

F

Fälle

Marschollek

Arbeitsrecht

6. Auflage **2015**

Alpmann Schmidt



Fälle

Arbeitsrecht

2015

Günter Marschollek
Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht

ALPMANN UND SCHMIDT Juristische Lehrgänge Verlagsges. mbH & Co. KG
48143 Münster, Alter Fischmarkt 8, 48001 Postfach 1169, Telefon (0251) 98109-0
AS-Online: www.alpmann-schmidt.de

Marschollek, Günter

Fälle

Arbeitsrecht

6. Auflage 2015

ISBN: 978-3-86752-417-9

Verlag Alpmann und Schmidt Juristische Lehrgänge
Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Münster

Die Vervielfältigung, insbesondere das Fotokopieren,
ist nicht gestattet (§§ 53, 54 UrhG) und strafbar (§ 106 UrhG).
Im Fall der Zuwiderhandlung wird Strafantrag gestellt.

Unterstützen Sie uns bei der Weiterentwicklung unserer Produkte.

Wir freuen uns über Anregungen, Wünsche, Lob oder Kritik an:

feedback@alpmann-schmidt.de

Benutzerhinweise

Die Reihe „Fälle“ ermöglicht sowohl den Einstieg als auch die Wiederholung des jeweiligen Rechtsgebiets anhand von Klausurfällen. Denn unser Gehirn kann konkrete Sachverhalte besser speichern als abstrakte Formeln.

Ferner erfordern Prüfungsaufgaben regelmäßig das Lösen von konkreten Fällen. Hier muss dann der Kandidat beweisen, dass er das Erlernete auf den konkreten Fall anwenden kann und die spezifischen Probleme des Falles entdeckt. Außerdem muss er zeigen, dass er die richtige Mischung zwischen Gutachten- und Urteilsstil beherrscht und an den Problemstellen überzeugend argumentieren kann. Während des Studiums besteht die Gefahr, dass man zu abstrakt lernt, sich verzettelt und letztlich gänzlich den Überblick über das wirklich Wichtige verliert.

Nutzen Sie die jahrzehntelange Erfahrung unseres Repetitoriums. Seit bald 60 Jahren wenden wir konsequent die Fallmethode an. Denn ein **prüfungsorientiertes Lernen** muss „hart am Fall“ ansetzen. Schließlich sollen Sie keine Aufsätze oder Dissertationen schreiben, sondern eine überzeugende Lösung des konkret gestellten Falles abgeben. Da wir nicht nur Skripten herausgeben, sondern auch in mündlichen Kursen Studierende ausbilden, wissen wir aus der täglichen Praxis, „wo der Schuh drückt“.

Die Lösung der „Fälle“ ist kompakt und vermeidet – so wie es in einer Klausurlösung auch sein soll – überflüssigen, dogmatischen „Ballast“. Die Lösungen sind, wie es gute Klausurlösungen erfordern, komplett durchgliedert und im Gutachtenstil ausformuliert, wobei die unproblematischen Stellen unter Beachtung des Urteilsstils kurz ausfallen.

Wir vermitteln hier die Klausuranwendung. Die Reihe „Fälle“ **ersetzt nicht die Erarbeitung der gesamten Rechtsmaterie** und ihrer Struktur. Übergreifende Aufbauschemata für das gesamte Zivilrecht finden Sie in unserem „Aufbauschemata Zivilrecht/ZPO“. Ferner empfehlen wir Ihnen zur Erarbeitung der jeweiligen Rechtsmaterie unsere Reihe „Basiswissen“. Mit dieser Reihe gelingt Ihnen der erfolgreiche Start ins jeweilige Rechtsgebiet: verständlich dargestellt und durch zahlreiche Beispiele, Übersichten und Aufbauschemata anschaulich vermittelt. Sofern die RÜ zitiert wird, handelt es sich um unsere Zeitschrift „Rechtsprechungsübersicht“, in der monatlich aktuelle, examensverdächtige Fälle gutachterlich gelöst erscheinen.

Viel Erfolg!

INHALTSVERZEICHNIS

1. Teil: Anwendungsbereich und Grundbegriffe des Arbeitsrechts	1
Fall 1: Rechtsweg beim Ein-Euro-Job	1
Fall 2: Arbeitnehmerbegriff	3
Fall 3: Arbeitnehmerähnliche Personen	5
2. Teil: Die Rechtsquellen des Arbeitsrechts und die Lösung der Rechtsquellenkonkurrenz	6
Fall 4: Anwendbare Rechtsquelle	6
Fall 5: Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge	8
Fall 6: Betriebsvereinbarung über Verteilung der Arbeitszeit	10
Fall 7: Tariflohnerhöhung aufgrund betrieblicher Übung?	12
Fall 8: Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz	15
Fall 9: Das Direktionsrecht des Arbeitgebers	17
3. Teil: Die Begründung und die Rechtsmängel des Arbeitsvertrages	19
Fall 10: Fehlerhafter oder nichtiger Arbeitsvertrag	19
Fall 11: Falschbeantwortung der Schwangerschaftsfrage	21
Fall 12: Benachteiligungsverbot	23
4. Teil: Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien	25
Fall 13: Umfang der Arbeitspflicht	25
Fall 14: Anspruch auf gewünschte Arbeitszeitverkürzung	28
Fall 15: Höhe der Vergütung	31
Fall 16: Der Beschäftigungsanspruch	34
Fall 17: Der Weiterbeschäftigungsanspruch	35
Fall 18: Voraussetzungen der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall	37
Fall 19: Wartezeiten bei Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall	39
Fall 20: Entgeltfortzahlung bei krankheitsbedingter Kündigung	41
Fall 21: Krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit und Beschäftigungs- verbot	43
Fall 22: Unmöglichkeit der Arbeitsleistung, Betriebsrisiko	44
Fall 23: Feiertagsvergütung	45
Fall 24: Voraussetzungen des Urlaubsanspruchs	47
Fall 25: Urlaubsabgeltung	50
Fall 26: Annahmeverzug bei streitiger Beendigungserklärung	53
Fall 27: Annahmeverzug nach unwirksamer Kündigung	55
5. Teil: Innerbetrieblicher Schadensausgleich	58
Fall 28: Arbeitnehmerhaftung bei Privatfahrten	58
Fall 29: Arbeitnehmerhaftung bei betrieblicher Tätigkeit	60
Fall 30: Arbeitnehmerhaftung beim Arbeitsunfall	62
Fall 31: Arbeitgeberhaftung bei Eigenschäden des Arbeitnehmers	64

