



Der Antrag auf Zahlung des Bruttolohnes ist hinreichend bestimmt. F hat mit Schriftsatz vom 2. September also ordnungsgemäß Klage erhoben.

## II. Rechtswegzuständigkeit



### Klausurtyp

Sie haben es hier mit einer „Richterklausur“ zu tun. Daher sind laut BAG Beschränkungen in der Zulässigkeitsprüfung (anders als in *Fall I*) zu beachten (→ Rdn. 3 ff.).

#### 1. Ausschließliche Zuständigkeit im Urteilsverfahren

Die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts könnte hier aus § 2 I Nr. 3 a ArbGG im Urteilsverfahren gegeben sein. F behauptet nämlich Ansprüche aus einem - zwischenzeitlich beendeten - Arbeitsverhältnis. Fraglich ist aber, wie umfänglich bereits auf der Ebene der Zulässigkeit die tatsächlichen Voraussetzungen dieser Norm zu prüfen sind. Dazu ist maßgeblich darauf abzustellen, ob das Begehren von F nur auf eine arbeitsrechtliche (sog. *sic non-Fall*) oder auch auf andere, zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen gestützt werden kann (sog. *et et-Fall*).

##### a) Leistungsantrag auf EFZ

F begehrt in erster Linie EFZ für die Zeit seiner krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit zwischen dem 15. Februar und dem 15. Mai. Hierfür kann nicht auf bürgerlich-rechtliche Anspruchsnormen (z. B. § 616 BGB) zurückgegriffen werden, weil für die Krankheit des Arbeitnehmers alleine § 3 EFZG die Anspruchsgrundlage darstellt. Die Behauptung des F, er sei Arbeitnehmer, könne mithin EFZ verlangen, weshalb die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte gegeben sei, ist damit ein „*sic non-Fall*“, so dass die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte unabhängig von der Schlüssigkeit der Behauptung des F gegeben ist.

##### b) Leistungsantrag auf Restvergütung

Dieser Anspruch könnte F aus einem Arbeitsvertrag, § 611 BGB, wie auch aus einem Dienst- oder Werkvertrag, §§ 611, 631 BGB, zustehen. Im letzteren Fall wäre der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten mangels Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses nicht gegeben. Soweit sich ein möglicher Anspruch des F aus § 611 BGB ergibt, ist diese Anspruchsgrundlage also **ambivalent**. Arbeits- und Dienstvertrag schließen einander aus. Es handelt sich bei diesem Streitgegenstand also um einen sog. „*aut aut-Fall*“, so dass auf eine Schlüssigkeitprüfung der Arbeitnehmereigenschaft des F nicht verzichtet werden kann.

**aa)** Die Prüfung, ob F tatsächlich Arbeitnehmer ist, könnte jedoch **entbehrlich** sein, wenn bereits der Umstand, dass für den von F geltend gemachten Anspruch auf EFZ der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten eröffnet ist, zuständigkeitsbegründend auch für den Anspruch auf Zahlung der restlichen Vergütung wirkt. Jeder Anspruch ist aber auch dann im richtigen Rechtsweg einzuklagen, wenn die verschiedenen Ansprüche aus ein und demselben Lebenssachverhalt resultieren. Ist für gemeinsam geltend gemachte Ansprüche jeweils ein anderer Rechtsweg gegeben, kommt demnach allenfalls eine Trennung, § 145 ZPO, und eine Verweisung an das zuständige Gericht, 17a II GVG, in Betracht.

**bb)** F müsste also durch den „Mitarbeitsvertrag“ **Arbeitnehmer** bei der Sozietät ABC geworden sein. Die Bezeichnung „Vertrag über freie Mitarbeit“ alleine reicht für die Bejahung eines Arbeitsverhältnisses nicht aus. Sie spricht eher gegen eine gewollte arbeitsrechtliche Beziehung, was im übrigen aber auch unerheblich ist, weil die Rechtsfolgen des Arbeitsrechts sich allein aus dem tatsächlichen Geschäftsinhalt des „Mitarbeitsvertrags“ ergeben, wie er sich bei objektiver Betrachtung ergibt.

##### (1) Vertragliche Verpflichtung zur Dienstleistung (§ 611 BGB)

Der Vertrag ist im Hinblick auf die gewollte Vertragsbeziehung nach objektiven Kriterien auszulegen (§§ 133, 157 BGB). F hat sich zu einer ständigen Aktenbearbeitung gegen ein monatliches Entgelt verpflichtet. Damit lag der Schwerpunkt seiner Tätigkeit auf ständiger Bearbeitungsleistung (*Wirken*), nicht auf der erfolgsabhängigen Auftragsbearbeitung nach eigener „unternehmerischer“ Planung (*Werk*), so dass es sich nicht um einen Werkvertrag gem. § 631 BGB, sondern um einen Dienstvertrag gem. § 611 BGB handelte. Er ist durch den „Mitarbeitsvertrag“ auch nicht Gesellschafter gem. § 705 BGB geworden, wobei dahinstehen kann, ob es sich bei „Reich und Partner“ um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) oder um eine seit dem 1. 7. 1995 in das Partnerschaftsregister einzutragende Partnerschaft gem. PartGG handelte. F hat nämlich keine Dienste gem. § 706 III BGB als **Gesellschafter** versprochen. Im Vertrag wurde kein gemeinsamer Zweck iSd § 705 BGB vereinbart. Eine Verbindung zur gemeinsamen Ausübung des Anwaltsberufs erfolgte nicht. F wurde nicht zum gleichberechtigten Sozius, weil er weder für die Sozietät auftreten noch Mandate annehmen durfte und ersichtlich auch nicht an Gewinn und Verlust der Sozietät beteiligt war.

##### (2) In persönlicher Abhängigkeit

F müsste für die Sozietät **unselbständige** Dienste geleistet haben, indem er einem umfassenden Weisungsrecht ausgesetzt war (arg. § 84 I 2 HGB). Laut Vertrag hatte F bei freier Arbeitszeiteinteilung die Aufgabe, monatlich zehn Akten

eigenverantwortlich zu bearbeiten. Dabei hatte er der Sozietät seine gesamte Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Dass er dabei in den Räumen der Sozietät arbeiten sollte, änderte nichts an seiner Weisungsfreiheit in fachlicher und zeitlicher Hinsicht. Aus dem SV ergibt sich auch keine „betriebliche“ Kooperations-*Notwendigkeit* (wohl: -Nützlichkeit), so dass aus dem Arbeitsplatz in der Sozietät noch nicht die „Eingliederung“ in eine betriebliche Organisation folgte. Jedoch spricht für die Stellung des F als Arbeitnehmer, dass seine Arbeit mit Hilfsmitteln der Sozietät erfolgte. Auch die feste monatliche Bezahlung spricht für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages. Schließlich hatte F sich vertraglich verpflichtet, seine ganze Arbeitskraft der Sozietät uneingeschränkt zur Verfügung zu stellen; seine eigene Kanzlei betrieb er gerade *nicht* weiter. **Bei der Abwägung aller dieser Umstände überwiegen diejenigen, die für eine Arbeitnehmerstellung von F sprechen.** Dabei ist beim höher qualifizierten Freiberufler zusätzlich zu beachten, dass es weniger auf die fachliche Weisungsfreiheit als auf den verbliebenen „unternehmerischen“ Spielraum ankommt. Deshalb spricht insbesondere der geringe verbliebene Freiraum des F gegen ein freies Mitarbeiterverhältnis auf der Basis eines freien Dienstvertrags (§ 611 BGB) und für eine Arbeitnehmerstellung. F ist damit durch den „Mitarbeitsvertrag“ mit der Sozietät Arbeitnehmer geworden. Der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten ist eröffnet.

## 2. Örtliche Zuständigkeit für beide Anträge

Voraussetzung für eine Entscheidung zur Sache ist zudem, dass das Arbeitsgericht Leipzig örtlich für die Klage von F zuständig ist. Diese könnte sich aus § 46 II 1 ArbGG, § 17 I ZPO ergeben. Das setzt voraus, dass es sich bei der Beklagten um eine passiv parteifähige juristische Person handelt, was für die Anwalts-GmbH nach § 13 I GmbHG zu bejahen ist. Ihr allgemeiner Gerichtsstand bestimmt sich nach dem Sitz in Leipzig. Das Arbeitsgericht Leipzig war daher örtlich zuständig. Die Zuständigkeit des ArbG Leipzig ergibt sich daneben aus dem besonderen Gerichtsstand des Erfüllungsortes gem. § 29 I ZPO, da nach § 269 I BGB die Räumlichkeiten der Kanzlei in Leipzig als solcher vertraglich vereinbart waren.

## 3. Sachliche Zuständigkeit für beide Anträge

Nach § 8 I ArbGG sind im ersten Rechtszug ausschließlich die Arbeitsgerichte zuständig.

### III. Partei- und Prozessfähigkeit

Die GmbH ist gem. § 50 I ZPO, § 13 I GmbHG partei- und gem. § 51 I ZPO i.V.m. § 35 I GmbHG, vertreten durch den Geschäftsführer, prozessfähig.

### IV. Zulässigkeit der Klageänderungen

#### 1. Gewillkürter Parteiwechsel

F hat auf den Hinweis des Vorsitzenden Parteiwechsel auf die A, B, C und Partner GmbH erklärt. Dieser Fall des gewollten (=„gewillkürten“) Parteiwechsels nach ordnungsgemäßer Klageerhebung müsste zulässig sein.

a) Nach Ansicht der Rechtsprechung ist der gewillkürte Parteiwechsel einer **Klageänderung** gleich zu behandeln und daher direkt oder analog der §§ 263 ff. ZPO zu beurteilen. Daraus folgt, dass der gewillkürte Parteiwechsel des - hier ausdrücklich verweigerten - Einverständnisses des alten Beklagten bedarf, jedoch bei Sachdienlichkeit auch gegen den Willen der Beteiligten zulässig ist (sog. Klageänderungstheorie). Hier kommt aber hinzu, dass schon verhandelt worden ist, so dass nach § 269 I ZPO analog die Zustimmung der alten Beklagten zu ihrem Ausscheiden erforderlich wäre, die hier nicht vorliegt.

b) Fraglich ist aber, ob die Zustimmung im vorliegenden Fall überhaupt erforderlich ist. Dies wäre dann nicht der Fall, wenn eine bloße **Parteiberichtigung**, die lediglich eine Rubrumsberichtigung im Sinne des § 319 I ZPO darstellt, vorliegt. Diese kommt nur in Betracht, wenn die Identität der Parteien trotz Berichtigung gewahrt bleibt. Die GmbH haftet als juristische Person, wohingegen bei einer Partnerschaft, vergleichbar einer OHG (vgl. § 8 I 1 PartGG, §§ 124 I, 128 S. 1 HGB), neben dem Partnerschaftsvermögen auch die Partner den Gläubigern haften. Daher ist aufgrund der unterschiedlichen Haftungskonzeptionen bei Partnerschaft und GmbH eine Parteidentität zu verneinen. Damit liegt keine bloße Parteiberichtigung, sondern ein gewillkürter Parteiwechsel vor.

c) Voraussetzung für das Erfordernis der Zustimmung ist weiter, dass bereits zur **Hauptsache** verhandelt wurde. Da der gewillkürte Parteiwechsel für die alte Beklagte wie eine Klagerücknahme wirkt, wird die Zustimmung der Beklagten nach dem Rechtsgedanken des § 269 I ZPO erst nach Beginn der mündlichen Verhandlung für erforderlich gehalten. F hat allerdings den Parteiwechsel in der **Güteverhandlung** erklärt. Diese ist aber, wie sich aus § 54 II 1 ArbGG ergibt, keine mündliche Verhandlung im Sinne der ZPO (vgl. §§ 278 II, 279 ZPO). Daher ist die Zustimmung entbehrlich. Mit der Erklärung des Parteiwechsels erlischt analog § 269 III 1 ZPO die Rechtshängigkeit der Klage gegen die Partnerschaft.

d) Fraglich ist, ob eine Zustimmung der neuen Beklagten, also der GmbH, erforderlich ist. Der neue Beklagte kann vom Kläger jederzeit verklagt werden, so dass es keiner Zustimmung der GmbH bedarf.

#### 2. Nachträgliche kumulative Klagenhäufung

F hat in der mündlichen Verhandlung vom 3. Februar die ursprünglich auf Entgeltfortzahlung (EFZ) gerichtete Klage um einen Antrag auf Zahlung von restlicher Vergütung erweitert. Damit tritt neben den bereits rechtshängigen Klageanspruch

auf EFZ ein weiterer, selbständiger Anspruch, nunmehr gerichtet auf Zahlung von restlicher Vergütung. Fraglich ist, ob diese nachträgliche kumulative Klagehäufung zulässig ist.

#### a) Ordnungsgemäße Klageerhebung

Dazu wäre neben der ordnungsgemäß erhobenen Klage auf EFZ eine ordnungsgemäß erhobene Klage auf Zahlung der restlichen Vergütung erforderlich. Dazu genügt nach § 261 II 1 ZPO der von F in der mündlichen Verhandlung vom 3. Februar gestellte mündliche Antrag.

#### b) Zulässigkeit der Klageänderung

§ 260 ZPO regelt nur die anfängliche Anspruchshäufung. Da aber die nachträgliche Klagenhäufung stets auch eine **Änderung des Streitgegenstandes** ist, sind auf diesen Fall die §§ 260, 263 ff. ZPO direkt oder analog anzuwenden. Die nachträgliche objektive Klagenhäufung wäre daher zulässig, wenn die Voraussetzungen der §§ 263 ff. ZPO gegeben sind. Da weder ein Fall von § 264 Nrn. 2, 3, § 265 ZPO vorliegt, der Kläger seine Einwilligung ausdrücklich verweigert hat und infolge seines Widerspruchs eine Zulässigkeit kraft rügeloser Einlassung gem. § 267 ZPO nicht in Betracht kommt, ist diese nur zulässig, wenn Sachdienlichkeit nach § 263 ZPO zu bejahen ist. **Sachdienlichkeit** ist zu bejahen, wenn mit der geänderten Klage unter möglicher Verwertung des bisherigen Prozessstoffs ein Streit endgültig behoben und ein neuer Prozess vermieden werden kann. Mit der anhängigen Klage auf Entgeltfortzahlung werden für die Klage auf rückständiges Arbeitsentgelt verwertbare Erkenntnisse, z. B. das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses, gewonnen. Rückständiges Arbeitsentgelt muss nicht mehr in einem zusätzlichen, möglicherweise kostenintensiven Prozess eingeklagt werden. Sachdienlichkeit ist daher zu bejahen.

### V. Zulässigkeit der Klageverbindung

Die Verbindung von Entgeltfortzahlungs- und Zahlungsanspruch ist nach § 260 ZPO zulässig, da die Parteien identisch sind, das gleiche Prozessgericht im gleichen Verfahren (**Urteilsverfahren**) zuständig ist und kein Verbindungsverbot vorliegt.

#### Ergebnis zu A:

Die Klage des F ist zulässig.

## B. Begründetheit

Die Klage des F ist auch begründet, wenn ihm beide Leistungsanträge nach Anspruchsgrundlage und Rechtsfolge zuzusprechen sind und keine Gegenrechte entgegen stehen.

### I. Anspruch auf EFZ aus § 3 I EFZG

#### 1. Anspruch entstanden

F könnte gegen die Sozietät einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 3 I EFZG haben. F war als Arbeitnehmer (s. o. A II) laut Sachverhalt infolge schwerer Erkrankung in der Zeit zwischen Mitte Februar und Mitte Mai an der Erbringung der Arbeitsleistung (Bearbeitung der ihm zugewiesenen Akten) gehindert. Seine Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit ist tatbestandlich nicht bestritten worden, so dass grundsätzlich ein Entgeltfortzahlungsanspruch besteht.

#### 2. Anspruch erloschen infolge Aufrechnung?

Dieser Anspruch könnte aber infolge Aufrechnung erloschen sein, § 389 BGB.

##### a) Aufrechnungserklärung (§ 388 BGB)

Dies setzt zunächst eine wirksame Aufrechnungserklärung voraus. Die Beklagte hat den Aufrechnungseinwand nur **hilfsweise**, also vorsorglich für den Fall erhoben, dass der Hinweis auf die fehlende Arbeitnehmereigenschaft des F als Verteidigungsmittel scheitert. Eine solche Erklärung könnte gegen § 388 S. 2, 1. Alt. BGB verstoßen. Die Prozessaufrechnung der Beklagten ist davon abhängig, dass ihre übrige Verteidigung fehlschlägt; insoweit ist lediglich die Aufrechnung als Verteidigungsmittel im Prozess bedingt, nicht aber die Aufrechnungserklärung selbst. Es liegt also eine zulässige, rein innerprozessuale Bedingung vor. Die Aufrechnung wurde wirksam erklärt.

##### b) Aufrechnungslage (§ 387 BGB)

Die Aufrechnungslage setzt voraus, dass eine erfüllbare Hauptforderung sowie eine voll wirksame und fällige **Gegenforderung** vorliegen und beide Forderungen gegenseitig und gleichartig sind. Als voll wirksame und fällige Gegenforderung, mit der die Beklagte gegen eine Hauptforderung des F auf EFZ aufrechnet, kommt hier eine Schadensersatzforderung aus Schlechterfüllung des Anwaltsarbeitsvertrags, also aus pVV i.V.m. § 611 I BGB in Betracht.

**aa)** Grundsätzlich müsste die Beklagte das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen darlegen und beweisen. Dies hat sie nicht getan, jedoch könnte ihr die **Interventionswirkung** gem. §§ 74 III, 68 1. HS ZPO zu Gute kommen mit der Folge,

dass die Voraussetzungen eines Ersatzanspruchs gegen den Kläger F feststehen. Dies setzt voraus, dass die Interventionswirkung des § 68 1. HS ZPO überhaupt eingreift. Bedingung dafür wäre eine wirksame und zulässige Streitverkündung. Die Interventionswirkung träte dann unabhängig davon ein, ob der Streitverkündete F beitrifft oder nicht. Die Streitverkündung ist wirksam, wenn sie nach § 73 ZPO wirksam vorgenommen und zulässig ist, insbesondere also ein Streitverkündungsgrund, § 72 ZPO, vorliegt. Von einer formgerechten Vornahme der Streitverkündung ist vorliegend auszugehen. Etwaige Mängel wären gem. § 295 I ZPO geheilt. Streitverkündungsgrund i.S.v. § 72 ZPO war ein möglicher Regressanspruch der Kanzlei gegen F aus pVV i.V.m. § 611 I BGB. Aufgrund wirksamer und zulässiger Streitverkündung greift im Ergebnis die Interventionswirkung ein. Mit der Interventionswirkung müssten die Anspruchsvoraussetzungen feststehen. Das am 26. August erlassene Urteil im Vorprozess stellte fest, dass der bei der Kanzlei beschäftigte F die Sorgfaltspflichten insoweit schuldhaft verletzte, als er es unterließ, den Mandanten auf etwaige Schadensersatzansprüche gegen die Kanzlei hinzuweisen. Diese Feststellungen sind tragende Feststellungen des Vorprozesses, auf denen das Urteil beruht; sie haben daher an der Interventionswirkung teil.

Der Interventionswirkung könnte aber **entgegenstehen**, dass der Vorprozess in einem **anderen Rechtsweg** geführt wurde. Mit der Interventionswirkung wird nämlich in die ausschließliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte eingegriffen (vgl. Wirkung der §§ 74 I, 68 S. 1 ZPO), F könnte daher nur eingeschränkt sein Recht vor dem Arbeitsgericht suchen. Über die Einrede der mangelhaften Prozessführung hinaus würden durch die Streitverkündung in dem früheren Verfahren vor dem Zivilgericht Bindungen für den aktuellen Rechtsstreit vor den Arbeitsgerichten erzeugt und F den speziellen Ausgestaltungen des arbeitsgerichtlichen Verfahrens entzogen. **Die Interventionswirkung tritt daher nicht ein**, wenn dadurch eine Bindung des Streitverkündeten in einem späteren Verfahren, für welches ein anderer Rechtsweg gegeben ist, herbeigeführt wird (BGH NJW 1993, 2539). Mangels Eintritt der Interventionswirkung kann daher dahin stehen, inwieweit F die Einrede mangelhafter Prozessführung, § 68 2. HS 1. u. 2. Alt. ZPO, erheben kann.

**bb)** Da sich das Bestehen der Gegenforderung nicht aus der Streitverkündung ergibt, wäre zu prüfen, ob die Forderung tatsächlich besteht. Die dafür relevanten Tatsachen hat die Beklagte aber nicht vorgetragen; sie ist von daher darlegungs- und beweisfällig geblieben. Folglich geht die Aufrechnung mangels bestehender Aufrechnungslage ins Leere.

