

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 199

**Regelungsgehalt des
Maßregelungsverbots gem.
§ 612 a BGB**

Von

Frauke Wilken



Duncker & Humblot · Berlin

FRAUKE WILKEN

Regelungsgehalt des Maßregelungsverbots
gem. § 612 a BGB

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 199

Regelungsgehalt des
Maßregelungsverbots gem.
§ 612 a BGB

Von

Frauke Wilken



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Wilken, Frauke:

Regelungsgehalt des Maßregelungsverbots gem. § 612 a BGB

Frauke Wilken. – Berlin : Duncker und Humblot, 2001

(Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht ; Bd. 199)

Zugl.: Göttingen, Univ., Diss., 2000/2001

ISBN 3-428-10535-4

Alle Rechte vorbehalten

© 2001 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Selnow Verlagsservice, Berlin

Druck: Color-Druck Dorfi GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0227

ISBN 3-428-10535-4

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☹

Vorwort

Die Arbeit hat der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen im Wintersemester 2000/2001 als Dissertation vorgelegen. Sie ist für die Drucklegung an einigen Stellen geringfügig geändert worden. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Februar 2001 berücksichtigt.

Die Arbeit an dieser Dissertation läßt sich nicht allein auf eine wissenschaftliche Tätigkeit reduzieren, sondern ist vielmehr ein Teil meines Lebens, den ich mit vielen Menschen verbinde, die hier genannt sein sollen.

Mein herzlicher Dank gilt dabei zunächst meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Hansjörg Otto, der mich durch die Beschäftigung als wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl forderte und förderte. Von dieser Tätigkeit habe ich nicht nur in fachlicher Hinsicht profitiert, vielmehr hat die harmonische Atmosphäre an seinem Lehrstuhl ganz erheblich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Darüber hinaus danke ich Frau Prof. Dr. Barbara Veit für die besonders zügige und aufschlußreiche Erstellung des Zweitgutachtens.

Daneben möchte ich mich bei Prof. Dr. Roland Schwarze bedanken, der meinen Blick auf das Maßregelungsverbot des § 612 a BGB lenkte und mein Interesse dafür weckte. Herrn Privatdozent Dr. Rüdiger Krause sei gedankt für unzählige Anregungen und seine ständige Gesprächsbereitschaft.

Danken möchte ich darüber hinaus all denen, die in unterschiedlicher Weise zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben. Dies sind zum einen meine Eltern, die mir stets alles zutrauen und mich dadurch auch während der Doktorarbeit unterstützten. Zu nennen sind desweiteren Heiko Holste, Susanne Fracke, Annusch Barthen und Daniela Stiegel, die Korrektur gelesen haben und immer ein offenes Ohr für meine Erwägungen zum Maßregelungsverbot hatten. Die Gespräche mit ihnen haben mir nicht nur geholfen, so manchen „juristischen Knoten“ zu lösen, sondern mich dann – wenn es nötig war – zum Weitermachen motiviert.

Schließlich gilt mein besonderer Dank meinem Mann Marco, der zusammen mit mir die Höhen und vor allem die Tiefen der Bearbeitungszeit durchgestanden hat. Ihm ist diese Arbeit gewidmet.

Göttingen, im März 2001

Frauke Wilken

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	21
-------------------------	----

Erster Teil

Entstehungsgeschichte und Zielsetzung des gesetzlichen Maßregelungsverbots des § 612 a BGB	24
---	----

§ 1 Entstehungsgeschichte des § 612 a BGB	24
I. Die EG-Richtlinien 75/177/EWG und 76/207/EWG	24
II. Regelungsgehalt der EG-rechtlichen Vorgaben	25
III. Umsetzung ins innerdeutsche Recht	26
1. Erweiterungen des Schutzbereichs	26
2. Bedürfnis für die Regelung des § 612 a BGB?	29
§ 2 Zielsetzung des § 612 a BGB	30
I. Inhaltliche Zielsetzung	30
II. Rechtliche Einordnung des § 612 a BGB	33
1. Rechtliche Einordnung in den Zusammenhang von Diskriminierungs- und Benachteiligungsverboten	33
2. Verhältnis des § 612 a BGB zu den Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB ..	34

Zweiter Teil

Inhaltlicher Regelungsgehalt des § 612 a BGB	38
---	----

§ 3 Rechte des Arbeitnehmers i. S. des § 612 a BGB	38
I. Systematische Differenzierung des Rechtsbegriffs	39
1. Subjektive Rechte	39
a) Definition des subjektiven Rechts	40
b) Einteilung der subjektiven Rechte	43
c) Struktur der subjektiven Rechte	45
2. Normenschutz	48
a) Begriff und Struktur des Normenschutzes	48
b) Normenschutz im Arbeitsrecht?	50
c) Vergleichbare Verhaltenspflichten im Arbeitsrecht	53
aa) Allgemeiner arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz	53
bb) Verbot der Geschlechtsdiskriminierung	54
3. Rechtspositionen	55
4. Zusammenfassung der Rechtsarten	57