6. Teil: Beendigung des Arbeitsverhältnisses	66
Fall 32: Unerwarteter Aufhebungsvertrag	66
Fall 33: Anfechtung des Aufhebungsvertrages	68
Fall 34: Aufklärungspflichten beim Aufhebungsvertrag	70
Fall 35: Probezeitkündigung – Kündigungszugang	72
Fall 36: Kündigung wegen Schwerbehinderung	75
Fall 37: Kündigung wegen Betriebsveräußerung	78
Fall 38: Betrieblicher Anwendungsbereich des KSchG	79
Fall 39: Betriebsbedingte Kündigung – Festlegung des Anforderungs- profils der Arbeitsplätze	81
Fall 40: Stilllegung einer Betriebsabteilung – Soziale Auswahl	84
Fall 41: Kündigung bei einem Interessenausgleich mit Namensliste	87
Fall 42: Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen	90
Fall 43: Kündigung wegen einer langandauernden Erkrankung	93
Fall 44: Kündigung wegen Alkoholabhängigkeit	96
Fall 45: Verhaltensbedingte Kündigung – Unentschuldigtes Fehlen	98
Fall 46: Kündigung wegen verbotener privater Internetnutzung	101
Fall 47: Fristlose Kündigung wegen Diebstahls	103
Fall 48: Verdachtskündigung	106
Fall 49: Ordentliche Kündigung eines Betriebsratsmitglieds	109
Fall 50: Fristlose Kündigung eines Betriebsobmanns	112
Fall 51: Kündigung und rückwirkende Anerkennung als schwer- behinderter Mensch	113
Fall 52: Beginn der Schwangerschaft bei künstlicher Befruchtung?	115
Fall 53: Verlängerung der Befristung oder Neueinstellung?	117
Fall 54: Befristung zur Vertretung oder Dauerbedarf?	118
Fall 55: Leistungsbeurteilung im Arbeitszeugnis	119
Stichwortverzeichnis	121

1. Teil: Anwendungsbereich und Grundbegriffe des Arbeitsrechts

Fall 1: Rechtsweg beim Ein-Euro-Job

A, der arbeitsuchend ist und Leistungen nach dem SGB II erhält, schloss am 05.02. mit dem gemeinnützigen Verein V eine schriftliche Vereinbarung über eine Beschäftigung als sog. Ein-Euro-Jobber im Rahmen der Maßnahme „Geschichtswerkstatt“. Als Mehraufwandsentschädigung war 1,50 € pro Stunde vorgesehen. Außerdem regelte die Vereinbarung eine wöchentliche Beschäftigungszeit von 30 Stunden, Urlaubsansprüche und Verpflichtungen des A bei Verhinderung. Am 10.02. schloss A mit dem zuständigen Job-Center eine Eingliederungsvereinbarung über die öffentlich geförderte Beschäftigung bei V ab. Nachdem es in der Folgezeit zwischen dem Vorsitzenden des V und A zu Differenzen gekommen war, erklärte V mit Schreiben vom 23.02., das von dem Vorstandsvorsitzenden eigenhändig unterschrieben und dem A am selben Tag zugestellt wurde, dass die Teilnahme des A an der Maßnahme mit sofortiger Wirkung beendet sei. A erhebt daraufhin am 26.02. beim örtlich zuständigen Arbeitsgericht Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Wie wird das Arbeitsgericht entscheiden?

Das Arbeitsgericht wird der Klage stattgeben, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit der Kündigungsschutzklage

I. Zulässigkeit d. Rechtsweges zu den Arbeitsgerichten nach § 2 ArbGG

Die Arbeitsgerichte sind u.a. nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 b ArbGG ausschließlich zuständig für Streitigkeiten über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses. Da A die Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung „seines“ Arbeitsverhältnisses geltend macht, sich also darauf beruft, dass zwischen ihm und V ein Arbeitsverhältnis besteht, sind die den Rechtsweg begründenden Tatsachen dieselben, die auch den materiellen Anspruch begründen (sog. sic-non-Fall). Für die Begründung der Zuständigkeit des Arbeitsgerichts genügt daher in solchen Fällen die bloße Behauptung des A, dass er Arbeitnehmer des V sei. Ob das behauptete Arbeitsverhältnis tatsächlich vorliegt, wird erst im Rahmen der Begründetheit der Klage geprüft. Etwas anderes gilt nur dann, wenn nach der Klagebegründung ein Fall des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG vorliegt, also ein Organvertreter eine Kündigungsschutzklage wegen der Kündigung des der Organbestellung zugrunde liegenden Anstellungsvertrages erhebt, weil in diesen Fällen die Arbeitsgerichte nicht zuständig sind, ohne dass es auf die Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses ankommt.¹