**Also** kann F von der Beklagten EFZ verlangen.

## II. Anspruch auf Restlohn, § 611 BGB

Der aus dem zwischen der Sozietät und F abgeschlossenen Arbeitsvertrag folgende Anspruch auf Zahlung des Restlohns könnte infolge Verwirkung, § 242 BGB, erloschen sein. Diese ist jedoch subsidiär zur **Verjährung**, die wiederum gem. §§ 195, 199 I BGB erst nach Ablauf von drei Jahren ab Anspruchsentstehung und Schluss des Jahres der Kenntniserlangung eintritt.

**Also** besteht ein Anspruch des F auf Zahlung des Restlohnes gem. § 611 I BGB.

### Ergebnis zu B:

Die Klage des F ist auch in beiden Hauptanträgen begründet.

## C. Hilfsantrag

### I. Bedingungseintritt

Der Zulässigkeit dieser ordnungsgemäß erhobenen Klage auf Zahlung der Gratifikation steht möglicherweise entgegen, dass die für den Hilfsantrag erforderliche **aufschiebende Bedingung** der Erfolglosigkeit des Hauptantrages nicht eingetreten ist. F hat in der mündlichen Verhandlung nur für den Fall der völligen oder teilweisen Erfolglosigkeit der Anträge hilfsweise Zahlung der Gratifikation verlangt. Es handelte sich damit um einen **echten Hilfsantrag**. Über den Hilfsantrag wäre daher nur zu entscheiden gewesen, wenn wenigstens gleichzeitig der Hauptantrag abgewiesen worden wäre. Die Hauptanträge hatten aber voll umfänglich Erfolg. Die Bedingung ist daher nicht eingetreten, über den Hilfsantrag ist nicht mehr zu entscheiden.



### Klausurtyp

Auf die (sonstige) Zulässigkeit und Begründetheit des Hilfsantrags ist laut Bearbeitungsvermerk wenigstens **hilfsgutachtlich** noch einzugehen!

## II. Hilfsgutachten

### 1. Zulässigkeit

Unterstellt, die Bedingung wäre eingetreten, müsste der Hilfsantrag zulässig sein. Die Geltendmachung des Klageanspruchs auf Zahlung der Gratifikation in der mündlichen Verhandlung ist eine als Fall der Klageänderung, §§ 263

ff. ZPO zu behandelnde nachträgliche objektive Klagehäufung. Diese ist infolge rügeloser Einlassung der Beklagten, § 267 ZPO, zulässig. Die Verbindungsvoraussetzungen des § 260 ZPO liegen vor.

## 2. Begründetheit

Der Hilfsantrag wäre begründet, wenn F ein Anspruch auf Zahlung der Gratifikation zustünde. Der Anspruch auf Zahlung der Gratifikation folgt aus dem **Arbeitsvertrag**. Danach sollte die Gratifikation als Sonderzahlung mit Entgeltcharakter ausschließlich als zusätzliche Vergütung für tatsächlich schon erbrachte Dienste geleistet werden. Der Anspruch auf Zahlung der Gratifikation könnte aber infolge der Stichtagsregelung ausgeschlossen sein. Fraglich ist, ob die Stichtagsregelung als solche zulässig ist. Nach dem Arbeitsvertrag sollte die Gratifikation zum Jahresende gezahlt werden. Daraus folgt, dass die Gratifikation in erster Linie die in der Vergangenheit geleistete Betriebstreue entlohnen sollte. Darum ist es sachgerecht, die Zahlung der Gratifikation davon abhängig zu machen, dass F zu einem bestimmten Stichtag im Arbeitsverhältnis gestanden hat. Die Stichtagsregelung ist daher wirksam, ohne Unterschied, ob der Arbeitnehmer oder der Arbeitgeber kündigt (→ § 8 Rdn. 9).

### Ergebnis zu C:

Der Hilfsantrag ist sowohl unzulässig als auch unbegründet.

## Fall 3: Auf einem Auge blind

### Anfechtung des Arbeitsvertrags, Schwangerschaft, Schwerbehinderteneigenschaft, Rückabwicklung des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses, Entgeltfortzahlung

## Lösung

### A. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Das Arbeitsverhältnis zwischen M und C könnte durch das „Auflösungsschreiben“ der M-GmbH beendet worden sein. Fraglich ist die rechtliche Qualität dieses Schreibens.

#### I. Anfechtung wegen Schwangerschaft

##### 1) Anfechtungserklärung?

Bei der schriftlichen Beendigungserklärung der M könnte es sich um eine **Anfechtungserklärung** (§ 143 BGB) oder um eine **fristlose Kündigung** (§ 626 BGB) handeln. Bei einer einseitigen Erklärung wie hier muss nach § 133 BGB der wirkliche Wille, ergänzt durch die „objektive“ Auslegung nach dem Empfängerhorizont (§ 157 BGB), erforscht werden. Der Wortlaut der Erklärung deutet auf den Willen zur sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses hin, so dass jedenfalls eine „ordentliche“, d.h. fristgebundene Kündigung ausscheidet. Bezieht man die Begründung in die Auslegung mit ein, so wird vor allem auf unwahre Angaben bei der Einstellung abgestellt. Das spricht für eine Anfechtungserklärung, weil allein durch Anfechtung ein Willensmangel bei Vertragsschluss korrigiert werden kann. Die Kündigung dagegen reagiert auf Störungen bei der Durchführung des Arbeitsverhältnisses (Vertragsdurchführungsproblem). Daher wird das Anfechtungsrecht *neben* dem Kündigungsrecht im Arbeitsverhältnis zugelassen, um die Abschlussfreiheit des Arbeitgebers gegen Täuschung abzusichern (Vertragsanbahnungsproblem, ganz hM). Die schriftliche Mitteilung der M ist somit als Anfechtungserklärung gemäß § 143 BGB auszulegen.

##### 2) Anfechtung trotz § 9 MuSchG analog?

Der Anfechtung könnte § 9 MuSchG analog als Kündigungsverbot gegenüber schwangeren Frauen entgegenstehen. Hier ist der Unterschied zwischen einer Anfechtung und einer Kündigung zu beachten. Während das Kündigungsverbot nach § 9 MuSchG der Schwangeren das rechtsfehlerfrei begründete Arbeitsverhältnis erhalten will, bezweckt das Anfechtungsrecht des Arbeitgebers seine freie Willensentschließung *bei der Einstellung*. Somit ist § 9 MuSchG nicht analog auf die Anfechtung anwendbar.

##### 3) Anfechtung wegen § 119 II BGB?

Die Schwangerschaft müsste eine „verkehrsrechtliche Eigenschaft“ der C sein. Dabei handelt es sich aber nicht um einen Dauerzustand, also nicht um eine der C *dauerhaft*, sondern nur vorübergehend anhaftende Eigenschaft. Sie kann daher bei einem *unbefristeten* Arbeitsverhältnis keine wesentliche Eigenschaft darstellen.

#### 4) Anfechtung wegen § 123 BGB?

Durch die falsche Beantwortung der Frage hat C objektiv eine Täuschungshandlung gegenüber ihrem Gesprächspartner E vorgenommen. *Widerrechtlich* ist eine solche Täuschung im Arbeitsrecht aber nur, wenn die Frage als solche zulässig war. Weil die Frage nach der Schwangerschaft - trotz der daraus folgenden, für den Arbeitgeber nicht unwesentlichen (aus dem MuSchG folgenden) finanziellen Belastungen - sich nur an Bewerberinnen richten kann, wird sie als mittelbare geschlechtsbezogene Diskriminierung im Sinne des § 611 a BGB für unzulässig gehalten. Gründe für eine ausnahmsweise gegebene Zulässigkeit der Frage (Gesundheitsschutz etc.) sind hier nicht ersichtlich. Um sich effektiv gegen die unzulässige Frage wehren zu können, hat C das Recht zur Lüge. Wegen der durch § 611 a BGB indizierten Unzulässigkeit der Frage kann die Anfechtung diesbezüglich also keinen Erfolg haben. Das würde selbst dann gelten, wenn C aufgrund von Krankheiten, die auf die Schwangerschaft zurückzuführen sind, ihre Reinigungstätigkeit nicht erbringen kann.

### II. Anfechtung wegen Schwerbehinderteneigenschaft

#### 1) Anfechtungserklärung (s. o. I 1.)

#### 2) Anfechtung wegen § 119 II BGB?

Die Sehbehinderung der C müsste als Eignungsminderung für die Reinigungstätigkeit „verkehrs wesentlich“ sein. Laut Sachverhalt war zwischen den Parteien unstreitig, dass die Qualität der Reinigungstätigkeit von C durch ihre Sehbehinderung entscheidend beeinträchtigt war. Ein Anfechtgrund nach § 119 II BGB liegt also vor.

#### 3) Anfechtung wegen § 123 BGB?

Auch hier hat die falsche Beantwortung der Frage nach ihrer Schwerbehinderteneigenschaft durch C eine entsprechende Täuschung bei der M, vertreten durch E, hervorgerufen. Diese Täuschung müsste auch *widerrechtlich* gewesen sein. Eine arglistige Täuschung kommt bei Einstellungsgesprächen nur dann in Betracht, wenn es sich um eine falsche Antwort auf eine zulässig gestellte Frage handelt. Die M müsste ein berechtigtes, billigeswertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung ihrer Frage gehabt haben. Zu unterscheiden ist hier die Frage nach einer konkreten Behinderung von der Frage nach der abstrakten Schwerbehinderteneigenschaft. Personalleiter Erich wollte letztere Frage stellen, denn er fragt hier nicht nach einer konkreten körperlichen Behinderung, sondern nach einer Schwerbehinderung. Aus der Schwerbehinderteneigenschaft ergeben sich besondere Pflichten des Arbeitgebers aus dem SGB IX. Diese begründen nach der bisherigen Rechtsprechung und h.M. ein berechtigtes Arbeitgeberinteresse an der Kenntnis vom Schwerbehindertenstatus eines Bewerbers, ohne dass deshalb die konkrete Tätigkeit des Bewerbers durch seine Schwerbehinderung beeinträchtigt sein müsste. Nach Einführung des neuen § 81 II SGB IX bestehen an der Zulässigkeit der allgemeinen Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft jedoch erhebliche Zweifel, denn § 81 SGB IX ist seiner Grundkonzeption wie auch seiner Sanktion nach § 611 a BGB nachgebildet. Die Frage ist nach der Schwerbehinderteneigenschaft ist daher nur dann zulässig, wenn sie im Sinne des § 81 II Nr. 1 SGB auf eine Schwerbehinderung reduziert wird, die C die Ausführung ihrer geschuldeten Arbeitsleistung wesentlich und entscheidend einschränkt bzw. sie unmöglich macht. Die Frage des E war hier folglich zulässig, denn E hat allein nach einer Schwerbehinderung gefragt, die C bei Ihrer Arbeitsleistung wesentlich beeinträchtigen. Die „Arglist“, d.h. die vorsätzliche Täuschung durch C, ist auch nicht anzuzweifeln. Ein Anfechtungsgrund ist damit gegeben.

An dieser Anfechtungsmöglichkeit ändert auch Art. 3 III 2 GG nichts, der ein Diskriminierungsverbot zugunsten von Behinderten enthält. Diese Grundgesetzregelung zum Schutz der Behinderten kann nämlich nicht bedeuten, dass ohne weitere Spezialvorschrift wie z. B. § 81 II SGB IX eine „Integration in den Arbeitsprozess“ dadurch zu fördern wäre, dass Behinderten ein Recht auf Lüge bei der Einstellung zugestanden wird. Letztlich wird man mit der bisherigen Rechtsprechung des BAG weiterhin davon ausgehen müssen, dass schwerbehinderte Arbeitnehmer bei einer Bewerbung sogar eine Offenbarungspflichtpflicht haben, dass die von Ihnen geschuldete synallagmatische Pflicht, durch eine Behinderung nur eingeschränkt erfüllbar ist.

### III. Anfechtungsfrist?

Fragwürdig erscheint hier, ob bezüglich einer Anfechtung nach § 119 II BGB die Anfechtungsfrist nach § 121 I BGB eingehalten wurde. Nach § 121 I 1 musste die M den Arbeitsvertrag mit C unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern, anfechten, nachdem sie von dem Anfechtungsgrund nach § 119 II BGB Kenntnis erlangt hat. C hat das Schreiben der M jedoch erst fünf Wochen, nachdem sie sich offenbart hatte, erhalten. Unstrittig wird dem Anfechtungsberechtigten auch nach § 121 BGB eine angemessene Überlegungsfrist bezüglich der Ausübung seines Rechts zugestanden. Bei Arbeitsverträgen wird hierbei wegen der ähnlichen Rechtsfolgen einer außerordentlichen Kündigung bei der Auslegung des Begriffs „unverzüglich“ die Zweiwochenfrist des § 626 II BGB herangezogen. Hiernach hätte M den Arbeitsvertrag spätestens 2 Wochen nach der Kenntniserlangung von Ihrer Sehbehinderung anfechten müssen. Die Anfechtung nach den §§ 191 II, 121 I 1 BGB ist demnach verfristet.

Allerdings hat M bezüglich der Arglistanfechtung die Frist des § 124 I, II BGB gewahrt. Die in § 124 I BGB normierte Jahresfrist gilt nach ihrem Wortlaut für sämtliche Verträge.

**Ergebnis zu A.:**

Die M-GmbH kann das Arbeitsverhältnis mit C beenden, weil deren wahrheitswidrige Beantwortung der zulässigen Frage nach ihrer Schwerbehinderteneigenschaft einen Irrtum der M über den wahren Sachverhalt nach § 123 BGB hervorgerufen hat und eine entsprechende Anfechtung ermöglichte. Zu den Rechtsfolgen der Anfechtung siehe sogleich B. II.

**B. Anspruch der C auf Entgeltzahlung****I. Anspruchsgrundlage: § 611 I BGB iVm § 3 I EFZG**

Fraglich ist, ob sich C auf den zunächst wirksam geschlossenen Arbeitsvertrag für ihre Entgeltansprüche berufen darf. Die Folge einer wirksamen Anfechtung nach § 123 I BGB ist aber, dass nach § 142 I BGB das angefochtene Rechtsgeschäft „als von Anfang an nichtig anzusehen“ ist. Damit wäre der Arbeitsvertrag zwischen M und C rückwirkend als von Anfang an nichtig einzustufen. Vertragliche Entgeltansprüche scheiden von daher aus.

**II. Anspruchsgrundlage: Grundsätze des „fehlerhaften Arbeitsverhältnisses“****1) Teleologische Reduktion des § 142 BGB**

Nach ständiger Rechtsprechung ist anerkannt, dass in „teleologischer Reduktion“ des § 142 I BGB wegen der Schwierigkeiten der Rückabwicklung in einem Dauerschuldverhältnis der bereits *in Vollzug gesetzte Arbeitsvertrag* nicht mehr rückwirkend außer Kraft gesetzt werden kann. Vielmehr wird an Stelle rückwirkender Nichtigkeit (ex-tunc-Wirkung) der Anfechtung im Arbeitsrecht kündigungsähnliche Wirkung zugemessen mit der Folge, dass das Arbeitsverhältnis nur für die Zukunft aufgelöst ist (ex-nunc-Wirkung). Im Regelfall kann daher der Arbeitnehmer für erbrachte Leistungen die ursprünglich vereinbarte Vergütung verlangen; er behält auch seine Ansprüche auf Entgeltfortzahlung bei Krankheit, so dass C nach den Grundsätzen des „fehlerhaften Arbeitsverhältnisses“ die gesamten Entgeltansprüche aus der Vergangenheit einschließlich der Krankheitszeit geltend machen könnte.

**2) Ausnahme bei Täuschungshandlung**

Fraglich ist hier aber, ob nicht eine Ausnahme zu machen ist, wenn wie hier bei C ein Arbeitsverhältnis durch Täuschung erwirkt worden ist. Der Arbeitnehmer verdient hier keinen Schutz, weil er auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses (zunächst) nicht vertrauen konnte. Auch hat die zeitnahe Anfechtung der M keinen Vertrauensschutz der C auf Duldung dieser makelbehafteten Einstellungsentscheidung entstehen lassen können. Somit sind mangels Schutzwürdigkeit die Grundsätze des „fehlerhaften Arbeitsverhältnisses“ auf C nicht anwendbar.

**III. Anspruchsgrundlage: §§ 812, 818 BGB?**

Das angefochtene Arbeitsverhältnis lässt sich ausnahmsweise dann nach den herkömmlichen bürgerlich-rechtlichen Abwicklungsregeln der §§ 142 I, 812 ff. behandeln, wenn der Arbeitnehmer wie hier in seinem Vertrauen auf den zunächst abgeschlossenen Vertrag keinen Schutz verdient. Danach sind hier nur die tatsächlich ausgetauschten Leistungen abzugelten mit der Folge, dass der C nur der übliche Lohn für die tatsächlich geleistete Arbeit im Wege des Wertersatzes (§ 818 II BGB) zusteht, nicht aber die Entgeltfortzahlung wegen Krankheit für zwei weitere Wochen, die keine Arbeitsleistung abgelten sollte.

**Ergebnis zu B:**

C kann von M nur für die tatsächlich erbrachte Arbeitsleistung Wertersatz nach §§ 812 I, 818 II BGB erhalten. Für die Krankheitszeit steht ihr kein Entgelt zu, weil M hierfür keine Gegenleistung erlangt hat.

Fall 4: Weihnachtskarten für Zerlina

**Betriebliche Übung, Betriebsvereinbarung, (mittelbare) Geschlechtsdiskriminierung, Gleichbehandlungsgrundsatz, Gratifikation, Normenhierarchie im Arbeitsrecht, Teilzeitbeschäftigung - BAG NZA 1995, 985; 1998, 423**



## Lösung

### Anspruch der Z gegen M auf Zahlung des Weihnachtsgeldes



#### Klausurtyp

Hier kann der Anspruch aus unterschiedlichen Rechtsgründen zu bejahen sein. Der Arbeitsvertrag bleibt aber jeweils Ausgangspunkt und zentrale Anspruchsgrundlage (→ § 3 Rdn. 5, 12). Daher ist er – i.V.m. § 611 BGB (→ § 4 Rdn. 18) – zusammen mit den jeweiligen Zusatznormen zu zitieren. Der Aufbau ist geprägt von der Normenhierarchie. Die einschlägigen Anspruchsnormen sind von unten nach oben durch zu prüfen (→ § 3 Rdn. 19).

#### I. Anspruch aus Arbeitsvertrag i.V.m. § 611 BGB und Betrieblicher Übung

Nachdem sich in ihrem Arbeitsvertrag offenbar keine Gratifikationsregelung findet, könnte Z von M nur dann Zahlung des Weihnachtsgeldes für die Jahre 1998 und 1999 verlangen, wenn die Voraussetzungen einer betrieblichen Übung gegeben sind.

##### 1. Voraussetzungen der betrieblichen Übung

Unter einer betrieblichen Übung ist die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers zu verstehen, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden. Das BAG geht von einer rechtsgeschäftlichen Einordnung als Willenserklärung des Arbeitgebers aus, das von den Arbeitnehmern stillschweigend angenommen wird (§ 151 BGB). Die Lehre geht mehrheitlich von einem Anwendungsfall der Vertrauenshaftung aus. Voraussetzung ist in beiden Fällen, dass der Erklärungsempfänger die Erklärung oder das Verhalten des Arbeitgebers nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Begleitumstände (§§ 133, 157 BGB) als auch für die Zukunft verpflichtende Erklärung verstehen durfte. Dies ist anzunehmen, wenn der Arbeitgeber, ohne erkennbare Beschränkung auf das jeweilige Jahr, eine in drei aufeinanderfolgenden Jahren gleichförmige Gratifikation gewährt. Will der Arbeitgeber verhindern, dass aus der Stetigkeit seines Verhaltens eine in die Zukunft wirkende Bindung entsteht, muss er einen entsprechenden Vorbehalt erklären, um eine Vertrauenshaftung auszuschließen.