II. Subjektive Rechte des Arbeitnehmers als Rechte i. S. des § 612 a BGB	58
1. Subjektive Rechte des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber aus dem Arbeitsverhältnis	58
a) Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis	59
b) Sonstige subjektive Rechte aus dem Arbeitsverhältnis	62
2. Subjektive Rechte des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber unabhängig vom Arbeitsverhältnis	64
a) Beispielsfälle	64
b) Subjektive Rechte unabhängig vom Arbeitsverhältnis als Rechte i. S. des § 612 a BGB	65
3. Grundrechte als subjektive Rechte	67
a) Rechtsqualität der Grundrechte als subjektive Rechte	68
b) Wirkung der Grundrechte im Arbeitsverhältnis	69
c) Grundrechte mit unmittelbarer Drittwirkung als Rechte i. S. des § 612 a BGB	72
aa) Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG	72
(1) Gehalt und Träger des Grundrechts	72
(2) Bedeutung für § 612 a BGB	74
bb) Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG	78
cc) Art. 48 Abs. 2 GG	79
d) Grundrechte ohne unmittelbare Drittwirkung als Rechte i. S. des § 612 a BGB	80
aa) Begründungsansätze für eine Einbeziehung	81
bb) Einschränkung bezüglich der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG	83
cc) Folgen der Einbeziehung der speziellen Grundrechte	85
dd) Beispielsfälle	89
(1) Meinungsäußerungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG als Recht i. S. des § 612 a BGB	89
(2) Glaubens- und Gewissensfreiheit gem. Art. 4 Abs. 1 GG als Recht i. S. des § 612 a BGB	90
e) Zwischenergebnis zu den subjektiven Rechten des Arbeitnehmers	91
III. Geltendmachung von Normenschutz und vergleichbaren Verhaltenspflichten .	92
1. Berufung auf das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung als Recht i. S. des § 612 a BGB	93
2. Berufung auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz als Recht i. S. des § 612 a BGB	95
3. Ergebnis zu normerschützenden Verhaltenspflichten	96
IV. Rechtspositionen als Rechte i. S. des § 612 a BGB	97
1. Darstellung des Problems am Beispiel der Nichtarbeit wegen Arbeitsunfähigkeit	97
a) Rechtliche Einordnung der Nichtarbeit aufgrund von Arbeitsunfähigkeit	98
b) Ergebnis zur Einordnung der Nichtarbeit bei Arbeitsunfähigkeit	101
2. Begründungsansätze für eine Einbeziehung der Rechtspositionen	101
3. Ergebnis zur Einbeziehung der Rechtspositionen	104
4. Ablehnung einer Vertragsänderung als Rechtsausübung i. S. des § 612 a BGB	104

§ 4	„Ausüben“ der Arbeitnehmerrechte	107
	I. Ausübung subjektiver Rechte	108
	1. Arten der Geltendmachung	108
	2. Problematik der Ausübung bei automatisch entstehenden Ansprüchen	108
	II. Ausübung bei normschützenden Verhaltenspflichten	110
	III. Ausübung bei Rechtspositionen	110
§ 5	Rechtsausübung in „zulässiger Weise“	111
	I. Anforderungen an die Zulässigkeit der Rechtsausübung	111
	1. Zulässigkeit der Ausübung bei Rechten aus dem Arbeitsverhältnis	112
	2. Zulässigkeit der Ausübung bei Rechten unabhängig vom Arbeitsverhältnis	113
	II. Irrtümliche Annahme eines bestehenden Rechts	114
	1. Spannungsverhältnis zwischen der subjektiven Einstellung des Arbeitnehmers und der Maßnahme des Arbeitgebers	115
	2. Annahme eines überhaupt nicht existierenden Rechts	116
	3. Irrtümliche Annahme des Vorliegens der Voraussetzungen eines grundsätzlich existierenden Rechts	117
	4. Gesamtergebnis in bezug auf die irrtümliche Annahme eines bestehenden Rechts	119
	5. Abgrenzung zwischen der Ausübung eines vermeintlichen Rechts und der Nutzung der rechtsstaatlichen Rechtsschutzgewährleistung	119
§ 6	Erhebliches Verhalten des Arbeitgebers	120
	I. Maßnahme i. S. des § 612 a BGB	121
	II. Vereinbarung i. S. des § 612 a BGB	122
	1. Begriffsbestimmung	122
	2. Regelungsgehalt bzgl. der Rechtsausübung vorangegangener Vereinbarungen	125
	a) Differenzierung hinsichtlich der Art der Vereinbarung	125
	b) Aspekt des Normenvollzugs bei einer aufgrund einer vorangegangenen Vereinbarung erfolgenden Maßnahme	129
	3. Praktische Bedeutung des § 612 a BGB hinsichtlich Vereinbarungen	129
§ 7	Benachteiligung i. S. des § 612 a BGB	130
	I. Formen der Benachteiligung	131
	1. Benachteiligung durch Verschlechterung einer bestehenden Rechtsposition	131
	2. Benachteiligung durch Vorenthaltung von Vorteilen	131
	a) Meinungsstand und Stellungnahme	131
	b) Bestimmung der Benachteiligung ohne Rückgriff auf die Frage der sachlichen Rechtfertigung	134
	II. Ausklammerung geringfügiger Benachteiligungen?	135
	1. Meinungsstand	135
	2. Stellungnahme	137
§ 8	Notwendiger Zusammenhang zwischen Benachteiligung und Rechtsausübung	140
	I. Grundvoraussetzung: Kausalität	140
	II. Über die Kausalität hinausgehende Anforderung an den Zusammenhang zwischen Benachteiligung und Rechtsausübung	141