II. Das für jede Feststellungsklage nach § 256 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse ist schon deshalb gegeben, weil die Erhebung der Kündi-

¹ Vgl. BAG, Beschl. v. 03.12.2014 – 10 AZB 98/14, NZA 2015, 180 und zur Zuständigkeit des Arbeitsgerichts bei Klagen gegen die Kündigung eines neben dem Anstellungsvertrag bestehenden Arbeitsverhältnisses auch AS-Skript Arbeitsrecht (2014), Rn. 42.

gungsschutzklage nach § 4 KSchG erforderlich ist, um den Eintritt der Fiktion der Wirksamkeit der Kündigung nach § 7 KSchG zu verhindern.

III. Da A die Kündigungsschutzklage am 26.02., also bereits drei Tage nach Zugang des Schreibens vom 23.02. erhoben hat, ist die 3-wöchige Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG gewahrt. Es kann deshalb vorliegend offen bleiben, ob die Einhaltung der Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG eine Zulässigkeitsvoraussetzung oder entsprechend der ganz h.M. eine Begründetheitsvoraussetzung der Kündigungsschutzklage ist.²

IV. A konnte gemäß § 11 ArbGG die Kündigungsschutzklage selbst bei dem nach dem Sachverhalt örtlich zuständigen Arbeitsgericht erheben.

V. Ergebnis zu A.: Die Kündigungsschutzklage ist zulässig.

B. Begründetheit der Kündigungsschutzklage

Die Kündigungsschutzklage ist nur dann begründet, wenn zwischen A und V ein Arbeitsverhältnis bestand, das nicht durch eine fristlose Kündigung vom 23.02. beendet worden ist.

I. Zwischen A und V müsste also ein Arbeitsverhältnis bestanden haben, was voraussetzt, dass A Arbeitnehmer des V war.

1. Eine gesetzliche Definition des Arbeitnehmerbegriffs fehlt zwar, Einigkeit besteht jedoch weitgehend darüber, dass Arbeitnehmer derjenige ist, der aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages für einen anderen (in der Regel) gegen Entgelt unselbstständige Dienste leistet.³

2. Zwischen A und V müsste ein privatrechtlicher Vertrag vorliegen.

A war zwar für den V wegen der am 05.02. abgeschlossenen Vereinbarung tätig. Die rechtliche Grundlage der Tätigkeit des A war jedoch nicht ein privatrechtlicher Vertrag zwischen A und V, sondern die Eingliederungsvereinbarung zwischen A und der zuständigen Job-Agentur nach §§ 15, 16 Abs. 3 S. 2 SGB II, auf die die Vereinbarung vom 05.02. abstellte. Bei dieser Eingliederungsvereinbarung handelt es sich um ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis mit der Folge, dass zwischen V und A kein Arbeitsverhältnis bestand. Etwas anderes ergibt sich auch nicht bei einer möglichen Überschreitung der Zulässigkeitschranken für Arbeitsangelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung nach § 16 Abs. 3 SGB II, weil die Überschreitung der Zulässigkeitschranken allenfalls zur Rechtswidrigkeit des öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses, nicht dagegen zur Entstehung eines privatrechtlichen Vertrages zwischen V und A führt.⁴

II. Da zwischen den Parteien bereits kein Arbeitsverhältnis besteht, was zwingende Voraussetzung für den Erfolg der Kündigungsschutzklage ist, ist die vom A erhobene Kündigungsschutzklage schon aus diesem Grund unbegründet. Auf das Vorliegen eines wichtigen Kündigungsgrundes i.S.d. § 626 BGB kommt es nicht an.

III. Ergebnis zu B.: Die Kündigungsschutzklage ist unbegründet.

² Vgl. dazu Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzrecht, 10. Aufl. 2013 = KR/Friedrich § 4 KSchG Rn. 217 ff., auch zu praktischen Konsequenzen des Meinungsstreits.

³ Vgl. ausführlich zum Arbeitnehmerbegriff AS-Skript Arbeitsrecht (2014), Rn. 9 ff.

⁴ BAG, Urt. v. 26.09.2007 – 5 AZR 857/06, NZA 2007, 1422.

3. Ordnungsgemäßer Antrag

A hat entsprechend § 8 Abs. 2 S. 1 TzBfG mit Schreiben vom 08.01. die Verringerung seiner regelmäßigen Arbeitszeit von 40 auf 30 Wochenstunden ab dem 01.05. beantragt und damit die dreimonatige Antragsfrist des § 8 Abs. 2 S. 1 TzBfG gewahrt. A hat zwar im dem Antrag nicht die Arbeitszeiten an den einzelnen Tagen sowie die drei Tage konkret benannt, an denen er künftig die Arbeitsleistung erbringen soll. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 8 Abs. 2 S. 2 TzBfG soll der Antrag, muss also nicht, Angaben zu der gewünschten Verteilung der verringerten Arbeitszeit enthalten. Da A den Wunsch nach Verteilung der Arbeitszeit auf drei Tage geäußert hat, hat er die Festlegung der Lage der Arbeitszeit im Übrigen dem U aufgrund des diesem nach § 106 GewO zustehenden Direktionsrechts überlassen, was nach § 8 Abs. 1 S. 2 TzBfG zulässig ist.⁴³ Ein ordnungsgemäßer Teilzeitantrag i.S.d. § 8 Abs. 2 TzBfG liegt damit vor.

