

Vielfalt oder Chaos – aktuelle Probleme und Entwicklungen im deutschen und europäischen Arbeitsrecht

2. Assistententagung
im Arbeitsrecht 2012 in Mainz

herausgegeben von
Katharina Uffmann und
Katharina Dahm

Mohr Siebeck

Arbeiten nach Wunsch

Clemens Latzel

I. <i>Pacta sunt servanda</i> und Vertragsanpassung	77
1. Vertragstreue im Dauerschuldverhältnis	77
2. Methodik der Vertragsanpassung von Arbeitsverhältnissen	78
a) Vertragsanpassung <i>ipso iure</i>	78
b) Vertragsanpassung durch Ausübung von Gestaltungsrechten	78
aa) Vertraglich vereinbarter Änderungsvorbehalt	78
bb) Teilkündigung durch Arbeitnehmer	79
cc) Anpassung des Arbeitsvertrags bei Störung der Geschäftsgrundlage	80
II. Arbeiten beim Wunscharbeitgeber	82
1. Vertraglicher Anspruch auf Abschluss eines Arbeitsvertrages	82
2. Einstellungsanspruch der Besten im öffentlichen Dienst	83
3. Kein Einstellungsanspruch für Schwerbehinderte, Gleichgestellte und Inhaber von Bergmannsversorgungsscheinen	83
4. Übernahmeanspruch auszubildender Arbeitnehmervertreter	84
5. Wiedereinstellungsansprüche beim bisherigen Arbeitgeber	85
a) Wiedereinstellung gekündigter Arbeitnehmer nach Wegfall des Kündigungsgrundes	85
b) Wiedereinstellungsanspruch nach lösender Aussperrung	86
6. Weiterbeschäftigungsansprüche	86
a) Weiterbeschäftigung während eines Kündigungsschutzprozesses	86
b) Weiterbeschäftigung bei Wegfall des Arbeitsplatzes	86
III. Arbeiten im gewünschten zeitlichen Umfang und zu Wunschzeiten	87
1. Sachgrundlose Arbeitszeitanpassung nach TzBfG	87
a) Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit	88
b) Anspruch auf Verlagerung der Arbeitszeit	88
c) Anspruch auf Verlängerung der Arbeitszeit	89
2. Erziehungsbedingte Arbeitszeitanpassung nach BEEG	90
a) Elternzeitberechtigung	90
b) Vollständige Freistellung von der Arbeitspflicht (Elternzeit)	91
c) Arbeitszeitverringerung während der Elternzeit (Elternzeit)	92
d) Rückkehr zur Normalarbeit	93
3. Pflegebedingte Arbeitszeitanpassung nach PflegeZG	93
a) Kurzfristige Leistungsverweigerung bei „Pflegenotstand“	94
b) Vollständige Freistellung von der Arbeitspflicht (Pflegezeit)	94
c) Arbeitszeitverringerung während der Pflegezeit (Pflegeteilzeit)	95
d) Rückkehr zur Normalarbeit	95
e) Altersteilzeitgesetz und Familienpflegezeitgesetz	95
4. Schwerbehinderungsbedingte Arbeitszeitverkürzung	96

5. Umsetzungsanspruch aus ArbZG	96
6. Urlaubsanspruch	97
IV. Arbeiten für gewünschtes Entgelt	98
1. Kein Anspruch auf Anpassung der Vergütungshöhe	98
2. Anspruch auf Anpassung der Auszahlungsmodalität	98
V. Arbeiten am gewünschten Arbeitsplatz	98
1. „Fürsorgepflicht“ des Arbeitgebers	99
2. Anspruch auf einen „menschengerechten“ Arbeitsplatz	100
a) Anspruch auf einen diskriminierungsfreien Arbeitsplatz	100
b) Anspruch auf einen „mobbingfreien“ Arbeitsplatz	100
c) Anspruch auf einen ungefährlichen und stressfreien Arbeitsplatz	101
3. Anspruch auf einen schwangerschafts- und muttergerechten Arbeitsplatz	102
a) Dispositive Arbeitsverbote	103
b) Zuweisung von Ersatztätigkeiten	104
c) Anspruch auf Zuweisung von Ersatztätigkeiten?	105
4. Anspruch auf einen schwerbehinderungsgerechten Arbeitsplatz	105
5. Anspruch auf einen krankheits(leidens)gerechten Arbeitsplatz	106
6. Anspruch auf einen minderleistungsgerechten Arbeitsplatz	107
a) Ausgangspunkt: Unvollkommenes Verzugsrecht	107
b) Umsetzungsanspruch aus § 241 Abs. 2 BGB	108
c) Vertragsanpassungsanspruch aus § 241 Abs. 2 BGB	110
aa) Inhalt des Anspruchs	111
bb) Erklärungsversuche	112
cc) Rückbesinnung?	115
VI. Fazit: <i>Pacta erant servanda</i> im Arbeitsverhältnis?	116

Das deutsche Arbeitsrecht ermöglicht es Arbeitnehmern in vielen Fällen, ihre Arbeitsbedingungen an veränderte persönliche Umstände, mitunter nach eigenen Wünschen anzupassen. Für das Arbeitsverhältnis als Schuldvertrag stellt sich daher die Frage, was vom Grundsatz *pacta sunt servanda* übrig bleibt, wenn Arbeitnehmer etwa ihre Arbeitszeit einseitig verändern oder sich einen „passenden“ Arbeitsplatz im Unternehmen auswählen können. Dieser Frage soll im Folgenden vor allem anhand von Vertragsänderungsansprüchen der Arbeitnehmer nachgegangen werden. Von besonderem Interesse ist dabei die Rechtsprechung des BAG zur Vertragsanpassung mithilfe von § 241 Abs. 2 BGB.

I. Pacta sunt servanda und Vertragsanpassung

1. Vertragstreue im Dauerschuldverhältnis

Um ein Schuldverhältnis durch Rechtsgeschäft zu begründen sowie dessen Inhalt zu ändern, ist gem. § 311 Abs. 1 BGB ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. Das ist die moderne Umschreibung für *pacta sunt servanda*¹, dem aus dem kanonischen Recht² stammenden Grundsatz der Vertragstreue³. Die Vertragstreue zählt zu den vier Grundprinzipien unserer Rechtsgeschäftsordnung neben der Privatautonomie, der Vertragsfreiheit und dem Äquivalenzprinzip⁴. *Pacta sunt servanda* ist dabei in erster Linie ein Vertragsinhaltschutz, der verbietet, dass Vertragsinhalte einseitig von einer Partei geändert werden⁵. „Es ist gerade der Sinn eines Vertrags, eine Partei zur Erfüllung zu zwingen, auch wenn sie an dem Vertrag nicht mehr festhalten will“⁶.

Unbedingte Vertragstreue wird bei Dauerschuldverhältnissen, wie es typischerweise Arbeitsverhältnisse sind⁷, als zu starr empfunden⁸, verspürt doch jeder arbeitende Mensch im Laufe seines Arbeitsverhältnis früher oder später das Bedürfnis, seine Arbeitsbedingungen zu ändern. Um zu verhindern, dass der Arbeitnehmer jedes Mal seinen Arbeitgeber zu einem Änderungsvertrag „überreden“ und sich notfalls nach einer anderen, „passenderen“ Anstellung umsehen muss, hat der Gesetzgeber viele Möglichkeiten geschaffen, das bestehende Arbeitsverhältnis quasi vertragsimmanent anzupassen.

¹ Staudinger/Löwisch/Feldmann, 2012, § 311 Rn. 4.

² Im römischen Recht waren nur Ansprüche aus anerkannten Verträgen (*contractus*) klagbar, nicht aus sonstigen Abreden (*pacta*); erst das kanonische Recht erkannte auch *pacta* als rechtsverbindlich an; eingehend Weller, Die Vertragstreue (2009), S. 70 ff.

³ Weller (Fn. 2), S. 49 ff., unterscheidet die gläubigerbegünstigende und die schulderbegünstigende Vertragstreue, letztere differenziert nach gläubigerseitig und schulderseitig gestörtem Vertrag.

⁴ Staudinger/Olzen, 2009, Einleitung zum Schuldrecht (vor § 241), Rn. 48 ff.

⁵ Schröder, Das Verhältnis von Direktionsrecht und Änderungskündigung (2012), S. 44.

⁶ MüKoBGB/Finkenauer, 6. Aufl. (2012), § 313 BGB Rn. 60.

⁷ Nur MüKoBGB/Müller-Glöge, 6. Aufl. (2012), § 611 BGB Rn. 16.

⁸ Ballering, Die einseitige Änderung von Arbeitsbedingungen (2004), S. 23 f.; Schröder, Das Verhältnis von Direktionsrecht und Änderungskündigung (2012), S. 27.

2. Methodik der Vertragsanpassung von Arbeitsverhältnissen

Arbeitsverhältnisse können, wie andere Schuldverhältnisse auch, ohne Änderungsvertrag nur kraft Gesetzes oder durch Ausübung von Gestaltungsrechten umgestaltet werden.

a) Vertragsanpassung *ipso iure*

Kraft Gesetzes wird der Inhalt von Arbeitsverhältnissen – sofern er nicht sitten- oder verbotswidrig ist – praktisch nie geändert. Arbeitsrechtliche Vorschriften regeln zwar oft einseitig zwingend die Begründung, Durchführung und Beendigung von Arbeitsverhältnissen, nehmen aber auf Vertragsklauseln selbst unmittelbar keinen Einfluss, sondern ihnen unter Umständen nur die Wirksamkeit. Immerhin erfolgt der Wechsel des Arbeitgebers in zwei Fällen *ipso iure*:

– Beim Betriebsübergang gehen die Arbeitsverhältnisse der betriebsangehörigen Arbeitnehmer auf den Erwerber kraft Gesetzes (§ 613a Abs. 1 Satz 1 BGB) über. Die übergegangenen Arbeitnehmer können aber ihrem Übergang und damit dem „Aufzwingen“ eines neuen Vertragspartners widersprechen (§ 613a Abs. 6 BGB)⁹.

– Ist der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zwischen Verleiher und Entleiher unwirksam (weil jenem die öffentlich-rechtliche Verleiherlaubnis fehlt), „gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeiter zu dem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen“ (§ 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG). Diesem Arbeitgeberwechsel kraft Gesetzes soll der Leiharbeiter nicht widersprechen können¹⁰.

b) Vertragsanpassung durch Ausübung von Gestaltungsrechten

Arbeitnehmer können ihre Arbeitsverhältnisse insbesondere anpassen, indem sie vertragliche oder gesetzliche Gestaltungsrechte ausüben.

aa) Vertraglich vereinbarter Änderungsvorbehalt

Die Privatautonomie erlaubt den Arbeitsvertragsparteien, Änderungsvorbehalte in den Vertrag aufzunehmen. Das wird meist zugunsten des Arbeitgebers (etwa durch Widerrufsvorbehalte¹¹ oder Konzernversetzungs-

⁹ Zum verfassungsrechtlichen Schutz der „Arbeitgeberwahlfreiheit“ durch Art. 12 Abs. 1 GG: BVerfG vom 25. 1. 2011 – 1 BvR 1741/09 – NZA 2011, 400 (Rn. 90 ff.).

¹⁰ H. M., statt vieler *Schüren*, AÜG, 4. Aufl. (2010), § 10 Rn. 41 m. w. N. auch zur Gegenansicht.

¹¹ Dazu MüKoBGB/Müller-Glöge, 6. Aufl. (2012), § 611 BGB Rn. 439 ff.

klauseln¹²⁾ getan. Doch kann auch zugunsten des Arbeitnehmers vereinbart werden, dass dieser einseitig bestimmte Aspekte des Arbeitsverhältnisses gestalten kann. Insbesondere Optionsmodelle hinsichtlich der Arbeitszeit oder der Vergütung (Bonuszahlungen oder höheres Grundgehalt) können sich im Einzelfall anbieten¹³⁾.

bb) Teilkündigung durch Arbeitnehmer

Neben dem stärksten gesetzlichen Gestaltungsrecht, der Kündigung (§ 620 Abs. 2, § 622 BGB), kommt auch die Teilkündigung von bestimmten Aspekten des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer in Betracht. Unter einer Teilkündigung, wird eine Willenserklärung verstanden, mit der der Kündigende einzelne Vertragsbedingungen gegen den Willen der anderen Vertragspartei einseitig beendet, ohne das Arbeitsverhältnis im Übrigen zu beseitigen¹⁴⁾. Das BAG erachtet Teilkündigungen durch den Arbeitnehmer für *unzulässig*, weil durch sie das vereinbarte Äquivalenz- und Ordnungsgefüge gestört wird¹⁵⁾. Obgleich die Entscheidung des BAG zu einem gemischten Arbeits- und Mietverhältnis erging, ist ein *gesetzliches* Teilkündigungsrecht des Arbeitnehmers mit den Argumenten des BAG auch hinsichtlich bestimmter Aspekte eines reinen Arbeitsverhältnisses (etwa unliebsam gewordener Pflichten) abzulehnen¹⁶⁾.

Die dem *Arbeitgeber vertraglich* eingeräumte Möglichkeit zur Teilkündigung einzelner Arbeitsbedingungen wird regelmäßig als Widerrufsvorbehalt gedeutet¹⁷⁾. Hingegen ist ein *vertragliches* Teilkündigungsrecht des *Arbeitnehmers* – ähnlich einem Änderungsvorbehalt – nicht nur hinsichtlich mit dem Arbeitsverhältnis verbundener Verträge¹⁸⁾, sondern auch hinsichtlich einzelner Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis denkbar¹⁹⁾. Eine einseitige Beendigung bestimmter arbeitsvertraglicher Pflichten durch den Arbeitnehmer stört jedenfalls dann nicht das Äquivalenzverhältnis, wenn das Kündigungsrecht *vertraglich* vereinbart und damit vom Arbeitgeber in

¹²⁾ ErfK/Preis, 13. Aufl. (2013), § 310 BGB Rn. 86.

¹³⁾ *Ballering* (Fn. 8), S. 118 f. sieht hingegen aufgrund der typischerweise schwachen Verhandlungsposition der Arbeitnehmer keine praktische Relevanz.

¹⁴⁾ BAG vom 22. 1. 1997 – 5 AZR 658/95 – NZA 1997, 711 (712).

¹⁵⁾ BAG vom 23. 8. 1989 – 5 AZR 569/88 – NZA 1990, 191.

¹⁶⁾ Eingehend *Graue*, Die Teilkündigung im deutschen Arbeitsrecht (2011), S. 88 ff.; *Ballering* (Fn. 8), S. 111 ff., will die außerordentliche Teilkündigung durch den Arbeitnehmer zulassen, „soweit die vom Arbeitnehmer intendierte Änderung gemäß § 626 Abs. 1 BGB gerechtfertigt ist“ (S. 116).

¹⁷⁾ APS/Preis, 4. Aufl. (2012), Grundlagen E Rn. 17.

¹⁸⁾ Dafür MüHdbArbR/Wank, 3. Aufl. (2009), § 96 Rn. 39, gegen BAG vom 23. 8. 1989 – 5 AZR 569/88 – NZA 1990, 191.

¹⁹⁾ Eingehend *Graue* (Fn. 16), S. 159 ff.

seine Gegenleistung eingepreist wurde. Außerdem kann vereinbart werden, dass sich im Fall der Teilkündigung durch den Arbeitnehmer seine Gegenleistungsansprüche entsprechend reduzieren und damit das Äquivalenzverhältnis gewahrt wird. Eine Umgehung zwingender Kündigungsschutzvorschriften²⁰ steht bei einem Teilkündigungsrecht zugunsten des Arbeitnehmers nicht zu befürchten. Freilich ist ein Teilkündigungsrecht nur insoweit sinnvoll, wie das Arbeitsverhältnis nicht in seinem gesamten Bestand gefährdet wird²¹, sondern im ungekündigten Teil noch sinnvoll durchgeführt werden kann.

cc) Anpassung des Arbeitsvertrags bei Störung der Geschäftsgrundlage

Bei Störung der Geschäftsgrundlage bietet § 313 Abs. 1 BGB die früher aus § 242 BGB hergeleitete Möglichkeit zur Vertragsanpassung an veränderte Umstände (*clausula rebus sic stantibus*). Zur Geschäftsgrundlage gehören alle Vorstellungen, die von beiden oder einer Partei dem Vertrag zugrunde gelegt wurden, ohne Vertragsbestandteil geworden zu sein²²; einseitige Vorstellungen müssen der anderen Partei erkennbar gewesen sein²³. § 313 BGB ist als *lex generalis* aller Vertragsanpassungsansprüche die letzte Möglichkeit, einen Vertrag einseitig umzugestalten.

Im Arbeitsverhältnis soll indes nach herrschender Meinung eine Vertragsanpassung nach den Regeln der Störung der Geschäftsgrundlage von §§ 2, 1 KSchG verdrängt werden. Tatbestände, die eine Störung der Geschäftsgrundlage bewirken können, seien nur im Rahmen der sozialen Rechtfertigung der Änderungskündigung zu würdigen²⁴. Doch stellt schon die Änderungskündigung den Bestand des Arbeitsverhältnisses und damit die Vertragstreue²⁵ in Frage²⁶. Das mutet befremdlich an, sieht doch § 313 Abs. 3 BGB die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen bei Störung ihrer Geschäftsgrundlage nur als *ultima ratio* vor, wenn eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar ist. Das Recht zur

²⁰ Grawe (Fn. 16), S. 160 ff. (167).

²¹ Grawe (Fn. 16), S. 168 f.: „mittelbare Totalkündigung“.

²² MüKoBGB/Finkenauer, 6. Aufl. (2012), § 313 BGB Rn. 57.

²³ APS/Künzl, 4. Aufl. (2012), § 2 KSchG Rn. 96.

²⁴ BAG vom 8. 10. 2009 – 2 AZR 235/08 – NZA 2010, 465 (Rn. 31 ff.); Linck, Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 14. Aufl. (2011), § 121 Rn. 5 m. w. N.; Ballering (Fn. 8), S. 93 f., hält § 313 BGB im Arbeitsverhältnis schon aufgrund seiner unklaren Konturen und damit unsicheren Änderungsbefugnisse für nicht praktikabel; Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, 6. Auflage (2008), S. 75, sehen Raum für § 313 BGB, wenn die Kündigung nur schwer oder nicht möglich ist.

²⁵ Schröder (Fn. 8), S. 44.

²⁶ Rieble/Kolbe, SAE 2008, 241 (249): Arbeitnehmer unter „Beendigungskündigungsdruck“.

außerordentlichen Kündigung (§ 314 BGB) ist auch in Dauerschuldverhältnissen gegenüber der Vertragsanpassung nach § 313 BGB nicht *lex specialis*, wie § 313 Abs. 3 Satz 2 BGB zeigt²⁷.