1. Erfordernis einer subjektiven Komponente – Rechtsausübung des Arbeitnehmers als tragender Beweggrund	141
2. Ausreichen einer objektiven Kausalität	142
3. Unterschiedliche Anforderungen an den notwendigen Zusammenhang bei den verschiedenen Formen der Benachteiligung	143
4. Stellungnahme	144
a) Erfordernis einer subjektiven Komponente	144
b) Anforderungen an die subjektive Komponente	147
c) Resümee	150
III. Inhalt des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes im Verhältnis zu § 612 a BGB	151
1. Tatbestandliche Betroffenheit beider Rechtsinstitute bei der Vorenthaltung von Vorteilen	151
2. Verknüpfung beider Rechtsinstitute in Rechtsprechung und Lehre	152
a) § 612 a BGB konkretisiert durch den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz	152
b) Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz konkretisiert durch § 612 a BGB	153
c) Strikte Trennung der Rechtsinstitute	153
3. Struktur des Gleichbehandlungsgrundsatzes	154
a) Zulässiges Differenzierungsziel	155
aa) Nichtausübung eines Rechts der Arbeitnehmer als alleiniger Differenzierungszweck	156
bb) Anknüpfung an einen Umstand im Zusammenhang mit der Rechtsausübung	157
b) Gruppenabgrenzung entsprechend dem zulässigen Differenzierungsziel	157
c) Abweichende normative Betrachtung bei zwingender objektiver Kongruenz zwischen Differenzierungsziel und zulässiger Rechtsausübung	158
4. Ergebnis zur Frage der Verknüpfung von arbeitsrechtlichem Gleichbehandlungsgrundsatz und zulässiger Rechtsausübung	160
§ 9 Geltungsbereich des § 612 a BGB	161
I. Adressat des § 612 a BGB	161
II. Geschützter Personenkreis	161
1. Persönliche Abgrenzung	161
2. Zeitliche Abgrenzung	162
§ 10 Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 612 a BGB	163
I. § 612 a BGB als Verbotsgesetz i. S. des § 134 BGB	163
1. Nichtigkeit von Rechtsgeschäften und Willenserklärungen	163
2. Folgefragen bei der Nichtigkeit von Kündigungen	164
a) Auflösungsantrag nach § 9 Abs. 1 KSchG	164
b) Berücksichtigung des § 612 a BGB bei der Abfindungshöhe	167
II. Unwirksamkeit einseitiger Leistungsbestimmungen und tatsächlicher Handlungen	168
III. Rechtsfolgen des § 612 a BGB bei verbotswidriger Vorenthaltung von Vorteilen	168

§ 11 Darlegungs- und Beweislast innerhalb des § 612a BGB	171
I. Grundsätzliche Verteilung der Beweislast	171
II. Beweiserleichterung durch Anscheinsbeweis	173
1. Anwendbarkeit des Anscheinsbeweises bei psychischen Vorgängen	173
2. Erfahrungssatz von hinreichender Tragfähigkeit als Voraussetzung der Anwendbarkeit	174
3. Bestimmung der Erfahrungssätze im Bereich des § 612a BGB	175
a) Erfahrungssatz bei der Verschlechterung einer bestehenden Rechtsposition	175
b) Erfahrungssatz bei der Vorenthaltung von Vorteilen	176
aa) Vorprozessuale Darlegungspflicht des Arbeitgebers	176
bb) Bestimmung des Erfahrungssatzes	177
4. Gegenbeweis des Arbeitgebers	178
5. Vergleich mit der Darlegungs- und Beweislast beim arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz	181
§ 12 Verhältnis des § 612a BGB zu anderen Benachteiligungsverboten	182
I. Verfassungsrechtliches Benachteiligungsverbot aus Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG	182
1. Schutzbereich des Benachteiligungsverbots	182
2. Weitere Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG	184
3. Verhältnis des verfassungsrechtlichen Benachteiligungsverbots zu § 612a BGB	185
II. Benachteiligungsverbote in bezug auf die Ausübung von Mitwirkungsrechten	186
1. § 78 S. 2 BetrVG, § 8 BPersVG, § 26 S. 2 MitbestG	186
2. Art. 48 Abs. 2 S. 2 GG als eigenständiges Benachteiligungsverbot	191
3. Besondere Benachteiligungsverbote von Betriebsbeauftragten im Umweltbereich	193
4. Weitere Benachteiligungsverbote im Hinblick auf besondere Mitwirkungsrechte	195
III. Benachteiligungsverbote in bezug auf die Ausübung spezieller anderer Rechte	195
1. § 84 Abs. 3 BetrVG	196
2. § 4 Abs. 3 BeschäftigtenschutzG	198
3. § 17 Abs. 2 ArbSchG	199
4. § 21 Abs. 6 S. 3 GefahrstoffVO	201