4. Kein Grund für den Teilzeitwunsch erforderlich

Nach dem Wortlaut des § 8 TzBfG kommt es nicht darauf an, aus welchem Grund der Arbeitnehmer die Verringerung der Arbeitszeit verlangt. Vielmehr wird in § 8 Abs. 4 S. 1, 2 TzBfG lediglich geregelt, aus welchen Grund der Arbeitgeber die gewünschte Verkürzung der Arbeitszeit ablehnen kann. Dementsprechend kommt es auch entgegen der Ansicht des U nicht darauf an, aus welchen Grund A die Arbeitszeitverkürzung verlangt.

II. Keine fingierte Einigung hinsichtlich der gewünschten Arbeitszeitverkürzung nach § 8 Abs. 5 S. 2, 3 TzBfG

1. Nach § 8 Abs. 5 S. 2 und 3 TzBfG wird die Einigung hinsichtlich der gewünschten Verringerung und Verteilung der Arbeitszeit fingiert, wenn keine Einigung erzielt worden und der Arbeitgeber nicht spätestens einen Monat vor dem Beginn der gewünschten Teilzeit den Teilzeitwunsch schriftlich ablehnt.

2. Da U die gewünschte Arbeitszeitverkürzung mit dem ausführlich begründeten Schreiben vom 10.03 nach einer Erörterung entsprechend § 8 Abs. 3 TzBfG rechtzeitig abgelehnt hat, hat er die Fiktion der Einigung nach § 8 Abs. 5 S. 2, 3 TzBfG verhindert. Es kann daher offen bleiben, ob die schriftliche Ablehnung entgegen der ganz h.M. begründet werden muss, obwohl dies nach dem Wortlaut des § 8 Abs. 5 S. 2, 3 TzBfG – anders als nach § 15 Abs. 7 S. 4 BEEG – nicht erforderlich ist.⁴⁵

III. Entgegenstehende betriebliche Gründe i.S.d. § 8 Abs. 4 TzBfG?

1. Der Arbeitgeber kann die Ablehnung nicht allein mit einer abweichenden unternehmerischen Vorstellung von der „richtigen“ Arbeitszeitverteilung begründen. Vielmehr muss er nach § 8 Abs. 4 S. 1 TzBfG der Verkürzung der Arbeitszeit zustimmen und ihre Verteilung entsprechend dem Wunsch des Arbeitnehmers festlegen, soweit betriebliche Gründe nicht entgegen stehen. Betriebliche Gründe liegen dabei nach § 8 Abs. 4 S. 2 TzBfG insbesondere dann vor, wenn die Verringerung der Arbeitszeit die Orga-

Beachte: Die Verletzung der in § 8 Abs. 3 TzBfG vorgesehenen Erörterungspflicht allein löst nach h.M. weder die Fiktion der Zustimmung aus noch hat sie die Verwirkung des Rechts zur Folge, den Teilzeitwunsch abzulehnen.⁴⁴

43 BAG, Urt. v. 13.11.2012, Fn. 42; Urt. v. 15.12.2009 – 9 AZR 72/09, NZA 2010, 447.

44 BAG, Urt. v. 08.05.2007 – 9 AZR 1112/06, NJW 2007, 3661.

45 MünchKomm/Müller-Glöße, Band 4, 6. Aufl. 2012, § 8 TzBfG Rn. 21 m.w.N.

nisation, den Arbeitsablauf oder die Sicherheit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt oder unverhältnismäßige Kosten verursacht. Nach dem Wortlaut des § 8 Abs. 4 TzBfG sind zwar dringende betriebliche Gründe nicht erforderlich, sie müssen aber hinreichend gewichtig sein. Maßgeblich ist dafür nach h.M. der Zeitpunkt der Ablehnungsentscheidung.⁴⁶

2. Fraglich ist somit, ob die vom U geltend gemachten Gründe die Ablehnung des Teilzeitwunsches rechtfertigen.

U beruft sich zur Ablehnung des Teilzeitwunsches des A auf die Unzumutbarkeit der Änderung der Organisation der bisherigen Bezirke sowie auf die Unzumutbarkeit der Kosten, die bei Einstellung einer Ersatzkraft mit 10 Wochenstunden entstehen würden.

a) Dem wirtschaftlichen Risiko des Arbeitgebers entspricht die unternehmerische Befugnis, das Arbeitszeitvolumen festzulegen, das für die Erreichung des unternehmerischen Zieles für erforderlich erachtet wird. Dementsprechend ist es nicht zu beanstanden, wenn U für die Betreuung des dem A zugewiesenen Bezirks ein Arbeitszeitvolumen von 40 Stunden pro Woche für erforderlich hält (1. Prüfungsstufe).

b) U könnte zwar den Teilzeitwunsch des A durch eine Verkleinerung seines Bezirks und eine Verteilung der Aufgaben auf andere Pharmareferenten oder durch die Einstellung einer Ersatzkraft ermöglichen (2. Prüfungsstufe), dies müsste ihr aber möglich und zumutbar sein (3. Prüfungsstufe).