##### 2. Hier: ausreichender Bindungswille der M?

Durch die in den Jahren 1994 bis 1997 geleisteten Zahlungen könnte eine solche betriebliche Übung entstanden sein. M hat jedoch im Inhalt der Ankündigungsschreiben (1994: „...in diesem Jahr.“; 1995: „...auch in diesem Jahr....“) gezeigt, dass die Sonderzahlung nicht ohne jede Einschränkung und auf Dauer gewährt werden sollte. Für das Jahr 1997 findet der mangelnde Bindungswille darin Ausdruck, dass die M ausführt, mit der Zahlung „eine kleine Freude“ bereiten zu wollen. Selbst wenn man annimmt, dass dies den mangelnden Bindungswillen des Arbeitgebers nicht ausreichend zum Ausdruck bringt, würde doch eine nur in den Jahren 1996 und 1997 geleistete vorbehaltlose Zahlung nicht ausreichen, um eine betriebliche Übung und damit einen Anspruch der Z entstehen zu lassen. Auf einen ausdrücklichen Widerruf der Gratifikationszahlung kommt es daher nicht an.

Z hat **keinen Anspruch** auf Zahlung des Weihnachtsgeldes aus betrieblicher Übung.

#### II. Anspruch aus Arbeitsvertrag i.V.m. § 611 BGB und der Betriebsvereinbarung

Z könnte gegen M einen Anspruch auf Zahlung des Weihnachtsgeldes aus dem Arbeitsvertrag in Verbindung mit der Betriebsvereinbarung haben.

##### 1. Auslegung der Betriebsvereinbarung

Dazu müsste eine Auslegung der Betriebsvereinbarung unter Einbeziehung des wirklichen Willens der Parteien einen solchen Anspruch ergeben. Aus dem Wortlaut der Betriebsvereinbarung ergibt sich lediglich, dass jährlich überprüft werden soll, ob eine Zahlung der Gratifikation möglich ist. Z hat weder dargelegt, dass M dies nicht überprüft hat, noch, dass M aufgrund ihrer wirtschaftlichen Lage eine derartige Zahlung möglich wäre.

##### 2. Schreiben der Geschäftsleitung

Fraglich ist, ob sich aus dem im Schreiben vom 24. 4. 1992 zum Ausdruck gebrachten Willen der Geschäftsleitung etwas anderes ergibt. Mangels der nach § 77 II BetrVG notwendigen Unterzeichnung des Betriebsrates ist das Schreiben nicht Bestandteil der Betriebsvereinbarung geworden. Weiterhin sagt die Geschäftsleitung mit dem Schreiben nicht zu, allen Arbeitnehmern gleichmäßig eine Weihnachtsgatifikation zu gewähren, sondern nur, dass grundsätzlich nicht die Absicht besteht, die Weihnachtsgeldzahlungen voneinander abzukoppeln. Mit dieser Absichtserklärung hat sich der Betriebsrat

begnügt; er hat nicht auf einer Änderung des Textes der Betriebsvereinbarung bestanden. Folglich ergibt sich auch aus dem Schreiben der Geschäftsleitung kein Anspruch auf Zahlung der Weihnachtsgratifikation.

### III. Anspruch aus Arbeitsvertrag iVm. § 611 BGB und § 4 I TzBfG

Der Anspruch der Z könnte sich aus dem Arbeitsvertrag in Verbindung mit dem Gleichstellungsgebot des § 4 I TzBfG ergeben.

#### 1. Ungleichbehandlung

Dazu müsste M als Arbeitgeber Teil- und Vollzeitbeschäftigte ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandeln. Eine unterschiedliche Behandlung liegt in der Zahlung der Weihnachtsgratifikation an die Vertriebsshelfer und das Fehlen einer solchen Zahlung an die Zeitungszusteller in den Jahren 1998 und 1999. § 4 TzBfG verbietet jedoch nur die Differenzierung **aus Gründen der Teilzeitarbeit**, nicht eine unterschiedliche Behandlung aus anderen sachlichen Gründen. Eine Differenzierung aus Gründen der Teilzeitarbeit liegt jedoch nur vor, wenn die Teilzeitbeschäftigten mit den Vollzeitbeschäftigten von ihrer Funktion her vergleichbar sind.

#### 2. Sachliche Rechtfertigung

Fraglich ist, ob die Tätigkeit der Vertriebsshelfer mit der der Zeitungszusteller vergleichbar ist. Die Vertriebsshelfer stellen in Ausnahmefällen ebenfalls Zeitungen zu. Das ist jedoch nur ein kleiner Teil ihrer Aufgaben und prägt ihre Tätigkeit nicht. Die Tätigkeit der Zeitungszusteller beschränkt sich fast ausschließlich auf die Zustellung der Zeitungen. Nur in wenigen Fällen wird noch Zeitungsgeld kassiert. Die Tätigkeit der Vertriebsshelfer hingegen ist vielfältiger und von den Anforderungen her anspruchsvoller. Sie dient der Organisation des Zustellbetriebes und erfordert ein hohes Maß an Flexibilität. Damit sind die vollzeitbeschäftigten Vertriebsangestellten und die teilzeitbeschäftigten Zusteller in ihrer Tätigkeit nicht vergleichbar. Dies rechtfertigt auch eine unterschiedliche Behandlung.

Ein Verstoß gegen § 4 I TzBfG liegt somit nicht vor.

### IV. Anspruch aus Arbeitsvertrag i.V.m. §§ 611, 612 III BGB



#### Klausurtyp

Art. 141 EGV ist durch die einfach-gesetzliche Norm des § 612 III BGB in das deutsche Recht umgesetzt worden. Das ist bei der Auslegung dieser Norm durch europarechtskonforme Auslegung entsprechend zu berücksichtigen. Einer **ausdrücklichen** Heranziehung des Art. 141 EGV im Wege der Drittwirkung bedürfte es nur dann, wenn die einfach-gesetzliche Auslegung nicht mit der europäischen Rechtsprechung zu Art. 141 EGV vereinbar wäre. Ansonsten kann darauf verzichtet werden (§ 3 Rdn. 22 - 24).

#### 1. Mittelbare Diskriminierung

Der Z könnte jedoch ein Anspruch auf Zahlung der Weihnachtsgratifikation aus § 612 III BGB zustehen. Die Gratifikation hat ihre Grundlage im Arbeitsverhältnis, stellt also keine Schenkung, sondern eine Vergütung dar. Z könnte durch die Nichtzahlung des Weihnachtsgeldes **mittelbar diskriminiert** worden sein. Dafür ist eine stärkere nachteilige Betroffenheit eines Geschlechtes durch eine Maßnahme des Arbeitgebers notwendig, d.h. der Anteil der Angehörigen dieses Geschlechtes muss erheblich höher sein als unter den von der Maßnahme Begünstigten. Es müssten also bei M überwiegend Arbeitnehmerinnen als Zeitungszusteller tätig sein. Z hat das nur pauschal dargelegt, doch diese Behauptung wird vom Sachverhalt als zutreffend unterstellt, so dass davon auszugehen ist, dass wesentlich mehr oder überwiegend Arbeitnehmerinnen von der Zahlung des Weihnachtsgeldes durch M ausgeschlossen wurden als männliche Zusteller.

#### 2. Gleiche oder gleichwertige Arbeit?

Die Aufgaben der Zeitungszusteller sind aber, wie bereits oben III 2 dargelegt, deutlich verschieden gegenüber denen der Vertriebsshelfer bzw. -inspektoren. Die Tätigkeiten sind auch nicht etwa gleichwertig im Sinne von § 612 III 1 BGB. Gleichwertigkeit wird bei in etwa gleichem „Arbeitswert“ nach Anschauung der beteiligten Verkehrskreise bejaht. Das lässt sich hier anhand der unterschiedlichen Grundvergütung von Zustellern einerseits und Vertriebsangestellten andererseits ablehnen; in einem tarifgebundenen Betrieb würde sich dieser Unterschied in unterschiedlichen Tarifentgeltstufen auswirken.

Es liegt also keine mittelbare Diskriminierung und damit kein Verstoß gegen § 612 III BGB vor.

### V. Anspruch aus Arbeitsvertrag i.V.m. § 611 BGB und dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz

Z könnte gegen M einen Anspruch aus Arbeitsvertrag in Verbindung mit dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz haben. Dieser verwehrt es dem Arbeitgeber, einzelne Arbeitnehmer oder Gruppen von

Arbeitnehmern ohne sachlichen Grund von allgemein begünstigenden Regelungen auszunehmen und schlechter zu stellen. Eine Differenzierung zwischen den einzelnen Arbeitnehmergruppen liegt vor.

### 1. Sachlicher Grund: unterschiedliche Tätigkeit

Fraglich ist, ob M für die Differenzierung einen sachlichen Grund hat. Der Zweck des freiwillig gewährten Weihnachtsgeldes liegt, sofern sich aus den Umständen nichts anderes ergibt, darin, in der Vergangenheit geleistete Dienste zusätzlich zu vergüten und zu den anlässlich des Weihnachtsfestes entstehenden besonderen Aufwendungen der Arbeitnehmer beizutragen. Die zusätzlichen Aufwendungen fallen bei allen Arbeitnehmern des Betriebes an und alle Arbeitnehmer haben in der Vergangenheit die Arbeitsleistung erbracht. Die unterschiedliche Tätigkeit der Vertriebsshelfer und der Zusteller ist daher kein sachlicher Differenzierungsgrund.

### 2. Sachlicher Grund: Weihnachtskarten

Hier stellt M jedoch den Zeitungszustellern Weihnachtskarten zur Verfügung, damit diese ein Trinkgeld erhalten. Demgegenüber haben die Innendienstmitarbeiter keine Möglichkeit, von den Abonnenten ein Trinkgeld zu erhalten. **Damit hat die Zahlung des Weihnachtsgeldes an die Arbeitnehmer im Innendienst auch noch den Zweck, zwischen diesen und den Zeitungszustellern einen Ausgleich zu schaffen.** Fraglich ist, ob dieser Zweck ausreichend ist, um zwischen den Arbeitnehmern zu differenzieren. In der Übergabe der Karten, die M den Zeitungszustellern kostenlos gewährt, ist eine Aufforderung an die Abonnenten zu sehen, den Zustellern ein Trinkgeld zu gewähren. Mit der Übergabe dieser Karten wird die Tradition, Zeitungszustellern ein Trinkgeld zu gewähren, noch unterstützt. Dass die Trinkgelder nicht von der Beklagten, sondern von den Abonnenten gewährt werden, führt nicht zu einer anderen Bewertung. Mit der Zahlung des Weihnachtsgeldes an die Innendienstmitarbeiter soll der hier für die Zeitungszusteller entstehende Einkommensvorteil wieder ausgeglichen werden. **Fraglich ist aber, ob damit wirklich ein Ausgleich geschaffen wird.** Z hat nicht dargelegt, dass die Trinkgelder gering sind. Der Betrag, den M als Weihnachtsgratifikation an die Innendienstmitarbeiter gewährt, kann die Trinkgelder über- oder unterschreiten. M hat jedoch keine Möglichkeit zu ermitteln, in welcher Höhe die Außendienstmitarbeiter Trinkgelder erhalten. Damit ist es gerechtfertigt, wenn M allein darauf abstellt, dass die Zeitungszusteller auch aufgrund der von ihr gewährten Weihnachtskarten die Möglichkeit haben, ihren Verdienst durch nicht unerhebliche Trinkgelder zu erhöhen. Nachdem diese Einschätzung der M von Z nicht widerlegt wurde, ist eine willkürliche Ungleichbehandlung nicht ersichtlich.

### VI. Ergebnis

Z hat keinen Anspruch auf Zahlung der Weihnachtsgratifikation für die Jahre 1998 und 1999.

## Fall 5: Der plötzliche Wintereinbruch

### Leistungsstörungen im Arbeitsrecht, Wegerisiko, Annahmeverzug bzw. -unmöglichkeit der Arbeitsleistung, §§ 615, 616 BGB

## Lösung

### Anspruch des A auf Lohn für den 20. März.



#### Klausurtyp

Für die Falllösung muss erkannt werden, dass hier zwei verschiedene Unmöglichkeitstatbestände vorgetragen werden. Dem sollte strukturell dadurch Rechnung getragen werden, dass zwischen der Lohnzahlung für die Zeit von 8 bis 11 Uhr einerseits und die Zeit danach andererseits getrennt aufgebaut und subsumiert wird.

### I. Lohnzahlung für die Zeit von 8.00 Uhr bis 11.00 Uhr

Alfons könnte einen Anspruch auf Entgeltzahlung aus § 611 BGB in Verbindung mit seinem Arbeitsvertrag geltend machen. Der Vertrag ist offenbar wirksam entstanden, er könnte aber durch Arbeitsversäumnis teilweise **unmöglich** geworden sein (§§ 275 Abs. 1, 276, 326 Abs. 1 S. 1 2. HS BGB).

#### 1. (Teil-)Unmöglichkeit (§§ 275 Abs. 1, 276, 326 Abs. 1 S. 1 2. HS BGB)

A konnte die von ihm geschuldete Arbeitsleistung zwischen 8.00 Uhr und 11.00 Uhr wegen des winterlichen Verkehrschaos nicht erbringen. In Bezug auf diese Zeitspanne müsste (Teil-)Unmöglichkeit eingetreten sein. Nach herrschender Lehre tritt wegen des Fixschuldcharakters der Arbeitsleistung **allein durch Zeitablauf** Unmöglichkeit ein. Demnach ist grundsätzlich gemäß § 326 Abs. 1 BGB der Anspruch auf die Gegenleistung (Lohnzahlung) deshalb erloschen, weil Alfons aus von keiner Seite zu vertretenden Gründen die Teilleistung von 8.00 Uhr bis 11.00 Uhr nicht erbringen konnte („ohne Arbeit kein Lohn“).

#### 2. Arbeitsrechtliche Spezialregelungen

Von dieser allgemein schuldrechtlichen Betrachtung muss jedoch abgewichen werden, wenn die §§ 615, 616 BGB eine besondere arbeitsvertragliche Lösung vorsehen, die als „lex specialis“ den allgemeinen Regeln vorgeht.

##### a) § 615 S. 1 BGB

Eine Lohnzahlung trotz nicht erbrachter Arbeitsleistung gemäß **§ 615 S. 1 BGB** setzt den Annahmeverzug des Arbeitgebers und das Leistungsvermögen des Arbeitnehmers voraus. Alfons konnte hier aber seine Arbeitsleistung überhaupt nicht erbringen und damit nicht das erforderliche **Angebot** seiner Leistung (§§ 294 - 296 BGB), so dass ein Annahmeverzug des Arbeitgebers nicht eingetreten ist.

##### b) § 616 S. 1 BGB

Nach **§ 616 S. 1 BGB** müsste der Arbeitnehmer für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit ohne Eigenverschulden durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Erbringung der Arbeitsleistung gehindert worden sein. Nun konnte Alfons persönlich zwar nicht arbeiten, der wetterbedingte Verkehrszusammenbruch betraf aber alle in der Region bzw. am Ort tätigen Arbeitnehmer, so dass ein **objektives** Leistungshindernis vorlag und seine Arbeitsverhinderung nicht in der privaten Sphäre wurzelte. Deshalb kann auch § 616 BGB nicht zu einer Entgeltzahlung führen.

Alfons hat somit keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung für die Zeit von 8.00 Uhr bis 11.00 Uhr, weil er das Wegerisiko selbst zu verantworten hatte.

### II. Lohnzahlung für die Zeit ab 11 Uhr

#### Risiko des Arbeitsausfalls beim Arbeitgeber (§ 615 S. 3 BGB)

Auch hier könnte man sagen, dass der Anspruch auf Lohnzahlung nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB erloschen ist, da die Arbeitsleistung unmöglich geworden ist und § 326 Abs. 2 S. 1 BGB nicht anwendbar ist, da der Arbeitgeber diese Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat. Insbesondere hat der Arbeitgeber die üblichen Vorkehrungen getroffen, um die frostgefährdeten Wasserleitungen gegen normale winterliche Kälte zu schützen. Nach § 615 S. 3 BGB gelten aber § 615 S. 1 und 2 BGB entsprechend, wenn der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt. Der Anspruch auf Lohnzahlung bleibt dann also erhalten, ohne dass der Arbeitnehmer nachleisten müsste. Die Verantwortungssphäre des Arbeitgebers erstreckt sich auf seine objektive organisatorische Verantwortung für einen funktionierenden Betrieb. Im Sinne einer „Substratsgefahrtragung“ trägt er daher das Risiko des Arbeitsausfalls. Alfons hat die ihm mögliche (§ 297 BGB) Leistung im Betrieb tatsächlich angeboten (§ 294 BGB), B hat sie jedoch nicht angenommen, weil eine betriebstechnisch bedingte Arbeitsverhinderung vorlag. Er behält daher den Anspruch auf Lohnzahlung.

Zum gleichen Ergebnis kommt man, wenn man der so genannten Lehre vom „Betriebsrisiko“ folgt. Nach ihr werden dem Arbeitgeber alle betriebsbedingten Unmöglichkeitsfälle angelastet, weil er allein in der Lage ist, diese betrieblichen Risiken abzusichern. Weil hier die Betriebsstörung eindeutig zu seinen organisatorischen Lasten geht, muss der Arbeitgeber auch dieses Betriebsrisiko tragen und Alfons das Entgelt des Resttages zahlen. Nach der Einfügung des § 615 S. 3 BGB in das Gesetz ist dieses Ergebnis nun wohl aus § 615 S. 3 BGB abzuleiten.

### III. Ergebnis

Während Alfons für die Zeit von 8.00 Uhr bis 11.00 Uhr wegen des von ihm zu tragenden Wegerisikos kein Entgelt beanspruchen kann, **darf er es für den Rest des Tages von B nachfordern**. Das mögliche Argument, dass der Betrieb ohnehin ganztätig nicht arbeiten konnte, Alfons daher das ganze Entgelt zustehe, ist allerdings nicht zutreffend, weil das fehlende Angebot der Arbeitsleistung zwischen 8 und 11 Uhr einen „Annahmeverzug“ bzw. eine „Annahmearbeitsverhinderung“ gar nicht erst ermöglichte.

## Fall 6: Fliegende Ziegelsteine

### Haftung des Arbeitnehmers für Sach- und Personenschäden, innerbetrieblicher Schadensausgleich, Eigenschaden des Arbeitnehmers

#### Lösung

##### Klausurtyp

In der Frage 1 sind nicht nur Ansprüche des F gegen A zu prüfen, sondern auch solche von O und B gegen F. Diese sind von der Fragestellung her innerhalb des Anspruchs F gegen A zu erörtern. Da Ansprüche von O und B gegen F für diesen einen Schaden darstellen, sind sie im Rahmen dieses Prüfungspunktes zu diskutieren.

#### A. Anspruch des F gegen A auf Schadensersatz

##### I. Anspruch auf Schadensersatz aus Pflichtverletzung im Arbeitsverhältnis (pFV, § 280 I BGB)

F könnte gegen A einen Anspruch auf Zahlung von 5.000 € aus § 280 I BGB (positiver Vertragsverletzung des Arbeitsvertrages) haben.

##### 1. Wirksamer Arbeitsvertrag

Ein vertraglich begründetes Arbeitsverhältnis zwischen A und F lag im Zeitpunkt der schädigenden Handlung des A vor.

##### 2. Pflichtverletzung

A müsste eine ihm aus dem Arbeitsverhältnis obliegende Nebenpflicht verletzt haben. Zu den Nebenpflichten des Arbeitnehmers gehört es, die ihm übertragene Arbeit so auszuführen, dass dabei Personen und Sachen nicht geschädigt werden. Diese Nebenpflicht hat A objektiv verletzt.

##### 3. Rechtswidrigkeit

Die Pflichtverletzung geschah rechtswidrig, da dem A keine Rechtfertigungsgründe zur Seite stehen.

##### 4. Verschulden

##### Klausurtyp

An dieser Stelle ist nur zu fragen, ob ein *nicht nur leichtes* Verschulden des A gemäß § 276 I 1 BGB vorliegt. Die Frage, ob A im innerbetrieblichen Verhältnis für den gesamten Schaden aufzukommen hat, ist dagegen erst im Rahmen der Haftungsausfüllung zu erörtern.

Nach § 276 I 1 BGB hat A Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Wegen der sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden Haftungsmilderung muss mindestens „mittleres“ Verschulden bejaht werden. Vorliegend hat A den Stapel Ziegelsteine aufgrund „normal fahrlässigen“ Verhaltens umgestoßen. Er hätte nämlich bei gewöhnlicher Anspannung seiner Kräfte und Fähigkeiten den Schadenseintritt vorhersehen und vermeiden können. Dass der Vorschlag ursprünglich von B gekommen ist, ist unbeachtlich, da A sich sofort mit dem Zuwerfen einverstanden erklärt hat. Schließlich kommt auch kein Ausschluss des Verschuldens wegen vis absoluta in Betracht, da A zwar erschrocken über die Folgen seines eigenen Fehlverhaltens war, aber trotzdem selbstgesteuert gehandelt hat.