Dritter Teil

Hauptanwendungsbereiche und deren spezifische Probleme 203

§ 13 Maßregelungskündigungen	203
I. Maßregelungskündigungen im Zusammenspiel von § 612a BGB und § 1 KSchG	203
1. Sanktionierungsvorsatz als einziges Motiv und einziger objektiver Anknüpfungspunkt	204
a) § 612a BGB im Anwendungsbereich des KSchG	205

b) § 612 a BGB außerhalb des Anwendungsbereiches des KSchG	206
aa) Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes – Regelungsgesamt des § 242 BGB	207
bb) Verhältnis des § 612 a BGB zum KSchG	210
cc) Auswirkungen der Anwendbarkeit des § 612 a BGB außerhalb des KSchG auf den nach § 242 BGB erforderlichen Bestandsschutz	212
2. Sanktionierungsvorsatz als Motiv neben anderen objektiven Anknüpfungspunkten	215
a) Anwendbarkeit des § 612 a BGB in Fällen des Motivbündels?	215
aa) Das Tatbestandsmerkmal des Sanktionierungsvorsatzes als Grundvoraussetzung	216
bb) Sanktionierungsvorsatz als tragender Beweggrund bzw. wesentliches Motiv	218
cc) Unerheblichkeit weiterer Motive bei bestehendem Sanktionierungsvorsatz	218
dd) Stellungnahme	219
(1) Vergleich mit dem Problem einer auf mehrere Kündigungsgründe gestützten Kündigung im Anwendungsbereich des KSchG	219
(2) Vergleich mit dem Problem der Bewertung der Rechtmäßigkeit eines Arbeitskampfes beim Zusammentreffen zulässiger und unzulässiger Ziele	221
(3) Lösung unter Berücksichtigung der Rechtsausübungsfreiheit des Arbeitgebers	221
b) Fälle des Motivbündels im Anwendungsbereich des KSchG	223
c) Fälle des Motivbündels außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG	223
d) Resümee	224
3. Klagfrist bei der Geltendmachung der Nichtigkeit gem. § 612 a BGB	224
II. Beispiele für Maßregelungskündigungen	225
1. Kasuistik der Maßregelungskündigungen	225
2. Kündigung wegen hoher Entgeltfortzahlungskosten als Verstoß gegen § 612 a BGB?	227
a) Berücksichtigung der Entgeltfortzahlungskosten im Rahmen einer krankheitsbedingten ordentlichen Kündigung	227
b) Eingreifen der Zulässigkeitsschranke des § 612 a BGB?	228
aa) Befürwortende Ansicht in der Literatur	228
bb) Ablehnende Ansicht der Rechtsprechung und der h. M.	229
cc) Stellungnahme	230
c) Grundvoraussetzung der Rechtsausübung durch den Arbeitnehmer	231
aa) Anspruch auf Entgeltfortzahlung aus § 3 Abs. 1 EFZG	231
bb) Die bloße Krankheit als Rechtsausübung?	231
cc) Nichtarbeit aufgrund von Arbeitsunfähigkeit als Rechtsausübung i. S. des § 612 a BGB	232
d) Unmittelbarkeitserfordernis zwischen Rechtsausübung und Benachteiligung	232
e) Ergebnis	233
§ 14 Streikbedingte Sonderzuwendungen	233
I. Problemendarstellung	233

II. Außerarbeitskampfrechtliche Bewertung streikbedingter Sonderzuwendungen	235
1. Zulässigkeitsschranken	235
a) § 612 a BGB	235
b) Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz	236
2. Nichtausübung des Streikrechts als alleiniges Differenzierungsziel	237
3. Sonderzuwendung zur Vergütung der normalen, mit jedem Streik für die Nichtstreikenden verbundenen Erschwernisse	238
a) Ausschließliche Anknüpfung an normale Erschwernisse	238
b) Anknüpfung an normale Erschwernisse neben der Belohnung der Nichtausübung des Streikrechts	240
4. Vergütung besonderer Erschwernisse	241
a) Ausschließliche Anknüpfung an besondere Erschwernisse	241
b) Anknüpfung an besondere Erschwernisse neben der Belohnung der Nichtausübung des Streikrechts	244
5. Ergebnis zur außerarbeitskampfrechtlichen Zulässigkeit streikbedingter Sonderzuwendungen	245
III. Arbeitskampfrechtliche Bewertung streikbedingter Sonderzuwendungen	246
1. Ausscheiden arbeitskampfrechtlicher Überlagerung bei nachträglichen Zuwendungen – Beschränkung der Untersuchung auf die Streikbruchprämie	246
2. Streikbruchprämien als Arbeitskampfmittel	249
a) Begriff des Arbeitskampfes	249
b) Subsumtion im Hinblick auf die Streikbruchprämie – Auswirkungen auf den Arbeitskampfbegriff	250
3. Streikbruchprämien als zulässiges Arbeitskampfmittel – Überlagerung der außerarbeitskampfrechtlichen Unzulässigkeit?	251
a) Vorgehensweise in der Rechtsprechung und der Literatur	251
aa) Keine Beeinträchtigung der Parität durch den Einsatz von Streikbruchprämien	253
(1) Grundsatz der Parität	253
(2) Auswirkung der Streikbruchprämien auf die Parität	253
bb) Vergleich mit der Einstellung von Ersatzarbeitskräften im Arbeitskampf – Taktik der „offenen Tür“	255
cc) Streikbruchprämie als Pendant zu dem Einsatz von Streikposten	256
dd) Streikbruchprämien als Gegenstück zu gewerkschaftlichen Unterstützungsleistungen	257
ee) Einsatz von Streikbruchprämien in Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Arbeitskampf	258
b) Kritik an der Vorgehensweise in Rechtsprechung und Literatur	260
aa) Zusammenfassung der Ergebnisse	260
bb) Verhältnis der Arbeitskampfrechtsordnung zur normalen Rechtsordnung – mangelnde Berücksichtigung der außerarbeitskampfrechtlichen Unzulässigkeit	261
4. Überlagerung der einfachrechtlichen Unzulässigkeit nur bei „Notwendigkeit“ des Arbeitskampfmittels	262
a) Ablehnung dieser Vorgehensweise durch die Aufgabe der „Kernbereichsrechtsprechung“?	262
b) Verfassungsunmittelbare Garantie der Streikbruchprämie?	263