aa) Da die anderen Pharmareferenten als Vollzeitkräfte andere Bezirke betreuen und damit ausgelastet sind, würde die Verkleinerung des Bezirks mangels einer personellen Überkapazität zu einer Verringerung des Betreuungsaufwandes und der Betreuungsintensität in anderen Bezirken führen, was U wegen des damit verbundenen Risikos der Unzufriedenheit der Kunden nicht zumutbar ist.

bb) U könnte zwar die Einstellung einer Ersatzkraft für 10 Wochenstunden möglich sein, um die bestehende Betreuung der Kunden zu aufrecht zu erhalten. Angesichts des erforderlichen Schulungsbedarfs und der damit verbundenen Kosten sowie der Kosten, die für die gleiche technische Ausstattung erforderlich wären, würde dies bei einer Ersatzkraft mit 10 Wochenstunden zu einer unverhältnismäßigen Kostenbelastung führen. Die Einstellung einer Ersatzkraft ist deshalb U ebenfalls nicht zumutbar, sodass offen bleiben kann, ob eine Ersatzkraft mit 10 Wochenstunden für diese Tätigkeit überhaupt zu finden wäre.

IV. Ergebnis: A hat keinen Anspruch auf die gewünschte Verkürzung und Verteilung der Arbeitszeit, weil diesem Verlangen betriebliche Gründe i.S.d. § 8 Abs. 4 TzBfG entgegen stehen.

Ob betriebliche Gründe die Ablehnung des Teilzeitwunsches rechtfertigen, ist in 3 Stufen zu prüfen:⁴⁷

1. Stufe: Ob und wenn ja, welches betriebliche Organisationskonzept liegt der vom AG als erforderlich angesehenen Arbeitszeit zugrunde

2. Stufe: Inwieweit steht die Arbeitszeitregelung dem Teilzeitwunsch des AN entgegen; dabei ist auch der Frage nachzugehen, ob der Teilzeitwunsch durch zumutbare Änderungen unter Wahrung des Organisationskonzepts mit der als betrieblich erforderlich angesehenen Arbeitszeit in Einklang gebracht werden kann

3. Stufe: Gewicht der betrieblichen Gründe; werden durch den Teilzeitwunsch betriebliche Belange oder das Organisationskonzept und die ihm zugrundeliegende unternehmerische Aufgabenteilung wesentlich beeinträchtigt?

⁴⁶ Vgl. BAG, Urt. v. 13.10.2010 – 9 AZR 910/08, NZA 2010, 339; AS-Skript Arbeitsrecht (2014), Rn. 275 ff.

⁴⁷ Vgl. dazu BAG, Urt. v. 13.11.2012 – 9 AZR 259/11, BB 2012, 2943; Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Aufl. 2015 = ErfK/Preis § 8 TzBfG, Rn. 26 ff.

Fall 15: Höhe der Vergütung

Der 55-jährige Hilfsarbeiter A, der seit drei Jahren arbeitslos ist, schloss mit U, der einen Metallbetrieb unterhält, im Dezember 2014 einen Formulararbeitsvertrag ab, der u.a. eine Hilfsarbeitertätigkeit in der 40-Stunden-Woche bei einem Bruttostundenlohn von 7 € beginnend mit dem 01.01.2015 vorsieht. Bei den Vertragsverhandlungen wollte A zwar einen höheren Lohn vereinbaren, U lehnte dies jedoch unter Hinweis darauf ab, dass er mangels Verbandsmitgliedschaft an keine Tarifverträge gebunden sei und A angesichts der langen Arbeitslosigkeit, der fehlenden Ausbildung und der schlechten Lage auf dem lokalen Arbeitsmarkt froh sein könne, wenn er von ihm eingestellt werde. Nach der vereinbarten Arbeitsaufnahme am 02.01.2015 stellte A fest, dass er eine sehr schwere körperliche Arbeit verrichten muss, und kommt zu der Überzeugung, dass der in der Region üblicherweise gezahlte Tariflohn von 13 € die angemessene Vergütung wäre. Kann A einen Stundenlohn in Höhe von 13 € verlangen?

I. Ein Anspruch aus dem Arbeitsvertrag i.V.m. dem einschlägigen Lohntarifvertrag steht A mangels beiderseitiger Tarifbindung i.S.d. § 3 Abs. 1 TVG bzw. der Allgemeinverbindlichkeit des Lohntarifvertrages nicht zu.

II. Ein Vergütungsanspruch aus dem Arbeitsvertrag i.V.m. § 611 BGB in Höhe von 13 € steht A schon deswegen nicht zu, weil im Arbeitsvertrag ein Stundenlohn von lediglich 7 € vereinbart worden ist.

III. A könnte ein Anspruch auf Zahlung einer üblichen Stundenvergütung i.H.v. 13 € aus dem Arbeitsvertrag i.V.m. §§ 611, 612 Abs. 2 BGB zustehen.

1. Eine wirksame Einigung über die wesentlichen Merkmale eines Arbeitsvertrages liegt vor. Eine eventuelle Unwirksamkeit der Lohnvereinbarung hat keine Gesamtnichtigkeit des Arbeitsvertrages nach § 139 BGB zur Folge, weil sich anderenfalls die aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes ergebende Unwirksamkeit der Lohnvereinbarung im Ergebnis zum Nachteil des Arbeitnehmers auswirken würde.