A hat somit fahrlässig eine vertragliche Nebenpflicht verletzt.

##### 5. Haftungsausfüllende Kausalität

Der unkontrollierte Schritt des A nach hinten und das Herunterfallen der Ziegelsteine sind adäquat kausal für die Zerstörung der Fensterscheiben des F und die Gesundheitsverletzung von B und O.

## 6. Schaden

### a) Haftungsumfang des A

Zu untersuchen ist, ob der Umfang der Haftung des A nicht infolge arbeitsrechtlicher Besonderheiten eingeschränkt ist. Die innerbetriebliche Haftungsverteilung weicht aus Billigkeitsgründen von der normalen Haftung ab. Rechtsgrundlage hierfür ist eine analoge Anwendung von § 254 I BGB bei betriebsbedingten Tätigkeiten.

### aa) Betriebliche Tätigkeit

Nach früherer Rechtsprechung minderte nur eine gefahrgeneigte Tätigkeit den Haftungsumfang des Arbeitnehmers. Mittlerweile hat sich die Rechtsprechung aber von dem Begriff der gefahrgeneigten Tätigkeit gelöst und fordert für die Anwendbarkeit der innerbetrieblichen Haftungsverteilung nur noch, dass eine betriebliche Tätigkeit vorliegt. Dies ist bei der Ausführung der Bauarbeiten für die Sporthalle der Fall.

### bb) Verschuldensgrad

Die Haftung des Arbeitnehmers für Schäden, die er in Ausführung einer betrieblichen Tätigkeit verursacht hat, ist abhängig vom Grad des Verschuldens. Je geringer das Verschulden des Arbeitnehmers ausfällt, desto geringer wird seine Haftungsquote. Bei leichter Fahrlässigkeit ist seine Haftung sogar ganz ausgeschlossen, § 276 I 1 BGB.



### Klausurtyp

Sie müssen die Haftungsabstufung nur insoweit darlegen, als es für die Falllösung relevant ist: Es reicht aus, in der Klausur zu erläutern, dass es eine je nach Verschuldensgrad abgestufte Haftung gibt, und zu prüfen, welcher Verschuldensgrad vorliegt, um dann die Haftungsfolge daraus abzuleiten.

Vorliegend hatten sich A und B die Ziegelsteine aus Jux und Tollerei zugeworfen. Das Verhalten ist leichtsinnig und es ist naheliegend, dass ein solches Zuwerfen auf einem Baugerüst zu erheblichen Schäden an Sachgütern und der Gesundheit führen kann. Dass durch Späße von Bauarbeitern Personen oder Sachen beschädigt werden, „darf nicht passieren“, so dass das Verhalten des A als grob fahrlässig gewertet werden kann. Auf der anderen Seite haben A und B nicht sämtliche Sicherheitsmaßnahmen außer Acht gelassen. Sie handelten nicht in einem Maße unverantwortlich, dass ihr Verhalten „schlechtesterdings nicht mehr hinnehmbar“ wäre, wie es das BAG für besonders grobe Fahrlässigkeit fordert. Es ist daher von „normaler“ grober Fahrlässigkeit auszugehen.

### cc) Folge

Bei grober Fahrlässigkeit haftet der Arbeitnehmer grundsätzlich für den vollen eingetretenen Schaden, soweit dies nicht ausnahmsweise nach umfassender tat- und täterbezogener Abwägung unbillig ist. Der Schaden von 5.000 € übersteigt zwar das durchschnittliche Nettogehalt des A, das bei 2.000 € liegt. Andererseits kann dem grob fahrlässig handelnden Arbeitnehmer zugemutet werden, auch Schäden zu tragen, die in der Höhe über einem durchschnittlichen Monatsgehalt liegen, da A durch den Ausgleich des Schadens nicht dauerhaft in seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet wird. Ein deutliches Missverhältnis zwischen Verdienst und Schadensrisiko der Tätigkeit kann nicht angenommen werden. Bei seinem grob fahrlässigen Verhalten kommt A auch nicht mehr zugute, dass er bislang stets zuverlässig gearbeitet hat, da es nicht angemessen wäre, A wegen seiner bisherigen Zuverlässigkeit aus der Haftung für den eingetretenen Schaden zu befreien.

Eine Mitverantwortung des F in Form eines Organisationsverschuldens analog § 254 BGB wird vom Sachverhalt nicht nahe gelegt, da A bisher zuverlässig gewesen ist. Eine fehlerhafte Instruktion des A kann nicht angenommen werden.

### b) Konkreter Schaden

Für die zerstörten Fensterscheiben kann F nach § 251 I BGB von A vollen Ersatz verlangen, da eine Wiederherstellung unmöglich und A's Haftung unbeschränkt ist.

### c) Haftung des A für Ansprüche von B und O gegen F

F könnte von A analog § 257 BGB Freistellung von Ansprüchen des B und des O verlangen. Dazu müssten diese Ansprüche gegen F geltend machen können.



### Klausurtyp

F hat selbst nicht gehandelt, er kann also nur haften, wenn ihm die Handlung des A zuzurechnen ist. Bei O kommt mangels vertraglicher Beziehung nur ein deliktischer Anspruch und daher nur § 831 BGB in Betracht. B hingegen könnte daneben auch einen vertraglichen Schadensersatzanspruch, nämlich aus positiver Vertragsverletzung haben. Das Verschulden des A wäre dem F dann über § 278 BGB zuzurechnen.

**aa) Ansprüche des B gegen F****α) Anspruch auf Schadensersatz aus pFV des Arbeitsvertrages, § 280 I BGB**

(1) Die schuldhaftige Pflichtverletzung des A besteht darin, den Ziegelstein auf B geworfen und ihn dadurch verletzt zu haben. Um diese Handlung dem F nach § 278 S. 1 BGB zurechnen zu können, müsste sich F zur Erfüllung einer Verbindlichkeit des A bedient haben. Dabei kommt es auf eine Sonderbeziehung zwischen F und B an, die im vorliegenden Fall im Arbeitsvertrag zwischen B und F zu sehen ist.

Der Begriff der „Verbindlichkeit“ in § 278 BGB umfasst auch vertragliche Schutzpflichten des Schuldners, die darin bestehen, Rechtsgüter des Vertragspartners nicht zu verletzen. A wurde für F tätig und verletzte in diesem Zusammenhang die Gesundheit des B. A verletzte damit eine dem F obliegende Schutzpflicht. A's schuldhaftes Handeln ist F zuzurechnen. B ist dadurch ein Schaden entstanden. Die Anspruchsvoraussetzungen sind gegeben und B kann von F Ersatz seines Gesundheitsschadens nach § 249 II BGB verlangen. Darüber hinaus steht B gemäß § 253 II ein angemessenes Schmerzensgeld zu.

Der Anspruch des B wird allerdings ebenfalls nach den Regeln des innerbetrieblichen Schadensausgleichs gemäß § 254 I BGB gekürzt. Hier ist dem B vorzuwerfen, A überhaupt erst zum Werfen der Steine animiert zu haben. Für B war vorhersehbar, dass A diesem Vorschlag nachkommen werde. Es ist daher von mittlerer Fahrlässigkeit auszugehen, so dass der Anspruch quotenmäßig gekürzt wird. Angesichts der Gefährlichkeit und Vorhersehbarkeit des Schadenseintritts ist eine Kürzung um 50% angemessen.

**Klausurtyp**

Die Prüfung des § 278 BGB lässt sich natürlich umgehen, in dem man es dahinstehen lässt, ob dem F das Verschulden des A in diesem Verhältnis zuzurechnen ist und gleich auf § 104 SGB VII verweist. Ganz „sauber“ ist eine derartige Vorgehensweise im Gutachten jedoch nicht.

(2) Der Schadensersatzanspruch könnte nach § 104 I 1 SGB VII ausgeschlossen sein. Danach haftet der Unternehmer den Versicherten, die für sein Unternehmen tätig sind, nicht bei nicht vorsätzlich herbeigeführten Arbeitsunfällen. B ist als Beschäftigter gem. § 2 I Nr. 1 SGB VII unfallversichert. Die Verletzung der Schulter wurde dem B von A während der Bauarbeiten auf dem Gerüst zugefügt. Somit liegt ein Arbeitsunfall durch eine betriebliche Tätigkeit vor, der auch nicht bei einer Teilnahme am allgemeinen Verkehr (Wegeunfall nach § 8 I Nr. 1 bis 4 SGB VII) eingetreten ist. A handelte bei der Verletzungshandlung nicht vorsätzlich, so dass nach § 104 I 1 SGB VII F dem B nicht zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist.

Hinweis: Im übrigen wäre der Anspruch nach § 116 I SGB X auf den Sozialversicherungsträger übergegangen.

**β) Anspruch des B gegen F auf Schadensersatz und Schmerzensgeld gem. §§ 831 I 1, 823 I BGB**

Unabhängig von der Frage nach den Anspruchsvoraussetzungen sind auch diese Ansprüche nach § 104 I 1 SGB VII ausgeschlossen. Der Gesetzgeber hat sich für eine einheitliche Regelung im Sozialversicherungsrecht entschieden. Dieser Regelung müssen sich die Ansprüche aus dem Deliktsrecht unterordnen.

**bb) Anspruch des O gegen F auf Schadensersatz gem. § 831 I BGB**

O könnte gegen F einen Anspruch aus § 831 I 1 BGB haben, dessen Rechtsfolge im Ersatz der Heilungskosten (§ 249 II BGB) und Schmerzensgeld (§ 253 II BGB) besteht.

A ist als Arbeitnehmer weisungsabhängig und mit Wissen und Willen des F in dessen Interesse tätig geworden. A ist daher Verrichtungsgehilfe. In Ausführung dieser Verrichtung hat er die Gesundheit des O verletzt (§ 823 I BGB), dem dadurch ein entsprechender Schaden entstanden ist.

Der Anspruch ist jedoch nach § 831 I 2 BGB ausgeschlossen, da A bisher immer gewissenhaft gearbeitet hat und F folglich der Nachweis gelingt, A sorgfältig ausgesucht zu haben. F kann sich exkulpieren.

Ein Anspruch des O gegen F aus § 831 I entfällt.

**d) Ergebnis**

Da F weder einem Anspruch des O noch des B ausgesetzt ist, kann er von A keine Freistellung verlangen. Inhalt des Schadensersatzanspruchs bleibt daher allein der Ersatz für die zerstörten Fensterscheiben.

**II. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 I BGB**

F hat gegen A auch einen Anspruch aus § 823 I BGB, da dessen Voraussetzungen (Eigentumsverletzung durch eine rechtswidrige und schuldhaftige Handlung des A) vorliegen. Der Schaden umfasst den Ersatz für die Fensterscheiben. Die Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs sind auch im Deliktsrecht anwendbar, führen aber zu keinem abweichenden Ergebnis.

## **B. Anspruch des A gegen F auf Ersatz für das Mobiltelefon**

### **I. Anspruch aus § 280 I BGB**

Ein Anspruch aus pFV (wie auch aus weiteren Anspruchsgrundlagen auf Schadensersatz) scheidet am schuldhaften Handeln des F. Angeknüpft werden könnte nur an die Weisung, auf dem Gerüst zu arbeiten – eine schuldhafte Pflichtverletzung des F kann hierin nicht gesehen werden.

### **II. Anspruch aus § 670 BGB**

Eine direkte Anwendung des § 670 BGB kommt nicht in Betracht, da A einen Schaden (unfreiwillige Vermögenseinbuße) erlitten und keine Aufwendung (freiwilliges Vermögensopfer) getätigt hat.

### **III. Anspruch analog § 670 BGB**

#### **1. Doppelte Analogie**

In Rechtsprechung und Lehre wird die Vorschrift einhellig auch auf unfreiwillig erlittene Vermögenseinbußen angewendet, denn der Vorschrift liegt der Gedanke zugrunde, dass der im Interesse des Auftraggebers Handelnde zur Ausführung dieser Handlung keine eigenen Vermögensaufwendungen erbringen soll. Es wäre außerdem unbillig, freiwillige Einbußen zu ersetzen, unfreiwillige Einbußen dagegen nicht zu entschädigen.

Die Vorschrift müsste auch analog auf das Arbeitsverhältnis anwendbar sein. Die Interessenlage zwischen Arbeitnehmer und Beauftragtem ist insoweit vergleichbar, als beide im Interesse des anderen Vertragspartners tätig werden. Voraussetzung ist allerdings, dass der Arbeitnehmer für seine Einbuße kein Gehalt bekommt, da sonst die Interessenlage wegen der Unentgeltlichkeit des Auftrags nicht vergleichbar wäre. Im vorliegenden Fall bekommt A keine besondere finanzielle Zuwendung für das Mobiltelefon. Die Voraussetzungen für eine doppelte Analogie sind gegeben.

#### **2. Betriebsbezogener außergewöhnlicher Eigenschaden**

Vorliegend entstand dem A ein Eigenschaden bei der Arbeit auf dem Baugerüst. A handelte nicht nur bei Gelegenheit der Arbeit, sondern direkt bei Erbringung der Arbeitsleistung. Damit liegt eine tätigkeitsbezogene unfreiwillige Einbuße des A vor.

#### **3. Eigenschaden ohne finanziellen Ausgleich**

A ist vertraglich zum Mitführen des Handys verpflichtet. Deshalb handelt es sich nicht um die Verwirklichung des allgemeinen Lebensrisikos, das A selbst zu tragen hätte, sondern einen arbeitsbedingt eingetretenen Schaden.

#### **4. Umfang**

Fraglich ist, ob die Ersatzpflicht des Arbeitgebers nicht aufgrund einer Gesamtabwägung einzuschränken oder ganz auszuschließen ist. Der innerbetriebliche Schadensausgleich ist durch die Rechtsprechung zur Haftungsbeschränkung (s.o.) in eine Balance gesetzt worden, die wieder gestört würde, wenn man den Gedanken des innerbetrieblichen Schadensausgleichs nicht auch auf den Ersatzanspruch aus § 670 BGB anwenden würde. Konsequenterweise muss also auch der Anspruch analog § 670 BGB, jedenfalls sofern es sich um einen Schadensersatzanspruch handelt, gemäß § 254 BGB begrenzt werden. Nur so wird eine einheitliche Betrachtung und Bewertung des Gesamtgeschehens gewährleistet. Da A im vorliegenden Fall grob fahrlässig gehandelt hat (s.o.), kann er nach den Regeln des innerbetrieblichen Schadensausgleichs keinen Ersatz verlangen.

Damit steht dem A ein Anspruch auf Wertersatz aus § 670 BGB nicht zu.

## **C. Anspruch des B gegen A wegen der Körperverletzungen**

### **I. Anspruch auf Ersatz der Arztkosten aus § 823 I BGB**

B könnte gegen A einen Anspruch auf Ersatz der Arztkosten haben.

#### **1. Anspruchsvoraussetzungen**

A hat B durch den Wurf des Ziegelsteins rechtswidrig und schuldhaft in seiner Gesundheit verletzt.

#### **2. Rechtsfolge**

A hat nach § 249 II BGB die Arzt- und Heilungskosten als kausal entstandenen Schaden zu ersetzen.

Der Schadensersatzanspruch des B könnte jedoch nach § 105 I SGB VII ausgeschlossen sein.

B ist Unfallversicherter nach § 105 I SGB VII. A und B sind in demselben Betrieb des F tätige Betriebsangehörige. Die Verletzung der Schulter wurde B von A während der Bauarbeiten auf dem Gerüst zugefügt. Somit liegt ein Arbeitsunfall



durch eine betriebliche Tätigkeit vor. A handelte bei der Verletzungshandlung nicht vorsätzlich, so dass nach § 105 I SGB VII A dem B nicht zum Ersatz der Arztkosten verpflichtet ist.

## II. Anspruch auf Schmerzensgeld gem. § 823 I i.V.m. § 253 II BGB

B könnte gegen A einen Anspruch auf Schmerzensgeld nach 823 I i.V.m. § 253 II BGB haben.

### 1. Anspruchsvoraussetzungen

Die unerlaubte Handlung des A (Zuwerfen der Steine) hat zur Verletzung der körperlichen Integrität des B geführt.

### 2. Rechtsfolge

Nach § 253 II BGB steht B ein Anspruch auf billige Entschädigung für die erlittenen Schmerzen in der Schulter zu. Auch dieser Anspruch ist jedoch nach § 105 I SGB VII ausgeschlossen.

**Hinweis:** Der Anspruch auf Schmerzensgeld ginge, anders als der Anspruch wegen der Heilungskosten, nicht nach § 116 I SGB X auf den Sozialversicherungsträger über. Er hat rechtlich eine Doppelnatur und dient nicht nur dem Schadensausgleich, sondern soll zugleich den Geschädigten Genugtuung erfahren lassen. Diese Genugtuungsfunktion könnte durch eine Legalzession nicht mehr erreicht werden.

## D. Klageerhebung



### Klausurtyp

Lassen Sie sich nicht dadurch verwirren, dass Sie die Begründetheit der Klage schon im Rahmen der vorangegangenen Fragen geprüft haben: In Frage 4 ist nur noch die Zulässigkeit zu erörtern und hinsichtlich der Begründetheit nach oben zu verweisen.

Eine Klageerhebung hätte Aussicht auf Erfolg, wenn eine Klage zulässig und begründet ist.

### I. Zulässigkeit

#### a) Rechtsweg

Aufgrund der Arbeitnehmereigenschaft des A ist der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten ist gem. § 2 I Nr. 3 a bzw. Nr. 3 d ArbGG eröffnet.

#### b) Zuständigkeit

Sachlich ist gem. § 8 I ArbGG das Arbeitsgericht zuständig.

Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach § 46 II ArbGG i.V.m. §§ 12 ff. ZPO. In Betracht kommt Würzburg als allgemeine Gerichtsstand des A gem. § 12 ZPO bzw. als Erfüllungsort des Arbeitsvertrages gem. § 29 I ZPO sowie München als besonderer Gerichtsstand für den Ort der unerlaubten Handlung gem. § 32 ZPO. Jedoch könnte durch die tarifvertraglichen Regelung Nürnberg als ausschließlicher Gerichtsstand vereinbart worden sein. Gem. § 48 II Nr. 1 ArbGG sind Gerichtsstandsvereinbarungen über ein an sich örtlich unzuständiges Gericht bei bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Tarifvertrag möglich. § 48 II 1 Nr. 1 ArbGG ist insoweit lex specialis zu § 38 ZPO und verdrängt diesen, vgl. § 48 II 3 ArbGG.

A ist Gewerkschafts-, F Verbandsmitglied, so dass für beide die tarifvertragliche Regelung gilt. Aus dieser ergibt sich der Sitz des Betriebes – aus dem Sachverhalt ergibt sich nichts über die Existenz einer Zweigniederlassung – also Nürnberg, als Gerichtsstand. Da dieser Gerichtsstand „allein“ gelten soll, ist er auch als ausschließlicher vereinbart. Damit muss F die Klage beim Nürnberger Arbeitsgericht erheben.

#### c) Leistungsantrag

Der Antrag ist als Leistungsantrag gem. § 46 II 1 i.V.m. § 253 ZPO zulässig.

### II. Begründetheit

Wie oben erörtert, hat F gegen A einen Anspruch auf Ersatz für den an den Fenstern entstanden Sachschaden in Höhe von 5.000,- €. Einen weitergehenden Anspruch hat F nicht. A hat keinen Anspruch gegen F.

### III. Ergebnis:

Eine Klage des F hätte daher in Höhe von 5.000,- € Aussicht auf Erfolg.

## Fall 7: Unerwartete Kündigung

### Kündigungsschutzverfahren, betriebsbedingte Kündigung, Zugang der Kündigung während des Urlaubs des Arbeitnehmers

#### Lösung

#### Klausurtyp

Trennen Sie die einzelnen Klageanträge in der Prüfung! Dies erhöht nicht nur die Übersichtlichkeit der Falllösung und erspart Inzidentprüfungen, sondern hilft vor allem, den Gedankengang zu strukturieren. Im vorliegenden Fall ist dabei mit der zeitlich späteren *außerordentlichen Kündigung* zu beginnen, weil durch sie das Arbeitsverhältnis sofort beendet sein würde.

#### A. Klage gegen die Kündigung vom 1. März 2002

Die zum Arbeitsgericht Reutlingen erhobene Klage des A hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

##### I. Zulässigkeit der Klage

##### 1. Klageerhebung

A hat gem. § 46 II i.V.m. §§ 495 I, 253 II ZPO ordnungsgemäß Klage erhoben.