Die unmittelbare Anwendung von § 313 BGB auf ungekündigte Arbeitsverhältnisse ist nicht *per se* abzulehnen. Vertragsanpassungen nach § 313 BGB stärken nämlich die Vertragstreue²⁸, indem sie die *vertragsimmanente* Fortentwicklung der Verträge ermöglichen und damit ihre „Richtigkeitsgewähr“ über die Laufzeit aufrechterhalten²⁹. Die Vertragsanpassung ist freilich nicht immer milderes Mittel zur Kündigung³⁰. Sie geht ihr aber dann vor, wenn sich kein Risiko verwirklicht hat, das nach dem vereinbarten oder typischen Vertragsinhalt einer Partei allein zugewiesen ist³¹. Die Kündigung ist jedenfalls vorrangig, wenn das Dauerschuldverhältnis ohnehin aufgelöst werden soll³². Ist aber nur seine Geschäftsgrundlage gestört, geht auch nach Ansicht des Gesetzgebers die Vertragsanpassung der Kündigung vor³³.

Ähnlich ist der arbeitsrechtliche Kündigungsschutz in § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG ausgestaltet. Danach ist die Kündigung eines Arbeitnehmers sozial ungerechtfertigt und damit – im Anwendungsbereich des KSchG – rechtsunwirksam, wenn der Arbeitnehmer unter geänderten Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigt werden kann und sich damit einverstanden erklärt hat. Dabei handelt es sich – im Unterschied zu § 313 BGB – allerdings nicht um einen gesetzlichen Vertragsanpassungsanspruch. § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG nimmt dem Arbeitgeber lediglich sein gesetzliches Beendigungsrecht, wenn das Arbeitsverhältnis – ggf. mithilfe eines Änderungsvertrags in abgewandelter Form³⁴ – weiter durchgeführt werden kann. Dem Arbeitgeber *obliegt* es kündigungsrechtlich nur, dem Arbeitnehmer eine andere, auch vertragsfremde Tätigkeit anzubieten³⁵. Daraus folgt weder für den Arbeitgeber noch für den Arbeitnehmer ein Anspruch auf Zustimmung zur Vertragsänderung durch die Gegenseite. Auf diese „Lücke“ wird zurückzukommen sein³⁶.

²⁷ MüKoBGB/Finkenauer, 6. Aufl. (2012), § 313 BGB Rn. 169.

²⁸ Weller (Fn. 2), S. 298.

²⁹ MüKoBGB/Finkenauer, 6. Aufl. (2012), § 313 BGB Rn. 6.

³⁰ Relativierend auch MüKoBGB/Finkenauer, 6. Aufl. (2012), § 313 BGB Rn. 171.

³¹ Vgl. MüKoBGB/Finkenauer, 6. Aufl. (2012), § 313 BGB Rn. 59.

³² MüKoBGB/Finkenauer, 6. Aufl. (2012), § 313 BGB Rn. 171; MüKoBGB/Gaier, 6. Aufl. (2012), § 314 BGB Rn. 14 m. w. N.

³³ BT-Drs. 14/6040, S. 177.

³⁴ Aber nicht auf einer Beförderungsstelle, BAG vom 23. 11. 2004 – 2 AZR 38/04 – NZA 2005, 986 (989); a. A. Houben, NZA 2008, 851 (852 ff.).

³⁵ APS/Dörner/Vossen, 4. Aufl. (2012), § 1 KSchG Rn. 110.

³⁶ Dazu unten V. 6. (S. 107 ff.).

II. Arbeiten beim Wunscharbeitgeber

Die Fälle, in denen Arbeitnehmer ihren Wunscharbeitgeber *gesetzlich* dazu zwingen können, einen Arbeitsvertrag abzuschließen oder fortzusetzen, sind selten – tarifvertragliche und betriebsverfassungsrechtliche Einstellungs- und Übernahmeansprüche ausgenommen³⁷. Grund dafür ist der verfassungsrechtliche Schutz der Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien (Art. 12 Abs. 1 GG³⁸).

1. Vertraglicher Anspruch auf Abschluss eines Arbeitsvertrages

Arbeitnehmer können einen *vertraglichen* Einstellungsanspruch entweder aus einem Vorvertrag oder einem früheren Arbeitsvertrag herleiten. Letzteres kann für den Fall der Auflösung des Arbeitsverhältnisses³⁹ oder im Fall des Betriebsübergangs (Rückkehrzusage⁴⁰) ausdrücklich vereinbart werden. Verletzt der potentielle Arbeitgeber nur vorvertragliche Pflichten bei Vertragsverhandlungen (*culpa in contrahendo*, § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB), kann der Bewerber als Naturalrestitution keinen Abschluss eines Arbeitsvertrages verlangen, weil die *c.i.c.* nicht den Ersatz des positiven Interesses bezweckt⁴¹.

Auch wenn ein Bewerber von seinem gewünschten Arbeitgeber wegen einem der in § 1 AGG genannten Gründe im Bewerbungsverfahren *diskriminiert* wird, kann er wegen § 15 Abs. 6 AGG nicht die Begründung eines Arbeitsverhältnisses verlangen. Ein Kontrahierungszwang ist nicht erforderlich, um eine Einstellungsdiskriminierung effektiv zu sanktionieren⁴². Das BAG gibt indes bei (alters-)diskriminierender *Befristung* eines Arbeitsverhältnisses einen „Entfristungsanspruch“⁴³. Nur Vereinbarungen, die gegen das Benachteiligungsverbot aus § 7 Abs. 1 AGG verstoßen, sind unwirksam – also nur die diskriminierende Befristungsabrede, nicht das Arbeitsverhältnis insgesamt⁴⁴. § 15 Abs. 6 AGG ist weder direkt noch analog anwendbar, denn es ist „wertungsmäßig“ ein Unterschied, ob ein Ar-

³⁷ Dazu MüHdbArbR/*Buchner*, 3. Aufl. (2009), § 30 Rn. 217 ff., Rn. 227 ff.

³⁸ BVerfG vom 27. 1. 1998 – 1 BvL 15/87 – NZA 1998, 470 (471); MüHdbArbR/*Buchner*, 3. Aufl. (2009), § 30 Rn. 6.

³⁹ MüHdbArbR/*Buchner*, 3. Aufl. (2009), § 30 Rn. 231.

⁴⁰ Eingehend *Diehn*, Rückkehrzusagen beim Betriebsübergang (2009).

⁴¹ MüHdbArbR/*Richardl/Buchner*, 3. Aufl. (2009), § 31 Rn. 5.

⁴² MüKoBGB/*Thüsing*, 6. Aufl. (2012), § 15 AGG Rn. 43; vgl. EuGH vom 10. 4. 1984 – 14/83 – NZA 1984, 157; EuGH vom 10. 4. 1984 – 79/83 – SAE 1984, 244 (jeweils zu RL 76/207/EWG).

⁴³ BAG vom 6. 4. 2011 – 7 AZR 524/09 – NZA 2011, 970.

⁴⁴ BAG vom 6. 4. 2011 – 7 AZR 524/09 – NZA 2011, 970 (Rn. 28 ff.).

beitgeber verpflichtet ist, einen von ihm abgelehnten Bewerber *einzustellen* oder einen Arbeitnehmer, den er bereits eingestellt hat, *weiterzubeschäftigen*⁴⁵.

2. Einstellungsanspruch der Besten im öffentlichen Dienst

Bei der Besetzung öffentlicher Ämter – auch mit Arbeitnehmern⁴⁶ – verlangt Art. 33 Abs. 2 GG, dass der am besten geeignete Bewerber eingestellt wird. Aus dieser Bestimmung kann sich ein individueller Anspruch auf Einstellung in den öffentlichen Dienst für denjenigen Bewerber ergeben, der sämtliche Einstellungsvoraussetzungen erfüllt, sofern seine Einstellung die einzig rechtmäßige und ermessensfehlerfreie Entscheidung des Dienstherrn ist⁴⁷. Eine besetzungsfähige, haushaltsrechtlich abgesicherte Stelle muss aber vorhanden sein; einen Anspruch auf eine zusätzliche Planstelle gibt Art. 33 Abs. 2 GG nicht⁴⁸.

3. Kein Einstellungsanspruch für Schwerbehinderte, Gleichgestellte und Inhaber von Bergmannsversorgungsscheinen

Keinen individuellen Einstellungsanspruch begründen Einstellungsgebote, wie sie in § 71 Abs. 1 SGB IX zugunsten Schwerbehinderter⁴⁹ und noch in einigen Landesgesetzen⁵⁰ zugunsten der Inhaber von Bergmannsversorgungsscheinen normiert sind. Arbeitgeber, die den Einstellungsgeboten zuwider handeln, können von den abgelehnten schwerbehinderten Bewerbern und ehemaligen Bergmännern nicht auf Abschluss eines Arbeitsvertrages verklagt werden⁵¹, sondern müssen, wenn sie den gesetzlich vorgeschriebenen Schwerbehindertenanteil in der Belegschaft unterschreiten,

⁴⁵ BAG vom 6. 4. 2011 – 7 AZR 524/09 – NZA 2011, 970 (Rn. 34).

⁴⁶ BAG vom 28. 5. 2002 – 9 AZR 751/00 – NZA 2003, 324 (325).

⁴⁷ BAG vom 9. 11. 1994 – 7 AZR 19/94 – NZA 1995, 781 (782); BAG vom 19. 2. 2003 – 7 AZR 67/02 – NZA 2003, 1271 (1272 f.).

⁴⁸ BAG vom 9. 11. 1994 – 7 AZR 19/94 – NZA 1995, 781 (782).

⁴⁹ Gilt auch für Gleichgestellte sowie behinderte Jugendliche und junge Erwachsener während ihrer Berufsausbildung (§ 68 Abs. 1, Abs. 4 SGB IX). Zur zweifelhaften Verfassungsmäßigkeit von § 68 Abs. 4 SGB IX: *Cramer*, NZA 2004, 698 (699).

⁵⁰ Nordrhein-Westfalen: § 4 Abs. 1 Gesetz über einen Bergmannsversorgungsschein vom 20. 12. 1983, GVBl. 1983, S. 635; Saarland: § 4 Abs. 1 Gesetz Nr. 768 über einen Bergmannsversorgungsschein vom 11. 7. 1962, ABl. 1962, S. 605; Niedersachsen: § 1 Gesetz über einen Bergmannsversorgungsschein vom 6. 1. 1949, GVBl. 1949, S. 15 (außer Kraft getreten am 19. 12. 2003).

⁵¹ MüHdbArbR/*Buchner*, 3. Aufl. (2009), § 30 Rn. 114; *Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen*, SGB IX, 12. Aufl. (2010), § 71 Rn. 3.

nur eine Ausgleichsabgabe zahlen (§ 77 Abs. 1 Satz 1 SGB IX)⁵². Zwar hebt die Zahlung der Ausgleichsabgabe gem. § 77 Abs. 1 Satz 2 SGB IX die „Pflicht“ zur Beschäftigung Schwerbehinderter nicht auf. Auch handelt ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder fahrlässig Schwerbehinderte nicht beschäftigt. Doch geht es dabei um eine öffentlich-rechtliche Pflicht, die Schwerbehinderten auch gegenüber dem Staat keinen Verschaffungsanspruch gibt⁵³. Ebenso begründet die allgemeine Prüfpflicht, ob freie Arbeitsplätze im Unternehmen mit Schwerbehinderten besetzt werden können (§ 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX), keine individualrechtlichen Ansprüche schwerbehinderter Bewerber⁵⁴.

4. Übernahmeanspruch auszubildender Arbeitnehmervertreter

Auszubildende, die Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung oder des Betriebsrats sind, haben aus § 78a Abs. 2 BetrVG einen Anspruch darauf, nach Beendigung ihres Berufsausbildungsverhältnisses in ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit bei ihrem bisherigen Arbeitgeber übernommen zu werden, wenn sie innerhalb der letzten drei Monate vor Beendigung ihres Ausbildungsverhältnisses schriftlich vom Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung verlangt haben⁵⁵. Gleiches gilt für Auszubildende, die Mitglied einer Personalvertretung oder einer Jugend- und Auszubildendenvertretung i. S. d. BPersVG sind (§ 9 Abs. 2 BPersVG). Der Arbeitgeber kann sich der Einstellungspflicht nur entziehen, wenn ihm unter Berücksichtigung aller Umstände die Weiterbeschäftigung nicht zugemutet werden kann (§ 78a Abs. 4 Satz 1 BetrVG, § 9 Abs. 4 Satz 1 BPersVG).

⁵² Inhaber von Bergmannsversorgungsscheinen werden angerechnet, auch wenn sie weder schwerbehindert noch gleichgestellt sind (§ 75 Abs. 4 SGB IX).

⁵³ Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen, SGB IX, 12. Aufl. (2010), § 71 Rn. 3.

⁵⁴ Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen, SGB IX, 12. Aufl. (2010), § 71 Rn. 4f., § 81 Rn. 2, 9; zum Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats aus § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG bei Verletzung der Prüfungspflicht: MüHdbArbR/Buchner, 3. Aufl. (2009), § 30 Rn. 114; zum Anspruch auf einen schwerbehinderungsgerechten Arbeitsplatz unten V. 4. (S. 105 f.).

⁵⁵ Nach heute h.M. hat der Auszubildende ein einseitiges Gestaltungsrecht; APS/Künzl, 4. Aufl. (2012), § 78a BetrVG Rn. 77; Löwisch/Kaiser, BetrVG, 6. Aufl. (2010), § 78a Rn. 7; Fitting, BetrVG, 26. Aufl. (2012), § 78a Rn. 29; DKKW/Bachner, BetrVG, 13. Aufl. (2012), § 78a Rn. 18.

5. Wiedereinstellungsansprüche beim bisherigen Arbeitgeber

a) Wiedereinstellung gekündigter Arbeitnehmer nach Wegfall des Kündigungsgrundes

Weil im Anwendungsbereich des KSchG ein valider Kündigungsgrund nur bei Zugang der Kündigungserklärung, nicht aber noch bei Ablauf der Kündigungsfrist erforderlich ist⁵⁶, gibt das BAG betriebsbedingt⁵⁷ gekündigten Arbeitnehmern einen Wiedereinstellungsanspruch, wenn sich bis zum Ablauf der Kündigungsfrist die negative Prognose über das Fortbestehen des Arbeitsplatzes als falsch herausstellt bzw. sich eine anderweitige Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auftut⁵⁸.

Der Wiedereinstellungsanspruch besteht nicht, wenn berechtigte Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen, insbesondere wenn er den Arbeitsplatz schon mit einem anderen Arbeitnehmer besetzt oder anderweitige Dispositionen getroffen hat⁵⁹. Auch wenn der Arbeitsplatz erst *nach Ablauf der Kündigungsfrist* wieder eine positive Prognose erhält, weil es etwa erst dann zu einem Betriebsübergang kommt, kann der vorher entlassene Arbeitnehmer nicht verlangen, dass er wieder eingestellt wird⁶⁰. Das Interesse des Arbeitgebers an Rechtssicherheit und vertraglicher Dispositionsfreiheit geht dann dem Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers vor, selbst wenn noch ein Kündigungsschutzverfahren anhängig ist⁶¹.

Um unbillige Ergebnisse zu vermeiden, wird dem gekündigten Arbeitnehmer aber dann ein Wiedereinstellungsanspruch zugestanden, wenn ein Betriebsübergang erst kurz nach Ablauf der Kündigungsfrist erfolgt und die Grundlage für den Betriebsübergang bereits vor Ablauf der Kündigungsfrist gelegt wurde⁶². Während die ungekündigten Arbeitsverhältnisse gem. § 613a Abs. 1 BGB auf den Erwerber übergehen, können die gekün-

⁵⁶ APS/Dörner/Vossen, 4. Aufl. (2012), § 1 KSchG Rn. 70 f.

⁵⁷ In den 1950er-Jahren auch aus Rehabilitierungsgründen, dazu Kaiser, ZfA 2000, 205 (205, 218).

⁵⁸ Eingehend BAG vom 13. 5. 2004 – 8 AZR 198/03 – BB 2005, 383 (384 ff.); APS/Kiel, 4. Aufl. (2012), § 1 KSchG Rn. 825 ff.; kritisch Kaiser, ZfA 2000, 205 (218 ff.); speziell zur Wiedereinstellung nach Betriebsübergang: Krieger/Willemsen, NZA 2011, 1128 ff.

⁵⁹ BAG vom 4. 5. 2006 – 8 AZR 299/05 – BB 2007, 46 (49).

⁶⁰ BAG vom 28. 10. 2004 – 8 AZR 199/04 – NZA 2005, 405 (405); BAG vom 16. 2. 2012 – 8 AZR 693/10 – NZA-RR 2012, 465 (Rn. 56); zu einem *tarifvertraglichen* Wiedereinstellungsanspruch: BAG vom 23. 2. 2000 – 7 AZR 891/98 – NZA 2000, 894.

⁶¹ APS/Kiel, 4. Aufl. (2012), § 1 KSchG Rn. 832.

⁶² BAG vom 25. 10. 2007 – 8 AZR 989/06 – NZA 2008, 357 (Rn. 21 f.); BAG vom 21. 8. 2008 – 8 AZR 201/07 – NZA 2009, 29 (Rn. 57 ff.); zustimmend Krieger/Willemsen, NZA 2011, 1128 (1130).

digten Arbeitnehmer vom *Erwerber* die Einstellung zu ihren „alten“ Arbeitsbedingungen verlangen⁶³.

b) Wiedereinstellungsanspruch nach lösender Aussperrung

Trotz der nur noch akademischen Bedeutung⁶⁴ sei darauf hingewiesen, dass lösend ausgesperrte Arbeitnehmer einen Anspruch auf Wiedereinstellung haben, wenn ihr ehemaliger Arbeitsplatz nach Ende des Arbeitskampfes noch vorhanden ist⁶⁵.

6. Weiterbeschäftigungsansprüche

a) Weiterbeschäftigung während eines Kündigungsschutzprozesses

Der *betriebsverfassungsrechtliche* Weiterbeschäftigungsanspruch berechtigt den gekündigten Arbeitnehmer nach Widerspruch des Betriebsrats gegen die Kündigung, vom Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung während des Kündigungsschutzverfahrens „bei unveränderten Arbeitsbedingungen“ zu verlangen (§ 102 Abs. 5 BetrVG). Dadurch werden lediglich die Rechtsfolgen der Kündigung zeitlich über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus aufgeschoben. Das Arbeitsverhältnis bleibt ansonsten unberührt, d. h. der Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung geht nicht weiter als im ungekündigten Arbeitsverhältnis⁶⁶.

