

JURA

Juristische Ausbildung

Übungen

herausgegeben von

Prof. Dr. Dagmar Coester-Waltjen, München

Prof. Dr. Dirk Ehlers, Münster

Prof. Dr. Klaus Geppert, Berlin

Prof. Dr. Dr. h. c. Harro Otto, Bayreuth

Prof. Dr. Jens Petersen, Potsdam

Prof. Dr. Friedrich Schoch, Freiburg i. Br.

Prof. Dr. Klaus Schreiber, Bochum



RECHT

De Gruyter Recht · Berlin

Rolf Wank

Übungen
im Arbeitsrecht

3., neubearbeitete und erweiterte
Auflage



RECHT

De Gruyter Recht · Berlin 2002

Dr. Rolf Wank

Professor für Bürgerliches Recht, Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht
an der Ruhr-Universität Bochum

Gedruckt auf säurefreiem Papier,
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Wank, Rolf:

Übungen im Arbeitsrecht / von Rolf Wank. – 3., neubearb. Aufl. –

Berlin : De Gruyter Recht, 2002

(Jura : Übungen)

ISBN 3-89949-002-9 (De Gruyter Recht)

ISBN 3-11-017203-8 (de Gruyter)

© Copyright 2002 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH,
D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

Einband: Iris Farnschläder, D-34131 Kassel

Datenkonvertierung/Satz: WERKSATZ Schmidt & Schulz GmbH,
D-06773 Gräfenhainichen

Druck und Bindung: Kösel GmbH & Co., Kempten

1. Teil: Einführung

I. Zweckmäßiges Lernen

Wenn Sie Arbeitsrecht lernen wollen, so brauchen Sie beides: Stoffkenntnis und Erfahrung in der Falllösung. Diese Schrift will Ihnen helfen, die anhand von Lehrbüchern gewonnenen Erkenntnisse am Fall einzuüben und zu kontrollieren. Sie sollten also beim Erlernen des Arbeitsrechts gleichzeitig mit Lehrbuch und Fallanleitung arbeiten.

Am besten gehen Sie dabei nach der »Schwerpunkt-Methode« vor. Konsumieren Sie Ihr Lehrbuch nicht wie einen Roman, sondern beschäftigen Sie sich mit Problemschwerpunkten. Nehmen Sie als Beispiel die Frage, ob der Franchise-Nehmer Arbeitnehmer oder Selbstständiger ist. Sie können diese Frage in die allgemeine Problematik des Arbeitnehmerbegriffs einordnen. Dazu sollten Sie sich zunächst einmal allgemein über Rechtsprechung und Literatur zu diesem Fragenkreis informieren. Um zu einem Verständnis Ihrer Spezialproblematik zu gelangen, sollten Sie wie folgt vorgehen:

1. Wie sieht der Grundfall aus?

Um welches Rechtsproblem geht es, in welche Fragen nach welchen Rechtsfolgen ist es verpackt, welche weiteren Probleme folgen aus der zugrunde liegenden Entscheidung, welche Argumente werden in Rechtsprechung und Literatur vertreten?

2. Welche Erweiterungen des Grundfalls gibt es?

In welchen anderen außer den klar einzuordnenden Fällen taucht das Problem noch auf? Wie ist es strukturiert, wie sind hier Detailprobleme und Argumente?

3. Welche Varianten des Grundfalles gibt es?

Wie sind sie strukturiert, welche Probleme und Argumente gibt es?

Nach dieser Vorklärung werden Sie feststellen können, ob Ihr konkreter Fall in die Kategorie »Grundfall zum Arbeitnehmerbegriff« oder in die Kategorie »Erweiterungen des Grundfalls zum Arbeitnehmerbegriff« oder in die Kategorie »Varianten des Grundfalls zum Arbeitnehmerbegriff« gehört und sowohl die grundsätzliche Fragestellung als auch die spezielle Fragestellung in Ihrem Fall richtig erkennen. Wenn Sie bei diesem Lernen gleichzeitig die Probe am Fall machen, etwa nach der vorliegenden Fallsammlung, stoßen Sie schneller zum Kern der Probleme vor.

