

**Abhandlungen zum deutschen und  
internationalen Arbeits- und Sozialrecht**

---

**Band 20**

**Das Rechtsgrundbedürfnis  
einer Beschäftigung und seine Konsequenzen  
für eine erzwungene Prozessbeschäftigung**

**Von**

**Nico Querbach**



**Duncker & Humblot · Berlin**

NICO QUERBACH

Das Rechtsgrundbedürfnis einer Beschäftigung  
und seine Konsequenzen für eine erzwungene  
Prozessbeschäftigung

Abhandlungen zum deutschen und  
internationalen Arbeits- und Sozialrecht

Band 20

Das Rechtsgrundbedürfnis  
einer Beschäftigung und seine Konsequenzen  
für eine erzwungene Prozessbeschäftigung

Von

Nico Querbach



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Ruhr-Universität Bochum hat diese Arbeit  
im Jahre 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf  
Druck: CPI books GmbH, Leck  
Printed in Germany

ISSN 2747-9021  
ISBN 978-3-428-19171-0 (Print)  
ISBN 978-3-428-59171-8 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2023/2024 von der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum als Dissertation angenommen. Die Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur wurden bis zum 27. April 2023 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Jacob Joussen, der mein Vorhaben als Doktorvater stets zuverlässig betreut und begleitet hat. Seine wertvollen Anregungen, die gewährten Freiräume sowie seine sehr schnelle Erstbegutachtung meiner Dissertation wusste und weiß ich sehr zu schätzen.

Herrn Prof. Dr. Matteo Fornasier, LL.M. (Yale) danke ich herzlich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Daneben möchte ich meiner Familie, meiner Partnerin, meinen Freunden in Düsseldorf und in meiner Heimat Coesfeld sowie allen weiteren Menschen danken, die mir während des langen Erstellungsprozesses zur Seite gestanden und auch schwierigere Phasen für mich angenehmer gemacht haben. Meine größte Wertschätzung verdienen dabei diejenigen Personen, welche die Arbeit (darüber hinaus) mit fachlichen oder sprachlichen Hinweisen bereichert haben. Im Bewusstsein, dass das Lesen des Entwurfs weniger Spaß als Aufwand bereitet hat, und ein Gespräch über mein Forschungsthema nicht jeden in gleicher Weise begeistern konnte, freue ich mich umso mehr über die große Hilfsbereitschaft und das vielseitige Interesse am Erfolg meiner Untersuchung.

Düsseldorf, im Februar 2024

*Nico Querbach*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einführung</b> .....	17
I. Problemaufriss .....	17
II. Gang der Untersuchung .....	19

## *Teil I*

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



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

Teil 2

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

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

### *Teil 3*

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

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

*Teil 4*

**Der Rechtsgrund als Fundament des Arbeitsrechts** ..... 186

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

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

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

*Teil 5*

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

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

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



b) Freiheit im „Wie“ .....	335
c) Freiheit im „bis wohin“ – Beachtung des Übermaßverbotes .....	336
d) Fazit: Begrenzter Spielraum .....	339
IV. Ergebnis: Rechtsgrundbedürfnis muss befriedigt werden .....	340

*Teil 6*

<b>Zusammenfassung und Ergebnis</b>	341
A. Zusammenfassung .....	341
B. Ergebnis .....	344
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	346
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	381

# Einführung

## I. Problemaufriss

Eine entgeltliche Beschäftigung hat für den Beschäftigten eine essenzielle Bedeutung, da er mit ihr vielseitige Interessen verfolgt: Materiell möchte er eine Lebens- und Existenzgrundlage erwirtschaften, durch die er sowohl sich und seine Familie finanzieren als auch am gesellschaftlichen Sozialleben teilhaben kann. In ideeller Hinsicht dient die Beschäftigung der Persönlichkeitsentwicklung und -entfaltung, während sie zugleich den Status im Betrieb sowie in der Gesellschaft definiert. Alle positiven Beschäftigungspotentiale können durch eine vorhandene Beschäftigung verwirklicht werden, jedenfalls soweit sich diese durch angemessene, zwischenmenschliche und insbesondere rechtliche Rahmenbedingungen kennzeichnet. Andernfalls zeigt sich das Zerstörungspotential einer fehlenden oder dauerhaft schlecht ausgestalteten Beschäftigung, das sich zwangsläufig auf den Lebensstandard, das soziale Leben sowie die psychische Gesundheit des Beschäftigten auswirken wird. Die Beschäftigungsinteressen des Beschäftigten sind demgemäß gewichtig und beschränken sich nicht auf den bloßen Arbeitsplatz, sondern erstrecken sich auf das gesamte Leben des Beschäftigten.