Auch der *allgemeine*, ungeschriebene Weiterbeschäftigungsanspruch, den das BAG gekündigten Arbeitnehmern gibt, wenn die Unwirksamkeit der Kündigung ohne jeden vernünftigen Zweifel in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht offen erkennbar ist oder wenn das Arbeitsgericht erstinstanzlich die Rechtswidrigkeit der Kündigung festgestellt hat⁶⁷, streckt das bisherige Arbeitsverhältnis nur zeitlich über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus.

b) Weiterbeschäftigung bei Wegfall des Arbeitsplatzes

Fällt sein bisheriger Arbeitsplatz weg, kann der Arbeitnehmer kraft seines arbeitsvertraglichen Beschäftigungsanspruchs⁶⁸ verlangen, dass ihm eine andere *vertragsgemäße* Beschäftigung – sofern vorhanden – zugewiesen

⁶³ APS/Kiel, 4. Aufl. (2012), § 1 KSchG Rn. 833.

⁶⁴ MüHdbArbR/Ricken, 3. Aufl. (2009), § 201 Rn. 3.

⁶⁵ BAG (GS) vom 21. 4. 1971 – GS 1/68 – NJW 1971, 1668 (1672).

⁶⁶ APS/Koch, 4. Aufl. (2012), § 102 BetrVG Rn. 209.

⁶⁷ BAG (GS) vom 27. 2. 1985 – GS 1/84 – NZA 1985, 702 (702); APS/Koch, 4. Aufl. (2012), § 102 BetrVG Rn. 237, 239 m. w. N.

⁶⁸ Zur Herleitung aus §§ 611, 613, 242 BGB i. V. m. Art. 1, 2 GG: BAG (GS) vom

wird⁶⁹. *Vertragsfremde* Beschäftigung kann er grundsätzlich nicht verlangen⁷⁰. § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG begründet nur eine *Obliegenheit* des Arbeitgebers⁷¹, die auch bei einem ausnahmsweise (tarif-)vertraglich begründeten Konzernbezug des Arbeitsverhältnisses keinen Anspruch gegen den *bisherigen* Arbeitgeber auf Verschaffung eines neuen Arbeitsvertrags mit einem *anderen* Konzernunternehmen gibt⁷². Hat der Arbeitnehmer ausnahmsweise einen (tarif-)vertraglichen Übernahme- oder Einstellungsanspruch gegen ein *anderes* Konzernunternehmen, muss er ihn auch gegen dieses durchsetzen⁷³.

III. Arbeiten im gewünschten zeitlichen Umfang und zu Wunschzeiten

Umfang und Lage der Arbeitszeit werden in der Regel unterschiedlich festgelegt: Der *Arbeitszeitumfang* wird vertraglich festgeschrieben, Änderungen bedürfen eines Änderungsvertrags. Die *Arbeitszeitlage* bestimmt der Arbeitgeber kraft seines Direktionsrechts einseitig⁷⁴, soweit im Betrieb kein Betriebsrat gebildet wurde. Das schließt individualvertragliche Vereinbarungen über die Lage der Arbeitszeit nicht aus, die das Direktionsrecht des Arbeitgebers entsprechend beschneiden.

1. Sachgrundlose Arbeitszeitanpassung nach TzBfG

Die §§ 6–13 TzBfG ermöglichen es, die Arbeitszeit *sachgrundlos* zu verkürzen, zu verlängern und zu verlagern. Allein der vom Arbeitnehmer geäußerte „Wunsch nach einer Veränderung von Dauer und Lage“ der Arbeitszeit, verpflichtet den Arbeitgeber, über wunschgerechte Arbeitsplätze zu *informieren*, die im Unternehmen besetzt werden sollen (§ 7 Abs. 2 TzBfG). Der Arbeitgeber muss aber kein Angebot abgeben, sondern nur

27. 2. 1985 – GS 1/84 – NZA 1985, 702 (703 f.); kritisch Staudinger/*Richardil/Fischinger*, 2011, § 611 Rn. 1039 ff.; ablehnend *Weber/Weber*, RdA 2007, 344 ff.

⁶⁹ Bei Leistungshindernis auf Arbeitnehmerseite entnimmt das BAG diesen Anspruch aus § 241 Abs. 2 BGB, dazu unten V. 6. b) (S. 108 ff.).

⁷⁰ Zu den Ausnahmen unten V. (S. 98 ff.).

⁷¹ Dazu oben I. 2. b) cc) (S. 80 ff.); zum Vertragsanpassungsanspruch aus § 241 Abs. 2 BGB unten V. 6. c) (S. 110 ff.).

⁷² *Bayreuther*, NZA 2006, 819 (824); vgl. BAG vom 23. 4. 2008 – 2 AZR 1110/06 – NZA 2008, 939 (Rn. 22).

⁷³ *Bayreuther*, NZA 2006, 819 (824); *APS/Kiel*, 4. Aufl. (2012), § 1 KSchG Rn. 597.

⁷⁴ Vgl. *Wank*, NZA-Beil. 2/2012 (zu Heft 9/2012), 41 (49).

eine *invitatio ad offerendum*⁷⁵. Es ist Sache des *Arbeitnehmers*, ein entsprechendes Vertragsangebot abzugeben, auch wenn der Arbeitgeber seiner Informationspflicht nicht nachgekommen ist⁷⁶.

a) *Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit*

Wenn sein Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate besteht und der Arbeitgeber in der Regel mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigt (§ 8 Abs. 7 TzBfG), hat jeder Arbeitnehmer einen Anspruch auf Verringerung seiner „vertraglich vereinbarten Arbeitszeit“ im gewünschten Umfang (§ 8 Abs. 1 TzBfG). Während der Arbeitnehmer die Verringerung willkürlich verlangen kann⁷⁷, hat der Arbeitgeber dem Begehren zu entsprechen, soweit „betriebliche Gründe“ nicht entgegenstehen (§ 8 Abs. 4 TzBfG).

Das Gesetz gibt zwar der einvernehmlichen Arbeitszeitverringerung den Vorrang (§ 8 Abs. 3 Satz 1, Abs. 5 Satz 2 TzBfG). Doch wenn eine einvernehmliche Regelung nicht zustande kommt, muss der Arbeitgeber die vom Arbeitnehmer rechtzeitig (§ 8 Abs. 2 TzBfG) gewünschte Verringerung der Arbeitszeit spätestens einen Monat vor deren gewünschten Beginn schriftlich ablehnen – sonst verringert sich von da an die vertraglich geschuldete Arbeitszeit *automatisch* (§ 8 Abs. 5 Satz 2 TzBfG).

b) *Anspruch auf Verlagerung der Arbeitszeit*

Gleiches gilt prinzipiell für die vom Arbeitnehmer gewünschte *Verteilung* der reduzierten Arbeitszeit (§ 8 Abs. 3 Satz 2, Abs. 5 Satz 3 TzBfG). Jedoch kann der Arbeitgeber die (einvernehmlich oder automatisch) geänderte Verteilung wieder einseitig ändern, wenn sein betriebliches Interesse das Interesse des Arbeitnehmers an der Beibehaltung „erheblich überwiegt“ und er die Verschiebung spätestens einen Monat vorher dem Arbeitnehmer ankündigt (§ 8 Abs. 5 Satz 4 TzBfG). Der Wunsch nach einer bestimmten *Verteilung* der Arbeitszeit ist für den Arbeitgeber also grundsätzlich nicht bindend, wenn nicht die Verteilung vertraglich fixiert wurde⁷⁸.

Der Arbeitnehmer kann die *Verschiebung* seiner Arbeitszeit nicht „einfach so“ verlangen, losgelöst von einem Wunsch nach *Arbeitszeitreduzierung*. § 8 TzBfG soll die Teilzeitarbeit fördern, nicht jedem Arbeitnehmer hinsichtlich der Lage seiner Arbeitszeit ein einseitiges Gestaltungsrecht

⁷⁵ Vgl. MüKoBGB/Müller-Glöge, 6. Aufl. (2012), § 9 TzBfG Rn. 4.

⁷⁶ Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, 4. Aufl. (2012), § 7 Rn. 26.

⁷⁷ Ballering (Fn. 8), S. 179 ff., sieht deshalb einen systemwidrigen Fremdkörper innerhalb des Instrumentariums zur einseitigen Änderung von Verträgen.

⁷⁸ APS/Künzl, 4. Aufl. (2012), § 2 KSchG Rn. 70.

geben⁷⁹. Deswegen ist es rechtsmissbräuchlich, unter dem Deckmantel einer minimalen Verringerung der Arbeitszeit ihre umfassende Neuverteilung zu verlangen⁸⁰, auch wenn der Arbeitnehmer beide Wünsche voneinander abhängig machen kann⁸¹.

c) Anspruch auf Verlängerung der Arbeitszeit

Will ein bislang in Teilzeit beschäftigter Arbeitnehmer (wieder) mehr arbeiten, kann er dem Arbeitgeber den „Wunsch nach einer Verlängerung“ seiner vertraglichen Arbeitszeit anzeigen. Er muss dann bei der Besetzung entsprechender freier Arbeitsplätze⁸² bei ansonsten gleicher Eignung bevorzugt „berücksichtigt“ werden (§ 9 Hs. 1 TzBfG). Die Verteilung der längeren Arbeitszeit legt dabei ausschließlich der Arbeitgeber kraft seines Direktionsrechts fest⁸³. Der Berücksichtigungsanspruch steht außerdem unter dem Vorbehalt, dass „dringende betriebliche Gründe“ oder Arbeitszeitwünsche anderer Teilzeitbeschäftigter nicht entgegenstehen (§ 9 Hs. 2 TzBfG). Wollen mehrere Teilzeitbeschäftigte ihre Arbeitszeit verlängern und reichen die Arbeitsplatzkapazitäten dafür nicht aus, darf der Arbeitgeber unter ihnen frei wählen, ohne an soziale Gesichtspunkte oder billiges Ermessen gebunden zu sein oder die vorhandenen Kapazitäten auf alle interessierten Teilzeitbeschäftigte gleichmäßig verteilen zu müssen⁸⁴.

Obwohl § 9 TzBfG nur die „Berücksichtigung“ des Verlängerungswunsches verlangt, legt das BAG die Norm dahin aus, dass unter den genannten Voraussetzungen der Arbeitnehmer einen *Anspruch* auf Abschluss eines entsprechenden Änderungsvertrags hat⁸⁵. Der Arbeitnehmer soll sich „nicht aus der Befürchtung heraus, auf unabsehbare Dauer in Teilzeit verbleiben zu müssen, von einer Verringerung seiner Arbeitszeit abhalten lassen“⁸⁶.

⁷⁹ Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, 4. Aufl. (2012), § 8 Rn. 30 m.w.N.; a.A. *Straub*, NZA 2001, 919 (920).

⁸⁰ BAG vom 18. 8. 2009 – 9 AZR 517/08 – NZA 2009, 1207 (Rn. 37): Rechtsmissbrauch verneint bei Wunsch nach 10 Prozent Arbeitszeitreduzierung und gleichzeitiger Einführung einer 4-Tage-Woche.

⁸¹ Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, 4. Aufl. (2012), § 8 Rn. 30.

⁸² Der Arbeitgeber muss nicht extra einen entsprechenden Arbeitsplatz einrichten, BAG vom 15. 8. 2006 – 9 AZR 8/06 – NZA 2007, 255 (Rn. 24 ff.).

⁸³ MüKoBGB/Müller-Glöge, 6. Aufl. (2012), § 9 TzBfG Rn. 5.

⁸⁴ BAG vom 13. 2. 2007 – 9 AZR 575/05 – NZA 2007, 807 (Rn. 29); dagegen soll der Arbeitgeber nach der Beschlussempfehlung, BT-Drs. 14/4625, S. 20, bei der „gleichzeitigen Bewerbung mehrerer teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer“ nach billigem Ermessen entscheiden; nach dem Regierungsentwurf, BT-Drs. 14/4374, S. 8, sollten noch „soziale Gesichtspunkte“ maßgeblich sein.

⁸⁵ BAG vom 15. 8. 2006 – 9 AZR 8/06 – NZA 2007, 255 (Rn. 17 ff.).

⁸⁶ BAG vom 15. 8. 2006 – 9 AZR 8/06 – NZA 2007, 255 (Rn. 18).

2. Erziehungsbedingte Arbeitszeitanpassung nach BEEG

Die Elternzeit (§§ 15–21 BEEG) erlaubt es Arbeitnehmern, eine vollständige Arbeitspause einzulegen (§ 15 Abs. 1–3 BEEG) oder den Umfang der Arbeitszeit zu reduzieren („Elternteilzeit“, § 15 Abs. 4–7 BEEG)⁸⁷. Die *vollständige Beurlaubung* für die Elternzeit können die berechtigten Arbeitnehmer kraft einseitiger Gestaltung herbeiführen⁸⁸, ohne dass der Arbeitgeber dagegen betriebliche oder andere Sachgründe vorbringen kann⁸⁹. Der Arbeitgeber kann auch nicht von sich aus Arbeitnehmer „auf Elternzeit setzen“⁹⁰, etwa um kindbedingte Fehlzeiten und Leistungsdefizite vom Betrieb fernzuhalten. Die *Arbeitszeitreduzierung* während der Elternzeit ist hingegen von der Zustimmung des Arbeitgebers abhängig, kann von ihm aber nur aus dringenden betrieblichen Gründen abgelehnt werden.

a) Elternzeitberechtigung

Im Unterschied zum Teilzeitanpruch ist der Elternzeitanpruch sachgrundgebunden:

– Elternzeit können nur Arbeitnehmer beanspruchen, wenn sie mit einem – nicht notwendig eigenem – Kind in einem Haushalt leben und das Kind selbst betreuen und erziehen (§ 15 Abs. 1 Satz 1 BEEG). Unter engen Voraussetzungen können Arbeitnehmer auch eine „Großelternzeit“ beanspruchen, wenn sie mit ihrem Enkel in einem Haushalt leben und ihn selbst betreuen und erziehen (§ 15 Abs. 1a BEEG).

– Nur die Geburt bzw. Annahme eines Kindes löst für drei Jahre einen Elternzeitanpruch aus (§ 15 Abs. 2 BEEG). Die Elternzeit kann von jedem Elternteil allein, anteilig oder gemeinsam genommen werden (§ 15 Abs. 3 BEEG). Doch beginnt der Anspruchszeitraum für beide Elternteile gleichzeitig, sodass also nicht erst die Mutter und dann der Vater jeweils drei Jahre Elternzeit verlangen kann⁹¹.

Es kann auch vereinbart werden, bis zu zwölf Monate der Elternzeit in den Zeitraum zwischen dem Beginn des vierten und dem Ende des achten Lebensjahres des Kindes zu übertragen (§ 15 Abs. 2 Satz 4 BEEG). Einen Anspruch darauf haben die Arbeitnehmer zwar nicht, doch darf der Ar-

⁸⁷ ErfK/Gallner, 13. Aufl. (2013), § 15 BEEG Rn. 2, 15.

⁸⁸ BAG vom 15.12.2009 – 9 AZR 72/09 – NZA 2010, 447 (450) m. w. N.; ErfK/Gallner, 13. Aufl. (2013), § 15 BEEG Rn. 2; ebenso schon zu § 16 Abs. 1 BErzGG: BAG vom 9.5.2006 – 9 AZR 278/05 – NZA 2006, 1413 (Rn. 18).

⁸⁹ Buchner/Becker, MuSchG/BEEG, 8. Aufl. (2008), vor §§ 15–21 BEEG Rn. 7.

⁹⁰ Vgl. ErfK/Gallner, 13. Aufl. (2013), § 16 BEEG Rn. 2.

⁹¹ ErfK/Gallner, 13. Aufl. (2013), § 15 BEEG Rn. 6.

beitgeber der Übertragung nur nach billigem Ermessen (§ 315 Abs. 3 BGB) widersprechen⁹².

b) Vollständige Freistellung von der Arbeitspflicht (Elternzeit)

Nach § 16 Abs. 1 BEEG können berechnigte Arbeitnehmer Elternzeit „beanspruchen“, wenn sie sie sieben Wochen vor Beginn schriftlich vom Arbeitgeber verlangen und zugleich erklären, für welche Zeiten innerhalb von zwei Jahren sie Elternzeit nehmen möchten (§ 16 Abs. 1 Satz 1 BEEG). Die Zwei-Jahres-Voranmeldung schränkt die prinzipiell dreijährige Elternzeit nicht ein, sondern verlangt von den Arbeitnehmern nur eine grundsätzlich bindende Festlegung für die nächsten zwei Jahre. Dabei muss die Elternzeit nicht *en bloc* genommen werden, sondern kann auf zwei, sofern der Arbeitgeber zustimmt auch auf mehrere Zeitabschnitte verteilt werden (§ 16 Abs. 1 Satz 5 BEEG).

Melden Arbeitnehmer zunächst nur für zwei Jahre Elternzeit an, war bislang unklar, ob sie für das dritte Jahr der Elternzeit wieder eine Anmeldung mit siebenwöchiger Vorlauffrist vornehmen müssen (§ 16 Abs. 1 BEEG)⁹³, oder sie ihr Verlängerungsersuchen fristlos stellen können (§ 16 Abs. 3 BEEG). Das BAG hat sich nunmehr für letztere Lösung entschieden: Verlangen Arbeitnehmer nach Verlängerung ihrer einmal begonnenen Elternzeit, sind sie an keine Frist gebunden, bedürfen aber der Zustimmung des Arbeitgebers. Die Arbeitnehmer müssten bei der ersten Inanspruchnahme der Elternzeit nämlich „mindestens“ über einen Zwei-Jahres-Zeitraum disponieren⁹⁴. Beanspruchen sie zunächst weniger als drei Jahre Elternzeit, können sie später eine Verlängerung der Elternzeit nur erreichen, wenn der Arbeitgeber zustimmt. Dafür spricht die Ausnahmegvorschrift des § 16 Abs. 3 Satz 4 BEEG, wonach ein Arbeitnehmer die „Verlängerung“ seiner einmal beanspruchten Elternzeit nur dann *unabhängig* vom Willen des Arbeitgebers „verlangen“ kann, wenn ein vorgesehener Wechsel in der Anspruchsberechtigung aus wichtigem Grund nicht erfolgen kann. Das meint den Fall, dass die anspruchsberechtigten Eltern einen gegenseitigen Wechsel in der Elternzeit vorgesehen hatten, der sich plötzlich nicht mehr verwirklichen lässt⁹⁵. Eine Übertragung dieser Ausnahmegvorschrift auf ähnliche „gewichtige“ Gründe lehnt das BAG ab⁹⁶;

⁹² BAG vom 21. 4. 2009 – 9 AZR 391/08 – NZA 2010, 155 (Rn. 45).