##### 2. Rechtsweg und Zuständigkeit

Es müsste der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten eröffnet sein. A ist Arbeitnehmer (§ 5 I 1 ArbGG). Er begehrt festzustellen, dass die Kündigung vom 1. März 2001 unwirksam sei und das Arbeitsverhältnis ungekündigt fortbestehe. Mithin liegt eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses vor, welche gem. § 2 I Ziff. 3 lit. b ArbGG die Rechtswegzuständigkeit der Arbeitsgerichte begründet.

Innerhalb der Arbeitsgerichtsbarkeit sind für die Streitentscheidung die Arbeitsgerichte gem. § 8 I ArbGG sachlich zuständig.

Fraglich ist indes, ob das Arbeitsgericht Reutlingen auch örtlich zuständig ist. In Betracht kommt eine örtliche Zuständigkeit aufgrund von § 46 II ArbGG i.V.m. § 17 ZPO. Unter § 17 ZPO fallen auch alle passiv parteifähigen Personenvereinigungen ohne eigene Rechtspersönlichkeit, gem. §§ 161 II, 124 I HGB mithin auch die X - KG. Das Arbeitsgericht Reutlingen ist daher auch örtlich zuständig.

##### 3. Parteibezogene Voraussetzungen

Die X - KG als Beklagte ist gem. § 46 II 1 ArbGG i.V.m. § 50 I ZPO, §§ 161, 124 I HGB parteifähig und gem. § 51 I ZPO, §§ 161 II, 125 HGB, vertreten durch die persönlich haftenden Gesellschafter, auch prozessfähig.

A ist unbeschadet der Vertretung durch R auch postulationsfähig, da gem. § 11 I 1 ArbGG eine Prozessvertretung durch einen Anwalt vor dem Arbeitsgericht zwar möglich, aber nicht zwingend ist.

##### 4. Statthafte Klageart

a) A begehrt zunächst festzustellen, dass die Kündigung vom 1. März 2002 unwirksam sei. Es handelt sich um eine Feststellungsklage, § 256 I ZPO.

Streitgegenstand dieser Kündigungsschutzklage ist die Frage der Beendigung des Arbeitsverhältnisses als feststellungsfähiges Rechtsverhältnis durch die konkret angegriffene Kündigung vom 1. März 2002 (punktuellem Streitgegenstand → § 6 Rdn. 20).

b) Eine Feststellungsklage mit dem Begehren, das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses festzustellen, ist auch nicht gegenüber einer Leistungsklage (z.B. Geltendmachen von Lohnansprüchen) subsidiär. Die Feststellungsklage entfaltet eine weiterreichende Wirkung. Von ihr hängen vielseitige Fragen, etwa auch im Sozialversicherungsrecht, ab. Außerdem ist die Feststellungsklage vom Gesetzgeber in § 4 KSchG als statthafte Klageart vorgesehen. Der Gedanke der Subsidiarität der Feststellungsklage greift bei Kündigungsschutzklagen daher nicht ein.

c) Das besondere Feststellungsinteresse ergibt sich für Kündigungsschutzklagen schon aus der Wirkung der §§ 4, 7 KSchG. Diese Vorschriften gelten auch für die außerordentliche Kündigung, vgl. § 13 I 2 KSchG.

### 5. Objektive Klagenhäufung, §§ 260, 263 ZPO iVm §§ 46 II ArbGG, 495 ZPO

A hat seine ursprünglich gegen die Kündigung vom 2. Februar 2002 gerichtete Klage nachträglich um die Klage gegen die Kündigung vom 1. März 2002 erweitert.

Da die nachträgliche objektive Klagenhäufung nach h.M. wie eine Klageänderung behandelt wird, sind die Voraussetzungen des § 263 ZPO zu prüfen. Im vorliegenden Fall hat sich die X – KG jedenfalls in der Güteverhandlung zur Kündigung vom 1. März 2002 verhandelt, so dass ein Fall der rügelosen Einlassung nach § 267 ZPO vorliegt. Damit ist die Klagenhäufung zulässig.

Die Klage ist als Feststellungsklage zulässig.

### II. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, wenn das zwischen den Parteien am 1. Januar 1998 geschlossene Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung vom 1. März 2002 aufgelöst worden ist. Es sind daher die Voraussetzungen der Kündigung zu prüfen.

#### 1. Formelle Voraussetzungen

##### a) Erklärung

Die Kündigung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die abgegeben und dem Empfänger zugegangen sein muss.

In dem Kündigungsschreiben kommt der Wille der X – KG, das Arbeitsverhältnis zu beenden, zum Ausdruck. Die „fristlose“ Kündigung ist als außerordentliche Kündigungserklärung im Sinne des § 626 BGB auszulegen, § 133 BGB. Zur Abgabe berechtigt ist das Vertretungsorgan der juristischen Person, bei der X – KG die persönlich haftenden Gesellschafter, §§ 164, 125 I HGB. Die Kündigung wurde abgegeben und ging dem A zu. Die Schriftform (§ 623 BGB) wurde gewahrt.

##### b) Anhörung, § 102 BetrVG

Zur Kündigung müsste gem. § 102 I 1 BetrVG der Betriebsrat angehört worden sein. Der Hinweis auf die Anhörung zur ordentlichen Kündigung reicht nicht aus. Es liegen neue Gründe vor, zu denen der Betriebsrat zwingend gehört werden muss. Die Anhörung kann nicht nachgeholt werden; eine vor Abschluss des Anhörungsverfahrens ausgesprochene Kündigung ist unheilbar nichtig, § 102 I 3 BetrVG. Daher ist die Kündigung aus diesem Grund formell fehlerhaft.



### Klausurtyp

Hier nicht vorschnell die Prüfung abbrechen! Weil es trotz des formalen Mangels noch immer auf dessen Erheblichkeit im Zusammenhang mit der Klagefrist nach § 4 KSchG ankommt, muss hier weiter geprüft werden. Das Vorliegen eines formellen Mangels ist nicht immer ausreichend, um einer Kündigungsschutzklage zum Erfolg zu verhelfen.

#### 2. Materielle Voraussetzungen Materielle Voraussetzungen

##### a) Wichtiger Grund, § 626 I BGB

aa) Grundsätzliche Eignung. Alkoholeinfluss während der Arbeitszeiten ist grundsätzlich ein Verhalten, das eine außerordentliche Kündigung rechtfertigt.

bb) Abwägung im Einzelfall. Im konkreten Fall hat A nicht nur durch den Alkoholkonsum bedingt insgesamt schwächer gearbeitet. Der Alkoholeinfluss führte darüber hinaus zu der Beschädigung von Firmeneigentum. Deshalb ist die außerordentliche Kündigung gerade auch in diesem Einzelfall gerechtfertigt.

##### b) Erklärungsfrist, § 626 II BGB

Mangels anderer Angaben ist in diesem Fall davon auszugehen, dass die Kündigung unmittelbar auf das Fehlverhalten des A folgte.

##### c) Materielle Präklusion, § 4 KSchG

Mit der Geltendmachung des Verstoßes gegen diese Norm könne A jedoch gem. § 4 S. 1 KSchG präkludiert sein.



### Klausurtyp

§ 4 KSchG ist ein Fall der sog. materiellen Präklusion. Das ergibt sich aus den Rechtsfolgen des § 7 KSchG. Verfehlt ist es daher, bereits bei der Zulässigkeit der Klage die Frist des § 4 KSchG zu prüfen. Die Prüfung muß im materiellen Teil bei der Begründetheit erfolgen.

#### aa) Anwendbarkeit des KSchG

Dies setzt voraus, dass der sachliche Anwendungsbereich des Gesetzes eröffnet ist, § 23 I KSchG.

Die X - KG beschäftigte zum Zeitpunkt der Kündigungserklärung dauerhaft mehr als fünf Arbeitnehmer. Mithin ist der Anwendungsbereich des KSchG eröffnet. Auf die Frage, ob A länger als sechs Monate bei der X – KG beschäftigt ist, kommt es nach dem Wortlaut und der Systematik des Gesetzes nicht an. Dies ist nur zu prüfen, wenn die soziale Rechtfertigung einer ordentlichen Kündigung nach § 1 KSchG zu erörtern ist.



### Klausurtyp

Auf den persönlichen Anwendungsbereich des KSchG wird in § 13 KSchG nicht verwiesen. Nach Wortlaut und systematischer Stellung gilt das 6-Monats-Kriterium des § 1 KSchG nur für ordentliche Kündigungen, weshalb es in der Lösungsskizze hier auch nicht angesprochen wird (so v. *Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, § 13 Rdn. 28 ff., aA BAGE 1, 272, 274 ff.).

Grundsätzlich gilt das KSchG nur für ordentliche Kündigungen. Allerdings ist § 4 KSchG wegen § 13 I 2 KSchG auch auf die außerordentliche Kündigung anzuwenden.

#### bb) Fristberechnung

Die Fristberechnung erfolgt nach §§ 187, 188 BGB. Da der Tag des Zugangs bei der Fristberechnung nicht mitzuberücksichtigen ist (§ 187 I BGB), beginnt die Frist am 2. März 2002 zu laufen. Sie endet nach § 188 II 1. Alt. BGB am 22. März 2002 um 24 Uhr. Die Klageerhebung am 2. April 2002 war daher verfristet.

Eine nachträgliche Zulassung nach § 5 KSchG kommt nicht in Betracht, da ein Zulassungsgrund nicht ersichtlich ist. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Klage gem. § 6 KSchG durch verlängerte Anrufungsfrist sind ebenfalls nicht gegeben, da Anwendungsvoraussetzung ist, dass bereits innerhalb der Frist des § 4 KSchG Klage erhoben wurde. Dies ist nicht der Fall. A wäre daher gem. §§ 4, 7 KSchG in jedem Fall die Möglichkeit genommen, die Sozialwidrigkeit der Kündigung gem. § 1 I, III KSchG geltend zu machen.

#### cc) Ausnahme nach § 13 KSchG

In Betracht kommt aber die Möglichkeit, den Verstoß gegen § 102 I BetrVG gem. § 13 II, III KSchG geltend zu machen.

Für eine Zulassung der Klage gem. § 13 II KSchG fehlt es an der Geltendmachung der Nichtigkeit bei Verstoß gegen die guten Sitten. Jedoch ist gem. § 13 III KSchG Klage zuzulassen, wenn die Kündigung aus anderen als den in § 1 I, II KSchG genannten Gründen unzulässig ist. Für den Verstoß gegen § 102 I BetrVG, der Betriebsrat wurde nicht gehört, ist die Einhaltung der Frist des § 4 S. 1 KSchG gem. § 13 III KSchG entbehrlich.

A ist mit seinem Vorbringen nicht materiell präkludiert.

### III. Ergebnis zu A

Die Klage des A gegen die Kündigung vom 1. März 2002 ist wegen des Verstoßes gegen § 102 BetrVG zulässig und begründet.

## B. Klage gegen die Kündigung vom 2. Februar 2002

### I. Zulässigkeit der Klage

Die Klage könnte als Kündigungsschutzklage gem. § 4 S. 1 KSchG zulässig sein. Das erforderliche Feststellungsinteresse ist bereits deshalb gegeben, weil die Klageerhebung notwendig ist, um das Wirksamwerden der Kündigung gem. § 7 KSchG zu verhindern (→ § 6 Rdn. 20). Die Subsidiarität der Feststellungsklage greift bei der Kündigungsschutzklage nicht ein (s.o.). Nachdem die Klage gegen die außerordentliche Kündigung vom 1. März 2002 erfolgreich ist, ist auch das Rechtsschutzbedürfnis des A nicht entfallen. Die Klage ist daher als Feststellungsklage zulässig.

## **II. Begründetheit der Klage**

Die Klage des A ist hinsichtlich des Kündigungsschutzantrages begründet, wenn das zwischen den Parteien seit 1. Januar 1998 bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch Kündigung vom 2. Februar 2002 beendet worden ist. Es ist daher die Rechtmäßigkeit der Kündigung zu untersuchen.

### **1. Formelle Voraussetzungen der Kündigung**

Die Kündigung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, für die die Vorschriften des BGB bezüglich Willenserklärungen gelten.

#### **a) Abgabe**

Eine Kündigungserklärung könnte im Brief vom 2. Februar 2002 zu sehen sein. Da in diesem ein wichtiger Grund i.S.v. § 626 I BGB nicht benannt ist, ist die Erklärung der X - KG als ordentliche Kündigung auszulegen, § 133 BGB. Sie wurde vom zuständigen Vertretungsorgan (s.o.) abgegeben.

#### **b) Zugang**

Sie müsste A zugegangen sein. Der Zeitpunkt des Zugangs für den vorliegenden Fall der Abgabe einer empfangsbedürftigen Willenserklärung unter Abwesenden bestimmt sich nach § 130 I 1 BGB. Danach ist die Kündigung zugegangen, wenn sie so in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser unter normalen Verhältnissen die Möglichkeit hat, vom Inhalt der Erklärung Kenntnis zu nehmen (BAG NJW 1993, 1093). Zu dem Bereich des Empfängers gehören auch die von ihm zur Entgegennahme von Erklärungen bereitgehaltenen Einrichtungen, wie z.B. der Briefkasten. Mithin ist die Kündigung der X - KG am 2. Februar 2002 mit Einwurf in den Briefkasten A zugegangen.

Das Zugangserfordernis könnte aber unter dem Vorbehalt von Treu und Glauben, § 242 BGB, stehen. Aus § 7 I BUrlG, demzufolge allein der Arbeitgeber Beginn und Ende des Urlaubs bestimmt, ergibt sich, daß der Arbeitgeber wissen muss, wann und wie lange sich der Arbeitnehmer in Urlaub befindet und darum seine Heimatanschrift gleichsam verwaist ist. Deshalb könnte der Zeitpunkt des Zugangs eines an die Heimatanschrift gerichteten Kündigungsschreibens auf einen Zeitpunkt zu verschieben sein, der erst nach der Rückkehr des Arbeitnehmers aus dem Urlaub liegt (BAG NJW 1981, 1470).

Allerdings ist die zusätzliche Berücksichtigung konkreter Erwartungen des Erklärenden des Inhalts, dass Zugang nur anzunehmen ist, „wenn und sobald der Erklärende die Kenntnisnahme des Adressaten vom Erklärungsinhalt berechtigterweise erwarten kann“, dem Zugangsbegriff fremd. Nach der Interessenlage des Erklärungsempfängers ist eine Verschiebung nicht geboten; maßgebend ist die objektive Möglichkeit der Kenntnisnahme bereits aus Gründen der Rechtsklarheit, um entbehrliche Unsicherheiten des Zugangszeitpunkts zu vermeiden.

#### **c) Inhalt**

Der Wirksamkeit der Kündigung könnte aber entgegenstehen, dass sie ohne weitere Angabe von Gründen erfolgte. Dieses Erfordernis ist dem BGB für die ordentliche Kündigung nicht zu entnehmen. Vielmehr bestimmt § 626 II 3 BGB allein für den Fall der außerordentlichen Kündigung, dass ein Grund für die Kündigung nur auf Verlangen des Arbeitnehmers anzugeben ist. Entspricht der Arbeitgeber diesem Verlangen nicht, führt dies nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung; vielmehr wird eine Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers begründet. Daraus folgt, dass bei der ordentlichen Kündigung von Gesetzes wegen erst recht kein Zwang zur Angabe von Kündigungsgründen besteht. Für eine entsprechende Verpflichtung der X - KG kraft Einzel- oder Kollektivvertrages enthält der Sachverhalt keine Anhaltspunkte.

#### **d) Form**

Diese Kündigungserklärung ist auch nicht gem. §§ 125 S. 1, 126 BGB formnichtig, da das Schriftformerfordernis des § 623 I BGB durch Übermittlung des Briefes beachtet ist.

#### **e) Anhörung, § 102 BetrVG**

Zur ordentlichen Kündigung vom 2. Februar 2002 hat die X - KG den Betriebsrat angehört. Damit ist dem Erfordernis des § 102 I 1 BetrVG unabhängig von der Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung oder einem Widerspruch gegen die Kündigung entsprochen. Denn § 102 I 1 BetrVG begründet kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats zur Kündigung, sondern lediglich ein Anhörungsrecht, so dass selbst ein Widerspruch des Betriebsrats den Arbeitgeber nicht an der Kündigung hindert.

#### **f) Frist, § 622 BGB**

Die Kündigungsfrist nach § 622 BGB müsste eingehalten sein. A ist seit 1998, also zum Zeitpunkt der Kündigung mehr als zwei, aber weniger als fünf Jahre beschäftigt. A genießt daher eine Kündigungsfrist von einem Monat zum Ende des Kalendermonats, § 622 II 1 Nr. 1 BGB. Eine Kündigung am 2. Februar 2002 zum 31. März 2002 ist daher fristgemäß.

## 2. Materielle Voraussetzungen der Kündigung

Das BGB nennt in § 622 keine materiellen Voraussetzungen für eine ordentliche Kündigung. Allerdings könnten der Wirksamkeit der Kündigung die Bestimmungen des KSchG über die soziale Rechtfertigung der Kündigung entgegenstehen.

### a) Anwendbarkeit des KSchG

Sachlich ist das KSchG anwendbar (s.o.). Da A länger als sechs Monate bei der X – KG beschäftigt ist, ist auch der persönliche Anwendungsbereich (§ 1 I KSchG) eröffnet.

### b) Materielle Präklusion

Weiterhin müsste die dreiwöchige Klagefrist gem. § 4 Satz 1 KSchG eingehalten sein. Die Frist beginnt mit dem Zugang der Kündigung zu laufen.

Die Berechnung der Frist bestimmt sich nach §§ 187, 188 BGB. Bei der Fristberechnung ist der Tag des Zugangs der Kündigung gem. § 187 I BGB nicht mitzurechnen. Zugang war am 2. Februar, die Frist beginnt daher am 3. Februar 2002 zu laufen.

Sie endet gem. § 188 I BGB mit Ablauf desjenigen Tages der dritten Woche, der durch seine Benennung dem Tag entspricht, an dem die Kündigung zuging, § 188 II BGB. Fristende wäre somit der 23. Februar 2002, 24.00 h. Da der 23. Februar 2002 ein Samstag ist, läuft die Frist erst am darauffolgenden Werktag ab (§ 193 BGB), also am Montag, den 25. Februar 2002 um 24 Uhr. Damit war die Klage mit Einreichung am 26. Februar 2002 verfristet.

Möglicherweise kann jedoch die verspätete Klage gem. § 5 KSchG nachträglich zugelassen werden.

A war infolge Urlaubs an der rechtzeitigen Klageerhebung gehindert. Die Verhinderung war unverschuldet, da er von einer bevorstehenden Kündigung keine Kenntnis hatte. Der Urlaub rechtfertigt eine nachträgliche Zulassung. Es muss innerhalb von zwei Wochen nach Behebung des Hindernisses ein Antrag auf nachträgliche Zulassung gestellt werden. Dies liegt hier vor, so daß die Klage nachträglich zugelassen werden kann.

### c) Soziale Rechtfertigung

Schließlich müsste die Kündigung gem. § 1 I, III KSchG als betriebsbedingte Kündigung sozial gerechtfertigt sein.

Die Entscheidung, den Arbeitsplatz des A durch Rationalisierung zu streichen, ist Teil der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit. Dadurch wurde der Wegfall des Arbeitsplatzes kausal verursacht. Verhältnismäßigkeit und Sozialauswahl wurden gewahrt. Die Kündigung ist daher als betriebsbedingte Kündigung sozial gerechtfertigt.

Fraglich ist aber, ob es nicht der Angabe dieses Grundes im Kündigungsschreiben bedurft hätte, ob also das Nachschieben im Schreiben vom 10. Februar 2002 möglich war.

Grundsätzlich ist das Nachschieben von Kündigungsgründen möglich, da auch die Kündigungserklärung selber nicht begründet werden muss. Zu bejahende Voraussetzung ist allerdings, dass die Gründe vor Zugang der Kündigung entstanden sind. Eine abweichende Bewertung könnte jedoch die Tatsache rechtfertigen, dass im Betrieb ein Betriebsrat vorhanden ist. Dieser ist gem. § 102 I BetrVG vor der Kündigung anzuhören. Daher können Gründe, zu denen der Betriebsrat hätte angehört werden müssen, nicht mehr nachgeschoben werden. Da allerdings der Betriebsrat zum Kündigungsgrund angehört wurde, ist den Anforderungen genügt.

Die Kündigung ist daher sozial gerechtfertigt.

## III. Ergebnis:

Die Klage des A gegen die Kündigung vom 2. Februar 2002 ist zulässig, aber unbegründet. Sein Arbeitsverhältnis bei der X – KG endete am 31. März 2002.

