichten	186
I. Synallagmatische Verknüpfung der Hauptleistungspflichten	187
II. Arbeitspflicht des Beschäftigten und Weisungsgebundenheit	188
1. Arbeitsleistungspflicht	188
a) Alleinstellungsmerkmal des Arbeitsverhältnisses	189
b) Verpflichtung nur im bestehenden Arbeitsverhältnis	190

2. Weisungsgebundenheit und Weisungsrecht	190
a) Beschäftigung selbst	191
b) § 106 GewO	192
c) Arbeitsvertrag	193
d) Arbeitsleistungspflicht	193
e) Arbeitsverhältnis	194
f) Fazit	195
III. Vergütungspflicht des Arbeitgebers	196
1. Anknüpfung an gesetzliche Entgeltregelungen	196
a) Gesetzliche Mindestvergütung am Beispiel des MiLoG	196
b) § 612 BGB	197
2. Keine Äquivalenz von Vergütung und Wertersatz	197
IV. Fazit: Rechtliche Erfassbarkeit der Beschäftigung	200
B. Einfallstor kollektivarbeitsrechtlicher Regelungen	201
I. Gestaltungsfunktion der Kollektivverträge	201
II. Wirkungsweise der Kollektivverträge	202
1. Tarifverträge	202
2. Betriebsvereinbarungen	202
C. Persönliche Prägung und ihr Ausfluss auf Arbeitgeberpflichten	203
I. Persönliche Prägung des Arbeitsverhältnisses	204
1. Kein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis	204
a) Neuausrichtung des Arbeitsverhältnisses bei v. Gierke	205
b) Die historische Vorbelastung durch die NS-Zeit	206
c) Fazit: Überholte Begrifflichkeit	208
2. Ein von der Persönlichkeit geprägter Rechtsgrund	209
a) Meinungsstand	210
aa) Ablehnende Stimmen	210
bb) Differenzierende Stimmen	210
cc) Stets bejahende Stimmen	211
b) Stellungnahme	213
II. Besondere arbeitsrechtliche Nebenpflichten	215
1. Qualifizierte Nebenpflichten gem. § 241 Abs. 2 BGB	215
a) § 241 Abs. 2 BGB und mittelbare Grundrechtswirkung	215
b) Ablehnung sogenannter Fürsorge- und Treuepflichten	216
2. Rechtsgrund als Grundlage des Beschäftigungsanspruches	219
III. Konkretisierung qualifizierter Pflichten im Arbeitsrecht	220
D. Effektive Umsetzung des Arbeitsschutzrechts	221
I. Interessen am Arbeitsschutz und Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG	221

II. Drei Dimensionen des Arbeitsschutzrechts	223
1. Öffentlich-rechtliche Dimension	223
a) Öffentlich-rechtliche Pflicht des Arbeitgebers	223
b) Subjektives Beschwerderecht gem. § 17 ArbSchG	226
2. Kollektivarbeitsrechtliche Dimension	227
3. Individualarbeitsrechtliche Dimension	227
a) Transformation öffentlich-rechtlicher Regelungen	228
aa) Praktische Relevanz des § 618 BGB	229
bb) Rechtsgrundbezogene Anwendungsbereiche	230
b) § 618 BGB und subjektive Rechte des Arbeitnehmers	231
aa) Erfüllungsanspruch	232
bb) Leistungsverweigerungsrecht	233
cc) Schadensersatzanspruch	235
dd) Europarechtskonforme Auslegung	236
c) Weitere subjektive Rechte des Arbeitsschutzes	237
E. Geltung des individualarbeitsrechtlichen Sozialschutzes	238
I. Urlaub am Beispiel des Erholungsurlaubs nach dem BUrlG	239
II. Entgeltfortzahlungsansprüche	241
1. Interessenlage und Existenzsicherungsfunktion	241
2. Rechtsgrundabhängigkeit	244
a) Arbeitsverhältnis als Grundvoraussetzung	244
b) Entfallende Arbeitsleistungspflicht als Anknüpfung	245
III. Kündigungsschutz	246
IV. Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleiches	247
V. Fazit: Kein Arbeitnehmer- und Sozialschutz ohne Rechtsgrund	250
F. Ergebnis: Ohne Rechtsgrund kein Individualarbeitsrecht	252

Teil 5

Befriedigung des Rechtsgrundbedürfnisses	254
A. <i>De lege lata</i> : Keine Befriedigungsmöglichkeit	254
I. Erzwungene Prozessbeschäftigung	254
1. Rechtsgrund durch Vertragsschluss	255
a) Fortgeltung des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses	255
aa) Argumentation der Befürworter	255
bb) Ablehnung der Vorschläge	257
(1) Gegen die konkreten Begründungsmodelle	257
(2) Gegen die Fortsetzung als solche	259