Hüten Sie sich davor, nach Theorien zu lernen! Lernen Sie stattdessen in Rechtsproblemen und Anwendungsfällen. Auch die Theorien sind in der Weise entstanden, dass man bestimmte Rechtsprobleme lösen und Erklärungsmuster für bestimmte Anwendungsfälle liefern wollte. Am Anfang steht das Problem, nicht die Theorie. Kandidaten, die nicht nach Problemen, sondern nach Theorien lernen, werfen dem Prüfer in der mündlichen Prüfung zwar die Namen aller Theorien an den Kopf; aber die dazugehörige Problematik können sie selbst an einem einfachen Fall nicht erkennen, und damit sind ihre Kenntnisse unbrauchbar. Lernen Sie demgegenüber anwendungsbezogen, d. h. anhand von Fällen!

II. Besonderheiten des Arbeitsrechts?

1. Es besteht manchmal die Vorstellung, dass es im Arbeitsrecht gegenüber dem vergleichsweise durchnormierten Bürgerlichen Recht an einer ausreichenden Kodifizierung fehle; alles beruhe auf Richterrecht und Rechtsfiguren wie Treue- und Fürsorgepflicht. Dieser Eindruck täuscht. Tatsächlich ist das Arbeitsrecht in einer Fülle von Einzelgesetzen geregelt – nehmen Sie sich irgendeine Sammlung arbeitsrechtlicher Gesetze zur Hand und Sie werden das bestätigt finden. Die §§ 611–630 BGB, in die in den BGB-Kommentaren das gesamte Arbeitsrecht gepresst wird, geben insoweit leicht ein falsches Bild.

Soweit das Gesetzesrecht durch Richterrecht ausgelegt und konkretisiert wird, entspricht das dem in den anderen Rechtsgebieten Üblichen (vgl. etwa die Kommentierung zur Verkehrssicherungspflicht¹ mit der zu den dringenden betrieblichen Erfordernissen bei der Kündigung²). Besonderen Rechtsfiguren, die durch Gewohnheitsrecht und Richterrecht im Bürgerlichen Recht entwickelt (und die durch die Schuldrechtsreform ins Gesetz aufgenommen) wurden (z. B. »Positive Vertragsverletzung«), entsprechen eigene Rechtsfiguren des Arbeitsrechts (z. B. »gefährgeneigte Arbeit«, jetzt »innerbetrieblicher Schadensausgleich«, »arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz«, »betriebliche Übung«). Nur in einem Gebiet ist das geltende Recht mangels gesetzlicher Regelung ganz überwiegend dem Richterrecht zu entnehmen: im Arbeitskampfrecht.

2. Für Ihre Fallbearbeitung ergibt sich: Gehen Sie zunächst immer von der gesetzlichen Regelung aus! Sie werden erstaunt sein, wie vieles sich auf eine

1 ZB in MK-*Mertens*, BGB, 2. Aufl 1986, § 823, Rn 177 ff, 182 ff.

2 S zB KR-*Etzel*, § 1 KSchG, Rn 515 ff.

gesetzliche Regelung zurückführen lässt (so verweist z. B. die Formulierung »aus dringenden betrieblichen Gründen erforderlich« in § 1 Abs. 2 KSchG auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip;³ die Formulierung in Art. 9 Abs. 3 GG, »zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen« zeigt, dass der politische Streik keinen verfassungsrechtlichen Schutz genießt.⁴ Vieles lässt sich, wenn schon nicht unmittelbar aus dem Wortlaut, so jedenfalls aus dem gesetzlichen System ableiten. Beispielsweise ergibt sich für das Ineinandergreifen betrieblicher und sozialer Gründe in § 1 KSchG folgender Zusammenhang und damit folgende Prüfungsreihenfolge:

- dringende betriebliche Erfordernisse, § 1 Abs. 2 KSchG
(= nur betriebliche Gründe)
- soziale Auswahl, § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG
(= nur soziale Gründe im Anschluss an die Prüfung nach Abs. 2)
- ausnahmsweise besondere betriebliche Gründe vorrangig vor sozialen Gründen, § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG
(betriebliche Gründe innerhalb der Auswahl nach Abs. 3 Satz 1).