## Fall 8: Eine gründliche Kündigung

**Außerordentliche Kündigung eines GmbH-Geschäftsführers, Kündigungserklärungsfrist und Willensbildung in der GmbH, Nachschieben von Kündigungsgründen, Umdeutung in eine ordentliche Kündigung, vgl. BGH NJW 1998, 3274**

## Lösung

Der Anspruch des G auf weitere Beschäftigung könnte sich aus § 611 BGB ergeben.



### Klausurtyp

Bei diesem Bearbeitervermerk wird von Ihnen nicht die Prüfung der klassischen Kündigungsschutzklage erwartet. Hier geht es vielmehr darum, die Problematik der Kündigung rein materiellrechtlich in den Anspruchsaufbau zu integrieren. Deshalb beginnt die Lösung mit der Prüfung des vertraglichen Primäranspruchs.

### A. Anspruch entstanden

Zwischen G und der A-GmbH ist ein wirksames Arbeitsverhältnis begründet worden, auf das § 611 BGB Anwendung findet. Der Arbeitsvertrag eines Geschäftsführers ist juristisch unabhängig von dessen Organstellung (vgl. § 38 I GmbHG: Abberufung jederzeit möglich), sog. Trennungstheorie (h.M.). Da das Anstellungsverhältnis auf unbestimmte Zeit geschlossen worden ist, ist der Anspruch auf Beschäftigung zunächst entstanden (vgl. § 620 II BGB).

### B. Anspruch erloschen

Der Vertrag könnte aber durch die Kündigung vom 28. März beendet worden sein. Dazu müsste die Kündigung durch die A-GmbH wirksam sein.

#### I. Außerordentliche Kündigung (§ 626 BGB)

Es könnte eine wirksame außerordentliche Kündigung vorliegen.



### Klausurtyp

Prüfen Sie jeden Kündigungsgrund einzeln. Jeder kann für sich genommen ausreichender Grund für eine außerordentliche Kündigung sein.

#### 1. Kündigung wegen Trunkenheit

Als solche kommt die Kündigung am 28. März wegen Trunkenheit in Betracht.

Fraglich ist, ob der für die Kündigung notwendige wichtige Grund im Sinne des § 626 I BGB vorlag.

##### a) Kündigungserklärung

Die Kündigung wurde fristlos, also ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist (vgl. §§ 621, 622 BGB), erklärt.

Sie ist dem G auch zugegangen (§ 130 BGB). Die Schriftform (§ 623 BGB) wurde gewahrt.

##### b) Wichtiger Grund (§ 626 I BGB)

###### aa) Grundsätzliche Eignung als Kündigungsgrund

Dabei muss zunächst der Sachverhalt an sich geeignet sein, einen wichtigen Kündigungsgrund zu bilden. Wiederholter Alkoholenuss im Betrieb, der nicht offenkundig auf eine Alkoholerkrankung zurückzuführen ist, kann eine Arbeitspflichtverletzung im Sinne einer vorwerfaren Schlechterfüllung der Dienstleistung und damit einen wichtigen *verhaltensbedingten* Grund zur Kündigung darstellen. G erschien nicht aufgrund einer Alkoholerkrankung, sondern aufgrund privater Probleme mehrfach angetrunken und zuletzt sogar volltrunken zu einem Geschäftstermin. Er hat damit eine schwere Pflichtverletzung begangen, die grundsätzlich dazu geeignet ist, Kündigungsgrund im Sinne des § 626 I BGB zu sein.

###### bb) Interessenabwägung

Darüber hinaus müsste der wichtige Grund auch im Einzelfall unter Abwägung aller Interessen und unter Einbeziehung der tatsächlichen Umstände so schwerwiegend sein, dass es dem Arbeitgeber unzumutbar ist, den Dienstnehmer bis zum regulären Kündigungstermin weiter zu beschäftigen. Der reguläre Kündigungstermin richtet sich beim GmbH-Geschäftsführer, der wie G wesentlich an der A-GmbH beteiligt ist und damit an der gesellschaftsrechtlichen Willensbildung teilnimmt, mangels Arbeitnehmerähnlichkeit nach § 621 BGB. Die Vergütung des G ist nach Monaten berechnet, so dass sich die Kündigungsfrist nach § 621 Nr. 3 BGB richtet. G hätte daher regulär zum 30. April gekündigt werden können. Dies wären noch vier weitere Wochen gewesen, in denen für die A-GmbH die Gefahr bestanden hätte, dass G Geschäftsverbindungen zerstört. Die A-GmbH hat ein Interesse daran, dass ihr Geschäftsführer zuverlässig arbeitet,

damit nicht weitere finanzielle Verluste eintreten. Durch eine derartig schwerwiegende Leistungsstörung wird auch das Vertrauen der A-GmbH in die Fähigkeit des G, die Gesellschaft nach außen zu vertreten und zu präsentieren, nachhaltig gestört. G wurde außerdem schon abgemahnt. In Anbetracht dessen ist kein Grund für die Schutzwürdigkeit des G ersichtlich. Daher ist es der A-GmbH nicht zuzumuten, den G weitere vier Wochen zu beschäftigen.

### c) Kündigungserklärungsfrist (§ 626 II BGB)

Fraglich ist, ob die Kündigung im Rahmen der Kündigungserklärungsfrist gemäß § 626 II BGB ausgesprochen wurde. Dies müsste innerhalb von zwei Wochen nach Kenntnis des Kündigungsberechtigten erfolgt sein.

#### aa) Zeitpunkt der Kenntniserlangung (§ 626 II 2 BGB)

Fraglich ist, auf wessen Kenntnis bei einer GmbH abzustellen ist. Kündigungsberechtigt ist die Gesellschafterversammlung. Dabei könnte die einzelne Kenntnis der Organmitglieder dafür ausreichen, um die Frist des § 626 II BGB in Gang zu setzen (so die frühere Rspr., vgl. BGH NJW 1980, 2411). Dagegen spricht jedoch, dass nur das Organ, das zur Kündigung befugt ist, über die gebotenen rechtlichen Schritte beraten und diese beschließen kann: Nach § 626 II BGB soll der Berechtigte aus seiner Kenntnis die gebotenen Konsequenzen ziehen können. Das ist für die Gesellschafterversammlung als Beratungs- und Beschlussorgan nur mit ihrem Zusammentritt möglich. Nur im Rahmen einer Gesellschafterversammlung sind die Gesellschafter als Kollegialorgan in der Lage, Kenntnis vom Kündigungssachverhalt zu erlangen (vgl. BGH NJW 1998, 3274). Daher ist grundsätzlich auf diesen Zeitpunkt abzustellen. Danach wäre hier also der 28. März der maßgebliche Termin.

#### bb) Unzumutbare Verzögerung?

Gegen diese Lösung bestehen jedoch Bedenken, die aus Sinn und Zweck des § 626 II BGB herrühren. Dem betroffenen Geschäftsführer kann nicht zugemutet werden, bis zu einem unabsehbaren Zusammentritt der Gesellschafterversammlung warten zu müssen: Er hat ein Interesse daran, alsbald zu erfahren, ob sein Verhalten eine außerordentliche Kündigung zur Folge hat. Wird die Einberufung der Gesellschafterversammlung unangemessen verzögert, muss sich daher nach der Beschleunigungslogik des § 626 II BGB die Gesellschaft so behandeln lassen, als wäre die Gesellschafterversammlung mit der billigerweise zumutbaren Eile einberufen worden.

Fraglich ist, ob hier eine solche unzumutbare Verzögerung vorlag. Spätestens am 16. Dezember hatte die Stadt S – als die allein zur Abstimmung über die Kündigung berechtigte Mehrheitsgesellschafterin (vgl. § 47 IV 2 GmbHG) – von den in der Beschlussfassung am 28. März angeführten Gründen Kenntnis erhalten. Allerdings hat sie zwischenzeitlich den F zur unverzüglichen Einberufung der außerordentlichen Gesellschafterversammlung aufgefordert. Diesem berechtigten Verlangen (§§ 49 I, 50 I GmbHG) ist F nicht nachgekommen.

Die Stadt S könnte aber ihr Selbsthilferecht nach § 50 III GmbHG zu spät ausgeübt haben. Die Ausübung des Selbsthilferechts setzt voraus, dass einem Verlangen nach Einberufung der Gesellschafterversammlung nicht binnen angemessener Frist entsprochen worden ist; der zur Einberufung befugte Geschäftsführer muss also vorher unter Angabe des Zwecks und der Gründe vergeblich ersucht worden sein, die Versammlung einzuberufen. Das ist zwar geschehen. Jedoch hätte die Stadt S die Einberufung der Gesellschafterversammlung nach der Weigerung des F innerhalb einer überschaubaren Frist veranlassen müssen. Vom 17.1. bis zum 16.3. sind fast zwei Monate verstrichen; die Einberufung ist daher nicht innerhalb einer überschaubaren Frist erfolgt. Damit begann die Kündigungserklärungsfrist nicht erst mit Zusammentritt aller Gesellschafter am 28. März.

#### cc) Fiktiver Zeitpunkt

Fraglich ist, wann in einem solchen Fall die Kündigungserklärungsfrist zu laufen beginnt. Billigerweise muss an den Zeitpunkt angeknüpft werden, zu dem die Gesellschafterversammlung bei zumutbarer Beschleunigung ihre Einberufung hätte beschließen können. Nachdem F deutlich gemacht hatte, dass er zu einer Einberufung nicht bereit ist, hätte die Stadt S, dem Interesse des G folgend, umgehend auf anderem Wege die Einberufung der Gesellschafterversammlung veranlassen müssen. Bei Ausübung des Selbsthilferechtes hätte in der ersten Februarwoche eine Gesellschafterversammlung stattfinden können, bei der dann die Kenntnis erlangt worden wäre. Damit begann die Kündigungserklärungsfrist spätestens in der ersten Februarwoche zu laufen. Die Kündigung wurde jedoch erst am 28. März ausgesprochen. Die Frist zur Erklärung der Kündigung innerhalb von zwei Wochen gemäß § 626 II BGB ist daher nicht eingehalten worden. Die Kündigung ist damit verfristet.

### d) Zwischenergebnis

Die Kündigung wegen Trunkenheit ist folglich unwirksam.

## 2. Kündigung wegen Unpünktlichkeit

Die Kündigung könnte aber wegen Unpünktlichkeit begründet sein.

### a) Nachschieben von Kündigungsgründen

Die A-GmbH hat hier ihre „ursprüngliche“, jedoch verfristete Begründung der Kündigung später durch einen anderen Kündigungsgrund ersetzt. Dazu müsste dieses sogenannte Nachschieben von Kündigungsgründen überhaupt möglich sein. Die A-GmbH hat diesen Kündigungsgrund erst nach der Kündigung erfahren. Fraglich ist daher, ob der



Kündigungsberechtigte in Kenntnis des Kündigungsgrundes handeln muss. Dies richtet sich nach dem notwendigen Inhalt der Kündigungserklärung. Man könnte der Ansicht sein, dass die Kündigung durch das Auswechseln der Gründe einen völlig anderen Charakter erhalte. Dagegen spricht jedoch, dass es für die Beurteilung der Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung lediglich darauf ankommt, dass zum Zeitpunkt der Abgabe der Kündigungserklärung **objektiv** ein wichtiger Grund bestand. Dagegen ist weder erforderlich, dass der Kündigende einen Grund für die Kündigung angibt, noch dass der Kündigende Kenntnis aller Kündigungsgründe hatte. Daher ist ein Nachschieben von Kündigungsgründen solange möglich, als sie bereits vor Ausspruch der Kündigung entstanden und bis zur letzten mündlichen Verhandlung vorgetragen sind. Mangels Begründungszwangs (vgl. § 626 II 3 BGB) gilt dies auch bei der außerordentlichen Kündigung dann, wenn das Nachschieben nicht innerhalb der Frist des § 626 II BGB erfolgt ist (BAG NJW 1998, 101).

#### **b) Kündigungserklärungsfrist (§ 626 II BGB)**

Die Versäumung der Erklärungsfrist (§ 626 II BGB) durch zögerliche Einberufung der Gesellschafterversammlung hat aber zur Folge, dass auch ein Nachschieben nicht mehr wirksam ist, weil überhaupt keine Kündigungserklärung fristgemäß zugegangen ist.

#### **Ergebnis zu I.**

Die Kündigung ist als außerordentliche Kündigung unwirksam. Damit hat die A-GmbH dem G nicht wirksam außerordentlich gekündigt. Jedoch könnte die ausgesprochene Kündigung gemäß § 140 BGB in eine ordentliche Kündigung zum nächsten möglichen Kündigungstermin umgedeutet werden.

#### **II. Ordentliche Kündigung (§ 621 BGB)**

Die unwirksame außerordentliche Kündigung könnte aber gem. § 140 BGB in eine wirksame ordentliche Kündigung umzudeuten sein.



#### **Klausurtyp**

Für den Geschäftsführer einer GmbH gilt kein Kündigungsschutz, vgl. § 14 I Nr. 1 KSchG. Vielmehr greift allenfalls eine vorsichtig analoge Prüfung von KSchG-Prinzipien unter dem Gesichtspunkt der Treubindung im GmbH-Recht (§ 242 BGB).

#### **1. Nichtiges Rechtsgeschäft**

Das dafür notwendige nichtige Rechtsgeschäft liegt in der außerordentlichen Kündigung nach § 626 BGB, die hinsichtlich beider Kündigungsgründe mangels Einhaltung der Kündigungserklärungsfrist verfristet ist.

#### **2. Außerordentliche Kündigung entspricht in allen Erfordernissen ordentlicher Kündigung**

Das nichtige Rechtsgeschäft müsste in allen Erfordernissen der ordentlichen Kündigung entsprechen. Zum einen bedarf die ordentliche Kündigung keiner Einhaltung einer Kündigungserklärungsfrist. Zum anderen bedarf die ordentliche Kündigung eines GmbH-Geschäftsführers allenfalls eines „sachlichen“ Kündigungsgrundes. Für die ordentliche Kündigung ist hier neben der Kündigungserklärung, die erfolgt ist, der „sachliche“ Grund erst recht gegeben, wenn er sogar die Erfordernisse des § 626 I BGB erfüllen würde (s.o. I 1 b). Das nichtige Rechtsgeschäft entspricht damit in allen Erfordernissen der ordentlichen Kündigung.

#### **3. Hypothetischer Wille der Geltung**

Es muss anzunehmen sein, dass für den Fall der Nichtigkeit des einen Rechtsgeschäfts das andere Rechtsgeschäft gelten soll. Dafür kommt es bei dem einseitigen Rechtsgeschäft der Kündigung lediglich auf den Willen des Kündigungsberechtigten, also hier den der A-GmbH, an. Im Protokoll der Gesellschafterversammlung wurde der Wille der A-GmbH deutlich, den Anstellungsvertrag in jedem Fall zu beenden. Damit entspricht es ihrem hypothetischen Willen, dem G auch ordentlich zu kündigen.

#### **Ergebnis zu II.**

Der Anstellungsvertrag ist durch ordentliche Kündigung vom 28. März zum 30. April nach § 621 Nr.3 BGB beendet worden. G hat keinen Anspruch auf weitere Beschäftigung.



### Klausurtyp

Bei dieser Klausur mit einer *materiell-rechtlichen* Fragestellung waren Ausführungen zu Klagefrist bzw. Rechtswegzuständigkeit entbehrlich. Dass es sich materiell nicht um Arbeitsrecht, sondern um Dienstvertragsrecht handelt, musste aber selbstverständlich erkannt werden.

## Fall 9: Darf es eine Gewerkschaft in der Gewerkschaft geben?

**Koalitionsfreiheit als absolutes Recht, Drittwirkung des Art. 9 III 2 GG, Gegnerunabhängigkeit, Durchsetzungswille, Unterlassungsanspruch - vgl. BAG NZA 1998, 754**

### Lösung

#### Anspruchsgrundlage: § 1004 I 2 BGB analog i.V.m. § 823 I BGB, Art. 9 III 2 GG

Der VGB hat einen Unterlassungsanspruch gegen die GdED, wenn durch das Vorgehen der GdED seine kollektive Koalitionsfreiheit rechtswidrig beeinträchtigt worden ist und weitere Beeinträchtigungen zu befürchten sind.

#### I. Geschütztes Rechtsgut

Der Unterlassungsanspruch nach § 1004 I 2 BGB bezieht sich zwar direkt nur auf Eigentumsstörungen, wird aber analog auf jegliche Störung von anderen absoluten Rechten angewandt, z. B. bei Störungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Hier stellt sich ausschließlich die Frage, ob der VGB den Status einer Koalition nach Art. 9 III GG erlangt hat und sich deshalb auf die Koalitionsbestands- bzw. -betätigungsgarantie berufen darf.

#### 1. Koalitionsfreiheit als absolutes Recht

Die Koalitionsfreiheit müsste ein absolutes Recht nach § 823 I BGB („sonstiges Recht eines anderen“) sein. Das ist zu bejahen, weil nach ausdrücklicher Anordnung des Art. 9 III 2 GG sich die Koalitionsfreiheit gegen Störungen nicht nur von Seiten des Staates, sondern von Seiten auch Privater durchzusetzen hat (*Drittwirkung* der Koalitionsfreiheit). Die Koalitionsfreiheit ist also von jedermann zu respektieren, so dass ihr die von § 823 I BGB geforderte Ausschließungsfunktion eines absoluten Rechts zukommt. Rechtswidrige Störungen der Koalitionsfreiheit können demnach über § 1004 I 2 BGB auch im Wege des Unterlassungsanspruchs verfolgt werden.

#### 2. Der VGB müsste eine **Koalition nach Art. 9 III GG** sein.

##### a) Vereinigung

Der VGB ist ein Verband, der auf der Basis des bürgerlichen Vereinsrechts gegründet wurde. Seine Mitgliederzahl und seine mehrjährige Arbeit zeigen, dass es sich nicht nur um eine vorübergehende, sondern um eine auf Dauer angelegte privatrechtliche „Vereinigung“ nach Art. 9 III GG handelt.

##### b) Vereinsziele

Der VGB ist laut Satzung (§§ 2,5) auch eine Vereinigung „zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“. Er hat es sich zum Ziel gesetzt, insbesondere die arbeitsrechtlichen Interessen der Beschäftigten in Gewerkschaften zu vertreten. Als wesentliches Mittel hierzu strebt er den Abschluss von Tarifverträgen an, wie sich aus dem Werbeschreiben deutlich ergibt.

##### c) Gegnerunabhängigkeit

Der VGB müsste auch die erforderliche *Gegnerunabhängigkeit* aufweisen. Koalitionen müssen von der Gegenseite unabhängig sein. Ihre Mitglieder müssen über ihre eigene Organisation und ihre Willensbildung selbst entscheiden können. Dem könnte aber die in § 4 der Satzung enthaltene Verpflichtung auf die allgemeinen Ziele der DGB-Gewerkschaften entgegenstehen. Diese Klausel spiegelt die Problematik einer „Gewerkschaft in der Gewerkschaft“ wieder: während im „Außenverhältnis“ die Gewerkschaftsmitglieder den Zielen ihrer Gewerkschaft arbeitsrechtlich verpflichtet sind (z. B. bei Streikaktionen oder anderen organisatorischen Maßnahmen der Gewerkschaft), wollen sie nunmehr auch im „Innenverhältnis“ zur Gewerkschaft als ihrer *Arbeitgeberin* ein Gegengewicht bilden.

Der VGB hat daher in seiner Satzung einerseits klargestellt, dass er nicht im „Außenverhältnis“ den Gewerkschaften durch eigenständige Koalitionsbetätigung gegenüber normalen Unternehmungen Konkurrenz machen will, andererseits aber im „Innenverhältnis“ die Beschäftigten innerhalb der Gewerkschaften in Bezug auf ihre Arbeitsbedingungen gegenüber den Gewerkschaften als Arbeitgebern vertreten möchte. Das ergibt sich klar aus der Präambel der Satzung sowie deren §§ 2 und 5. Die Loyalitätspflichten gegenüber der Gewerkschaft, die sowohl aus der Mitgliedschaft wie auch aus dem Beschäftigungsverhältnis resultieren, können nichts daran ändern, dass es auch Gewerkschaftsmitgliedern innerhalb ihrer Organisationen durch Art. 9 III GG gestattet sein muss, ihre internen Beschäftigungsinteressen gegenüber der Gewerkschaft als Arbeitgeberin in der von der Verfassung vorgesehenen Weise zur Geltung zu bringen. An der Gegenunabhängigkeit ist laut Satzung und den sonstigen Willensäußerungen des VGB nicht zu zweifeln.