aa) Untersuchung der Parität ausgehend von den historisch gewachsenen Arbeitskämpfungsmitteln	264
(1) Paritätslage beim Kampf um einen Verbandstarifvertrag	264
(2) Abweichendes Ergebnis beim Kampf um einen Firmentarifvertrag in einem Außenseiterunternehmen	266
(3) Folge für die Bewertung der Streikbruchprämie	266
bb) Zulässigkeit der Paritätsbestimmung unabhängig von der historischen Entwicklung? – Argument der Kampfmittelfreiheit	267
(1) Bedeutungsgehalt des Grundsatzes der freien Wahl der Arbeitskämpfungsmittel	267
(2) Auswirkungen des Grundsatzes der freien Wahl der Arbeitskämpfungsmittel auf die Bewertungsgrundlage der Parität?	268
c) Ergebnis zur arbeitskampfrechtlichen Zulässigkeit von Streikbruchprämien	270
5. Möglichkeit der Zulassung von Streikbruchprämien durch Gesetz	271
a) Keine Beeinträchtigung der Parität	271
b) Kein Verstoß gegen die kollektive Koalitionsfreiheit	272
c) Resümee	273
IV. Regelungsgehalt tariflicher Maßregelungsverbote	273
1. Historischer Hintergrund tariflicher Maßregelungsverbote	274
2. Gegenstand der Untersuchung	274
a) Beschränkung auf allgemeine tarifliche Maßregelungsverbote	275
b) Auswirkungen auf die Bewertung streikbedingter Sonderzuwendungen	276
3. Rechtliche Einordnung tariflicher Maßregelungsverbote	276
4. Regelungsgehalt allgemeiner tariflicher Maßregelungsverbote im Vergleich zu § 612 a BGB	276
a) Auslegung allgemeiner tariflicher Maßregelungsverbote durch die Rechtsprechung und Literatur	277
aa) Differenzierung nach dem Auszahlungszeitpunkt	277
bb) Weitergehender Regelungsgehalt im Vergleich zu § 612 a BGB	278
cc) Identischer Regelungsgehalt allgemeiner tariflicher Maßregelungsverbote und § 612 a BGB	281
b) Stellungnahme	281
c) Erfassung rechtswidriger Kampfmaßnahmen durch allgemeine tarifliche Maßregelungsverbote	283
d) Schutzwirkung tariflicher Maßregelungsverbote	284
5. Resümee	284
§ 15 Kürzung von Jahressonderzahlungen aufgrund berechtigter Fehlzeiten	284
I. Problemdarstellung und Themenbezug	284
II. Erscheinungsformen der Jahressonderzahlungen	286
1. Differenzierung nach dem verfolgten Zweck	286
a) Arbeitsleistungsbezogene Jahressonderzahlung	287
b) Jahressonderzahlung als Entgelt für Betriebstreue	287
c) Jahressonderzahlung mit Mischcharakter	288
2. Zweckbestimmung	288
III. Zulässigkeit der Kürzung von Jahressonderzahlungen aufgrund der Streikteilnahme der Arbeitnehmer	290