Rechtlich spiegeln sich diese Interessen im Grundgesetz wider, namentlich in der Gesamtschau der Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Diesen Grundrechtspositionen stehen die Beschäftigungsinteressen des Arbeitgebers gegenüber, der durch Art. 12 Abs. 1 GG in seiner unternehmerischen Freiheit und seiner Dispositionsfreiheit geschützt wird. Sein ebenfalls gewichtiges Interesse zielt sowohl auf den effizienten Einsatz der Ressource Arbeit als auch auf eine Zusammenstellung der Belegschaft ab, welche seinen Vorstellungen entspricht und die betrieblichen Ziele erreichen kann. Der Arbeitgeber ist gegenüber dem Arbeitnehmer regelmäßig in der überlegenen Position, da die vom BGB vorausgesetzte Vertragsparität im Arbeitsrecht (regelmäßig) nicht vorliegt, und ein Machtgefälle zugunsten des Arbeitgebers besteht; dieses hat der Staat durch den Erlass des Arbeitsrechts und seiner Ausgestaltung als Arbeitnehmerschutzrecht ausgeglichen.<sup>1</sup> Auf diese Weise wurden die Grundrechte der Arbeitnehmer mit denen der Arbeitgeber in eine praktische Konkordanz gebracht, sodass der Staat jedenfalls insoweit seinem verfassungsrechtlichen Schutzauftrag nachgekommen ist. Die Anwendbarkeit der individual- sowie kollektivarbeitsrechtlichen Vorschriften wird jedoch – abgesehen von vereinzelten Erweiterungen – an den Bestand eines Arbeitsverhältnisses (Rechtsgrundes) geknüpft. Erst wenn ein solches begründet wurde

---

<sup>1</sup> Vgl. Teil 3 D.II., S. 181 ff.

und besteht, kann das Machtgefälle infolge der Anwendbarkeit des Arbeitsrechts ausgeglichen werden.

Regelmäßig wird ein Arbeitsverhältnis durch einen Arbeitsvertrag im Sinne des § 611a BGB begründet, jedoch hat der Gesetzgeber weitere Begründungstatbestände gesetzlich normiert und offene Schutzlücken geschlossen. Dort, wo kein Rechtsgrund durch die Parteien oder *ipso iure* begründet werden konnte, wird ein Rechtsgrund zum Teil richterrechtlich anerkannt, so etwa im Rahmen der Lehre des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses.<sup>2</sup> Bewusst aus dem Schutzbereich des Arbeits- und Schuldrechts ausgeklammert sind demgegenüber Beschäftigungskonstellationen, in denen die Annahme eines Rechtsgrundes in Widerspruch mit der Rechtsordnung stünde. Aufgrund der daraus resultierenden rechtlichen und gesellschaftlichen Missbilligung erfolgt die Beschäftigung rechtsgrundlos.

Allerdings finden sich im Arbeitsrecht weitere Fälle einer Rechtsgrundlosigkeit, welche keine missbilligte, sondern vielmehr eine gebilligte und rechtspolitisch gewollte Beschäftigung betreffen. Einerseits ist hier die kurze Phase einer Weiterarbeit bis zu einem Arbeitgeberwiderspruch nach § 625 BGB, § 15 Abs. 6 TzBfG, § 24 BBiG oder weiteren Spezialgesetzen zu nennen. Andererseits soll eine sogenannte erzwungene Prozessbeschäftigung rechtsgrundlos erfolgen, sofern das Arbeitsverhältnis, über dessen Bestand gestritten wird, während der Prozessbeschäftigung letztlich nicht bestanden hat.<sup>3</sup> Die erzwungene Prozessbeschäftigung schließt sich an die Geltendmachung des richterrechtlich entwickelten, allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruches an, welcher dem Beschäftigten ermöglicht, während der Bestandsschutzstreitigkeit auf seinem Arbeitsplatz weiterbeschäftigt zu werden und sein ideelles Beschäftigungsinteresse zu verfolgen.<sup>4</sup> Dementsprechend erstreckt sich die Dauer der rechtsgrundlosen Beschäftigung regelmäßig auf mehrere Monate oder Jahre. Innerhalb dieser Zeit hat der Beschäftigte keine Ansprüche des individualarbeitsrechtlichen Sozial- oder Arbeitsschutzes. Ebenso wenig kann er einen Vergütungsanspruch geltend machen. Das Einzige, was ihm verbleibt, ist – neben der tatsächlichen Beschäftigung – ein bereicherungsrechtlicher Wertersatzanspruch (§ 818 Abs. 2 BGB), dessen Höhe nur schwer zu bestimmen ist und der im schlechtesten Fall vollständig und ohne Kompensation entfallen kann. Auf der anderen Seite ist der Arbeitgeber rechtlich nicht berechtigt, eine Arbeitsleistung zu verlangen, oder diese durch ein Weisungsrecht zu konkretisieren. Insbesondere deshalb verliert er jegliche Planungssicherheit, zumal er jederzeit damit rechnen muss, dass der Beschäftigte seine Arbeitsleistung einstellt. Für beide Parteien birgt die Rechtsgrundlosigkeit erhebliche Nachteile und Gefahren.