⁹³ Dafür LAG Niedersachsen vom 13. 11. 2006 – 5 Sa 402/06 – juris (Rn. 38); Buchner/Becker, MuSchG/BEEG, 8. Aufl. (2008), § 16 BEEG Rn. 15.

⁹⁴ BAG vom 18. 10. 2011 – 9 AZR 315/10 – NZA 2012, 262 (Rn. 25).

⁹⁵ BAG vom 18. 10. 2011 – 9 AZR 315/10 – NZA 2012, 262 (Rn. 24).

⁹⁶ BAG vom 18. 10. 2011 – 9 AZR 315/10 – NZA 2012, 262 (Rn. 24).

eine neue Sieben-Wochen-Frist ist aufgrund der notwendigen Zustimmung des Arbeitgebers entbehrlich⁹⁷.

An ihren einmal getroffenen Elternzeitwunsch sind Arbeitnehmer aber nicht streng gebunden, denn der Arbeitgeber darf seine Zustimmung zur Verlängerung nicht willkürlich verweigern. Wie bei seiner Zustimmung zur Übertragung des Zwölf-Monats-Zeitraums (§ 15 Abs. 2 Satz 4 BEEG) muss er auch hier nach billigem Ermessen (§ 315 Abs. 3 BGB) entscheiden⁹⁸.

c) Arbeitszeitverringerung während der Elternzeit (Elternteilzeit)

Während der Elternzeit dürfen Arbeitnehmer nicht mehr als 30 Stunden pro Woche erwerbstätig sein (§ 15 Abs. 4 Satz 1 BEEG). Teilzeitarbeit bei einem anderen Arbeitgeber und selbständige Tätigkeit bedürfen der Zustimmung des Arbeitgebers (§ 15 Abs. 4 Satz 3 BEEG), die er innerhalb von vier Wochen und nur aus dringenden betrieblichen Gründen (etwa Geheimhaltungs- oder Wettbewerbsinteressen⁹⁹) verweigern darf (§ 15 Abs. 4 Satz 4 BEEG).

Bei ihrem „eigenen“ Arbeitgeber können Arbeitnehmer unter ähnlichen Voraussetzungen in *Elternteilzeit* gehen wie nach dem TzBfG. Auch § 15 Abs. 5 BEEG gibt einer einvernehmlichen Arbeitszeitreduzierung den Vorzug. Anders als im TzBfG reduziert sich hier nach erfolglosem Ablauf einer vierwöchigen Verhandlungsfrist die Arbeitszeit jedoch *nicht* automatisch im gewünschten Umfang. Stattdessen müssen die Arbeitnehmer die Verringerung ihrer Arbeitszeit nach § 15 Abs. 6 und Abs. 7 BEEG gesondert schriftlich verlangen¹⁰⁰. Kommt eine Einigung nicht zustande, haben die Arbeitnehmer einen Anspruch, ihre Arbeitszeit während der Gesamtdauer der Elternzeit unter den Voraussetzungen des § 15 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1–5 BEEG zwei Mal zu verringern. Dazu gehört neben einer verbleibenden Mindestarbeitszeit von 15 und einer Höchstarbeitszeit von 30 Wochenstunden (Nr. 3) insbesondere, dass dem Teilzeitwunsch keine „dringenden betrieblichen Gründe“ entgegenstehen (Nr. 4), wobei das BAG seine zu § 8 TzBfG entwickelten Maßstäbe heranzieht¹⁰¹.

Neben dem gewünschten Beginn und dem Umfang der verringerten Arbeitszeit (§ 15 Abs. 7 Satz 2 BEEG) sollen Arbeitnehmer – wie beim Teilzeitwunsch – auch die „gewünschte Verteilung“ ihrer verringerten Ar-

⁹⁷ BAG vom 18. 10. 2011 – 9 AZR 315/10 – NZA 2012, 262 (Rn. 27).

⁹⁸ BAG vom 18. 10. 2011 – 9 AZR 315/10 – NZA 2012, 262 (Rn. 28 ff.).

⁹⁹ ErfK/Gallner, 13. Aufl. (2013), § 15 BEEG Rn. 20.

¹⁰⁰ Buchner/Becker, MuSchG/BEEG, 8. Aufl. (2008), § 15 BEEG Rn. 47.

¹⁰¹ BAG vom 15. 12. 2009 – 9 AZR 72/09 – NZA 2010, 447 (Orientierungssatz 5, Rn. 48, 51, 57).

beitszeit angeben (§ 15 Abs. 7 Satz 3 BEEG). Der Arbeitgeber kann dem Verteilungswunsch – obwohl das gesetzlich nicht angeordnet ist – nur dringende betriebliche Gründe entgegenstellen¹⁰². Will der Arbeitgeber die *Elternteilzeit* generell ablehnen, muss er dies innerhalb von vier Wochen mit schriftlicher Begründung tun (§ 15 Abs. 7 Satz 4 BEEG). Wenn er das versäumt, muss ihn der Arbeitnehmer auf Erteilung seiner Zustimmung vor den Arbeitsgerichten verklagen (§ 16 Abs. 7 Satz 5 BEEG)¹⁰³.

d) Rückkehr zur Normalarbeit

Die während der Elternzeit ruhenden wechselseitigen Hauptleistungspflichten leben mit Ende der Elternzeit automatisch wieder auf¹⁰⁴. Vorzeitig kann die Elternzeit grundsätzlich nur mit Zustimmung des Arbeitgebers beendet werden (§ 16 Abs. 3 Satz 1 BEEG), wenn nicht die Geburt eines weiteren Kindes oder ein besonderer Härtefall eine einseitige Beendigung rechtfertigt (§ 16 Abs. 3 Satz 2 BEEG). In diesem Fall¹⁰⁵ kann der Arbeitgeber der vorzeitigen Beendigung der Elternzeit innerhalb von vier Wochen schriftlich aus dringenden betrieblichen Gründen widersprechen. Tut er das nicht, endet die Elternzeit kraft einseitiger Gestaltungserklärung des Arbeitnehmers vier Wochen nach deren Zugang¹⁰⁶. Endet die Elternzeit vorzeitig, geht die „Restelternzeit“ nicht unter¹⁰⁷.

3. Pflegebedingte Arbeitszeitanpassung nach PflegeZG

Das PflegeZG gibt Arbeitnehmern, die pflegebedürftige nahe Angehörige in häuslicher Umgebung berufsbegleitend pflegen wollen, drei Möglichkeiten zum *Arbeiten nach Wunsch*: Ein kurzfristiges Leistungsverweigerungsrecht von bis zu zehn Tagen bei akutem „Pflegetotstand“, einen Anspruch auf maximal sechsmonatige Befreiung von der Arbeitspflicht (Pflegezeit) und einen Anspruch auf „Pflegeteilzeit“.

¹⁰² BAG vom 9. 5. 2006 – 9 AZR 278/05 – NZA 2006, 1413 (Rn. 44 ff.) – zu § 15 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BerzGG; dagegen BeckOK-ArbR/Schrader, Ed. 25 (9/2012), § 15 BEEG Rn. 59.

¹⁰³ Buchner/Becker, MuSchG/BEEG, 8. Aufl. (2008), § 15 BEEG Rn. 55; ErfK/Gallner, 13. Aufl. (2013), § 15 BEEG Rn. 18: Leistungsklage auf Abgabe einer Willenserklärung im Sinne des § 894 Satz 1 ZPO.

¹⁰⁴ ErfK/Gallner, 13. Aufl. (2013), § 15 BEEG Rn. 25.

¹⁰⁵ Nicht bei vorzeitiger Beendigung durch Tod des Kindes (§ 16 Abs. 4 BEEG), ErfK/Gallner, 13. Aufl. (2013), § 16 BEEG Rn. 10.

¹⁰⁶ BAG vom 21. 4. 2009 – 9 AZR 391/08 – NZA 2010, 155 (Rn. 35).

¹⁰⁷ BAG vom 21. 4. 2009 – 9 AZR 391/08 – NZA 2010, 155 (Rn. 38).

a) *Kurzfristige Leistungsverweigerung bei „Pflegetotstand“*

Nach § 2 PflegeZG können Arbeitnehmer bis zu zehn Arbeitstage der Arbeit fernbleiben, um auf eine „akut aufgetretene Pflegesituation“ reagieren zu können. Die Arbeitnehmer müssen ihr Fernbleiben nur dem Arbeitgeber unverzüglich anzeigen und auf sein Verlangen den „Pflegetotstand“ ärztlich nachweisen. Obwohl das PflegeZG für diese Zeit keinen Entgeltfortzahlungsanspruch vorsieht, wird sich ein solcher meist aus § 616 Satz 1 BGB ergeben¹⁰⁸. Im Unterschied zu § 275 Abs. 3 BGB steht § 2 PflegeZG unter keinem Abwägungsvorbehalt, sodass der Arbeitgeber der pflegebedingten Leistungsverweigerung keine eigenen Interessen entgegenzusetzen kann¹⁰⁹. Ein ähnliches Recht gibt § 45 Abs. 3, Abs. 5 SGB V Arbeitnehmern unter engeren Voraussetzungen, wenn sie der Arbeit fernbleiben müssen, um ihr erkranktes Kind zu beaufsichtigen, zu betreuen oder zu pflegen¹¹⁰.

b) *Vollständige Freistellung von der Arbeitspflicht (Pflegezeit)*

Ähnlich der Elternzeit ermöglicht § 3 PflegeZG berechtigten Arbeitnehmern, eine Pflegezeit zu nehmen. Sie müssen nur erklären, Pflegezeit in Anspruch zu nehmen; einer Zustimmung des Arbeitgebers bedarf es nicht¹¹¹. Im Unterschied zur Elternzeit muss die Pflegezeit nur zehn Arbeitstage im Voraus „angekündigt“ und gleichzeitig erklärt werden, für welchen Zeitraum und in welchem Umfang Freistellung von der Arbeitsleistung gewünscht wird (§ 3 Abs. 3 Satz 1 PflegeZG). Für jeden pflegebedürftigen nahen Angehörigen kann eine Pflegezeit von längstens sechs Monaten genommen werden (§ 4 Abs. 1 Satz 1 PflegeZG). Das PflegeZG gibt Arbeitnehmern nur ein einmaliges Gestaltungsrecht, d.h. für ein und denselben nahen Angehörigen kann nicht mehrfach Pflegezeit genommen werden, auch wenn die bislang in Anspruch genommene Pflegezeit kürzer als sechs Monate war¹¹². Einer nachträglichen Verlängerung der Pflegezeit bis zur Höchstdauer muss der Arbeitgeber zustimmen, wobei er – wie bei seiner Verlängerungszustimmung nach § 16 Abs. 3 BEEG – an § 315 BGB gebunden sein wird¹¹³. Ohne seine Zustimmung kann die Pflegezeit nur verlängert werden, wenn ein vorgesehener Wechsel in der Person des Pfl-

¹⁰⁸ Für einen Gleichlauf: ErfK/*Gallner*, 13. Aufl. (2013), § 2 PflegeZG Rn. 4; ErfK/*Dörner/Preis*, 13. Aufl. (2013), § 616 BGB Rn. 10a m. w. N. auch zur Gegenansicht.

¹⁰⁹ ErfK/*Gallner*, 13. Aufl. (2013), § 2 PflegeZG Rn. 1.

¹¹⁰ ErfK/*Gallner*, 13. Aufl. (2013), § 2 PflegeZG Rn. 1.

¹¹¹ BAG vom 15. 11. 2011 – 9 AZR 348/10 – NZA 2012, 323 (Rn. 25).

¹¹² BAG vom 15. 11. 2011 – 9 AZR 348/10 – NZA 2012, 323 (Rn. 31 ff.).

¹¹³ A. A. ErfK/*Gallner*, 13. Aufl. (2013), § 4 PflegeZG Rn. 1.

genden aus wichtigem Grund nicht erfolgen kann (§ 4 Abs. 4 Satz 3 PflegeZG). Eine dem Elterngeld (§§ 1–14 BEEG) vergleichbare wirtschaftliche Absicherung existiert für die Pflegezeit nicht (nur §§ 44, 44 a SGB XI, § 28a SGB III)¹¹⁴.

c) Arbeitszeitverringerung während der Pflegezeit (Pflegeteilzeit)

Wie *Elternteilzeit* können Arbeitnehmer auch *Pflegeteilzeit* nur im Einvernehmen mit dem Arbeitgeber erreichen, der dabei indes „den Wünschen der Beschäftigten zu entsprechen“ hat, wenn keine dringenden betrieblichen Gründe entgegenstehen (§ 3 Abs. 4 BEEG). Nach Wortlaut und Systematik des § 3 Abs. 4 PflegeZG kann der Arbeitgeber auch der gewünschten *Arbeitszeitlage* nur dringende betriebliche Gründe entgegenstellen, was einen Gleichlauf mit der Rechtsprechung des BAG zur Lage der *Elternteilzeit* herstellt¹¹⁵.

d) Rückkehr zur Normalarbeit

Außer durch Ablauf der in Anspruch genommenen Pflegezeit oder durch einvernehmliche Beendigung (§ 4 Abs. 2 Satz 3 PflegeZG) endet die Pflegezeit *ipso iure* vier Wochen nachdem der nahe Angehörige nicht mehr pflegebedürftig ist oder seine (weitere) *häusliche* Pflege unmöglich oder unzumutbar geworden ist (§ 4 Abs. 2 Satz 1 PflegeZG). Der Arbeitgeber ist über die veränderten Umstände unverzüglich zu unterrichten (§ 4 Abs. 2 Satz 2 PflegeZG). Versäumt dies der Arbeitnehmer, kann er sich schadensersatzpflichtig machen (§ 280 Abs. 1 BGB). Er muss dem Arbeitgeber insbesondere die Mehrkosten der längeren Beschäftigung einer Vertretungskraft erstatten, sofern der Arbeitgeber bei rechtzeitiger Unterrichtung die befristet eingestellte Vertretungskraft nach § 6 Abs. 3 Satz 1 PflegeZG sondergekündigt hätte¹¹⁶.

e) Altersteilzeitgesetz und Familienpflegezeitgesetz

Das Altersteilzeitgesetz (ATG) sowie das neue Familienpflegezeitgesetz (FPfZG)¹¹⁷ sollen in erster Linie einvernehmliche Vereinbarungen zwi-

¹¹⁴ § 616 BGB scheidet schon aufgrund der nicht unerheblichen Dauer der Pflegezeit aus, *Böhm*, PflegeZG (2012), § 3 Rn. 32; zum FPfZG unten III. 3. e) (S. 95 f.).

¹¹⁵ BAG vom 9. 5. 2006 – 9 AZR 278/05 – NZA 2006, 1413 (Rn. 44 ff.) – zu § 15 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BErzGG.

¹¹⁶ *ErfK/Gallner*, 13. Aufl. (2013), § 4 PflegeZG Rn. 2; *S. Müller*, BB 2008, 1058 (1062).

¹¹⁷ Instruktiv und kritisch *Glatzel*, NJW 2012, 1175 ff.; *Göttling/Neumann*, NZA 2012, 119 ff.

schen Arbeitgebern und Arbeitnehmern über Altersteilzeit bzw. Familienpflegezeit dadurch fördern, dass wirtschaftliche Nachteile durch staatliche Leistungen ausgeglichen werden. Die Gesetze setzen privatautonom geschlossene Vereinbarungen voraus, ohne Arbeitnehmern Gestaltungsrechte oder Vertragsanpassungsansprüche zu geben. Es handelt sich um moderne Formen staatlicher Verhaltenslenkung durch Anreizsysteme statt durch Befehl oder Zwang (sog. *Nudging*¹¹⁸).

4. Schwerbehinderungsbedingte Arbeitszeitverkürzung

Schwerbehinderte Arbeitnehmer haben – neben § 8 TzBfG¹¹⁹ – einen Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung, soweit die Art oder Schwere ihrer Behinderung eine kürzere Arbeitszeit verlangt und diese für den Arbeitgeber nicht unzumutbar oder mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden ist (§ 81 Abs. 5 Satz 3, Abs. 4 Satz 3 SGB IX). Im Gegensatz zum allgemeinen Teilzeitanspruch aus § 8 TzBfG genügt hier eine einseitige Erklärung des Schwerbehinderten, „ohne an Formen und Fristen gebunden zu sein“, um die Arbeitszeit im gewünschten Umfang herabzusetzen¹²⁰. Indes kann der Schwerbehinderte nicht nach seinem Belieben Teilzeitbeschäftigung verlangen, sondern nur eine „behinderungsgerechte Verringerung der vertraglich geschuldeten Arbeitszeit“¹²¹. Aus der spezifischen Zweckbindung dieses Teilzeitanspruchs folgt, dass der Schwerbehinderte eine *Verlängerung* der vertraglichen Arbeitszeit gem. § 9 TzBfG nur verlangen kann, wenn sich sein Zustand soweit verbessert hat, dass eine Teilzeitbeschäftigung jedenfalls in der bisherigen Form nicht mehr notwendig ist¹²². Ordnet der Arbeitgeber *Mehrarbeit* an, die über werktäglich acht Stunden hinausgeht¹²³, können schwerbehinderte Arbeitnehmer diese grundlos¹²⁴ verweigern (§ 124 SGB IX).

¹¹⁸ Instruktiv *Thaler/Sunstein*, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness* (2008).

¹¹⁹ ErfK/Rolfs, 13. Aufl. (2013), § 81 SGB IX Rn. 18.

¹²⁰ BAG vom 14. 10. 2003 – 9 AZR 100/03 – NZA 2004, 614 (617); dagegen *Boecken*, RdA 2012, 210 (222): Zustimmung des Arbeitgebers notfalls einzuklagen.

¹²¹ BAG vom 14. 10. 2003 – 9 AZR 100/03 – NZA 2004, 614 (617).

¹²² ErfK/Rolfs, 13. Aufl. (2013), § 81 SGB IX Rn. 18.

¹²³ BAG vom 3. 12. 2002 – 9 AZR 462/01 – NZA 2004, 1219 (1220f.); kritisch *Edenfeld*, NZA 2012, 713 (719); zur Rspr. des VerwG in Beamtenrecht: *Boecken*, RdA 2012, 210 (222f.).

¹²⁴ *Kossens/von der Heide/Maaß*, SGB IX, 3. Aufl. (2009), § 124 Rn. 12.