1. Überblick über die Rechtsprechung	290
2. Grundsätzliche Anwendbarkeit der Zulässigkeitsschranke des § 612 a BGB	291
3. Kürzung wegen streikbedingter Fehlzeiten ohne bestehende Kürzungsregelung	292
a) Proportionale Kürzung der Jahressonderzahlung	292
aa) Arbeitsleistungsbezogene Sonderzahlung	293
bb) Entlohnung für Betriebstreue	294
cc) Sonderzahlung mit Mischcharakter	295
b) Überproportionale Kürzung	297
4. Kürzung aufgrund bestehender Kürzungsregelung	298
a) Ausschluß des § 612 a BGB aufgrund des Vollzugs einer vorgegebenen Ordnung?	298
b) Rechtmäßigkeitsprüfung der Kürzungsvereinbarung	299
aa) Ausnahme bei einer Kürzungsregelung im Verbandstarifvertrag	299
bb) Zulässigkeitsschranke des § 612 a BGB für die übrigen Kürzungsvereinbarungen	300
c) Ergebnis	301
5. Auswirkungen tariflicher Maßregelungsverbote	301
a) Allgemeine tarifliche Maßregelungsverbote	302
b) Kampfzeitanrechnungsklauseln	302
6. Auswirkungen von § 4 a EFZG?	303
IV. Zulässigkeit der Kürzung von Jahressonderzahlungen aufgrund krankheitsbedingter Fehlzeiten	304
1. Überblick über die Rechtsprechung	304
2. Rechtslage durch die Einführung des § 4 a EFZG	305
a) Einführung	305
b) Anwendungsbereich und Regelungsgehalt des § 4 a EFZG	306
3. Krankheitsbedingte Kürzung arbeitsleistungsbezogener Jahressonderzahlungen	307
a) Grundsätzliche Anwendbarkeit der Zulässigkeitsschranke des § 612 a BGB	308
b) Kürzung bei krankheitsbedingten Fehlzeiten ohne Entgeltfortzahlung ..	309
c) Kürzung bei krankheitsbedingten Fehlzeiten mit Entgeltfortzahlung	311
4. Krankheitsbedingte Kürzung von Jahressonderzahlungen mit Mischcharakter	312
V. Resümee	314

Vierter Teil

Zusammenfassung und Schlußbetrachtung	315
§ 16 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	315
I. Inhaltlicher Regelungsgehalt des § 612 a BGB	315
II. Hauptanwendungsbereiche und deren spezifische Probleme	320

§ 17 Schlußbetrachtung	322
Literaturverzeichnis	325
Sachwortverzeichnis	341

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
AbgG.	Abgeordnetengesetz
Abl.	Ablage
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
AK	Alternativkommentar
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
AR-Blattei	Arbeitsrechtsblattei
ARSt	Arbeitsrecht in Stichworten
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbPlSchG	Arbeitsplatzschutzgesetz
ArbR d. Gegenw.	Arbeitsrecht der Gegenwart
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
ArbStättVO	Arbeitsstättenverordnung
ArbuR	Arbeit und Recht
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAT-Wert	Biologischer Arbeitsplatztoleranzwert
BB	Betriebsberater
BBiG	Bundesbildungsgesetz
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
Beil.	Beilage
Bem.	Bemerkung
BeschFG	Beschäftigungsförderungsgesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof

BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BK	Bonner Kommentar
Bl.	Blatt
BlStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
BPersVG	Bundespersonalvertretungsgesetz
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
Buchst.	Buchstabe
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
DB	Der Betrieb
d. h.	das heißt
D/K/K	Däubler/Kittner/Klebe, Betriebsverfassungsgesetz
DM	Deutsche Mark
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
EAS	Europäisches Arbeits- und Sozialrecht
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
EFZR	Entgeltfortzahlungsrecht
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
Entsch.	Entscheidung
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
ES	Entscheidungssammlung
etc.	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
F/K/H/E	Fitting/Kaiser/Heither/Engels, Betriebsverfassungsgesetz
FS	Festschrift
GefahrstoffVO	Gefahrstoffverordnung
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GK	Gemeinschaftskommentar
grds.	grundsätzlich
GS	Großer Senat
h. L.	herrschende Lehre

h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
HzA	Handbuch zum Arbeitsrecht
i. E.	im Ergebnis
InsO	Insolvenzordnung
i. S.	im Sinne
i. V. m.	in Verbindung mit
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KR	Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz
krit.	kritischer/kritische
KrW/AbfG	Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KSchR	KündigungsschutzR
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte
LS	Leitsatz
MAK	Maximale Arbeitsplatzkonzentration
m. a. W.	mit anderen Worten
m. E.	meines Erachtens
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
m. M.	Mindermeinung
MünchArbR	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
MüKo	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MuSchG	Mutterschutzgesetz
MTV	Manteltarifvertrag
m. w. Nachw.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
n. F.	neue Fassung
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
o. g.	oben genannt
OLG	Oberlandesgericht
OR	Obligationenrecht (Schweiz)
Pkw	Personenkraftwagen
pVv	positive Vertragsverletzung
RdA	Recht der Arbeit
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RGRK	Reichsgerichtsratekommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite

SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SchR	Schuldrecht
SD	Systematische Darstellung
SGB	Sozialgesetzbuch
SGG	Sozialgerichtsgesetz
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannt
SprAuG	Sprecherausschußgesetz
st.	ständige
StGB	Strafgesetzbuch
s. u.	siehe unten
TierSchG	Tierschutzgesetz
TV	Tarifvertrag
TVG	Tarifvertragsgesetz
TVParteien	Tarifvertragsparteien
TRK	Technische Richtkonzentration
TzBfG	Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge
u. ä.	und ähnliche
u. a.	und andere
Urt.	Urteil
u. U.	unter Umständen
v.	vom/von
Verf.	Verfasser
veröff.	veröffentlicht
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
WHG	Wasserhaushaltsgesetz
z. B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht
z. T.	zum Teil
ZivSchG	Zivilschutzgesetz
zust.	zustimmend
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Einleitung