Soweit gesetzliche Regelungen durch Richterrecht ausgelegt oder konkretisiert worden sind, gibt es bei der Falllösung zwei Möglichkeiten, die Subsumtionsmethode *Gesetzesauslegung* und die Fallgruppenbildung *Gesetzeskonkretisierung*.⁵ Bei der Subsumtionsmethode wird jedes einzelne Merkmal einer Gesetzesvorschrift zunächst abstrakt ausgelegt, sodann wird ein Sachverhaltsmerkmal unter das gesetzliche Merkmal in der Auslegung, die es durch Rechtsprechung und Schrifttum gefunden hat, subsumiert. Bei der Fallgruppenbildung wird die Norm durch Fallgruppen, Untergruppen und Unter-Untergruppen so weit konkretisiert, dass eine Anwendung auf den konkreten Fall möglich ist. Dieses methodische Vorgehen ist z. B. für die §§ 138, 242, 826 BGB, § 1 UWG und § 1 Abs. 2 KSchG geboten.

Auch im Falle von Richterrecht sollten Sie bei der Falllösung ähnlich vorgehen wie beim Gesetzesrecht, und zwar gleichgültig, ob es sich um Gesetzesauslegendes und Gesetzeskonkretisierendes Richterrecht handelt oder um Gesetzesvertretendes Richterrecht, wie im Arbeitskampfrecht. Bilden Sie zunächst Rechtssätze, als ob es sich um Gesetzesrecht handelte, und legen Sie diese dann aus oder konkretisieren Sie sie.

3 v. Hoyningen-Huene/Linck, § 1 KSchG, Rn 139 ff.

4 MünchArbR-Otto, § 285, Rn 37 ff; Wank, Anm zu BAG EzA Art 9 GG Arbeitskampf Nr 80 mwN.

5 Zur Konkretisierung s. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl 1991, S 288 ff; Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S 145 ff.

In einem zweiten Schritt sind Fallgruppen zu bilden. Sie können beispielsweise mit Hilfe eines Kommentars die einzelnen Fallgruppen zu einer bestimmten Frage ermitteln und sodann prüfen, ob sich Ihr konkreter Fall unter eine dieser Fallgruppen subsumieren lässt.

III. Die Prüfungsreihenfolge

Auch für arbeitsrechtliche Klausur- und Hausarbeitsaufgaben gelten die allgemeinen Grundsätze⁶ wie für zivilrechtliche Fälle.⁷ Üblicherweise ist nach einem Anspruch gefragt. Die Frage kann aber auch dahin gehen, ob die Kündigung wirksam ist oder ob der Tarifvertrag oder die Betriebsvereinbarung wirksam sind.

Auch für die Lösung arbeitsrechtlicher Fälle gilt, dass jede juristische Prüfung von einer Rechtsfolge ausgehen muss. An der Spitze Ihrer Prüfung muss also die Antwort in Form einer abstrakten Rechtsfolge aus einem Rechtssatz des Gesetzesrechts oder des Richterrechts stehen, aus der sich die konkrete Rechtsfolge ergibt, nach der am Ende der Aufgabenstellung gefragt ist. Allgemeine Erörterungen zur »Rechtsnatur« der Kündigung, zum »Wesen des Arbeitskampfs« oder dergleichen sind überflüssig und damit falsch.

Viele Studenten meinen, im Arbeitsrecht komme es nicht auf eine exakte Subsumtion an. So schreiben sie etwa in einer Klausur über das Prinzip »ohne Arbeit kein Lohn« oder über das Prinzip »Lohn ohne Arbeit« statt, wie es geboten wäre, gleich unter §§ 615, 616 BGB oder eine entsprechende Vorschrift zu subsumieren.