2. Da A und U eine Vergütungsvereinbarung getroffen haben, kommt eine **Anwendung des § 612 Abs. 2 BGB nur bei einer Unwirksamkeit der Lohnvereinbarung** in Betracht.

a) Fraglich ist somit zunächst, ob die Vereinbarung eines Stundenlohnes i.H.v. 7 € unwirksam ist.

Nach dem am 16.08.2014 in Kraft getretenen Mindestlohngesetz haben seit dem 01.01.2015 alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach § 1 Abs. 1 MiLoG einen Anspruch auf Zahlung eines Arbeitsentgelts mindestens in Höhe des Mindestlohns, der nach § 1 Abs. 2 MiLoG 8,50 € beträgt. Vereinbarungen, die – wie vorliegend – den Anspruch auf Mindestlohn unterschreiten, sind insoweit nach § 3 Abs. 1 MiLoG unwirksam. Ob es sich bei § 3 Abs. 1 MiLoG um ein gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 BGB handelt oder diese Norm eine spezialgesetzliche Anordnung der Rechtsfolgen des Gesetzesverstoßes darstellt, sodass ein Rückgriff auf § 134 BGB nicht erforder-

§ 612 Abs. 2 BGB greift nicht nur dann ein, wenn überhaupt keine Vergütungsvereinbarung vorliegt, sondern auch dann, wenn die Vergütungsvereinbarung unwirksam ist.

lich ist, ist zwar umstritten,⁴⁸ kann aber offen bleiben, da die vorliegende Vereinbarung eines Stundenlohnes auf jeden Fall unwirksam ist. Die Voraussetzungen des § 612 Abs. 2 BGB liegen demnach an sich vor.

b) Fraglich ist aber, ob § 612 Abs. 2 BGB ohne Weiteres dann anwendbar ist, wenn die Lohnvereinbarung allein wegen Unterschreitung des Mindestlohnes unwirksam ist, da § 1 Abs. 1, 2 MiLoG einen gesetzlichen Mindestlohnanspruch von 8,50 € regelt, sodass ein Rückgriff auf § 612 Abs. 2 BGB ausgeschlossen sein könnte.

Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass § 612 Abs. 2 BGB bei einer Unwirksamkeit einer Lohnvereinbarung ohne Weiteres anwendbar ist mit der Folge, dass dem Arbeitnehmer ein „Aufstockungsanspruch“ auf die branchenübliche Vergütung zusteht.⁴⁹ Nach der Gegenansicht enthält dagegen das MiLoG ein eigenes und vorrangig zu prüfendes Rechtsfolgeregime, nach dem beim Verstoß der Lohnvereinbarung „ausschließlich“ gegen das MiLoG nur ein Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn nach § 1 Abs. 1 i.V.m. § 20 MiLoG besteht, der häufig niedriger als die branchenübliche Vergütung ist.⁵⁰ Diese Frage bedarf aber vorliegend keiner Entscheidung, wenn § 612 Abs. 2 BGB wegen Sittenwidrigkeit der vorliegenden Lohnvereinbarung nach § 138 BGB nichtig ist, da in diesem Fall weitgehend Einigkeit darüber besteht, dass § 612 Abs. 2 BGB – wie nach der bisherigen Rechtslage – weiterhin anwendbar ist.⁵¹ Begründet wird dies damit, dass die branchenübergreifende Mindestlohngrenze von 8,50 € nur ein absolutes Lohnminimum darstellt, das nur zur Verbesserung der Rechtsposition aller Arbeitnehmer eingeführt wurde. Die Sittenwidrigkeitskontrolle nach § 138 BGB stellt dagegen ganz konkret auf die Tätigkeit des Arbeitnehmers und deren Wert sowie die Region und Branche ab, so dass sie auch nach der Einführung des MiLoG mit der Folge des § 612 Abs. 2 BGB vorzunehmen ist.⁵²

c) § 612 Abs. 2 BGB ist somit anwendbar, wenn die Vereinbarung eines Lohnes i.H.v. 7 € unabhängig vom MiLoG wegen Sittenwidrigkeit nichtig ist.

Beachte: § 134 BGB ist im Verhältnis zu § 138 BGB grds. die speziellere Norm, sodass eine Nichtigkeit einer Vereinbarung nach § 134 BGB zuerst zu prüfen ist.⁵³

aa) Es kommt zwar eine Nichtigkeit der Lohnvereinbarung nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen den strafrechtlichen Lohnwuchertatbestand des § 291 Abs. 1 Nr. 3 StGB in Betracht. Da jedoch die Anpassung dieses strafrechtlichen Wuchertatbestandes an den zivilrechtlichen Wuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB nicht den Sinn hatte, die Vorschrift des § 138 Abs. 2 BGB zivilrechtlich gegenstandslos zu machen, geht die wohl h.L. zu Recht davon aus, dass § 138 Abs. 2 BGB als eine zivilrechtliche Sonderregelung des Wuchertatbestandes gegenüber dem sachlich übereinstimmenden § 291 StGB Vorrang hat mit der Folge, dass sich die Nichtigkeit der Lohnvereinbarung wegen Lohnwuchers nicht aus § 134 BGB i.V.m. § 291.

48 Vgl. dazu Sittard RdA 2015, 99, 106 mit Meinungsübersicht.

49 So Däubler NZA 2014, 924, 927; Palandt/Heinrichs § 138 BGB Rn. 65.

50 So Sittard RdA 2015, 99, 106; Bayreuther NZA 2014, 865, 866.

51 ErfK/Franzen § 1 MiLoG Rn. 1; ErfK/Preis § 612 BGB Rn. 3 c; Däubler NZA 2014, 924, 927; Sittard RdA 2015, 99, 106; Forst/Degen DB 2015, 863, 864 mit Meinungsübersicht.