5. Umsetzungsanspruch aus ArbZG

Ferner können Arbeitnehmer die Lage ihrer Arbeitszeit auch dann auf eigenen Wunsch hin umgestalten, wenn sie von der Nacht- in die Tagschicht umgesetzt werden wollen, d. h. ihre Arbeit regelmäßig außerhalb der gesetzlich festgelegten Nachtzeit von 23 bis 6 Uhr erbringen wollen¹²⁵. Der Umsetzungsanspruch aus § 6 Abs. 4 ArbZG, der wie jede Arbeitsverteilungsregel primär auf die Ausübung des Direktionsrecht des Arbeitgebers zielt, ist allerdings an gesundheits-, betreuungs- oder pflegebedingte Sachgründe gebunden. Außerdem muss ein für den Arbeitnehmer geeigneter, nicht notwendig freier¹²⁶ Arbeitsplatz in der Tagschicht vorhanden sein und dürfen der Versetzung keine „dringenden betrieblichen Erfordernisse“ entgegenstehen¹²⁷.

6. Urlaubsanspruch

Schließlich können Arbeitnehmer die Freistellung¹²⁸ von ihrer Arbeitspflicht verlangen, wenn sie Urlaub nehmen möchten. Der Arbeitgeber muss ihrem Urlaubswunsch entsprechen, wenn nicht dringende betriebliche Gründe oder Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer entgegenstehen (§ 7 Abs. 1 Satz 1 BUrtG). „Erteilt“ der Arbeitgeber Urlaub, übt er allerdings kein Weisungsrecht aus, sondern kommt seiner Pflicht als Schuldner nach¹²⁹. Deshalb macht er von einem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch, wenn er den Urlaubswunsch ablehnt¹³⁰. Nur wenn der Arbeitnehmer Urlaub im Anschluss an eine medizinische Vorsorge- oder Rehabilitationsmaßnahme verlangt, ist der Arbeitgeber an den Wunsch gebunden (§ 7 Abs. 1 Satz 2 BUrtG)¹³¹.

¹²⁵ ErfK/Wank, 13. Aufl. (2013), § 6 ArbZG Rn. 10.

¹²⁶ ArbG Freiburg i.B. vom 24. 11. 2009 – 7 Ca 218/09 – juris (Rn. 27 f.): u. U. Versetzung anderer Arbeitnehmer im Rahmen des Direktionsrechts erforderlich, Freikündigung hingegen nicht; ebenso BeckOK-ArbR/Kock, Ed. 25 (9/2012), § 6 ArbZG Rn. 17; Landmann/Rohmer/Neumann, GewO, EL 45 (2/2004), § 6 ArbZG Rn. 22; a. A. ErfK/Wank, 13. Aufl. (2013), § 6 ArbZG Rn. 10: auch Versetzung nicht geschuldet.

¹²⁷ Aus Gründen des Gesundheitsschutzes sind hohe Anforderungen zu stellen, BeckOK-ArbR/Kock, Ed. 25 (9/2012), § 6 ArbZG Rn. 17.

¹²⁸ Der Urlaubsanspruch ist ein Freistellungsanspruch, ErfK/Gallner, 13. Aufl. (2013), § 1 BUrtG Rn. 7.

¹²⁹ ErfK/Gallner, 13. Aufl. (2013), § 7 BUrtG Rn. 10; a. A. Neumann/Fenski, BUrtG, 10. Aufl. (2011), § 7 Rn. 6.

¹³⁰ ErfK/Gallner, 13. Aufl. (2013), § 7 BUrtG Rn. 17.

¹³¹ ErfK/Gallner, 13. Aufl. (2013), § 7 BUrtG Rn. 20.

IV. Arbeiten für gewünschtes Entgelt

1. Kein Anspruch auf Anpassung der Vergütungshöhe

Gesetzliche Ansprüche auf Anpassung der *vertraglich* vereinbarten Vergütungshöhe existieren im deutschen Recht nicht. Wünscht der Arbeitnehmer einen höheren Lohn, muss er entweder selbst seinen Arbeitgeber zu einer entsprechenden Vertragsänderung bewegen oder einer Gewerkschaft beitreten und auf kollektivem Weg für eine höhere Vergütung kämpfen. Allgemeinverbindliche Mindestlöhne können dem Arbeitnehmer diese Last abnehmen, bewirken aber keine Änderung des *vertraglich* vereinbarten, sondern nur des *gesetzlich* geschuldeten Entgelts, sofern das vertragliche dahinter zurückbleibt.

2. Anspruch auf Anpassung der Auszahlungsmodalität

Das Arbeitsentgelt ist grundsätzlich in Euro zu berechnen und auszahlen, soweit nicht Sachbezüge vereinbart sind (§ 107 GewO). Abweichend davon kann der Arbeitnehmer gem. § 1a Abs. 1 BetrAVG vom Arbeitgeber verlangen, dass von seinen *künftigen* Entgeltansprüchen bis zu vier Prozent der jeweiligen Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung durch Entgeltumwandlung für seine betriebliche Altersversorgung verwendet werden. Dies gilt jedoch nur, soweit keine durch Entgeltumwandlung finanzierte betriebliche Altersversorgung besteht (§ 1a Abs. 2 BetrAVG). Der Anspruch auf Entgeltumwandlung ist darauf gerichtet, den bestehenden Arbeitsvertrag durch Abschluss einer Umwandlungsvereinbarung (§ 1a Abs. 1 Satz 2 BetrAVG) zu ändern¹³². Zur Durchführung kann der Arbeitnehmer verlangen, dass für ihn eine Direktversicherung abgeschlossen wird, wenn der Arbeitgeber nicht bereit ist, die betriebliche Altersversorgung über einen Pensionsfonds oder eine Pensionskasse durchzuführen (§ 1a Abs. 1 Satz 3 BetrAVG).

V. Arbeiten am gewünschten Arbeitsplatz

Die stärksten Möglichkeiten zum *Arbeiten nach Wunsch* haben Arbeitnehmer immer dann, wenn sie verlangen können, dass ihre Arbeitsplätze nach ihren persönlichen Bedürfnissen umgestaltet werden, ja ihnen sogar ein „Wunscharbeitsplatz“ angeboten wird. Gesetzliche Regelungen finden

¹³² Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebsrentengesetz, 5. Aufl. (2010), § 1a BetrAVG Rn. 10.

sich insofern nur für schwerbehinderte Arbeitnehmer und Diskriminierungsopfer. Die Rechtsprechung hat allerdings mit der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ein Mittel gefunden, Arbeitnehmern möglichst oft zu ihrem Wunscharbeitsplatz zu verhelfen.

1. „Fürsorgepflicht“ des Arbeitgebers

Die Nebenpflicht, die Interessen der anderen Vertragspartei zu wahren, existiert in jedem Schuldverhältnis (§ 241 Abs. 2 BGB) und ist keine arbeitsrechtliche Besonderheit¹³³. Nur werden die allgemeinen Nebenpflichten im Arbeitsverhältnis traditionell¹³⁴ besonders bezeichnet: Während die Arbeitnehmer die Nebenpflicht zur *Treue* gegenüber ihrem Arbeitgeber trifft, sind Arbeitgeber zur *Fürsorge* gegenüber ihren Arbeitnehmern angehalten¹³⁵. Strukturelle Besonderheiten sind damit nicht verbunden, insbesondere stehen Treue und Fürsorge nicht in einem synallagmatischen Austauschverhältnis zueinander¹³⁶. Soweit die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers nicht gesetzlich ausformuliert wurde (z. B. §§ 617 f. BGB), bietet ihre mangelnde Präzisierung das Einfallstor für eine „Fürsorge-Ideologie“¹³⁷. Um dem entgegenzuwirken, ist die Fürsorge als Schutzpflicht¹³⁸ *materiell* deshalb streng auf solche Pflichten zu begrenzen, die ein Korrelat für die Unterordnung des Arbeitnehmers unter fremde Organisationsgewalt darstellen: Schutz von Leben und Gesundheit der Arbeitnehmer, Sicherung von vermögensrechtlichen Belangen und Schutz des Persönlichkeitsrechts¹³⁹. Indes werden zunehmend auch „pro-aktive“ Förderungspflichten des Arbeitgebers erfunden¹⁴⁰, die längst über die allgemeine Beschäftigungspflicht¹⁴¹ hinausreichen.

¹³³ U. Westermann, Dogmatik und Bedeutung der allgemeinen Fürsorge- und Treuepflicht im Arbeits- und Beamtenrecht (1982), S. 172; MüHdbArbR/Reichold, 3. Aufl. (2009), § 83 Rn. 1; dagegen sehen Staudinger/Richardi/Fischinger, 2011, § 611 Rn. 1032, darin eine „Besonderheit“ des Arbeitsverhältnisses.

¹³⁴ Die Terminologie geht auf die Lehre vom Arbeitsverhältnis als „personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis“ zurück, U. Westermann (Fn. 133), S. 29, 77; MüHdbArbR/Reichold, 3. Aufl. (2009), § 83 Rn. 1 ff.

¹³⁵ Eingehend zur Entwicklung: U. Westermann (Fn. 133), S. 5 ff.; insgesamt zur Fürsorgepflicht auch Brors, Die Abschaffung der Fürsorgepflicht (2002).

¹³⁶ HWK/Thüsing, 5. Aufl. (2012), § 611 BGB Rn. 241.

¹³⁷ Staudinger/Richardi/Fischinger, 2011, § 611 Rn. 1035.

¹³⁸ MüHdbArbR/Reichold, 3. Aufl. (2009), § 83 Rn. 1, will indes zwischen Schutzpflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) und Nebenleistungspflichten (§ 242 BGB) differenzieren.

¹³⁹ Staudinger/Richardi/Fischinger, 2011, § 611 Rn. 1036.

¹⁴⁰ MüHdbArbR/Reichold, 3. Aufl. (2009), § 83 Rn. 11.

¹⁴¹ Dazu oben II. 6. b) (S. 86 f.).

2. Anspruch auf einen „menschengerechten“ Arbeitsplatz

Auf Arbeiten in einem „angenehmen Betriebsklima“ mit freundlichen Kollegen, fehlerlosen Vorgesetzten und bei moderater Arbeitsbelastung haben Arbeitnehmer keinen Anspruch. Nur Arbeitsbedingungen, die ihre Gesundheit beeinträchtigen oder ihre Persönlichkeitsrechte fortwährend verletzen, sind vom Arbeitgeber zu beseitigen¹⁴².

a) Anspruch auf einen diskriminierungsfreien Arbeitsplatz

Arbeitgeber müssen, wenn Beschäftigte gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG verstoßen, geeignete, erforderliche und angemessene Maßnahmen zur Unterbindung der Benachteiligung (wie Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung) ergreifen (§ 12 Abs. 3 AGG). Der diskriminierte Arbeitnehmer kann vom Arbeitgeber nur verlangen, dass dieser die dafür erforderlichen Maßnahmen ergreift. Eine *bestimmte* Maßnahme kann der Arbeitnehmer nicht verlangen; vielmehr verbleibt dem Arbeitgeber ein Ermessensspielraum¹⁴³. Der Benachteiligte kann also nicht verlangen, auf einen anderen Arbeitsplatz, u. U. jenseits des vertraglichen Aufgabenfeldes, versetzt zu werden. Gleichwohl kommt diese Maßnahme – mit Einverständnis des Betroffenen – als *ultima ratio* in Betracht¹⁴⁴.

b) Anspruch auf einen „mobbingfreien“ Arbeitsplatz

Losgelöst von den Diskriminierungsmerkmalen des AGG können Arbeitnehmer verlangen, dass ihre Arbeitgeber gegen „Mobbing“ am Arbeitsplatz vorgehen. Unter „Mobbing“ werden unerwünschte Verhaltensweisen verstanden, die bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird (vgl. § 3 Abs. 3 AGG)¹⁴⁵. Entscheidend ist die systematische, sich aus vielen einzelnen Verhaltensweisen zusammensetzende Verletzung, während den einzelnen Handlungen allein oft keine rechtliche Bedeutung zukommt¹⁴⁶.

¹⁴² § 75 Abs. 2 BetrVG begründet für Arbeitgeber und Betriebsrat eine kollektivrechtliche Pflicht, die freie Entfaltung der Persönlichkeit der Arbeitnehmer zu fördern und zu schützen, der aber kein Individualanspruch der Arbeitnehmer gegenübersteht, *Richardi*, BetrVG, 13. Aufl. (2012), § 75 Rn. 46.

¹⁴³ BAG vom 25. 10. 2007 – 8 AZR 593/06 – NZA 2008, 223 (Rn. 68).

¹⁴⁴ ErfK/*Schlachter*, 13. Aufl. (2013), § 12 AGG Rn. 4.

¹⁴⁵ BAG vom 25. 10. 2007 – 8 AZR 593/06 – NZA 2008, 223 (Rn. 57 ff.).

¹⁴⁶ BAG vom 25. 10. 2007 – 8 AZR 593/06 – NZA 2008, 223 (Rn. 59).

Der Anspruch auf einen „mobbingfreien“ Arbeitsplatz folgt nach jüngerer Rechtsprechung aus § 241 Abs. 2 BGB¹⁴⁷: Der Arbeitgeber hat im Rahmen seiner vertraglichen Rücksichtnahmepflicht „das Wohl und die berechtigten Interessen“ des Arbeitnehmers, insbesondere seine Persönlichkeitsrechte zu berücksichtigen¹⁴⁸. Wird ein Arbeitnehmer in seinen Persönlichkeitsrechten verletzt, kann er verlangen, dass der Arbeitgeber fortwährende Beeinträchtigungen beseitigt, weitere Verletzungshandlungen unterbindet¹⁴⁹ und ihm einen „menschengerechten Arbeitsplatz“ zur Verfügung stellt¹⁵⁰.

Wie der diskriminierte kann auch der „gemobbte“ Arbeitnehmer nur verlangen, dass der Arbeitgeber Vermeidungsmaßnahmen nach seinem Ermessen ergreift, wenn nicht ausnahmsweise nur *eine* konkrete Maßnahme ermessensfehlerfrei ergriffen werden kann¹⁵¹. Einem Anspruch auf Kündigung der „mobbenden“ Kollegen steht in aller Regel der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entgegen¹⁵².

c) Anspruch auf einen ungefährlichen und stressfreien Arbeitsplatz

Die vielen gesundheitsschützenden Vorschriften des *öffentlich-rechtlichen* Arbeitsschutzes, insbesondere aus dem ArbSchG, geben Arbeitnehmern über § 618 BGB¹⁵³ zwar ebenfalls *vertragliche* Schutzansprüche, eine Vertragsanpassung oder Zuweisung vertragsfremder Tätigkeiten kann damit aber nicht erreicht werden. Der Arbeitnehmer willigt mit Abschluss des Arbeitsvertrages in die Gefahren der Tätigkeit – soweit sie im Rahmen des § 618 BGB unvermeidbar sind – ein¹⁵⁴. Er kann deshalb ihre Beseitigung nicht verlangen¹⁵⁵.

Vor diesem Hintergrund ist auch der jüngste Vorschlag der IG Metall zu einer Verordnung zum Schutz vor Gefährdungen durch psychische Belastungen bei der Arbeit („Anti-Stress-Verordnung“)¹⁵⁶ zu sehen. Danach soll

¹⁴⁷ BAG vom 28. 10. 2010 – 8 AZR 546/09 – NZA-RR 2011, 378 (Rn. 18); BAG vom 24. 4. 2008 – 8 AZR 347/07 – NZA 2009, 38 (Rn. 31 ff.); Herleitung aus § 242 BGB; BAG vom 25. 10. 2007 – 8 AZR 593/06 – NZA 2008, 223 (Rn. 65 f.).

¹⁴⁸ BAG vom 13. 3. 2008 – 2 AZR 88/07 – AP Nr. 87 zu § 1 KSchG 1969 (Rn. 44).

¹⁴⁹ BAG vom 13. 3. 2008 – 2 AZR 88/07 – AP Nr. 87 zu § 1 KSchG 1969 (Rn. 44).

¹⁵⁰ BAG vom 25. 10. 2007 – 8 AZR 593/06 – NZA 2008, 223 (Rn. 65).

¹⁵¹ BAG vom 25. 10. 2007 – 8 AZR 593/06 – NZA 2008, 223 (Rn. 68).

¹⁵² BAG vom 25. 10. 2007 – 8 AZR 593/06 – NZA 2008, 223 (Rn. 70 ff.).

¹⁵³ MüKoBGB/Henssler, 6. Aufl. (2012), § 618 BGB Rn. 8; zur Systematik des Arbeitsschutzrechts: Staudinger/Oetker, 2011, § 618 Rn. 21 ff.

¹⁵⁴ Staudinger/Oetker, 2011, § 618 Rn. 232, gegen Däubler, Arbeitsrecht 2, 12. Aufl. (2009), Rn. 380 f.

¹⁵⁵ Staudinger/Oetker, 2011, § 618 Rn. 231.

¹⁵⁶ www.igmetall.de/antistressverordnung [19. 11. 2012].

der Arbeitgeber, um Gefährdungen durch psychische Belastung zu vermeiden, insbesondere die Arbeitsaufgaben, die Arbeitsorganisation und die sozialen Beziehungen gemäß den gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen, dem Stand von Technik, Arbeitsmedizin und Hygiene gestalten (§ 3 Abs. 2 Satz 1 des Entwurfs). Der Arbeitgeber soll alle erforderlichen Maßnahmen treffen, damit die Arbeitsfähigkeit der Beschäftigten „für die Dauer eines Arbeitslebens“ erhalten bleibt“ (§ 3 Abs. 4 des Entwurfs). Im Einzelnen sollen die Beschäftigten ihre Fähigkeiten in einem „menschengerechten“ Arbeitspensum erhalten und erweitern können, ohne dabei qualitativ über- oder unterfordert zu werden (§ 6 Abs. 2–5 des Entwurfs). Wie Arbeitgeber dem gerecht werden sollen, sei dahingestellt.

Die „Anti-Stress-Verordnung“ träte in Konkretisierung des ArbSchG¹⁵⁷ neben Vorschriften wie die ArbStättV, LärmVibrationsArbSchV, GefStoffV, BioStoffV etc.¹⁵⁸. Sie könnte schon deshalb keine Vertragsänderung bewirken, sondern nur dem Arbeitgeber die Ausgestaltung der Arbeitsumgebung und Ausübung seines Direktionsrechts vorschreiben und somit seine Schutzpflichten aus § 618 BGB ausformulieren¹⁵⁹. Obwohl Arbeitnehmer vom Arbeitgeber die Erfüllung unmittelbar arbeitnehmerschützender Schutzvorschriften verlangen können¹⁶⁰, kommt dem Erfüllungsanspruch keine praktische Bedeutung zu – im Gegensatz zur Zurückbehaltung der Arbeitskraft (§ 273 BGB, § 9 Abs. 3 ArbSchG) und Schadensersatzansprüchen¹⁶¹.