Suchen Sie zu der abstrakten Rechtsfolge den abstrakten Tatbestand, entweder aus einem Rechtssatz des Gesetzesrechts oder aus einem Rechtssatz des Richterrechts. Zerlegen Sie ihn in einzelne Tatbestandsmerkmale, die Sie für die Hausarbeit mit Hilfe von Lehrbüchern und Kommentaren, in der Klausur mit Hilfe der Auslegungsregeln der juristischen Methodenlehre »auslegen« oder »konkretisieren«.

Bei diesem Prüfschritt sollen Ihnen die anliegenden Aufbauschemata helfen. Die Arbeit der Zerlegung in Tatbestandsmerkmale und in eine bestimmte Reihenfolge wird Ihnen insofern abgenommen.

⁶ S zB *Brox*, JA 1987, S 169 ff; *Diederichsen*, Die BGB-Klausur, 9. Aufl 1998; *Olzen/Wank*, Zivilrechtliche Klausurenlehre mit Fallrepetitorium, 3. Aufl 2001.

⁷ Zu Besonderheiten des Arbeitsrechts s *Estelmann*, JuS 1989, S 298 ff; *Lieb*, Arbeitsrecht, § 2.

Subsumieren Sie schließlich mit den Sachverhaltsangaben unter die im Wege der Auslegung oder Konkretisierung ermittelten abstrakten Merkmale des Rechtssatzes.

IV. Arten von Arbeitsrechts-Klausuren

Sie können sich die Vorbereitung auf die Übungen und das Examen erleichtern und die Angst vor unbekanntem Aufgabenstellungen abbauen, wenn Sie sich klarmachen, dass es auch hier – wie im Bürgerlichen Recht allgemein – einige Grundmuster für Klausuren gibt.

Im *Individualarbeitsrecht* geht es um das Arbeitsverhältnis insgesamt und um einzelne Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis.

Bei der ersten Frage orientieren Sie sich an dem Schema Entstehung, Änderung und Beendigung des Arbeitsvertrages. Zur Entstehung sind die Sonderprobleme Qualifizierung des Beschäftigungsverhältnisses (Fall Nr. 1) und fehlerhaftes Arbeitsverhältnis (Fall Nr. 2) zu merken, bei der Änderung die Problematik Direktionsrecht oder Vertragsänderung – und im Zusammenhang damit die Mitbestimmung des Betriebsrats (Fall Nr. 12) – und bei der Beendigung ordentliche Kündigung (Fall Nr. 8), außerordentliche Kündigung (Fall Nr. 9) und Befristung (Fall Nr. 1) ebenso wie einige Sondervorschriften, wie § 613 a Abs. 4 BGB (Fall Nr. 10).

Die Anspruchsklausur kann auf den Primäranspruch, also auf Erfüllung, oder auf Sekundäransprüche, insbes. auf Schadensersatz, gerichtet sein.

Der *Erfüllungsanspruch* des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer hat praktische Bedeutung nur in der Variante, ob der Arbeitnehmer einer Weisung des Arbeitgebers Folge leisten muss (s. Fall Nr. 5).

Der Arbeitnehmer kann gegen den Arbeitgeber geltend machen: Erfüllungsansprüche

- betr. die Hauptleistung des Arbeitgebers, die Lohnzahlung,
- betr. Lohnersatzleistungen, z.B. Lohnfortzahlung im Krankheitsfall (s. Fall Nr. 4)
- betr. Erfüllung von Nebenleistungspflichten, z.B. Zahlung von Sonderzuwendungen (s. Fall Nr. 3); hierzu sind die Probleme Gleichbehandlung, betriebliche Übung und Widerruf zu beachten.