52 Vgl. ErfK/Franzen § 1 MiLoG Rn. 1; Sittard RdA 2015, 99, 106; a.A. im Ergebnis Forst/Degen DB 2015, 863, 866, da der Mindestlohn von 8,50 € jedenfalls eine „Taxe“ i.S.d. § 612 Abs. 2 BGB sei.

53 Palandt/Heinrichs § 138 BGB Rn. 65.

Zweckmäßiges Vorgehen bei Prüfung der Anwendbarkeit des KSchG nach § 23 Abs. 1 KSchG:

1. Mehr als 10 AN i.S.d. § 23 Abs. 1 KSchG
– KSchG immer anwendbar
2. Nicht mehr als 5 AN i.S.d. § 23 Abs. 1 KSchG – KSchG nie anwendbar
3. Mehr als 5, aber nicht mehr als 10 AN i.S.d. § 23 Abs. 1 KSchG
– Trennung zwischen sog. Alt- und Neuarbeitnehmern:
 - a) Neuarbeitnehmer
– KSchG nicht anwendbar
 - b) Altarbeitnehmer
– KSchG anwendbar, wenn am 31.12.2003 und im Zeitpunkt des Kündigungszugangs mehr als 5 Alt-AN i.S.d. § 23 Abs. 1 KSchG

aa) Nach § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG setzt die Anwendbarkeit des KSchG dem 01.01.2004 grds. voraus, dass der Arbeitgeber regelmäßig mehr als 10 Arbeitnehmer beschäftigt, wobei bei der Festlegung der Beschäftigtenzahl die Teilzeitkräfte entsprechend dem Umfang ihrer Arbeitszeit anteilig nach Maßgabe des § 23 Abs. 1 S. 4 KSchG zu berücksichtigen sind.

Im Zeitpunkt des Kündigungszugangs beschäftigte U neben A die Vollzeitkräfte B, C, D, E und I sowie sieben Aushilfskräfte mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von nicht mehr als 10 Stunden, insgesamt also 9,5 Arbeitnehmer i.S.d. § 23 Abs. 1 KSchG. Das KSchG wäre nicht anwendbar.

bb) Für die Arbeitnehmer, die – wie A – vor dem 01.01.2004 eingestellt wurden (sog. Altarbeitnehmer) gilt allerdings das KSchG nach § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG bereits dann, wenn und solange der Arbeitgeber mehr als fünf der sog. Altarbeitnehmer beschäftigt. Die zuletzt genannte Einschränkung ergibt sich aus § 23 Abs. 1 S. 3 Hs. 2 KSchG, wonach die sog. Neuarbeitnehmer bei der Feststellung der Beschäftigtenzahl nach § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG bis zu einer Beschäftigung von i.d.R. 10 Arbeitnehmern nicht zu berücksichtigen sind.

U beschäftigte am 31.12.2003 die Vollzeitkräfte A–F und damit mehr als fünf Arbeitnehmer. Da jedoch der langjährige Mitarbeiter F im Februar 2011 altersbedingt ausgeschieden ist, waren in dem maßgeblichen Zeitpunkt des Kündigungszugangs nicht mehr als fünf, sondern nur noch fünf sog. Altarbeitnehmer beschäftigt, sodass das KSchG auf das Arbeitsverhältnis mit dem A nach § 23 Abs. 1 S. 2–4 KSchG nicht anwendbar ist. Die Tatsache, dass für den langjährigen Mitarbeiter F die Vollzeitkraft I eingestellt wurde, ändert daran nichts, weil es sich dabei um eine Neueinstellung handelt, die nach § 23 Abs. 1 S. 3 Hs. 2 KSchG bis zu einer Beschäftigung von i.d.R. 10 Arbeitnehmern nicht zu berücksichtigen ist.¹²⁵

2. Zwischenergebnis: Die Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit A scheitert auch nicht an fehlender sozialer Rechtfertigung nach § 1 Abs. 1 KSchG, weil das KSchG auf das Arbeitsverhältnis des A nach § 23 Abs. 1 S. 2–4 KSchG nicht anwendbar ist.

VI. Unwirksamkeit der ordentlichen Kündigung nach §§ 138, 242 BGB wegen Sittenwidrigkeit bzw. Treuwidrigkeit?

Außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG gilt der Grundsatz der Kündigungsfreiheit. Eine ordentliche Kündigung ist daher nur ausnahmsweise nach § 138 BGB sittenwidrig bzw. nach § 242 BGB treuwidrig. Auf dem „Umweg“ über diese Generalklauseln kann also nicht ein Kündigungsschutz angenommen werden, der dem nach § 1 KSchG entspricht. Da U die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit A nicht willkürlich, sondern wegen wiederholten unentschuldigtem Fehlens erklärte, ist die Kündigung weder sitten- noch treuwidrig i.S.d. §§ 138, 242 BGB. Die Tatsache, dass A zuvor nicht abgemahnt worden ist, ändert daran nichts, weil eine vorherige Abmahnung grds. nur Wirksamkeitsvoraussetzung einer verhaltensbedingten Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG ist.

VII. Ergebnis: Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit A ist wirksam.

¹²⁵ BAG, Urt. v. 23.05.2013 – 2 AZR 54/12, NZA 2013, 1197; Urt. v. 27.11.2008 – 2 AZR 790/07, NZA 2009, 484; Urt. v. 21.09.2006 – 2 AZR 840/05, NZA 2007, 438.

