

**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

<b>Einleitung</b> .....	21
-------------------------	----

## *Erster Teil*

<b>Entstehungsgeschichte und Zielsetzung des gesetzlichen Maßregelungsverbots des § 612 a BGB</b>	24
---	----

<b>§ 1 Entstehungsgeschichte des § 612 a BGB</b> .....	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
<b>§ 2 Zielsetzung des § 612 a BGB</b> .....	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*

<b>Inhaltlicher Regelungsgehalt des § 612 a BGB</b>	38
---	----

<b>§ 3 Rechte des Arbeitnehmers i. S. des § 612 a BGB</b> .....	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

<b>§ 4</b>	<b>„Ausüben“ der Arbeitnehmerrechte</b> .....	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
<b>§ 5</b>	<b>Rechtsausübung in „zulässiger Weise“</b> .....	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
<b>§ 6</b>	<b>Erhebliches Verhalten des Arbeitgebers</b> .....	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
<b>§ 7</b>	<b>Benachteiligung i. S. des § 612 a BGB</b> .....	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
<b>§ 8</b>	<b>Notwendiger Zusammenhang zwischen Benachteiligung und Rechtsausübung</b> .....	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
<b>III. Inhalt des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes im Verhältnis zu § 612 a BGB .....</b>	<b>151</b>
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
<b>§ 9 Geltungsbereich des § 612 a BGB .....</b>	<b>161</b>
I. Adressat des § 612 a BGB .....	161
II. Geschützter Personenkreis .....	161
1. Persönliche Abgrenzung .....	161
2. Zeitliche Abgrenzung .....	162
<b>§ 10 Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 612 a BGB .....</b>	<b>163</b>
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

<b>§ 11 Darlegungs- und Beweislast innerhalb des § 612 a BGB</b> .....	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 § 612 a 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
<b>§ 12 Verhältnis des § 612 a BGB zu anderen Benachteiligungsverboten</b> .....	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 § 612 a 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

<b>§ 13 Maßregelungskündigungen</b> .....	203
I. Maßregelungskündigungen im Zusammenspiel von § 612 a BGB und § 1 KSchG .....	203
1. Sanktionierungsvorsatz als einziges Motiv und einziger objektiver Anknüpfungspunkt .....	204
a) § 612 a 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
<b>§ 14 Streikbedingte Sonderzuwendungen .....</b>	<b>233</b>
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
<b>§ 15 Kürzung von Jahressonderzahlungen aufgrund berechtigter Fehlzeiten .....</b>	<b>284</b>
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*

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



<b>§ 17 Schlußbetrachtung</b> .....	322
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	325
<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	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.<sup>1</sup> Erklären läßt sich das anfängliche Desinteresse nicht zuletzt damit, daß § 612 a BGB zusammen mit §§ 611 a, 611 b, 612 Abs. 3<sup>2</sup> 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,<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> Zudem ist die Frage aufgetaucht, ob und unter welchen Umständen die Kürzung von Jahressonderzahlungen gegen § 612 a BGB verstößt.<sup>5</sup> In neuerer Zeit ist darüber hinaus – ausgelöst durch die kurzfristige Erhöhung des Schwellenwerts des KSchG – problematisiert worden, inwieweit ein Kündigungsschutz außerhalb des

---

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

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup>

§ 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,<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> 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).

---

<sup>6</sup> 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).

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup>

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.

---

<sup>9</sup> Vgl. dazu 2. Teil § 8 II.