3. Anspruch auf einen schwangerschafts- und muttergerechten Arbeitsplatz

Wer eine werdende oder stillende Mutter beschäftigt, hat bei Einrichtung und Unterhaltung des Arbeitsplatzes sowie bei Regelung der Beschäftigung die erforderlichen Maßnahmen zum Schutze von Leben und Gesundheit der werdenden oder stillenden Mutter zu treffen, insbesondere ihr kurze Ausruhpasen (§ 2 MuSchG) bzw. Stillzeiten (§ 7 MuSchG) einzuräumen.

¹⁵⁷ Die Verordnung soll auf § 18 ArbSchG gestützt werden (Entwurfsbegründung, S. 4).

¹⁵⁸ Übersicht bei Staudinger/Oetker, 2011, § 618 Rn. 67; eingehend MüKoBGB/Henssler, 6. Aufl. (2012), § 618 BGB Rn. 27 ff.

¹⁵⁹ MüKoBGB/Henssler, 6. Aufl. (2012), § 618 BGB Rn. 46 ff.

¹⁶⁰ MüKoBGB/Henssler, 6. Aufl. (2012), § 618 BGB Rn. 9, 86.

¹⁶¹ Staudinger/Oetker, 2011, § 618 Rn. 249.

a) Dispositive Arbeitsverbote

Soweit Schwangere keinen absoluten Beschäftigungsverboten (§ 3 Abs. 1, §§ 4, 8 MuSchG) unterfallen, können sie auf ihren ausdrücklichen Wunsch hin auch in den letzten sechs Wochen *vor* der Entbindung beschäftigt werden (§ 3 Abs. 2 MuSchG). Nach zutreffender Ansicht kann der Arbeitgeber dem Beschäftigungsverlangen nicht widersprechen, weil nach Wortlaut und Systematik des § 3 Abs. 2 MuSchG die Entscheidung über die Suspendierung des Arbeitsverbots in den letzten sechs Wochen vor der Geburt einzig der werdenden Mutter obliegt¹⁶². Verzichtet sie auf das Verbot, lebt ihr arbeitsvertraglicher Beschäftigungsanspruch wieder auf bzw. besteht fort, ohne dass der Arbeitgeber aus paternalistischer Fürsorge oder betrieblichen Gründen der Weiterbeschäftigung widersprechen kann. Die zumutbare Arbeitsbelastung kann letztlich nur die Schwangere selbst als „mündige Arbeitnehmerin“ einschätzen¹⁶³.

Nach der Entbindung dürfen Mütter grundsätzlich acht Wochen lang nicht beschäftigt werden (§ 6 Abs. 1 Satz 1 MuSchG). Ausnahmsweise kann die Mutter auf ihren ausdrücklichen Wunsch hin schon frühestens zwei Wochen nach der Entbindung wieder beschäftigt werden, wenn ihr Kind verstorben ist (§ 6 Abs. 1 Satz 3 MuSchG). In diesem Fall soll der Arbeitgeber – anders als bei § 3 Abs. 2 MuSchG – nach ganz herrschender Meinung *nicht verpflichtet* sein, die Mutter auf ihren Wunsch hin wieder zu beschäftigen¹⁶⁴. Obgleich § 6 Abs. 1 Satz 3 MuSchG einer Frau nach dem Tod ihres Kindes Gelegenheit geben soll sich abzulenken¹⁶⁵ und auch dies eine autonome Entscheidung der Arbeitnehmerin ist, hat der Arbeitgeber sich hier bereits auf einen längeren Ausfall der Arbeitnehmerin eingestellt. Seine betrieblichen Interessen sind daher durch einen Zustimmungsvorbehalt zu berücksichtigen.

¹⁶² LAG Schleswig-Holstein vom 15. 12. 2005 – 2 Ta 210/05 – NZA-RR 2006, 178 (179); BeckOK-ArbR/Leopold, Ed. 25 (9/2012), § 3 MuSchG Rn. 13; a. A. Buchner/Becker, MuSchG/BEEG, 8. Aufl. (2008), § 3 MuSchG Rn. 53: nur öffentlich-rechtliches Beschäftigungsverbot einseitig abbedingbar; einschränkend ErfK/Schlachter, 13. Aufl. (2013), § 3 MuSchG Rn. 12: Ablehnung des Arbeitgebers muss sich am Schutzzweck des MuSchG ausrichten und an Treu und Glauben messen lassen.

¹⁶³ LAG Schleswig-Holstein vom 15. 12. 2005 – 2 Ta 210/05 – NZA-RR 2006, 178 (179).

¹⁶⁴ ErfK/Schlachter, 13. Aufl. (2013), § 6 MuSchG Rn. 3; BeckOK-ArbR/Leopold, Ed. 25 (9/2012), § 6 MuSchG Rn. 7; Buchner/Becker, MuSchG/BEEG, 8. Aufl. (2008), § 6 MuSchG Rn. 20.

¹⁶⁵ BeckOK-ArbR/Leopold, Ed. 25 (9/2012), § 6 MuSchG Rn. 7.

b) Zuweisung von Ersatztätigkeiten

Ist eine Arbeitnehmerin während der Schwangerschaft wegen eines Beschäftigungsverbots gehindert, ihre vertragliche Arbeitsleistung zu erbringen, darf ihr der Arbeitgeber im Rahmen billigen Ermessens (§ 315 Abs. 3 BGB) *vertragsfremde*, zumutbare Tätigkeiten zuweisen¹⁶⁶. Wenn die schwangere Arbeitnehmerin eine solche Ersatzbeschäftigung ablehnt, hat sie keinen Anspruch auf Mutterschutzlohn aus § 11 Abs. 1 MuSchG gegen ihren Arbeitgeber¹⁶⁷. Obgleich der Arbeitgeber gem. § 9 MuSchG eine schwangere bzw. stillende Arbeitnehmerin grundsätzlich nicht (änderungs-)kündigen darf, erweitert das BAG sein Direktionsrecht über den Arbeitsvertrag hinaus, um seine mutterschutzrechtlichen Belastungen möglichst gering zu halten¹⁶⁸. Diese Folgenabschätzung wirkt sich letztlich zugunsten der generellen Beschäftigungschancen von Arbeitnehmerinnen aus. Allerdings bekommen seit Inkrafttreten des Aufwendungsausgleichsgesetzes (AAG)¹⁶⁹ Arbeitgeber ohnehin die gezahlten Mutterschutzlöhne von den Krankenkassen vollständig erstattet (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 AAG), sodass zumindest höhere Anforderungen an die Zumutbarkeit der Ersatzbeschäftigung zu stellen sind¹⁷⁰.

Die schwangerschaftsbedingte Ersatzbeschäftigung ist neben § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG und in Notfällen¹⁷¹ – soweit ersichtlich – der einzige Fall, in dem Arbeitnehmer vertragsfremde Aufgaben übernehmen müssen, wenn sie keinen Rechtsverlust erleiden wollen. Wegen der wirtschaftlichen Herleitung der schwangerschaftsbedingten Ersatzbeschäftigung riskieren Schwangere aber nur ihren Mutterschutzlohn und nicht ihr Arbeitsverhältnis, wenn sie eine zumutbare vertragsfremde Ersatzbeschäftigung ablehnen. Es handelt sich nur um eine Obliegenheit. Muss der Arbeitgeber der Schwangeren nämlich keinen Mutterschutzlohn zahlen, hat er auch kein berechtigtes Interesse mehr an ihrer vertragsfremden Ersatzbeschäftigung. Eine Kündigung wegen Arbeitsverweigerung scheidet aus.

¹⁶⁶ BAG vom 15. 11. 2000 – 5 AZR 365/99 – NZA 2001, 386.

¹⁶⁷ BAG vom 15. 11. 2000 – 5 AZR 365/99 – NZA 2001, 386.

¹⁶⁸ ErfK/*Schlachter*, 13. Aufl. (2013), § 3 MuSchG Rn. 3.

¹⁶⁹ Vom 22. 12. 2005, BGBl. I 2005, 3686; in Kraft getreten am 1. 1. 2006.

¹⁷⁰ *Linck*, Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 14. Aufl. (2011), § 168 Rn. 20.

¹⁷¹ BAG vom 2. 12. 1980 – 5 AZR 477/78 – SAE 1982, 162 (163): Der Arbeitgeber kann dem Arbeitnehmer „in Ausnahme- und Notsituationen auch ohne dessen Einverständnis eine vertraglich nicht geschuldete, insbesondere eine geringerwertige Tätigkeit zuweisen“.

c) *Anspruch auf Zuweisung von Ersatztätigkeiten?*

Ob die schwangere Arbeitnehmerin auch die Zuweisung einer billigen Ersatztätigkeit verlangen kann, ist unklar. Das BAG spricht nur davon, dass der Arbeitgeber „bei der Zuweisung“ nach billigem Ermessen zu entscheiden hat¹⁷². Allerdings sieht das Gericht keine sachliche Rechtfertigung „für eine gerichtliche Beurteilung von Direktionsmaßnahmen, die vom Arbeitgeber gar nicht ausgesprochen wurden“¹⁷³. Auch wird der allgemeine Beschäftigungsanspruch der Schwangeren aus ihrem Arbeitsvertrag¹⁷⁴ vom BAG in die „umfassende Interessenabwägung“ nicht ausdrücklich einbezogen. Außerdem fehlt dem MuSchG eine Regelung wie § 81 Abs. 4 SGB IX, der Schwerbehinderten freilich nur einen allgemeinen Anspruch auf behinderungsgerechte Beschäftigung gibt, also weder auf einen bestimmten Arbeitsplatz noch auf Schaffung eines neuen Arbeitsplatzes¹⁷⁵. Doch wenn der Schwerbehinderte seine vertragliche Tätigkeit nicht mehr ausüben kann, kann er eine anderweitige Beschäftigung und ggf. auch eine entsprechende Vertragsänderung verlangen¹⁷⁶.

4. *Anspruch auf einen schwerbehinderungsgerechten Arbeitsplatz*

Wie soeben angesprochen, haben schwerbehinderte Arbeitnehmer aus § 81 Abs. 4 Satz 1 SGB IX (vgl. § 106 Satz 3 GewO) einen Anspruch auf behinderungsgerechte Beschäftigung¹⁷⁷. Der Anspruch steht unter dem Vorbehalt, dass seine Erfüllung dem Arbeitgeber zumutbar und nicht mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden ist (§ 87 Abs. 4 Satz 3 SGB IX). Macht die behinderungsgerechte Beschäftigung eine Versetzung i. S. d. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG erforderlich und verweigert der Betriebsrat hierzu seine Zustimmung, ist dem Arbeitgeber in aller Regel zumutbar, ein Zustimmungsersetzungsverfahren einzuleiten, wenn nicht feststeht, dass die vom Betriebsrat genannten Verweigerungsgründe „objektiv vorliegen und die Zustimmungsverweigerung rechtlich tragen“¹⁷⁸. Letzteres ist etwa der Fall, wenn auch das Integrationsamt einer vom Arbeitgeber in Aussicht genommenen Weiterbeschäftigung die Tauglichkeit für den Schwerbehinderten abgesprochen hat¹⁷⁹.

¹⁷² BAG vom 15. 11. 2000 – 5 AZR 365/99 – NZA 2001, 386 (386).

¹⁷³ BAG vom 15. 11. 2000 – 5 AZR 365/99 – NZA 2001, 386 (387).

¹⁷⁴ Staudinger/Richardi/Fischinger, 2011, § 611 Rn. 1039 ff.

¹⁷⁵ Staudinger/Richardi/Fischinger, 2011, § 611 Rn. 1045.

¹⁷⁶ BAG vom 14. 3. 2006 – 9 AZR 411/05 – NZA 2006, 1214 (Rn. 18).

¹⁷⁷ Eingehend Boecken, RdA 2012, 210 (211 ff.).

¹⁷⁸ BAG vom 3. 12. 2002 – 9 AZR 481/01 – NZA 2003, 1215 (1218).

¹⁷⁹ BAG vom 22. 9. 2005 – 2 AZR 519/04 – NZA 2006, 486 (Rn. 38 ff.); dagegen Boecken, RdA 2012, 210 (216).

Die Konkretisierung ihres allgemeinen Beschäftigungsanspruchs durch § 81 Abs. 4 SGB IX¹⁸⁰ gibt Schwerbehinderten mithin weder einen Anspruch auf einen bestimmten Arbeitsplatz, noch können sie verlangen, dass ein geeigneter Arbeitsplatz erst geschaffen wird. Schwerbehinderte können „nur“ eine anderweitige Beschäftigung auch jenseits des vertraglichen Rahmens verlangen, wenn sie ihre vertragliche Tätigkeit nicht mehr ausüben können¹⁸¹. Der Anspruch zielt auf behinderungsgerechte Beschäftigung, nicht auf einen „neigungsgerechten“ Wunscharbeitsplatz¹⁸².

5. Anspruch auf einen krankheits(leidens)gerechten Arbeitsplatz

Arbeitnehmer, die weder schwerbehindert noch gleichgestellt, aber auf Dauer *krankheitsbedingt* nicht mehr in der Lage sind, ihre geschuldete Arbeit auf ihrem bisherigen Arbeitsplatz zu leisten, müssen nach der Rechtsprechung des BAG „zur Vermeidung einer Kündigung“ auf einem „leidensgerechten“ Arbeitsplatz im Betrieb oder Unternehmen weiterbeschäftigt werden. Solch ein gleich- oder geringerwertiger Arbeitsplatz¹⁸³ muss frei und der Arbeitnehmer dafür geeignet sein¹⁸⁴. Gegebenenfalls hat der Arbeitgeber diesen Arbeitsplatz durch Ausübung seines Direktionsrechts frei zu machen und sich auch um die eventuell erforderliche Zustimmung des Betriebsrats zu bemühen; ein Zustimmungsersetzungsverfahren muss er aber nicht anstrengen¹⁸⁵.

In der Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (§ 84 Abs. 2 SGB IX) sieht das BAG nur eine *Möglichkeit*, um mildere Mittel zur krankheitsbedingten Kündigung zu *erkennen* und zu *entwickeln*¹⁸⁶. Dazu gehört etwa, den Arbeitsplatz umzugestalten oder den Arbeitnehmer zu geänderten Arbeitsbedingungen auf einem anderen Arbeitsplatz weiterzubeschäftigen, auch wenn dieser gegebenenfalls erst durch Umsetzung „freizumachen“ ist. Ein unterlassenes Eingliederungsmanagement steht

¹⁸⁰ Staudinger/Richardi/Fischinger, 2011, § 611 Rn. 1045.

¹⁸¹ Verletzt der Arbeitgeber seine Pflichten, kann er sich schadensersatzpflichtig machen nach § 280 Abs. 1 und § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 81 Abs. 4 Satz 1 SGB IX, BAG vom 4. 10. 2005 – 9 AZR 632/04 – NZA 2006, 442 (Rn. 22); dazu Boecken, RdA 2012, 210 (219 f.).

¹⁸² ErfK/Rolfs, 13. Aufl. (2013), § 81 SGB IX Rn. 9; BeckOK-SozR/Gutzeit, Ed. 27 (9/2012), § 81 SGB IX Rn. 11.

¹⁸³ BAG vom 19. 4. 2007 – 2 AZR 239/06 – NZA 2007, 1041 (Rn. 25): auch bei krankheitsbedingter Kündigung kein Beförderungsanspruch aus § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG.

¹⁸⁴ BAG vom 29. 1. 1997 – 2 AZR 9/96 – NZA 1997, 709 (LS).

¹⁸⁵ BAG vom 29. 1. 1997 – 2 AZR 9/96 – NZA 1997, 709 (LS).

¹⁸⁶ BAG vom 23. 4. 2008 – 2 AZR 1012/06 – NZA-RR 2008, 515 (Rn. 25 f.).

aber einer Kündigung nicht entgegen, wenn sie auch durch das Eingliederungsmanagement nicht hätte verhindert werden können¹⁸⁷.

6. Anspruch auf einen minderleistungsgerechten Arbeitsplatz

Das BAG löst in jüngerer Zeit seine Rechtsprechung zum krankheits(leidens)gerechten Arbeitsplatz aus ihrem kündigungsrechtlichen Kontext und weitet sie auf alle Fälle aus, in denen Arbeitnehmer ihre geschuldete Tätigkeit nicht mehr erbringen können. Auf eine Krankheit oder Schwerbehinderung kommt es nicht mehr an. Den „Aufhänger“ für die neue Rechtsprechung bilden Ansprüche auf Schadensersatz wegen Nebenpflichtverletzung (§ 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB).

a) Ausgangspunkt: Unvollkommenes Verzugsrecht

Offenbar ist es eine vermeintliche Unvollkommenheit des Verzugsrechts, welche die Kreativität des BAG – angeführt vom *Fünften Senat* – hinsichtlich der Nebenpflichten von Arbeitgebern beflügelt: Der Arbeitgeber schuldet nämlich kein Annahmeverzugsentgelt, wenn und solange der Arbeitnehmer auf seinem bisherigen Arbeitsplatz seine vertraglich geschuldete Leistung nicht oder nicht vollständig erbringen kann, weil er insofern nicht leistungsfähig i. S. d. § 297 BGB ist. Ist die geschuldete Arbeitsleistung im Arbeitsvertrag – wie in aller Regel – nur rahmenmäßig umschrieben, gilt aber nur die konkret zugewiesene Tätigkeit als die zu bewirkende (Arbeits-)Leistung i. S. d. § 294 BGB¹⁸⁸.

Nachdem einige Entscheidungen bereits dann Annahmeverzug bejahen, wenn der Arbeitgeber es unterlassen hatte, einem leistungsgeminderten Arbeitnehmer eine andere Aufgabe zuzuweisen¹⁸⁹, zog der *Fünfte Senat* 2010 die Notbremse: Aus § 296 BGB folge keine Verpflichtung des Arbeitgebers, „die von ihm wirksam konkretisierte Arbeitspflicht nach den Wünschen des Arbeitnehmers neu zu bestimmen“¹⁹⁰. Der Arbeitnehmer, der die ihm zugewiesene Arbeit nur noch teilweise oder überhaupt nicht mehr ausführen kann, sei deshalb stets vollständig leistungsunfähig und könne kein Annahmeverzugsentgelt beanspruchen¹⁹¹. Auch wenn der

¹⁸⁷ BAG vom 23. 4. 2008 – 2 AZR 1012/06 – NZA-RR 2008, 515 (Rn. 27).