STICHWORTVERZEICHNIS

Die Zahlen verweisen auf die Seiten.

Ablösungsprinzip	7	Eigenschäden des Arbeitnehmers	64
Abmahnung	100, 102	Ein-Euro-Job	1
Altarbeitnehmer	80	Einschlägigkeit der Abmahnung	100
Anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit	86	Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall	37
Androhungsfunktion der Abmahnung	100	Erschütterung des Beweiswertes einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung	39
Angebot der Arbeitsleistung	53	Feiertagsvergütung	45
Anlasskündigung	42	Freikündigung	111
Annahmeverzug	53, 55	Freistellungsklausel	34
Anti-Diskriminierungsgesetz	23	Freiwilligkeitsvorbehalt	13
Anwendungsbereich des KSchG	79	Fristlose Kündigung	103
Anwendungsvorrang des § 87 Abs. 1 BetrVG	11	Gleichbehandlungsgrundsatz	15
Arbeitgeberhaftung	64	Gleichstellungsabrede	8
Arbeitnehmer	2, 3	Grundsatz der Kündigungsfreiheit	72
Arbeitnehmerähnliche Person	5	Günstigkeitsprinzip	6
Arbeitnehmerhaftung	58, 60, 62	Haustürgeschäft (Aufhebungsvertrag)	67
Arbeitsunfall	62	Innerbetriebliche Gründe (Betriebsbedingte Kündigung)	82
Arbeitszeit	25	Innerbetrieblicher Schadens- ausgleich	58, 60, 63, 64, 65
Arbeitszeitverkürzung nach § 8 TzBfG	29	Interessenabwägung	99, 104
Aufhebungsvertrag	66, 68, 70	Interessenausgleich mit Namensliste	87
Aufrechnung gegen Vergütungsanspruch	58	Klagefrist	72
Außerbetriebliche Gründe (Betriebsbedingte Kündigung)	82	Kündigung aus betriebsbedingten Gründen	81
Außerordentliche Kündigung	104	Kündigung aus personenbedingten Gründen	91, 93, 96
Beanstandungsfunktion der Abmahnung	100	Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen	96, 98, 101
Befristung	117, 118	Kündigung wegen Alkoholabhängigkeit	96
Beschäftigungsanspruch	34	Kündigung wegen Kurzerkrankungen	90
Besonderer Kündigungsschutz als Betriebsratsmitglied	110, 112	Kündigung wegen langandauernder Erkrankung	93
Besonderer Kündigungsschutz als Schwerbehinderter	113, 115	Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB	105
Betriebliche Übung	12	Kündigungszugang	72
Betriebliches Eingliederungsmanagement	90	Lohnausfallprinzip	38, 40, 46
Betriebsänderung	88	Lohnwucher	33
Betriebsbedingte Kündigung	81	Massenentlassungsanzeige	85
Betriebsobmann	112		
Betriebsratsanhörung	87, 90, 103, 110		
Betriebsratsmitglied (Besonderer Kündigungsschutz)	110, 112		
Betriebsrisiko	44, 59, 61, 65		
Betriebsvereinbarung	10		
Dauerbedarf (Befristung)	118		
Direktionsrecht	17		
Dringendes betriebliches Erfordernis	82, 85		

Negative Gesundheitsprognose	91, 93	Teilzeitverlangen	28
Neuarbeitnehmer	80	Theorie der sog. doppelten Wirksamkeits- voraussetzung	17
Ordnungsprinzip	7	Treuwidrigkeit der Kündigung	80
Personenbedingte Kündigung	91, 93, 96	Überstundenklausel	26
Pfändungsfreigrenzen	58	Unmöglichkeit der Arbeitsleistung.....	44
Probezeitkündigung	72	Unternehmerische Entscheidung	85
Prozessbeschäftigung.....	56	Urlaubsabgeltung	50
Rangprinzip	6	Urlaubsanspruch	47
Rechtsquellen des Arbeitsrechts.....	6	Verbraucher (Arbeitnehmer)	67
Rechtsquellenkonkurrenz.....	6	Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer	83
Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten.....	1, 75, 98	Verhaltensbedingte Kündigung	96, 98, 101
Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG.....	6, 11	Verhältnismäßigkeitsprinzip	99, 101, 104
Sachgrund der Vertretung	118	Verlängerung der Befristung	43, 78, 106, 115, 117, 119
Sachgrundlose Befristung	117	Verringerung der Arbeitszeit nach § 8 TzBfG	28
Schwangerschaftsfrage	21	Versetzung.....	17
Schwerbehinderter (Besonderer Kündigungs- schutz).....	113	Versetzungsvorbehalt.....	18
Schwerbehinderung	75, 113	Vertretung (Befristung)	118
sic-non-Fall	1	Warnfunktion der Abmahnung	100
Sittenwidrigkeit der Kündigung.....	80	Wartezeit des § 3 EFZG.....	39, 41
Soziale Auswahl.....	83, 86, 89	Wegebezogener Unfall.....	62
Sperrzeit nach § 144 SGB III.....	70	Weiterbeschäftigungsanspruch.....	34, 35
Spezialitätsprinzip	7	Wiederholungserkrankung.....	41
Subjektive Determination der Betriebsrats- anhörung	91	Zulässigkeit der Kündigungsschutzklage	75, 98