---

<sup>2</sup> Grundlegend BAG NJW 1958, 516; NJW 1958, 397; vgl. Teil 1 A.II.2.b), S. 31 ff.

<sup>3</sup> Vgl. BAG NZA 2020, 1169; NZA 1999, 1040; NZA 1993, 177; NZA 1991, 769; NZA 1990, 696; NZA 1987, 373; Teil 1 B.II.3., S. 68 f. m. w. N. aus Rechtsprechung und Literatur.

<sup>4</sup> Grundlegend BAG (GrS) NZA 1985, 702; vgl. Teil 1 B.II.1., S. 54 ff.

Daraus folgt die Kernfrage einer rechtsgrundlosen Beschäftigung: Ist die Ablehnung eines Rechtsgrundes für eine gewollte Beschäftigung (praktisch besonders einer erzwungenen Prozessbeschäftigung) überhaupt tragfähig, oder weist eine Beschäftigung vielmehr ein Rechtsgrundbedürfnis auf, welches mithilfe der Rechtsordnung zu befriedigen ist? Dadurch würde stets ein zwingendes Mindestschutzniveau garantiert sein, sobald eine Beschäftigung tatsächlich aufgenommen wird. Die Antwort auf diese Frage muss zunächst in der derzeitigen Rechtsordnung gesucht werden, wo (jedenfalls im Rahmen einer erzwungenen Prozessbeschäftigung nach einer wirksamen Arbeitgeberkündigung) zahlreiche Lösungsvorschläge diskutiert werden.<sup>5</sup> Sind diese insgesamt abzulehnen, kann der Staat verfassungsrechtlich zum Handeln verpflichtet sein, da die nicht verwirklichten Parteiinteressen in den Grundrechten verrechtlich sind. Diesbezüglich treffen den Staat entsprechende Schutzpflichten, welchen er hinreichend nachzukommen hat. Eine Verpflichtung des Gesetzgebers (und sekundär der Rechtsprechung) ist zu bejahen, falls der *status quo* das verfassungsrechtlich gebotene Mindestschutzniveau (Untermaß) unterschreitet und eine verfassungswidrige Schutzlücke vorliegt.

## II. Gang der Untersuchung

Die folgende Untersuchung widmet sich der Bewertung rechtsgrundloser Beschäftigungskonstellationen im Arbeitsrecht. Hierbei wird allein die arbeitsrechtlich relevante, tatsächliche Erbringung einer entgeltlichen Arbeitsleistung untersucht, während unentgeltliche Konstellationen (etwa Gefälligkeiten oder nicht vergütungspflichtige Beziehungen innerhalb der Familie) unberücksichtigt bleiben. Es wird der Frage nachgegangen, ob und warum ein arbeitsrechtlicher Leistungsaustausch zwingend mit Rechtsgrund erfolgen muss, und auf welchem Weg ein solches Rechtsgrundbedürfnis zu befriedigen ist.

Die *ersten zwei Teile* der Arbeit schaffen die Grund- und Ausgangslage für die daran anknüpfende Untersuchung. Im *ersten Teil* werden die existierenden Begründungstatbestände eines Arbeitsverhältnisses zusammengefasst und im zweiten Schritt festgestellt, dass nicht alle Beschäftigungskonstellationen von ihnen abgedeckt sind. Die heutigen Fallgruppen rechtsgrundloser Beschäftigung werden auf Basis des aktuellen Standes des Arbeitsrechts dargestellt. Damit wird das Erfordernis der Frage nach einem allgemeinen Rechtsgrundbedürfnis aufgezeigt, wobei sich dieses Erfordernis speziell anhand der erzwungenen Prozessbeschäftigung zeigen wird. Im *zweiten Teil* werden die Begriffe des arbeitsrechtlichen Rechtsgrundes, der arbeitsrechtlichen Beschäftigung und weitere relevante Begriffe hergeleitet, definiert und voneinander abgegrenzt. Hiermit wird das notwendige Grundverständnis sichergestellt, welches der gesamten Arbeit zugrunde liegt.

---

<sup>5</sup> Vgl. Teil 5 A., S. 254 ff.