¹⁸⁸ BAG vom 19. 5. 2010 – 5 AZR 162/09 – NZA 2010, 1119 (Rn. 14).

¹⁸⁹ Ausgangspunkt bildete offenbar der missverständliche Orientierungssatz zur Entscheidung des BAG vom 8. 11. 2006 – 5 AZR 51/06 – NZA 2007, 287; nachfolgend BAG vom 27. 8. 2008 – 5 AZR 16/08 – NZA 2008, 1410 (Rn. 13) und BAG vom 13. 8. 2009 – 6 AZR 330/08 – NZA-RR 2010, 420 (Rn. 15).

¹⁹⁰ BAG vom 19. 5. 2010 – 5 AZR 162/09 – NZA 2010, 1119 (Rn. 17).

¹⁹¹ BAG vom 19. 5. 2010 – 5 AZR 162/09 – NZA 2010, 1119 (Rn. 19f.).

Arbeitnehmer überhaupt keine vertraglich geschuldete Tätigkeit mehr erbringen kann, ist der Arbeitgeber nach allgemeiner Meinung nicht gehalten, dem Arbeitnehmer eine vertragsfremde Tätigkeit anzubieten, um den Annahmeverzug abzuwenden¹⁹².

Diese Rechtsprechung überzeugt, weil sie verhindert, dass der Arbeitgeber *verschuldensunabhängig* in Annahmeverzug gerät, sobald Leistungsdefizite bei Arbeitnehmern auftreten. Allerdings stehen infolge dessen kündigungsrechtliche und verzugsrechtliche Pflichten des Arbeitgebers scheinbar in Widerspruch: Aus Sicht des fürsorgenden Richters ist dem leistungsgeminderten Arbeitnehmer wenig geholfen, wenn er den Kündigungsschutzprozess gewinnt, weil sein Arbeitgeber ihm keine andere gleich- oder geringerwertige Tätigkeit zugewiesen oder angeboten hat, die er noch hätte ausführen können. Er kann nämlich kein Annahmeverzugsentgelt beanspruchen, solange der Arbeitgeber ihm keine andere Tätigkeit zuweist¹⁹³. Um diesem Missstand abzuhelpen, soll der leistungsgeminderte Arbeitnehmer seine „entgangene Vergütung“ als Schadensersatz verlangen können. Der Arbeitgeber habe nämlich seine vertragliche Nebenpflicht aus § 241 Abs. 2 BGB verletzt, indem er entweder dem Arbeitnehmer nicht durch *Neuausübung seines Direktionsrechts* einen leidensgerechten Arbeitsplatz zugewiesen hat¹⁹⁴ (dazu b) oder – wenn das nicht ausgereicht hätte – ihm nicht eine andere, *vertragsfremde Tätigkeit angeboten* hat¹⁹⁵ (dazu c).

b) Umsetzungsanspruch aus § 241 Abs. 2 BGB

Die Nebenpflicht des Arbeitgebers, seinen Arbeitnehmern nur Aufgaben zuzuweisen, denen diese auch gewachsen sind, ergibt sich schon aus der arbeitsvertraglichen Beschäftigungspflicht i. V. m. § 106 GewO, § 315 BGB¹⁹⁶. Allerdings bleibt die einmal erteilte, billige Weisung verbindlich, bis sie geändert wird. Wenn der Arbeitnehmer erst später leistungsunfähig wird, macht das die Weisung nicht nachträglich unbillig. Maßgeblich

¹⁹² Nur BAG vom 13. 8. 2009 – 6 AZR 330/08 – NZA-RR 2010, 420 (Rn. 15) m. w. N.

¹⁹³ Exemplarisch LAG Schleswig-Holstein vom 22. 3. 2012 – 5 Sa 336/11 – LAGE § 615 BGB 2002 Nr. 16, dazu ArbRAktuell 2012, 255 mit Anm. Görg.

¹⁹⁴ So im Fall des BAG vom 19. 5. 2010 – 5 AZR 162/09 – NZA 2010, 1119 (Rn. 33 ff.).

¹⁹⁵ So im Fall des BAG vom 13. 8. 2009 – 6 AZR 330/08 – NZA-RR 2010, 420 (Rn. 30 ff.).

¹⁹⁶ Unmögliches kann der Arbeitgeber billigerweise nicht verlangen, Staudinger/Rieble, 2009, § 315 Rn. 374.

bleibt der Zeitpunkt, in dem der Arbeitgeber seine Entscheidung getroffen hat¹⁹⁷.

Statt die Beschäftigungspflicht zu bemühen¹⁹⁸, leitet das BAG aus § 241 Abs. 2 BGB die Nebenpflicht des Arbeitgebers her, nachträglich leistungsgeminderten Arbeitnehmern eine andere billige und vertragsgemäße Tätigkeit zuzuweisen. Der Arbeitgeber habe es nämlich seinen Arbeitnehmern zu ermöglichen, dass sie *ihre* Leistung (wieder) erbringen können¹⁹⁹ – ein erster Schritt (zurück) zur Fürsorgepflicht:

„Im Arbeitsverhältnis können die Vertragspartner [aus § 241 Abs. 2 BGB] zur Verwirklichung des Leistungsinteresses zu leistungssichernden Maßnahmen verpflichtet sein. Dazu gehört auch die Pflicht, im Zusammenwirken mit dem Vertragspartner die Voraussetzungen für die Durchführung des Vertrags zu schaffen, Erfüllungshindernisse nicht entstehen zu lassen bzw. zu beseitigen und dem anderen Teil den angestrebten Leistungserfolg zukommen zu lassen“²⁰⁰.

Im Unterschied zu den streng an den behinderungsbedingten Leistungsdefiziten der Arbeitnehmer orientierten Ansprüchen aus dem SGB IX soll § 241 Abs. 2 BGB allen leistungsgeminderten Arbeitnehmern *Arbeiten nach Wunsch* unter folgenden Voraussetzungen ermöglichen:

„Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Neubestimmung der Tätigkeit des Arbeitnehmers setzt voraus, dass der Arbeitnehmer die Umsetzung auf einen leidensgerechten Arbeitsplatz verlangt und dem Arbeitgeber mitgeteilt hat, wie er sich seine weitere, die aufgetretenen Leistungshindernisse ausräumende Beschäftigung vorstellt. Dem Verlangen des Arbeitnehmers muss der Arbeitgeber regelmäßig entsprechen, wenn ihm die in der Zuweisung einer anderen Tätigkeit liegende Neubestimmung der zu bewirkenden Arbeitsleistung zumutbar und rechtlich möglich ist. [...] Zumutbar ist dem Arbeitgeber die Zuweisung einer anderen Tätigkeit, wenn dem keine betrieblichen Gründe [...] oder die Rücksichtnahmepflicht gegenüber anderen Arbeitnehmern entgegenstehen“²⁰¹.

Solange also ein wunschgerechter Arbeitsplatz im Unternehmen existiert, der noch vom vertraglichen Aufgabenfeld gedeckt ist, darf der leistungsgeminderte Arbeitnehmer diese Stelle für sich beanspruchen. Der Wunscharbeitsplatz muss nicht notwendig frei sein. Der Arbeitgeber hat zu prüfen, ob der Umsetzung nicht seine Rücksichtnahmepflichten gegenüber anderen Arbeitnehmern entgegenstehen, weil etwa der auszutauschende Arbeitnehmer einem Wechsel nicht zustimmt. Die Rücksichtnahmepflicht verlan-

¹⁹⁷ BAG vom 24. 2. 2011 – 2 AZR 636/09 – NZA 2011, 1087 (Rn. 17).

¹⁹⁸ Staudinger/Rieble, 2009, § 315 Rn. 372; vgl. ErfK/Preis, 13. Aufl. (2013), § 106 GewO Rn. 8.

¹⁹⁹ BAG vom 19. 5. 2010 – 5 AZR 162/09 – NZA 2010, 1119 (Rn. 27); darauf beziehungsweise BAG vom 24. 2. 2011 – 2 AZR 636/09 – NZA 2011, 1087 (Rn. 25).

²⁰⁰ BAG vom 19. 5. 2010 – 5 AZR 162/09 – NZA 2010, 1119 (Rn. 26).

²⁰¹ BAG vom 19. 5. 2010 – 5 AZR 162/09 – NZA 2010, 1119 (Rn. 28 f.).

ge nämlich nicht, „die Belange eines Arbeitnehmers unter Hintanstellung eigener Belange oder solcher anderer Arbeitnehmer durchzusetzen“, weshalb der Arbeitgeber das Risiko, „dass ein ‚zwangsweise‘ ausgetauschter Arbeitnehmer die Wirksamkeit der (Neu-)Ausübung des Direktionsrechts gerichtlich überprüfen lässt“, nicht eingehen müsse²⁰². Deshalb darf sich der Arbeitgeber auch eine „gewisse Zeit zur Prüfung“ des Umsetzungswunsches nehmen, insbesondere um die Zustimmung des Betriebsrats einzuholen²⁰³.

Im Unterschied zur kündigungsrechtlichen *Umsetzungsobliegenheit*, die nicht nur gleich-, sondern auch geringerwertige Tätigkeiten umfasst, bezieht sich die vertragliche Umsetzungspflicht aufgrund ihrer *direktionsrechtlichen Radizierung* nur auf gleichwertige Tätigkeiten. Selbst wenn die Vergütung gleichbliebe, kann dem Arbeitnehmer keine geringerwertige Tätigkeit zugewiesen werden; eine *Beförderung nach Wunsch* kommt ebenfalls nicht in Betracht²⁰⁴.

Jeder leistungsgeminderte Arbeitnehmer kann also – ohne schwerbehindert oder gleichgestellt zu sein – die Umsetzung auf einen gleichwertigen, nicht unbedingt freien Wunscharbeitsplatz im Unternehmen verlangen. Dem Arbeitgeber fällt es zu, dem Begehren betriebliche Gründe entgegenzustellen. Das führt im Streitfall zu Aufklärungsproblemen²⁰⁵, die derselbe Senat noch zehn Jahre zuvor im Fall der Ersatzbeschäftigung von Schwangeren gerade verhindern wollte. Damals verweigerte sich der Senat der Prüfung hypothetischer Direktionsmaßnahmen²⁰⁶ – heute verlangt er sie.

c) *Vertragsanpassungsanspruch aus § 241 Abs. 2 BGB*

Während die Umsetzungspflicht noch damit begründet wird, dass beide Vertragsparteien die Voraussetzungen für die *Durchführung des Vertrags* schaffen müssen²⁰⁷, geht der *Sechste Senat* noch einen Schritt weiter und entnimmt § 241 Abs. 2 BGB einen Anspruch auf einen *neuen Arbeitsvertrag*²⁰⁸:

²⁰² BAG vom 19. 5. 2010 – 5 AZR 162/09 – NZA 2010, 1119 (Rn. 31); vgl. BAG vom 24. 2. 2011 – 2 AZR 636/09 – NZA 2011, 1087 (Rn. 48).

²⁰³ BAG vom 19. 5. 2010 – 5 AZR 162/09 – NZA 2010, 1119 (Rn. 34); konkret zwei Wochen; vgl. BAG vom 24. 2. 2011 – 2 AZR 636/09 – NZA 2011, 1087 (Rn. 26): „knappe“ Ankündigungsfrist bei Gewissenskonflikten.

²⁰⁴ BAG vom 19. 5. 2010 – 5 AZR 162/09 – NZA 2010, 1119 (Rn. 37).

²⁰⁵ Exemplarisch BAG vom 19. 5. 2010 – 5 AZR 162/09 – NZA 2010, 1119 (Rn. 38 ff.).

²⁰⁶ Dazu oben V. 3. c) (S. 105).

²⁰⁷ BAG vom 19. 5. 2010 – 5 AZR 162/09 – NZA 2010, 1119 (Rn. 26).

²⁰⁸ *Verstege*, Anm. zu AP Nr. 4 zu § 241 BGB.

„Im Rahmen dieser Mitwirkungspflicht kann es auch geboten sein, auf den *Wunsch nach Vertragsanpassungen* als Reaktion auf unerwartete Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse einzugehen, insbesondere wenn anderenfalls in Dauerschuldverhältnissen Unvermögen des Schuldners droht [...]. Eine derartige Vertragsanpassungspflicht wird jedenfalls dann zu erwägen sein, wenn die Vertragsänderung die Interessen des Gläubigers nicht beeinträchtigt, andererseits aber dem Schuldner ohne Vertragsänderung erheblicher Schaden droht“²⁰⁹.

aa) Inhalt des Anspruchs

Arbeitnehmer, die keine ihrer vertraglichen Aufgaben mehr erfüllen können, können also eine Beschäftigung jenseits ihres Arbeitsvertrags verlangen, die ihrer verbliebenen Leistungsfähigkeit und ihren Kenntnissen entspricht und beiden Parteien zumutbar ist²¹⁰. Der Anspruch auf „minderleistungskonforme“²¹¹ bzw. „vertragswidrige“²¹² Beschäftigung soll immerhin nicht so weit gehen, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer seinen Wunsch Arbeitsplatz extra einrichten²¹³ oder ihn auf einen solchen befördern muss. Auch muss er nicht von sich „auf Verdacht“ freie Arbeitsplätze mit vertragsfremden Tätigkeiten anbieten. Das BAG legt dem leistungsgeminderten Arbeitnehmer die *Initiativlast* auf, weil der Arbeitgeber meist nicht feststellen kann, für welche Arbeiten der Arbeitnehmer noch einsetzbar und leistungsbereit ist²¹⁴. Insofern deuten sich die praktischen Schwierigkeiten bei der Feststellung individuell-subjektiver Leistungsunfähigkeit²¹⁵ an, die das Gericht aber dem Arbeitnehmer überantwortet²¹⁶. Er müsse er an der Feststellung seiner verbliebenen Leistungsfähigkeit mitwirken und dem Arbeitgeber bislang verborgen gebliebene Qualifikationen mitteilen²¹⁷. Doch das vom Arbeitnehmer behauptete *Leistungshindernis* selbst wird der Arbeitgeber bei subjektiver Leistungsunfähigkeit – trotz abgestufter Darlegungs- und Beweislast²¹⁸ – letztlich glauben müssen²¹⁹.

²⁰⁹ BAG vom 13. 8. 2009 – 6 AZR 330/08 – NZA-RR 2010, 420 (Rn. 31) – Hervorh. d. Verf.; zustimmend BAG vom 19. 5. 2010 – 5 AZR 162/09 – NZA 2010, 1119 (Rn. 26).

²¹⁰ BAG vom 13. 8. 2009 – 6 AZR 330/08 – NZA-RR 2010, 420 (Rn. 33).

²¹¹ *Verstege*, Anm. zu AP Nr. 4 zu § 241 BGB.

²¹² *Arnold*, ArbRAktuell 2010, 41.

²¹³ BAG vom 13. 8. 2009 – 6 AZR 330/08 – NZA-RR 2010, 420 (Rn. 37).

²¹⁴ BAG vom 13. 8. 2009 – 6 AZR 330/08 – NZA-RR 2010, 420 (Rn. 34).

²¹⁵ *Verstege*, Anm. zu AP Nr. 4 zu § 241 BGB: „kaum überprüfbare Ausschöpfung eines individuell-subjektiven Leistungsmaßstabs“.

²¹⁶ BAG vom 13. 8. 2009 – 6 AZR 330/08 – NZA-RR 2010, 420 (Rn. 34).

²¹⁷ BAG vom 13. 8. 2009 – 6 AZR 330/08 – NZA-RR 2010, 420 (Rn. 36).

²¹⁸ BAG vom 17. 1. 2008 – 2 AZR 536/06 – NZA 2008, 693 (Rn. 17 ff.).

²¹⁹ BAG vom 24. 2. 2011 – 2 AZR 636/09 – NZA 2011, 1087 (Rn. 22): Bei Glaubens- oder Wissenskonflikten „unterliegt die Relevanz und Wichtigkeit der Gewissensbildung keiner gerichtlichen Kontrolle“; a.a.O. (Rn. 36): Reichweite der Ge-

Im Ergebnis wird nämlich häufig gerade diejenige Leistung geschuldet, die subjektiv noch erbracht werden kann²²⁰, sprich: noch *gewollt* ist.

Die genauen Grenzen des Vertragsanpassungsanspruchs lässt das BAG offen. Dennoch sollte man die Rechtsprechung zu § 81 Abs. 4 SGB IX²²¹ allenfalls in abgemilderter Form heranziehen und sich eher an den Grenzen des ebenfalls aus § 241 Abs. 2 BGB hergeleiteten Umsetzungsanspruchs²²² orientieren. Der vertragsfremde Wunscharbeitsplatz muss also dem bisherigen gleichwertig sein und der Arbeitgeber darf der begehrten Vertragsänderung betriebliche Gründe entgegenstellen²²³. Die „Initiativlast“ des Arbeitnehmers wird ebenfalls auf einen konkreten Arbeitsplatz zu beziehen sein, der indes frei sein muss²²⁴.

bb) Erklärungsversuche

Formal musste der *Sechste Senat* im zu entscheidenden Fall (noch) nicht Farbe bekennen, sondern konnte dahinstehen lassen, ob § 241 Abs. 2 BGB zur Vertragsänderung verpflichtet²²⁵. Der Senat bemühte ergänzend eine Einkommenssicherungsvorschrift aus Tarifvertrag, die er freilich für unanwendbar befunden hatte²²⁶. Allerdings ist davon auszugehen, dass der Senat auch ohne den Tarifvertrag zum gleichen Ergebnis gekommen wäre²²⁷, sieht er in der Tarifvorschrift doch nur eine „konkretisierte Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB“²²⁸ bzw. selbige durch die Tarifvorschrift „geprägt“²²⁹ und stützt sich im Übrigen auf rein schuldrechtliche Erwägungen.

In deren Rahmen²³⁰ verweist („vgl.“) der Senat unter anderem auf *Roth*, der eine vertragliche Nebenpflicht zum Mitwirken an einer Vertragsanpas-

und Verbote des Glaubens „muss sich aus den Darlegungen *des Arbeitnehmers* unzweifelhaft ergeben“ (Hervorh. d. Verf.); a.a.O. (Rn. 37); Glaubenslehren sind unerheblich, nur der subjektive Gewissensbegriff ist maßgeblich.

²²⁰ *Verstege*, Anm. zu AP Nr. 4 zu § 241 BGB.

²²¹ *Mückl/Hiebert*, NZA 2010, 1259 (1260 ff.).

²²² Dazu oben V. 6. b) (S. 108 ff.).