Das gesetzliche Maßregelungsverbot des § 612 a BGB, das 1980 ins BGB eingefügt worden ist, bestimmt, daß der Arbeitgeber den Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme nicht benachteiligen darf, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt. § 612 a BGB hat in den ersten Jahren nach seiner Normierung ein juristisches „Schattendasein“ geführt. In den Urteilen der Arbeitsgerichtsbarkeit tritt § 612 a BGB erst ab Ende der 80er Jahre in Erscheinung, die allgemeine Kommentierung in der Literatur speziell zu § 612 a BGB war und ist als spärlich zu bezeichnen.¹ Erklären läßt sich das anfängliche Desinteresse nicht zuletzt damit, daß § 612 a BGB zusammen mit §§ 611 a, 611 b, 612 Abs. 3² in das BGB eingefügt wurde. In der regen Diskussion über diese Normen, die der Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes von Männern und Frauen dienen, wurde der Festlegung des Maßregelungsverbots kaum Bedeutung zugemessen,³ vielleicht wurde sie zum Teil auch schlicht übersehen.

Seit Ende der 80er Jahre ist § 612 a BGB allerdings aus dem Schattendasein herausgetreten und in unterschiedlichen arbeitsrechtlichen Bereichen in das Blickfeld des Interesses gerückt: In der Diskussion steht dabei, ob streikbedingte Sonderzuwendungen des Arbeitgebers eine Maßregelung des Arbeitnehmers darstellen und deshalb gegen das gesetzliche und/oder tarifliche Maßregelungsverbot verstoßen.⁴ Zudem ist die Frage aufgetaucht, ob und unter welchen Umständen die Kürzung von Jahressonderzahlungen gegen § 612 a BGB verstößt.⁵ In neuerer Zeit ist darüber hinaus – ausgelöst durch die kurzfristige Erhöhung des Schwellenwerts des KSchG – problematisiert worden, inwieweit ein Kündigungsschutz außerhalb des

¹ Eine etwas ausführlichere Kommentierung zu § 612 a BGB findet sich allein bei Soergel/Raab und ErkK/Preis.

² Abgesehen von den Normen, die der Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes dienen, wurden desweiteren § 613 a Abs. 1 S. 2–4 und § 613 a Abs. 4 zusammen mit § 612 a in das BGB eingefügt.

³ Dies zeigt sich auch an der geringen Menge von Gesetzesmaterialien, die zur Einführung des § 612 a BGB vorhanden sind, vgl. BT-Drs. 8/3317, S. 10, S. 14, S. 16; vgl. dazu 1. Teil § 1 III.

⁴ Ausführlich dazu im 3. Teil § 14; vgl. BAG v. 4.8.1987 – 1 AZR 486/85, AP Nr. 88 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG v. 17.9.1991 – 1 AZR/26/91, AP Nr. 120 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG v. 28.7.1992 – 1 AZR 87/92, AP Nr. 123 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG v. 11.8.1992 – 1 AZR 103/92, AP Nr. 124 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG v. 13.7.1993 – 1 AZR 676/92, AP Nr. 127 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁵ Ausführlich dazu im 3. Teil § 15; vgl. nur BAG v. 26.10.1994 – 10 AZR 482/93, AP Nr. 18 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie.

KSchG bestehen kann. In diesem Zusammenhang wird auch § 612a BGB als Kündigungsschranke thematisiert.⁶

§ 612a BGB wird jeweils im Hinblick auf diese konkreten Fallgruppen behandelt, der dadurch hervorgerufene eingeschränkte Blickwinkel birgt jedoch die Gefahr einer gebietsbezogenen Interpretation des gesetzlichen Maßregelungsverbots in sich. Es fehlt bislang an einer umfassenden allgemeinen Beleuchtung des Maßregelungsverbots,⁷ die gerade aufgrund der weitgestreuten Anwendung der Norm erforderlich ist. Sinn dieser Arbeit ist es daher, den gesamten Regelungsgehalt des gesetzlichen Maßregelungsverbots darzulegen. Nach der Erläuterung der Entstehungsgeschichte und Zielsetzung des § 612a BGB im 1. Teil dieser Arbeit, wird im 2. Teil in den §§ 3–11 der umfassende inhaltliche Regelungsgehalt des § 612a BGB und in § 12 dessen Verhältnis zu anderen Benachteiligungsverboten verdeutlicht.