#### d) Durchsetzungsfähigkeit

Allerdings hat der VGB bislang noch keine Tarifverträge mit den Gewerkschaften abschließen können. Mangels Mächtigkeit könnte ihm daher die für die Koalitionseigenschaft wichtige *Durchsetzungsfähigkeit* fehlen. Beim verfassungsrechtlichen Schutz der Koalitionen ist jedoch anders als bei der Tariffähigkeit nach § 2 TVG nicht auf die tatsächliche Mächtigkeit abzustellen, sondern auf den subjektiven *Durchsetzungswillen*. Der VGB genießt den Schutz des Art. 9 III GG bereits in einem Stadium, in dem er die erforderliche Durchsetzungskraft bzw. soziale Mächtigkeit erst anstrebt und noch nicht erreicht hat. Seine diesbezüglichen Äußerungen sind jedenfalls in Bezug auf seine Koalitionseigenschaft eindeutig und erfordern den Schutz des Art. 9 III GG gerade in diesem frühen Stadium.

Zwischenergebnis: Die Koalitionseigenschaft des VGB ist damit nach Art. 9 III GG gegeben.

## II. Rechtswidrige Störung der Koalitionsfreiheit

Mit dem Unvereinbarkeitsbeschluss und den damit drohenden Sanktionen müsste die GdED in die Koalitionsfreiheit des VGB rechtswidrig eingegriffen haben. Der Unterlassungsanspruch ist analog § 1004 II BGB dagegen ausgeschlossen, wenn der VGB den Unvereinbarkeitsbeschluss hinzunehmen hätte, weil damit die spezifisch koalitionsgemäße Betätigung des VGB nicht tangiert worden wäre.

### 1. Eingriff

Durch den Unvereinbarkeitsbeschluss der GdED wird den Gewerkschaftsmitgliedern und -beschäftigten die innergewerkschaftliche Koalitionsbetätigung untersagt. Weil der VGB sich nur an Gewerkschaftsmitglieder richtet, um deren innergewerkschaftliche Beschäftigungsbedingungen zu verbessern, kommt dieser Beschluss einem Verbot jeglicher innergewerkschaftlicher Koalitionsbetätigung gleich. Er richtet sich damit nicht nur gegen die Betätigung, sondern sogar gegen den *Bestand* der neuen Koalition VGB. Ein Eingriff ist damit durch den Beschluss eindeutig erfolgt. VGB-Mitglieder müssen u.a. arbeitsrechtliche Konsequenzen (fristlose Kündigung) befürchten, wie ebenfalls ausdrücklich angekündigt wurde.

### 2. Rechtfertigung des Eingriffs

Der Unvereinbarkeitsbeschluss der GdED könnte aber seinerseits durch verfassungsrechtliche Positionen der GdED gerechtfertigt sein.

#### a) Art. 5 I GG

Eine Rechtfertigung durch Art. 5 I 1 GG (*Meinungsfreiheit*) scheidet allerdings aus. Die GdED hat sich nicht auf eine Diskussion der widersprüchlichen Rechtsmeinungen beschränkt, sondern den VGB-Mitgliedern in eindeutiger Weise rechtliche Nachteile angedroht. Art. 5 I 1 GG deckt zwar Meinungsäußerungen auch im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, aber nur solange, als sie einen offenen Diskussionsprozess befördern. Hier handelt es sich um die Ankündigung rechtlicher Maßnahmen, die einseitig rechtliche Nachteile androhen und somit nichts mit einem Diskussionsprozess zu tun haben.

#### b) Art. 9 III GG

Zur Rechtfertigung des Unvereinbarkeitsbeschlusses kann sich die GdED auch nicht auf eigene bessere Rechte aus Art. 9 III GG berufen. Hier handelt es sich um einen Konflikt der kollidierenden Koalitionsfreiheiten des VGB einerseits und der GdED andererseits. Die von der GdED behauptete unlösbare Konfliktsituation zwischen der Mitgliedschaft bei ihr einerseits und beim VGB andererseits vermischt allerdings unzulässigerweise zwei verschiedene Ebenen, nämlich Außenverhältnis der Gewerkschaft einerseits, Innenverhältnis innerhalb der Gewerkschaft andererseits. Der VGB hat sich kraft seiner Satzung gerade nicht als Konkurrenzverband für das Außenverhältnis etabliert, sondern nur für das Innenverhältnis, d.h. die Beschäftigungsbedingungen innerhalb der Gewerkschaften, für zuständig erklärt. Der VGB befindet sich nur soweit in einem Interessengegensatz gegenüber der Gewerkschaft, als er die Rolle des tariflichen Gegenspielers für die Gewerkschaftsbeschäftigten übernehmen will. In dieser Rolle macht er aber der Gewerkschaft als Arbeitgeberin gerade nicht Konkurrenz, so dass der Unvereinbarkeitsbeschluss ins Leere geht. Wie in jedem Tendenzbetrieb muss auch die Gewerkschaft besondere arbeitsvertragliche Förderungspflichten wie auch mitgliedschaftliche Loyalitätspflichten einfordern können, die aber nichts daran ändern, dass den Beschäftigten innerhalb

der Gewerkschaft eigenständige Rechte bezüglich ihrer Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen verfassungsrechtlich gewährleistet bleiben. Ebenso wie Zeitungsverlage, kirchliche Betriebe und politische Stiftungen kann auch die Gewerkschaft ihre Funktionen nach außen aufrecht erhalten, obwohl im Innenverhältnis die Beschäftigten ihre Arbeitsbedingungen organisiert dem Arbeitgeber gegenüber wahrnehmen.

**Zwischenergebnis:** Eigene verfassungsrechtliche Positionen der GdED können somit ihren durch den Unvereinbarkeitsbeschluss erfolgten Eingriff in die Koalitionsfreiheit des VGB nicht rechtfertigen, so dass die Rechtswidrigkeit des Eingriffs nach §§ 823 I, 1004 I 2 BGB analog feststeht.

### III. Wiederholungsgefahr

Das Verhalten der GdED, das im Unvereinbarkeitsbeschluss zum Ausdruck kommt, dauert fort und schafft für die VGB-Mitglieder die ständige Gefahr, den Arbeitsplatz bzw. die Mitgliedschaft bei der Gewerkschaft durch Kündigung aufgrund des Unvereinbarkeitsbeschlusses zu verlieren. Es bleibt bei der Gefahr, dass arbeits- bzw. verbandsrechtliche Konsequenzen aufgrund des Beschlusses erfolgen. Der Unterlassungsanspruch ist damit analog § 1004 I 2 BGB wegen der drohenden Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit des VGB gegeben.

### IV. Ergebnis:

Die Unterlassungsklage des VGB ist wegen Verletzung ihrer Koalitionsbestandsgarantie aus Art. 9 III GG begründet.

## Fall 10: Unübersichtliche tarifliche Verhältnisse

### Betrieblicher Geltungsbereich des Tarifvertrags, Tarifgebundenheit, Nachwirkung der Tarifnormen nach § 4 V TVG, Tarifwechsel, Verjährung, Bezugnahmeklausel

## Lösung

### Anspruchsgrundlage:

Entgelttarifvertrag zwischen Landesinnungsverband und IG Metall

Franz und Paula (F und P) können von Bauer (B) Arbeitsentgelt in Höhe der vom Tarifvertrag vorgesehenen Sätze verlangen, wenn ihr Arbeitsverhältnis jeweils der normativen Wirkung der §§ 3, 4 TVG unterfällt.

#### I. Entgeltansprüche von F (§ 611 BGB)

Fraglich ist, ob die vertragliche Entgeltbestimmung bei Neueinstellung am 01.01.1994 Vorrang vor der tariflichen Entgeltregelung genießt. Das hängt von der normativen Wirkung des Entgelttarifvertrags (§§ 3, 4 TVG) zu Beginn des Arbeitsverhältnisses von F und in der Folgezeit ab.

#### 1. Beiderseitige Tarifgebundenheit (§§ 3 I, 4 TVG)

##### a) Wirksames Arbeitsverhältnis

Vom Vorliegen eines wirksamen Arbeitsvertrags nach §§ 145 ff., 611 BGB ist mangels anderslautender Sachverhalts-Mitteilungen auszugehen.

##### b) Wirksamer Tarifvertrag

Ebenfalls ist davon auszugehen, dass der Tarifvertrag zwischen dem Landesinnungsverband und der IG Metall nach seinen formalen Voraussetzungen (§§ 1, 2 TVG) und nach der Tarifzuständigkeit von Arbeitgeberverband einerseits, Gewerkschaft andererseits wirksam zustande gekommen war.

##### c) Tarifgebundenheit des Arbeitsverhältnisses

Das am 01.01.1994 begründete Arbeitsverhältnis zwischen F und B musste beiderseits tarifgebunden sein, damit die tariflichen Entgeltbestimmungen auf es unmittelbar und zwingend normativ einwirken konnten (§ 4 I 1 TVG). Jedenfalls von 1994 bis Ende 1996 waren sowohl F als Mitglied der IG Metall als auch B als Mitglied der Handwerksinnung jeweils Mitglieder der Tarifvertragsparteien (§ 3 I TVG), so dass beiderseitige Tarifgebundenheit in dieser Zeit vorlag. Ob B von der Gewerkschaftszugehörigkeit des F wusste, ist völlig unerheblich, weil die normative Wirkung der Tarifbestimmungen unabhängig von der Kenntnis der Tarifvertragsparteien greift. § 4 III TVG besagt weiter, dass abweichende

Abmachungen wie hier nur dann zulässig sind, soweit sie eine Änderung der tariflichen Regelungen *zugunsten des Arbeitnehmers* enthalten. Die untertarifliche vertragliche Entgeltabrede ist hier wegen des Verstoßes gegen das Günstigkeitsprinzip somit unwirksam. Auch ein *Verzicht* von F auf den ihm zustehenden Tariflohn scheidet wegen § 4 IV 1 TVG aus: nur ein von den Tarifvertragsparteien gebilligter Verzicht ist danach zulässig.

Somit lag bei der Einstellung des F beiderseitige Tarifgebundenheit vor, die zur Unwirksamkeit der untertariflichen Lohnabrede führte.

## 2. Fachlicher (branchenmäßiger) Geltungsbereich des Entgelttarifs (§ 4 I 1 TVG)

Die Bauer-KG müsste aber auch (noch) unter den betrieblichen (branchenmäßigen) Geltungsbereich des Entgelttarifs fallen, damit dessen normative Wirkung greifen kann. Tarifgebundenheit und Geltungsbereich des Tarifvertrags müssen sorgfältig auseinander gehalten werden. Nach dem zutreffenden Vortrag des B betreibt sein Unternehmen seit Mitte 1994 nicht mehr Elektro-Handwerk, sondern Arbeitnehmerüberlassung als Schwerpunkt. Deshalb ist zu prüfen, ob der fragliche Entgelttarif fachlich noch greift (a) und ab wann ein Herauswachsen von B zu bejahen sein könnte (b).

### a) Branche

Der Entgelttarif wollte „für alle Betriebe, die selbst oder deren Innungen dem Landesinnungsverband der elektrotechnischen Handwerke angehören“, gelten. Der Wortlaut des Tarifvertrags ist objektiv-normativ auszulegen. Danach sollte es einerseits auf die Innungsmitgliedschaft und andererseits auf die Branche des Elektro-Handwerks ankommen, um die Bauer-KG dem fachlichen Geltungsbereich des Entgelttarifs zu unterwerfen. Verleihbetriebe gehören nicht zum Handwerk, geschweige denn zu den Elektro-Handwerken, sondern zum *Dienstleistungsgewerbe*. Arbeitnehmerverleih ist also kein Elektro-Handwerk und daher vom Entgelttarif nicht mehr erfasst.

### b) Formelle Geltung

Ab welchem Zeitpunkt die Bauer-KG aus dem ursprünglichen Geltungsbereich der Elektro-Handwerke herausgewachsen ist, ist damit aber noch nicht geklärt. Angeknüpft werden kann an den von Bauer genannten Zeitpunkt Mitte 1994, als sein Betrieb bereits überwiegend nicht mehr Elektro-Handwerk betrieb, oder aber an den Zeitpunkt Ende 1995, als mit der Löschung aus der Handwerksrolle auch feststand, dass kein Handwerk mehr ausgeübt wurde. Fraglich ist also, ob die Auslegung der fraglichen Tarifbestimmung *materiell* auf das tatsächliche Betreiben eines Elektro-Handwerks oder *formell* auf die Mitgliedschaft in der Innung durch Eintragung in der Handwerksrolle abstellt. Die formale Auslegung würde bedeuten, dass auch Betriebe mit x-beliebigen Gegenstand, sofern der Inhaber nur Mitglied der Handwerksinnung ist, weiterhin vom fachlichen Geltungsbereich erfasst wären. Das ist deshalb kaum anzunehmen, weil die Tarifparteien regelmäßig nicht allein die Mitgliedschaft des Arbeitgebers als Anknüpfungspunkt ausreichen lassen wollen, sondern nach dem „*Industrieverbandsprinzip*“ vor allem die branchenmäßige Zugehörigkeit des Betriebs zum maßgeblichen Auslegungskriterium machen. Hiernach ist die materielle Auslegung vorzuziehen, wonach ab dem Zeitpunkt, da überwiegend das Elektro-Handwerk bei Bauer nicht mehr ausgeübt wurde, der fachliche Geltungsbereich nicht mehr gegeben war. Würde man anders entscheiden, so würde der fachliche Geltungsbereich mit der formalen Zugehörigkeit des Arbeitgebers zum Arbeitgeberverband gleichgesetzt, was als Auslegungsergebnis nur ausnahmsweise bei insoweit eindeutigen Formulierungen in Frage kommt.

Zwischenergebnis: Auf die beiderseitige Tarifgebundenheit bis Ende 1995 bzw. auf deren Weitergeltung nach § 3 III TVG bis zur Kündigungsmöglichkeit des Entgelttarifs kommt es vorliegend deshalb nicht mehr an, weil seit dem 01.07.1994 sich der Betriebszweck der Bauer-KG vom Elektro-Handwerk zur Arbeitnehmerüberlassung (Zeitarbeit) mit der Folge verändert hat, dass eine fachlich-branchenmäßige Geltung des Entgelttarifs nicht mehr angenommen werden kann. Zu fragen ist aber, ob anstelle der Tarifbindung wenigstens die Nachwirkung der Tarifnormen zugunsten des F anzunehmen sein könnte.

## 3. Nachwirkung des Entgelttarifs (§ 4 V TVG analog)

### a) Anwendbarkeit

Weil der Tarifvertrag nicht abgelaufen ist, kann § 4 V TVG keine direkte Anwendung finden. Die Entgelttarifnormen entfalten hier deshalb keine normengleiche Wirkung, weil die Tarifwirkung nach § 4 I 1 TVG wegen des Herauswachsendes aus dem fachlichen Geltungsbereich entfallen ist. Nach der Rechtsprechung des BAG soll für andere Fälle des Wegfalls der Tarifwirkung aber § 4 V TVG im Wege der Analogie Anwendung finden, weil der Tarifvertrag mangels einer anderen neuen Vereinbarung seine Ordnungs- und Schutzfunktion nach wie vor entfalten kann. Die Arbeitsverhältnisse sollen nicht inhaltsleer werden, sondern zumindest auf dem Stand der alten Tarifverträge verbleiben. Das hieße für F, dass trotz mangelnder Tarifbindung eine ihm günstige „Nachwirkung“ des Entgelttarifs seit Juli 1994 angenommen werden könnte, wenn nicht die arbeitsvertragliche Vereinbarung bei seiner Einstellung sich als „andere Abmachung“ im Sinne des § 4 V TVG darstellt.

### b) Andere Abmachung

Eine „andere Abmachung“ im Sinne des § 4 V TVG kann ein neuer Tarifvertrag, eine Betriebsvereinbarung oder eine vertragliche Abrede sein. Ob man hierunter auch die untertarifliche Verdienstabrede bei Einstellung des F Anfang 1994

fassen kann, muss nach Sinn und Zweck des § 4 V TVG entschieden werden. Der damit bezweckte „Überbrückungsschutz“ zugunsten des Arbeitnehmers kann nicht bedeuten, dass ursprüngliche vertragliche Abreden, die gegen geltende Tarife verstießen, nach Wegfall der Tarifbindung wieder aufleben. Vielmehr lässt der Wortlaut des § 4 V TVG deutlich werden („bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden“), dass die Nachwirkung nur durch neue andere Vereinbarungen ersetzt werden kann. Weil F jedenfalls für ein halbes Jahr durch beiderseitige Tarifgebundenheit Anspruch auf die tariflichen Entgeltzahlungen hatte, konnte er auch für die Folgezeit nach § 4 V TVG analog diesen Tariflohn beanspruchen. Eine „andere Abmachung“ lag jedenfalls nicht in der untertariflichen Entlohnungsabrede von Anfang 1994.

(*Hinweis:* Hätte der Sachverhalt die untertarifliche Entlohnungsabrede etwa damit begründet, dass B den F auf die bevorstehende Veränderung des Betriebszwecks mit entsprechenden neuen Entlohnungsmöglichkeiten aufmerksam gemacht habe, wäre im Wege der Auslegung eine andere rechtliche Wertung durchaus möglich).

#### **Zwischenergebnis**

Der F kann für das erste Halbjahr 1994 aufgrund beiderseitiger Tarifbindung den Tariflohn beanspruchen, für die Zeiten danach analog § 4 V TVG aufgrund der Nachwirkung dieser Tariflöhne. Fraglich ist jedoch, ob nicht der neue Tarifvertrag zwischen dem AGZ und der CGZ zum 01.05.1996 eine neue Vereinbarung im Sinne des § 4 V TVG darstellt.

#### **4. Ablösung des alten Entgelttarifs durch den neuen Tarifvertrag?**

Die Nachwirkung des alten Entgelttarifs wird durch den neuen Tarifvertrag zwischen dem neuen Arbeitgeberverband und der neuen Gewerkschaft CGZ beendet, wenn dieser neue Entgelttarif konkret auf das Arbeitsverhältnis des F anwendbar war. Er konnte nur unmittelbar auf den Arbeitsvertrag einwirken, wenn B und F durch beiderseitige Tarifbindung oder durch Allgemeinverbindlicherklärung an den neuen Tarif gebunden waren. Das ist hier aber nicht der Fall. F ist nach wie vor Mitglied der IG Metall und nicht Mitglied der neuen Gewerkschaft CGZ. F ist insoweit Außenseiter. Er muss sich auch nicht die Tarifbindung des Arbeitgebers aufdrängen lassen, weil das gegen die negative Koalitionsfreiheit verstieße. Somit wird die Nachwirkung für den Außenseiter nicht dadurch beseitigt, dass ein neuer Tarifvertrag in Kraft tritt, wenn nicht eine Allgemeinverbindlicherklärung die Tarifwirkung auf sämtliche Arbeitnehmer erstreckt (vgl. BAG NZA 1998, 40).

Treffen die Nachwirkung eines Tarifvertrags und ein neuer Tarifvertrag, an den nur der Arbeitgeber gebunden ist, zusammen, liegt kein Fall der „Tarifpluralität“ vor, der nach der umstrittenen BAG-Rechtsprechung auf die Tarifeinheit im Betrieb drängt. Tarifpluralität kann nämlich nur da vorliegen, wo zwei Tarifverträge im gleichen Betrieb verschiedene Arbeitsverhältnisse *normativ* erfassen, weil der Arbeitgeber an beide Tarifverträge normativ gebunden ist (z. B. gelten Haustarif einerseits, allgemeinverbindlicher Tarif andererseits). Hier dagegen werden die einen Arbeitsverhältnisse durch die Nachwirkung des *alten* Tarifvertrags erfasst, während der Arbeitgeber und die möglicherweise wenigen Mitglieder der neuen Gewerkschaft durch den *neuen* Tarifvertrag gebunden sind. Greift die „andere Abmachung“ in Gestalt des neuen Tarifvertrags zu kurz, so bleibt es für die nicht erfassten Arbeitsverhältnisse bei der unbefristeten Weitergeltung des alten Tarifvertrags, bis es dem Arbeitgeber gelingt, durch Vereinbarung oder Änderungskündigung eine andere Abmachung durchzusetzen (*Hinweis:* andere Ansicht wegen der Spezialität des neuen Tarifvertrags aber vertretbar mit Hinweis auf § 613 a Abs. 1 S. 3 BGB analog).

Ergebnis: F kann sich also mit Erfolg auf die alten Entgelttarife berufen, weil diese zunächst kraft beiderseitiger Tarifbindung (§§ 3 I, 4 I TVG), dann kraft Nachwirkung (§ 4 V TVG analog) für ihn unmittelbare Wirkung entfalteteten. Abschließend ist allerdings zu prüfen, ob F seine Ansprüche unbegrenzt rückwirkend geltend machen kann.