b)	Begründung eines neuen Arbeitsverhältnisses	260
aa)	Argumentation des Befürworters	261
bb)	Ablehnung des Vorschlags	261
(1)	Gegen die Ersetzung des Willens	261
(2)	Gegen Begründung eines neuen Vertrages an sich	262
c)	Fehlerhaftes Arbeitsverhältnis	263
aa)	Argumentation der Befürworter	264
(1)	Ersetzung des Arbeitgeberwillens	264
(2)	Unbeachtlichkeit des Willens	266
bb)	Ablehnung der Vorschläge	268
(1)	Gegen die Ersetzung des Arbeitgeberwillens	269
(2)	Gegen die Unbeachtlichkeit des fehlenden Willens	269
d)	Fazit: Vertragsschluss setzt Arbeitgeberwillen voraus	273
2.	Rechtsgrund durch einseitige Erklärung	273
a)	Analogie zu oder Anlehnung an § 102 Abs. 5 BetrVG	273
aa)	Begründung der Befürworter	273
(1)	Analogie	274
(2)	Rechtsfortbildung anhand der Rechtsfolgen	275
bb)	Ablehnung der Vorschläge	275
b)	Fazit: Keine Anlehnung an § 102 Abs. 5 BetrVG möglich	279
3.	Rechtsgrund durch oder aufgrund eines Gesetzes	279
a)	Quasivertragliches Schuldverhältnis als Nachwirkung	279
aa)	Ansatz und Begründung	279
bb)	Ablehnung des Vorschlags	280
b)	Restriktion und Extension gesetzlicher Vorschriften	282
aa)	Ansatz und Begründung	282
bb)	Ablehnung des Vorschlags	283
c)	Fazit: Keine Aufwertung des Nachstadiums	285
4.	Sonstige Vorschläge	285
a)	Weiterbeschäftigungsurteil als Rechtsgrund	285
b)	Weiterbeschäftigungsverhältnis als Rechtsgrund	286
c)	Rechtsgrund durch Eingliederung	287
d)	Fazit: Vorschläge dogmatisch unhaltbar	289
5.	Ergebnis: Unbefriedigtes Rechtsgrundbedürfnis	289
II.	Weiterarbeitsphase bis Arbeitgeberwiderspruch	290
B. <i>De lege ferenda</i> :	Gesetzgebung aufgrund der Schutzpflichten	291
I.	Vorab: Untermaßverbot als unkonkretes Gebot	292
1.	Das Untermaßverbot nach Canaris	292
2.	Die Etablierung in der Folgezeit	293

3. Kein festes Prüfprogramm, aber feste Vorfrage	295
a) Vertretene Prüfprogramme	295
b) Schutzgut und Schutzwürdigkeit	297
aa) Betroffene Rechtsgüter	297
bb) Schutzbedürftigkeit	298
(1) Arbeitnehmergleiche Schutzbedürftigkeit	298
(2) Schutzbedürftigkeit durch Rechtsunsicherheit	299
(3) Gefährungsgrad und Beschäftigungsdauer	299
II. Unterschreitung: Das Untermaß im Individualarbeitsrecht	300
1. Garantierte Mindestvergütung und Existenzsicherung	302
a) Leitlinie in Rechtsprechung und Literatur	302
aa) Mindestvergütung für erbrachte Arbeitsleistung	302
bb) Wirtschaftliche Absicherung nach Arbeitsverhältnis	303
b) Übertragung auf rechtsgrundlose Beschäftigung	306
aa) Kein garantierter Mindestvergütungsanspruch	306
bb) Rückabwicklungsschwierigkeiten	306
cc) Keine Kompensation durch Arbeitslosengeld	309
2. Zwingender Mindestarbeits- und Sozialschutz	310
a) Leitlinie in Rechtsprechung und Literatur	310
aa) Mindestarbeitsschutz	310
bb) Mindestsozialschutz	312
cc) Mindestbestandsschutz	314
b) Übertragung auf rechtsgrundlose Beschäftigung	318
aa) Kein effektiver Arbeitsschutz	318
bb) Arbeitsrechtlicher Sozialschutz unanwendbar	319
cc) Mindestbestandsschutz konkretisiert Untermaß	320
3. Ineffektive Maßnahmen – Unterschreitung des Untermaßes	321
a) Defizite des Gesetzgebers	322
b) BAG zur erzwungenen Prozessbeschäftigung	323
aa) Reduzierung auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG	324
(1) Ausgangslage des Beschäftigungsanspruches	325
(2) Ausgangslage des Weiterbeschäftigungsanspruches	325
(3) Fazit: Keine schlichte Weiterentwicklung	326
bb) Zurückdrängung des Art. 12 Abs. 1 GG	328
cc) Nichtbeachtung des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG	330
dd) Fazit: Fehlende Gesamtbetrachtung durch das BAG	331
III. Verpflichtung: Gesetzgeber muss tätig werden	332
1. Gesetzgeber als Primäradressat und Gesetzesvorbehalte	332
2. Weiter Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum	333
a) Freiheit im „Wo“	334

b) Freiheit im „Wie“ 335

c) Freiheit im „bis wohin“ – Beachtung des Übermaßverbotes 336

d) Fazit: Begrenzter Spielraum 339

IV. Ergebnis: Rechtsgrundbedürfnis muss befriedigt werden 340

Teil 6

Zusammenfassung und Ergebnis 341

A. Zusammenfassung 341

B. Ergebnis 344

Literaturverzeichnis 346

Stichwortverzeichnis 381