Betrachtet man die Norm des § 612a BGB zum ersten Mal, erscheint ihr Inhalt Ausdruck einer Selbstverständlichkeit zu sein.⁸ Orientiert am Gerechtigkeitsgedanken drängt sich die Erkenntnis auf, daß eine Benachteiligung unzulässig sein muß, wenn der Arbeitgeber sie allein aufgrund einer zulässigen Rechtsausübung durch den Arbeitnehmer erläßt. Bei näherer Betrachtung des § 612a BGB zeigt sich jedoch die Unhandlichkeit des gesetzlichen Maßregelungsverbots. Die Tatbestandsmerkmale des § 612a BGB sind weit gefaßt und bergen daher zwangsläufig die Gefahr mangelnder Konkretisierung in sich. Die Rechtsfolgen und Anwendungsbereiche des gesetzlichen Maßregelungsverbots hängen aber entscheidend davon ab, wie man die einzelnen Tatbestandsmerkmale auslegt. Von zentraler Bedeutung sind dabei die Fragen, was unter Rechtsausübung i. S. des § 612a BGB zu verstehen ist – vgl. dazu §§ 3 und 4 – und welcher Zusammenhang zwischen der Rechtsausübung und der Benachteiligung vorliegen muß, um von einer Maßregelung i. S. des § 612a BGB sprechen zu können – vgl. dazu § 8. Erst wenn man sich klar gemacht hat, was Rechte i. S. des § 612a BGB sind und wann eine Maßregelung vorliegt, kann sich der Bedeutungsgehalt des gesetzlichen Maßregelungsverbots erschließen.

Aber auch die übrigen Tatbestandsmerkmale wie die „zulässige Weise“ der Rechtsausübung (§ 5), das erhebliche Verhalten des Arbeitgebers (§ 6) und das Vorliegen einer Benachteiligung (§ 7) bedürfen der Klärung, ebenso wie die Frage des Geltungsbereichs des § 612a BGB (§ 9), der Rechtsfolgen eines Verstoßes (§ 10) und der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast (§ 11).

⁶ Vgl. dazu 3. Teil § 13; *Löwisch*, BB 1997, 782 (784); *Oetker*, ArbuR 1997, 41 (46f); *Otto*, in: FS für Wiese, 353 (364); *Preis*, NZA 1997, 1256 (1265 ff).

⁷ Lediglich *Thüsing*, NZA 1994, 728ff, hat sich bislang allgemein und nicht nur beschränkt auf eine Fallgruppe mit § 612a BGB auseinandergesetzt. Allerdings sind auch diese Ausführungen bedingt durch die Kürze des Aufsatzes lückenhaft und behandeln beispielsweise den problematischen Bereich der Darlegungs- und Beweislast nicht.

⁸ Auch in der Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung, BT-Drs. 8/3317, S. 10, wird das Maßregelungsverbot als selbstverständlich bezeichnet.

Bei der Auslegung der Tatbestandsmerkmale muß vor allem die Zielsetzung des § 612 a BGB berücksichtigt werden. Das gesetzliche Maßregelungsverbot ist geprägt vom Gedanken der Freiheitsgewährung für den Arbeitnehmer. Wie im 1. Teil unter § 2 I. zu zeigen sein wird, dient § 612 a BGB dazu, die Willensfreiheit des Arbeitnehmers in bezug auf die Ausübung von Rechten zu schützen, wodurch als Folge auch die Rechtsordnung geschützt wird. Stellt man diesen Schutzgedanken in den Vordergrund, indiziert dies eine weitreichende Auslegung aller Tatbestandsmerkmale. Geht man dagegen davon aus, daß § 612 a BGB lediglich das Ziel verfolgt, den Arbeitnehmer vor dem „bösen“ Arbeitgeber, der den Arbeitnehmer wegen einer zulässigen Rechtsausübung *bestrafen* will, zu beschützen, spricht dies in einem Bereich für eine engere Auslegung des § 612 a BGB: Bei letzterer Sichtweise müßte man § 612 a BGB zumindest in bezug auf das vom Arbeitgeber ausgehende Tatbestandsmerkmal, also den erforderlichen Zusammenhang zwischen Rechtsausübung und Benachteiligung, der die *Maßregelung* ausmacht, einschränkender auslegen.⁹

Nach der Bestimmung des Regelungsgehalts im 2. Teil dieser Arbeit werden im folgenden 3. Teil die Hauptanwendungsbereiche des § 612 a BGB umfassend behandelt. Ein Augenmerk soll dabei insbesondere auf die spezifischen Probleme dieser Fallgruppen gerichtet werden, die im 2. Teil dieser Arbeit noch unberücksichtigt geblieben sind. So stellt sich im Zusammenhang mit den Maßregelungskündigungen (§ 13) die Frage nach dem Verhältnis des § 612 a BGB zum KSchG. Zudem müssen die Auswirkungen mehrerer Kündigungsmotive untersucht werden. Bei der Behandlung der streikbedingten Sonderzuwendungen (§ 14) ist auf die arbeitskampfrechtliche Zulässigkeit solcher Zuwendungen und die Bedeutung tariflicher Maßregelungsverbote einzugehen. Im Zusammenhang mit der Kürzung von Jahressonderzahlungen (§ 15) ist eine Differenzierung nach Art dem Inhalt und Ziel der Zahlungen erforderlich. Zudem bedarf der Regelungsgehalt des § 4 a EFZG der Klärung.

Im 4. Teil dieser Arbeit werden die wesentlichen Ergebnisse zusammengefaßt, um dann in einer Schlußbetrachtung die Erforderlichkeit der gesetzlichen Regelung des § 612 a BGB hervorzuheben.

⁹ Vgl. dazu 2. Teil § 8 II.