#### **5. Wegfall des Anspruchs durch Verjährung bzw. Ausschlussfrist?**

##### **a) Verjährungsfrist**

Für die Entgeltansprüche der Arbeitnehmer galt bis zum 1.01.2002 eine kurze zweijährige Verjährung (§ 196 Nr. 9 BGB a.F.), die jedoch nach § 201 BGB a.F. erst am Ende des Kalenderjahres, hier also am 31.12.1994, begann. (Seit dem 1.01.2002 gilt eine dreijährige Verjährungsfrist ab Schluss des Jahres der Entstehung des Anspruchs und Kenntnis von ihm, §§ 195, 199 BGB.) Vor Ablauf des Jahres 1996 kann damit noch keine Verjährung der Entgeltansprüche des F eingetreten sein.

##### **b) Tarifliche Ausschlussfristen**

Mangels Angaben im Sachverhalt kann nicht davon ausgegangen werden, dass tarifvertragliche Ausschlussfristen oder Verfallklauseln der rückwirkenden Entgeltansprüche des F entgegenstand. Auch wenn sie in der Praxis weit verbreitet sind, können sie nicht ohne ausdrückliche Erwähnung im Sachverhalt unterstellt werden.

Es bleibt daher beim Ergebnis, dass F für die gesamte Zeit seiner Betriebszugehörigkeit bei B die Differenz zwischen dem tatsächlich gezahlten und dem tariflichen Lohn nach dem alten Entgelttarif von B fordern kann.

## II. Entgeltansprüche von P (§ 611 BGB)

### 1. Beiderseitige Tarifgebundenheit

Eine beiderseitige Tarifgebundenheit (§§ 3 I, 4 TVG) liegt hier deshalb nicht vor, weil P erst am 01.03.1996 sich durch den Beitritt zur IG Metall organisiert hat. Zu diesem Zeitpunkt gehörte aber Arbeitgeber B dem Landesinnungsverband nicht mehr an, so dass eine Tarifbindung nach § 3 I TVG mit der Konsequenz ausscheidet, dass der Entgelttarif keine normative Wirkung mehr entfalten kann.

### 2. Nachwirkung

Fraglich ist aber, ob die Nachwirkung des Entgelttarifs (§ 4 V TVG analog) ähnlich wie bei F auch bei P zur Verdrängung der untertariflichen vertraglichen Entgeltbestimmung führt. Schon bei direkter Anwendung des § 4 V TVG wird vom BAG vertreten, dass sich die Nachwirkung nicht auf Arbeitsverhältnisse beziehen kann, die erst nach Ablauf des Tarifvertrags begründet worden sind. Eine „Weiter-“ Geltung setze schon begrifflich die Geltung des Tarifvertrages vor seinem Ablaufen voraus. Hier wurde nicht das Arbeitsverhältnis von P neu begründet, sondern sie ist erst zum 01.03.1996 der IG Metall beigetreten. Beides kann jedoch für § 4 V TVG gleich behandelt werden. Auch die Normwirkung des nachwirkenden Tarifs könnte entgegen dem BAG mit guten Gründen bejaht werden (so *Löwisch*, § 266 Rdz. 20). Die Organisation der P erfolgt hier aber nicht nach Ablauf eines Tarifvertrags, sondern nach dem Herauswachsen des Betriebs aus dem fachlichen Geltungsbereich des Entgelttarifs und dem Austritt des Arbeitgebers aus dem entsprechenden Arbeitgeberverband. Für diese Situation lässt sich § 4 V TVG allenfalls analog auf solche Arbeitsverhältnisse anwenden, die vormals durch den Entgelttarif normativ geregelt waren, nicht aber auf solche Arbeitsverhältnisse, die von der ursprünglichen Tarifwirkung niemals erfasst waren und jetzt nicht mehr erfasst werden können. Die Organisation der P geht völlig ins Leere und kann mangels einschlägigem Tarifvertrag nicht zu tariflichen Wirkungen führen.

### Zwischenergebnis

Die vertragliche untertarifliche Entgeltbestimmung zwischen B und P wird somit auch nicht mit dem Beitritt der P zur IG Metall durch die alte tarifliche Entgeltregelung verdrängt, weil weder beiderseitige Tarifgebundenheit noch die Nachwirkung des Entgelttarifs sich auf das Arbeitsverhältnis der P auswirken.

### 3. Dynamische Verweisung im Arbeitsvertrag

Fraglich könnte allenfalls die Bedeutung der Bezugnahmeklausel im Arbeitsvertrag der P sein.

Selbst wenn sich die hier vorliegende dynamische Bezugnahmeklausel „nach den jeweils geltenden Tarifverträgen der in Frage kommenden Sparte“ im Wege der Auslegung auch auf den nachwirkenden alten Entgelttarif bezogen haben könnte, kommt es hierauf für die Frage der Entgeltfestsetzung nicht an. Denn die Bezugnahmeklausel hat mit der Formulierung „im übrigen“ gerade nicht auf die Entgeltbestimmung des Tarifs verweisen wollen, sondern nur auf die dortigen Rahmenregelungen der Nebenbedingungen. Wird über die Höhe des Entgelts eine einzelvertragliche Regelung getroffen und will sich der Arbeitsvertrag nur „im übrigen“ nach den jeweils geltenden Tarifverträgen richten, so können damit nur sonstige tarifliche Regelungen aus dem Entgeltbereich gemeint sein. Der Lohn ist abschließend vertraglich geregelt. Somit kann P auch aus der Bezugnahmeklausel eine andere tarifliche Entgeltregelung für sich nicht herleiten.

### 4. Ergebnis

P kann sich nicht auf den alten Entgelttarif berufen, weil ihr Arbeitsverhältnis anders als das von F erst zum 01.03.1996 durch ihren Gewerkschafts-Beitritt einer Tarifbindung fähig war, zu diesem Zeitpunkt aber weder die unmittelbare noch die analoge Anwendung des § 4 V TVG noch möglich war. Ihre Entgeltansprüche richten sich daher nach wie vor nach der vertraglichen Entgeltbestimmung, die mit B getroffen worden war.

## Fall 11: Ein Warnstreik mit bösen Folgen

**Friedenspflicht, Warnstreik, Übermaßverbot, Betriebsblockade, Streikexzess, deliktische Haftung der Gewerkschaft und ihrer Vertreter, Streikposten, Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, Streikbruchprämie**

## Lösung

### I. Anspruch von M gegen IGM auf Schadensersatz in Höhe von € 50.000,-

M kann von der IGM den vollen Schadensersatz verlangen, wenn die Streikmaßnahmen am 15. April rechtswidrig und der IGM zuzurechnen waren.

#### 1. Vertragliche Ansprüche aus § 280 I BGB, (pFV) des Tarifvertrages

wegen Verletzung der relativen Friedenspflicht sind nicht ersichtlich, weil der Entgelttarif zum 31. März abgelaufen war und die Friedenspflicht damit nicht mehr existierte.

#### 2. Vertragsähnliche Ansprüche

aus einer nachwirkenden Friedenspflicht nach Ablauf des Tarifvertrags können ohne besondere Grundlage im Tarifvertrag nicht anerkannt werden.

#### 3. Deliktische Ansprüche aus § 823 I BGB

##### a) Tatbestandsmäßigkeit des Eingriffs

Der Vermögensschaden der M kann nur über § 823 I BGB ersetzt werden, wenn eines der dort genannten „absoluten Rechte“ verletzt worden ist. Der Streik kann nach h.M. einen tatbestandlichen Eingriff in das *Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb* darstellen, das als „sonstiges Recht“ gem. § 823 I BGB anerkannt wird. Bei einem solchen Rahmenrecht kann ähnlich dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht die Rechtswidrigkeit des Eingriffs aber erst aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung positiv festgestellt werden.

##### b) Rechtswidrigkeit des Eingriffs

Nur ein rechtswidriger Streik kann nach § 823 I BGB Schadensersatzansprüche auslösen, so dass folgende Voraussetzungen zu prüfen sind:

**aa)** Obwohl nur einige Arbeitnehmer im Betrieb A als „ad-hoc-Koalition“ den Streik beschlossen hatten, konnte durch die Übernahme der Aktion durch die Gewerkschaft IGM, die sich in der Bereitstellung von Streikleitung und -posten deutlich zeigte, der ursprüngliche „wilde Streik“ durch die Zustimmung der tariffähigen Gewerkschaft (§ 182 BGB) legitimiert werden.

**bb)** Das Streikziel ist die Lohnerhöhung, die typischerweise tarifvertraglich geregelt wird und auch geregelt werden soll.

**cc)** Eine relative Friedenspflicht bestand wegen des Auslaufens des alten Entgelttarifs nicht mehr.

**dd)** Fraglich ist die Einhaltung des **Übermaßverbots**. Zunächst müsste der Warnstreik *erforderlich* gewesen sein. Zwar wurde kein formelles Scheitern der Lohnverhandlungen mitgeteilt, jedoch kann ein dreistündiger Warnstreik zur Förderung der Verhandlungs- und Abschlussbereitschaft in verfahrenen Situationen durchaus geeignet und erforderlich sein, die Verhandlungspartität zwischen den Kampfparteien herzustellen. Fraglich ist jedoch die *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*. Zwar ist zu berücksichtigen, dass die zur Notschicht eingeteilten Personen das Werk betreten durften und die sonstige Blockade nach einer Stunde beendet war, so dass arbeitswillige Arbeitnehmer und sonstige Kunden ebenfalls passieren durften. Auch kann der Vorfall am Nebentor der Streikleitung wohl nicht zugerechnet werden. Jedoch war die einstündige Blockade des Betriebs für sich genommen ein von der Streikleitung veranlasster Streikexzess, der eine Unverhältnismäßigkeit der gesamten Streikmaßnahme begründen und der IGM über § 31 BGB analog zugerechnet werden könnte (Streikleitung als „verfassungsmäßig berufene Vertreter“). Diese Überschreitungen haben aber nicht den gesamten Warnstreik geprägt. Die Zulässigkeit der Maßnahme beurteilt sich nach dem Übernahmeschluss der IGM, der laut Sachverhalt nicht auf die Behinderung des Zugangs gerichtet war, sondern den Regeln der fairen Kampfführung verpflichtet blieb.

#### 4. Ergebnis:

Der Warnstreik als solcher war daher rechtmäßig. Ein Schadensersatzanspruch in Höhe des Gesamtschadens scheidet aus.

### II. Anspruch der M gegen IGM auf Schadensersatz in Höhe von € 20.000,- (Blockadeschaden)

#### 1. Anspruchsgrundlage: §§ 823 I, 31 BGB analog

Die einstündige Blockade könnte aber für sich genommen einen rechtswidrigen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der M dargestellt haben und der IGM zuzurechnen sein.

##### a) Tatbestandsmäßigkeit

Durch die einstündige Blockade des Zugangs zum Betrieb der M in Altdorf wurde arbeitswilligen Arbeitnehmern sowie Kunden und Zulieferern der M zeitweilig der Zugang zum Betrieb verwehrt. Damit wurde über das übliche Streikposten-



Stehen hinausgehend der Betrieb der M blockiert und unmittelbar beeinträchtigt. Die Blockade durch Tische, Bänke und ähnliche Materialien erfüllte zeitweise den Tatbestand einer Nötigung (§ 240 StGB) und ging damit über das hinaus, was Streikende aufgrund Art. 9 III GG als demonstrative Arbeitsverweigerung nach außen hin veranlassen dürfen. Es handelt sich damit tatbestandsmäßig um einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der M.

#### **b) Rechtswidrigkeit des Eingriffs**

Diese Blockade müsste durch Art. 9 III GG gerechtfertigt sein. Zur Herstellung der Kampfparität kann dieser Eingriff in Rechtspositionen aus Art. 12, 14 GG bei M jedenfalls in diesem Stadium des „Warnstreiks“ nicht gerechtfertigt sein, weil die Verhandlungsbereitschaft des M als solche vorhanden war und nur „gefördert“ werden sollte. Betriebsblockaden sind in der Regel unverhältnismäßige Kampfmittel und verstoßen gegen das Proportionalitätsgebot.

#### **c) Zurechnung nach § 31 BGB analog**

Diese Rechtsgutsverletzung ist der IGM auch zurechenbar. Der verantwortliche Streikleiter hatte die einstündige Blockade ausdrücklich veranlasst. Er gilt als Vertreter der IGM analog § 31 BGB auch dann, wenn die IGM wie üblich nicht als rechtsfähiger Verein eingetragen ist. Als Streikleiter ist L Organ der IGM (§ 31 BGB analog).

#### **d) Zwischenergebnis**

Die IGM haftet aus §§ 823 I, 31 BGB analog für den Blockadeschaden in Höhe von € 20.000,-.

### **2. Anspruchsgrundlage: § 831 BGB**

Der Blockadeschaden könnte der IGM auch deshalb zuzurechnen sein, weil sie für das Verhalten ihrer Verrichtungsgehilfen bei der Durchführung des Warnstreiks nach § 831 I BGB verantwortlich ist.

#### **a) Deliktische Handlung von Verrichtungsgehilfen.**

##### **aa) § 823 I BGB**

Streikposten sind nach ganz h.M. als Verrichtungsgehilfen der Gewerkschaft bei Durchführung ihrer Streikmaßnahme einzustufen. Die Handlungsweise der die Blockade durchführenden Streikposten ist als Streikexzess einzustufen und erfüllt daher die Voraussetzungen des Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (§ 823 I BGB, s.o.1). Nach dem oben Gesagten ist auch die Rechtswidrigkeit des Eingriffs zu bejahen. Auf ein Verschulden der Verrichtungsgehilfen kommt es bei § 831 BGB nicht mehr an.

##### **bb) Schutzgesetz**

Die IGM könnte auch aufgrund § 823 II BGB i.V.m. § 240 StGB haften, wenn sich die Posten bei ihrer Blockade einer Nötigung schuldig gemacht haben sollten. Das lässt sich nach dem Sachverhalt nicht eindeutig beantworten, weil insbesondere die subjektive Seite (Vorsatz) bei Begehung der Nötigung nicht näher erläutert wird.

#### **b) Entlastungsbeweis**

Die IGM kann sich zwar darauf berufen, dass ihre Mitarbeiter laut Satzung auf einen fairen Arbeitskampf und auf die Unterlassung unerlaubter Handlungen verpflichtet waren, hätte aber auch eine ordnungsgemäße Überwachung der Streikmaßnahmen selbst vornehmen müssen. Eine ausreichende Organisation beinhaltet bei Streikmaßnahmen die ordnungsgemäße Beaufsichtigung von Streikleitung und Streikposten. Der Sachverhalt teilt hierzu im Gegenteil die ausdrückliche Anordnung der Blockade durch die Streikleitung mit, so dass der Entlastungsbeweis nach § 831 I 2 BGB nicht gelingen kann.

#### **c) Zwischenergebnis**

Die IGM haftet daher auch nach § 831 BGB für den Blockadeschaden, der durch das Verhalten der Posten adäquat kausal verursacht wurde.

### **3. Anspruchsgrundlage: § 823 II BGB i.V.m. §§ 240, 13 bzw. 240, 25 I 2. Alt. StGB**

Eine Nötigung durch die Gewerkschaft IGM selbst ist nur dann möglich, falls sich Ludwig aufgrund mittelbarer Täterschaft bzw. Beihilfe strafbar gemacht haben sollte. Inwieweit Ludwig durch Organisation der einstündigen Blockade die strafrechtlichen Voraussetzungen vor allem subjektiver Art erfüllt, ist Tatfrage und kann hier nicht näher gewürdigt werden.

### **4. Ergebnis**

Die IGM schuldet M den Ersatz des Blockadeschadens aufgrund §§ 823 I, 31 BGB analog und aufgrund § 813 BGB.

### III. Anspruch des Walter gegen Paul auf Schadensersatz (€ 100,-)

#### 1. Anspruchsgrundlage: § 823 I BGB

Paul hat bei dem Handgemenge am Nebentor das Eigentum des Walter verletzt, indem er dessen Anzug beschädigte. Rechtfertigungsgründe liegen deshalb nicht vor, weil es keine durch die Streikmaßnahme gerechtfertigte Handlungsweise war. Der Schaden wäre bei Anwendung der notwendigen Sorgfalt nicht entstanden. Walter kann daher von Paul Schadensersatz in Höhe von € 100,- verlangen.

#### 2. Anspruchsgrundlage: § 823 II BGB i.V.m. §§ 303, 240 StGB

§ 303 (Sachbeschädigung) und § 240 (Nötigung) StGB sind Schutzgesetze nach § 823 II BGB. Die vorsätzliche Beschädigung des Anzugs kann dem Sachverhalt jedoch nicht entnommen werden, wohl auch nicht die vorsätzliche und schuldhaftige Nötigungshandlung durch Paul, weil kein innerer Zusammenhang mit dem Streik ersichtlich ist.

#### 3. Ergebnis

W hat gegen P einen Anspruch auf Schadensersatz aufgrund § 823 I BGB.

### IV. Schadensersatzanspruch des Walter gegen IGM

Fraglich ist, ob Walter auch gegen die Gewerkschaft selbst einen Anspruch auf Ersatz seines Eigentumsschadens in Höhe von € 100,- geltend machen kann.

#### 1. Anspruchsgrundlage: §§ 823 I BGB, 31 BGB analog

Auf Paul als einfachem Streikposten ist § 31 BGB auch analog nicht anwendbar. Nur Ludwig als Streikleiter ist Vertreter der Gewerkschaft im Sinne dieser Norm. Sein unterlassenes Einschreiten könnte daher der IGM zuzurechnen sein; jedoch bemerkte er den Angriff des Paul am Nebentor nicht und konnte daher auch nicht einschreiten.

#### 2. Anspruchsgrundlage: § 831 BGB

Paul war als Streikposten Verrichtungshelfer der IGM. Der Eigentumsschaden des W wurde aber nicht durch eine Streikhandlung, auch nicht durch einen Streikexzess bewirkt, sondern durch ein Handgemenge aus privaten Gründen. Somit handelte Paul bei der schädigenden Handlung nicht „in Ausführung der Verrichtung“.

#### 3. Ergebnis

Ein Schadensersatzanspruch des W gegen die IGM scheidet daher aus.

### V. Zulässigkeit der Streikbruchprämie in Höhe von € 200,-

M kann die beabsichtigte Zahlung als freiwillige Leistung (Gratifikation) nur dann den trotz Streiks arbeitenden Mitarbeitern zahlen, wenn diese sachlich gerechtfertigt und rechtlich zulässig ist.

#### 1. Sachliche Rechtfertigung

Zweck der Prämie ist die Belohnung der Arbeitswilligen dafür, dass sie trotz der erheblichen psychischen Mehrbelastung gearbeitet haben. Eine Unterscheidung zwischen ihnen und den Streikenden ist von daher sachlich gerechtfertigt.

#### 2. Rechtliche Zulässigkeit

Die Zahlung könnte aber an § 612 a BGB scheitern, der eine Benachteiligung von Arbeitnehmern verbietet, die ihre Rechte in zulässiger Weise ausüben. Der Streik der Arbeitnehmer war grundsätzlich rechtmäßig, so daß sie in zulässiger Weise ihre subjektiven Streikrechte ausgeübt haben und deshalb vom Arbeitgeber nicht benachteiligt werden dürfen. Arbeitgeber M betont aber die psychische Mehrbelastung der Arbeitswilligen während des Warnstreiks, die eine Zusatzprämie rechtfertige. Diese Begründung allein rechtfertigt wohl den Arbeitslohn, nicht aber zusätzliche Prämien. Denn ohne besondere Zusatzlasten *tatsächlicher Art* verstoßen solche Gratifikationen gegen § 612 a BGB i.V.m. Art. 9 III GG („unechte“ Streikbruchprämien nach Beendigung des Streiks; a.A. aber vertretbar). Anders wäre es gewesen, hätte M die Prämie bereits *vor* oder *während* des Warnstreiks versprochen, weil er dann von einem zulässigen Arbeitskampfmittel („echte“ Streikbruchprämie) Gebrauch gemacht hätte, was aufgrund Art. 9 III GG erlaubt ist (vgl. BAG NJW 1994, 74).

#### 3. Ergebnis

M kann die beabsichtigte Zulage nicht an die trotz des „Warnstreiks“ arbeitenden Mitarbeiter auszahlen, ohne gegen § 612 a BGB zu verstoßen und Gefahr zu laufen, die Prämie an alle, auch die Streikenden, auszahlen zu müssen.