²²³ Bei befristeten Arbeitsverhältnissen nimmt das Beschäftigungsinteresse parallel zur Restlaufzeit ab, *Verstege*, Anm. zu AP Nr. 4 zu § 241 BGB.

²²⁴ Die von *Verstege*, Anm. zu AP Nr. 4 zu § 241 BGB, erwogene „Freimachung“ eines Arbeitsplatzes durch Direktion oder Kündigung erwägt das BAG hier zu Recht nicht.

²²⁵ BAG vom 13. 8. 2009 – 6 AZR 330/08 – NZA-RR 2010, 420 (Rn. 32).

²²⁶ BAG vom 13. 8. 2009 – 6 AZR 330/08 – NZA-RR 2010, 420 (Rn. 19 ff.).

²²⁷ Ebenso *Verstege*, Anm. AP Nr. 4 zu § 241 BGB; offenbar auch BAG vom 19. 5. 2010 – 5 AZR 162/09 – NZA 2010, 1119 (Rn. 26); a. A. *Schäder*, ArbRB 2010, 7 (8).

²²⁸ BAG vom 13. 8. 2009 – 6 AZR 330/08 – NZA-RR 2010, 420 (Rn. 36).

²²⁹ BAG vom 13. 8. 2009 – 6 AZR 330/08 – NZA-RR 2010, 420 (Rn. 34).

²³⁰ BAG vom 13. 8. 2009 – 6 AZR 330/08 – NZA-RR 2010, 420 (Rn. 31).

sung dort annehmen will, „wo Vertrags-(Satzungs-)änderungen als Instrument der Dauerrechtsbeziehungen institutionalisiert sind, so namentlich im Gesellschaftsrecht [...]; ansonsten wird dieses Problem zutreffender im Rahmen der Lehre von der Geschäftsgrundlage angesiedelt“²³¹. Indes sieht *Roth* eine „bloße Obliegenheit des Gläubigers, welche lediglich die Verantwortlichkeit des Schuldners für die Leistungsstörung beseitigt oder zum Annahmeverzug führt“. Über die anerkannten Fallgruppen hinaus „kann jedoch nicht jede Gläubigerobliegenheit mit einer Schadensersatzpflicht sanktioniert werden“²³².

Dennoch untersucht das BAG nicht, wie sich eine „vertragliche Vertragsanpassungspflicht“ zur gesetzlichen aus § 313 BGB verhält²³³. Vielmehr veranschaulicht das Gericht, wie die hohen Anforderungen, unter denen wegen Störung der Geschäftsgrundlage nur Vertragsanpassung verlangt werden kann, mit der Erfindung von Nebenpflichten leicht umgangen werden können: Statt einer schwerwiegenden Änderung der Umstände, die Vertragsgrundlage geworden sind, reicht die unerwartete Änderung tatsächlicher Verhältnisse aus; statt der Unzumutbarkeit des Festhaltens am unveränderten Vertrag unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und der vertraglichen wie gesetzlichen Risikoverteilung genügt die Gefahr von erheblichem Schaden für den Schuldner; an die Stelle der hypothetischen Überlegung, mit welchem Inhalt die Parteien den Vertrag in Vorausahnung der Veränderung geschlossen hätten, tritt die Vertragsanpassung nach den Wünschen des Schuldners!

Ein – vom BAG gar nicht erst bemüht – Vergleich mit der Eigenbedarfskündigung von Mietverhältnissen verfängt auch nicht. Nach der Rechtsprechung des *BGH* hat der wegen Eigenbedarfs (§ 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB) berechtigt kündigende Vermieter dem Mieter eine andere, ihm zur Verfügung stehende vergleichbare Wohnung zur Anmietung anzubieten, sofern sich die Wohnung im selben Haus oder in derselben Wohnanlage befindet; andernfalls ist die Kündigung rechtsmissbräuchlich²³⁴. Weil die Kündigung von Wohnraum in die Lebensführung eines Mieters besonders stark eingreife, müsse der Vermieter diesen Eingriff abmildern, soweit ihm dies möglich sei²³⁵. In den Fällen, in denen das *BAG* Vertragsanpassung

²³¹ MüKoBGB/*Roth*, 4. Aufl. (2003), § 241 BGB Rn. 60; vgl. MüKoBGB/*Bachmann/Roth*, 6. Aufl. (2012), § 241 BGB Rn. 76.

²³² MüKoBGB/*Roth*, 4. Aufl. (2003), § 241 BGB Rn. 63; vgl. MüKoBGB/*Bachmann/Roth*, 6. Aufl. (2012), § 241 BGB Rn. 80.

²³³ BAG vom 13. 8. 2009 – 6 AZR 330/08 – NZA-RR 2010, 420 (Rn. 31).

²³⁴ BGH vom 9. 7. 2003 – VIII ZR 311/02 – NJW 2003, 2604 (2605); BGH vom 9. 11. 2005 – VIII ZR 339/04 – NJW 2006, 220 (Rn. 12); BGH vom 13. 10. 2010 – VIII ZR 78/10 – NJW 2010, 3775 (Rn. 14).

²³⁵ BGH vom 13. 10. 2010 – VIII ZR 78/10 – NJW 2010, 3775 (Rn. 14).

wegen Leistungsminderung verlangt, stammt das Vertragshindernis aber ausnahmslos aus der Sphäre der *Arbeitnehmer*. Der drohende Eingriff in ihre wirtschaftliche Lebensgrundlage durch eine etwaige personenbedingte Kündigung wäre nicht Folge einer autonomen Willensentscheidung des Arbeitgebers, sondern nur Reaktion auf ein Leistungshindernis auf *Schuldnerseite*.

Es mag aus Sicht der leistungsgeminderten Arbeitnehmer verständlich erscheinen, ihr Arbeitsverhältnis nicht allein deshalb leerlaufen zu lassen, weil der ursprüngliche Vertrag von der Wirklichkeit überholt wurde, aber beiden Parteien seine Fortsetzung – wenn auch unter geänderten Bedingungen – möglich und zumutbar ist. Der Arbeitgeber muss außerdem auch nur dann der Vertragsänderung zustimmen, wenn er tatsächlich Arbeitsbedarf hat, den der Arbeitnehmer (noch) bewältigen kann. Wirtschaftlich scheint also beiden Seiten mit einer Vertragsanpassung gedient. Allerdings wird dabei übersehen, dass in der Praxis ohnehin immer Änderungsverträge geschlossen werden, wenn damit *beiden* Seiten gedient ist – dafür braucht es keine Nebenpflicht. Wird allerdings der Arbeitgeber *verpflichtet*, an einem Arbeitnehmer festzuhalten, bloß weil wirtschaftlich nichts dagegen spricht, wird ihm die Möglichkeit genommen, freie Kapazitäten mit neuen Kräften von außen oder Nachwuchskräften von innen zu besetzen.

Geht Bestandsschutz über Chancengleichheit? Diese Frage beantwortet weder Art. 12 Abs. 1 GG noch § 241 Abs. 2 BGB, sondern nur § 81 Abs. 4 SGB IX zugunsten des Bestandsschutzes schwerbehinderter Arbeitnehmer. Das kündigungsrechtliche *ultima-ratio*-Prinzip macht die Vertragsänderung nur zur *Obliegenheit* des Arbeitgebers (§ 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG)²³⁶; dem vorgelagert dient auch das betriebliche Eingliederungsmanagement nur dazu, andere Beschäftigungsmöglichkeiten im Unternehmen zu finden²³⁷. Wie *Roth* betont, löst aber eine Obliegenheitsverletzung in aller Regel keine Schadensersatzpflicht aus²³⁸. „Nicht alles, was einen anderen nichts kostet, wird von diesem auch geschuldet. Die Nichtbelastung ist keine Anspruchsgrundlage“²³⁹. Es ist hinzunehmen, wenn gesetzlich keine Pflicht, sondern nur eine Obliegenheit zur Änderungskündigung besteht. Ob er eine Vertragsänderung anbietet, entscheidet der Arbeitgeber allein, wie er auch über eine Kündigung frei entscheidet. Wer stattdessen eine ungeschriebene Nebenpflicht zur Vertragsänderung konstruiert, muss er-

²³⁶ Dazu oben I. 2. b) cc) (S. 80f.).

²³⁷ Dazu oben V. 5 (S. 106f.).

²³⁸ MüKoBGB/*Roth*, 4. Aufl. (2003), § 241 BGB Rn. 63; vgl. MüKoBGB/*Bachmann/Roth*, 6. Aufl. (2012), § 241 BGB Rn. 80.

²³⁹ *Kaiser*, ZfA 2000, 205 (235).

klären, warum die gesetzlich geregelte Pflicht (§ 313 BGB) nicht zum Tragen kommen bzw. keine Sperrwirkung entfalten soll.

Ist eine Nebenpflicht einmal in der Welt, kann sie außerdem leicht entkontextualisiert werden: Diente sie ursprünglich zur Begründung von „Annahmeverzugersatzlohn“, kann sie in anderen Konstellationen zum Kontrahierungszwang reifen²⁴⁰. Sollte ein Arbeitnehmer seinen Vertragsänderungsanspruch einklagen, stellt sich letztlich auch die vollstreckungsrechtliche Frage, ob eine richterliche Ersatzvornahme möglich ist. Seine Initiativlast verlangt vom *Arbeitnehmer* nur, dass er die Bereitschaft erkennen lässt, auch Tätigkeiten außerhalb der geschuldeten Arbeitsleistung zu erbringen, und dass er an der Feststellung seiner verbliebenen Leistungsfähigkeit mitwirkt, indem er bislang unbekannte Qualifikationen mitteilt²⁴¹. Es bleibt Sache des *Arbeitgebers*, einen entsprechenden freien Arbeitsplatz zu finden und dem Arbeitnehmer im Wege der Vertragsänderung anzubieten. Im Unterschied zur Umsetzung ist der Arbeitgeber bei seiner Entscheidung über eine Vertragsanpassung allerdings nicht an billiges Ermessen (§ 315 BGB) gebunden. Der Arbeitgeber übt kein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht i. S. d. § 315 Abs. 1 BGB aus, wenn er einen (minder-)leistungsgerechten Arbeitsplatz ausfindig macht und dem Arbeitnehmer anbietet. Er trifft vielmehr eine Auswahlentscheidung, die er anschließend in ein Vertragsänderungsangebot kleidet – wie bei der Entscheidung über die Verlängerung der Arbeitszeit²⁴². Der Weg über eine Vornahmeklage nach § 315 Abs. 3 Satz 2 Hs. 2 BGB und damit zur richterlichen Ersatzleistungsbestimmung ist also versperrt. Weil nur der Arbeitgeber geeignete freie Stellen in seinem Unternehmen kennt, ist jedenfalls die Auswahlentscheidung eine unvertretbare Handlung, die nur mit Zwangsgeld bzw. Zwangshaft durchgesetzt werden kann (§ 888 ZPO)²⁴³. Um den Arbeitgeber auf Abgabe einer entsprechenden Willenserklärung zu verklagen (§ 894 ZPO), müsste er seine Auswahlentscheidung zuvor verbindlich getroffen haben²⁴⁴.

cc) Rückbesinnung?

Mit seinem Vertragsanpassungsanspruch löst sich der *Sechste Senat* von der vertraglichen Radizierung der Nebenpflichten aus § 241 Abs. 2 BGB.

²⁴⁰ Zur strittigen Klagbarkeit von Nebenpflichten: MüKoBGB *Roth/Bachmann*, 6. Aufl. (2012), § 241 Rn. 58 ff.; Staudinger/*Olzen*, 2009, § 241 Rn. 154 ff., 544 ff.

²⁴¹ BAG vom 13. 8. 2009 – 6 AZR 330/08 – NZA-RR 2010, 420 (Rn. 36).

²⁴² Dazu oben III. 1. c) (S. 89).

²⁴³ Vgl. Staudinger/*Rieble*, 2009, § 315 Rn. 420 f.

²⁴⁴ Zur Bestimmtheit und Vorbehaltlosigkeit bei § 894 ZPO: MüKoZPO/*Gruber*, 4. Aufl. (2012), § 894 Rn. 11 f.

Die Verpflichtung zu *vertragsfremder* Beschäftigung kann nicht mehr mit einer *Vertragsdurchführungspflicht* begründet werden²⁴⁵. Jenseits von § 313 BGB²⁴⁶ kann dies nur aus dem Gedanken eines „personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses“²⁴⁷ gerechtfertigt sein. Auch *Heinz Potthoff* meinte schon 1928, die streng schuldrechtliche Betrachtung des Arbeitsverhältnisses „geht völlig in die Irre“²⁴⁸. Es gehe nicht seine Arbeit, sondern der Arbeitnehmer selbst als Mensch in das Schuldverhältnis ein²⁴⁹. Später schloss sich auch das Reichsarbeitsgericht der Lehre vom „personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis“ an:

„Das Arbeitsverhältnis ist kein reines Schuldverhältnis im Sinn des BGB, sondern vornehmlich ein personenrechtliches auf Treue und Fürsorge gegründetes Gemeinschaftsverhältnis. Schuldrechtliche Begriffe und Grundsätze sind deshalb für das Arbeitsverhältnis nur aufgrund einer besonderen Prüfung anwendbar, ob sie diesem Wesen des Arbeitsverhältnisses noch vereinbar sind“²⁵⁰.

Seinerzeit sollten die allgemeinen Rücktrittsregeln auf das Arbeitsverhältnis keine Anwendung finden, weil sie „Billigkeit und soziales Empfinden“ vernachlässigten²⁵¹ und einen „sozial gerechtfertigten Ausgleich zwischen den Belangen des Unternehmers und des Gefolgsmannes ausschließen“²⁵². Heute wird daraus – freilich unter Berufung auf § 241 Abs. 2 BGB – die Fortentwicklung des Arbeitsverhältnisses zum Versorgungs- und Beschäftigungsverhältnis abgeleitet. Vertragsprinzipien sind insofern hinderlich; sie lassen offenbar „soziales Empfinden“ vermissen.

VI. Fazit: *Pacta erant servanda* im Arbeitsverhältnis?

Arbeitnehmer mit einem „Normalarbeitsverhältnis“ in einem hinreichend großen Unternehmen haben sehr viele Möglichkeiten, ihre Arbeitsbedingungen an ihre persönlichen Bedürfnisse und deren Wandel anzupassen. Selbst persönliche Leistungshindernisse können ihnen die „Einbettung“ in

²⁴⁵ *Verstege*, Anm. zu AP Nr. 4 zu § 241 BGB.

²⁴⁶ Dazu oben I. 2. b) cc) (S. 80f.).

²⁴⁷ Maßgebend geprägt durch *von Gierke*, FS Brunner (1914), S. 37 (57); eingehend *U. Westermann* (Fn. 133), S. 77 ff.

²⁴⁸ *H. Potthoff*, *Arbeitsrecht – Das Ringen um werdendes Recht* (1928), S. 39.

²⁴⁹ *H. Potthoff* (Fn. 247), S. 39; ähnlich *Hueck* und *Nipperdey*, Nachw. bei *Rüthers*, *Die unbegrenzte Auslegung*, 6. Aufl. (2005), S. 383; kritisch zum „personenrechtlichen Einschlag“: *Staudinger/Olzen*, 2009, § 241 Rn. 364; *Rieble*, *Arbeitsmarkt und Wettbewerb* (1996), Rn. 88, 905 ff.

²⁵⁰ RAG vom 13. 9. 1939 – RAG 8/39 – ARS 37, 230 (LS 4, 5, S. 236f.).

²⁵¹ RAG vom 13. 9. 1939 – RAG 8/39 – ARS 37, 230 (237).

²⁵² RAG vom 13. 9. 1939 – RAG 8/39 – ARS 37, 230 (238).

das Unternehmen als quasi-personenrechtliche Gemeinschaft nicht mehr nehmen, solange dort noch irgendeine geeignete, gleichwertige Beschäftigungsmöglichkeit vorhanden ist. Auch wenn sie überhaupt keine vertragsgemäße Arbeit mehr erbringen können, müssen sie nicht um ihre Beschäftigung bangen, denn vor einer Kündigung sind ihnen zunächst alle zumutbaren Alternativen anzubieten. Konkurrieren müssen sie insofern stets nur miteinander, nicht mit Externen.

Gilt also *Arbeiten nach Wunsch*, statt *Arbeiter nach Wunsch*? Jedenfalls wird die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Freiheit des Arbeitgebers, freie Stellen mit von ihm gewünschten Arbeitnehmern zu besetzen²⁵³, weiter beschränkt: Machen kranke, schwerbehinderte oder leistungsgeminderte Interne – ganz unabhängig von betriebsverfassungsrechtlichen oder tarifvertraglichen Vorgaben – ihre Bestandsschutzinteressen geltend, muss der Arbeitgeber ihnen bis an die Grenzen der „Zumutbarkeit“ entgegenkommen. Nur Schwerbehinderte und Gleichgestellte können sich insofern auf eine gesetzliche Grundlage stützen, weil der Gesetzgeber zu ihrem Wohle tätig werden darf (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG) und tätig geworden ist (§ 81 Abs. 4 SGB IX). Den Übrigen hilft das BAG mit § 241 Abs. 2 BGB und erspart damit ihnen (und sich) eine umfassende Interessenabwägung „unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung“ (§ 313 Abs. 1 BGB).

Eine wohl überlegte Abwägung, die das BAG einst bei der Ersatzbeschäftigung von Schwangeren vorgenommen hat²⁵⁴ und die letztlich die generellen Beschäftigungschancen von Frauen verbessert, hätte man sich auch im Umgang mit leistungsgeminderten Arbeitnehmer gewünscht. Das BAG berücksichtigt nämlich bei seinem „Zumutbarkeits“-Dogma nicht, dass die Aufweichung der Vertragstreue letztlich die Begründung von „Normalarbeitsverhältnissen“ unattraktiver macht²⁵⁵. Arbeitgeber wissen immer weniger, worauf sie sich einlassen, wenn sie heute Arbeitnehmer einstellen. *Ungeschriebene* Fürsorgepflichten nach Zumutbarkeitskriterien sind uferlos – und was „zumutbar“ ist, bestimmt im Zweifel erst der Richter.

²⁵³ Maunz/Dürig/Scholz, EL 47 (6/2006), Art. 12 Rn. 58 m. w. N.

²⁵⁴ Dazu oben V. 3. b) (S. 104).

²⁵⁵ Schon zum Vorrang der Änderungskündigung vor der Beendigungskündigung formulierte Berkowsky, NZA 2006, 697: „Vorfahrt für Arbeitsplatzbesitzer – Wartepflicht für Arbeitsplatzsuchende“.