Schadensersatzansprüche des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer unterliegen den Sonderregeln des innerbetrieblichen Schadensausgleichs (s. Fall Nr. 6). Bei Schadensersatzansprüchen des Arbeitnehmers gegen den Arbeit-

geber sind §§ 104f. SGB VII betr. Personenschäden und das Problem der Eigenschäden zu beachten (s. Fall Nr. 7).

In Ausbildung und Praxis kommt der *Kündigung* erhebliche Bedeutung zu.

Sie sollten sich zum Kündigungsrecht fünf Problemkreise merken:

- Kündigungserklärung
- Fristen und Termine
- Kündigungsgrund
- Kündigungsverfahren
- Sonderkündigungsschutz.

Bei der *Kündigungserklärung* können Probleme der Auslegung der Willenserklärung, der Form und des Zugangs oder der Stellvertretung auftreten.

Bei *Fristen und Terminen* ist die Rechtslage gegenüber früher dadurch erheblich vereinfacht, dass die Gesamtregelung für die ordentliche Kündigung jetzt in § 622 BGB enthalten ist. Sonderprobleme können sich dadurch ergeben, dass ein Tarifvertrag abweichende Regelungen vorsieht oder dass das Gesetz für besondere Personengruppen eine abweichende Regelung enthält (s. z. B. § 86 SGB IX).

Schwerpunkt ist die Frage des *Kündigungsgrundes*. Während für die Kündigungserklärung, für Fristen und Termine das Kündigungsschutzgesetz keine Rolle spielt, ist es in diesem Zusammenhang zu beachten. Entweder unterliegt die Kündigungserklärung dem Kündigungsschutzgesetz – dann ist ein Kündigungsgrund gem. § 1 Abs. 2 KSchG erforderlich; oder sie unterliegt dem Gesetz nicht; dann bedarf es keines Kündigungsgrundes, und es findet nur eine Inhaltskontrolle nach §§ 134, 138, 242 BGB statt; insbesondere bei Kündigungen im Kleinbetrieb (§ 23 Abs. 1 KSchG) ist § 242 BGB zu beachten.

Beim *Verfahren* geht es einmal um das Verfahren bei der Kündigung (z. B. Anhörung des Betriebsrats, Einhaltung der 2-Wochen-Frist gem. § 626 Abs. 2 BGB), und zum anderen um das Verfahren vor Gericht. Hierbei ist zwischen der Kündigungsschutzklage nach dem Kündigungsschutzgesetz gem. § 4 KSchG und der allgemeinen Feststellungsklage gem. § 256 ZPO i. V. m. § 46 Abs. 2 ArbGG auf Bestehen des Arbeitsverhältnisses zu unterscheiden. Beide Klagearten unterscheiden sich hinsichtlich des Streitgegenstandes und damit u. a. auch des Umfangs der gerichtlichen Prüfung und der Rechtskraft.⁸

⁸ Dazu eingehend *Prütting* in Germelmann ua, ArbGG, 4. Aufl 2002, Einl Rn 161 ff.

Einige Personengruppen genießen einen *besonderen Kündigungsschutz*, sowohl im Hinblick auf das materielle Recht als auch im Hinblick auf das Verfahren (so u. a. Betriebsratsmitglieder, Schwangere und Mütter, Schwerbehinderte; zu Auszubildenden s. Fall Nr. 9).

Bevor Sie bei einer *ordentlichen Kündigung* auf Einzelheiten des § 1 Abs. 2 KSchG eingehen, müssen Sie unbedingt prüfen:

- persönlicher Geltungsbereich des Gesetzes: nur anwendbar auf Arbeitnehmer, die seit mehr als einem halben Jahr im selben Betrieb beschäftigt sind, § 1 Abs. 1 KSchG
- sachlicher Geltungsbereich, der Betrieb muss mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftigen, § 23 KSchG
- Einhaltung der Klagefrist (merken Sie sich die Kette §§ 4, 7, 13 KSchG).

Ist die Klagefrist von drei Wochen ab Zugang der Kündigungserklärung eingehalten, gelangen Sie zu § 1 Abs. 2 KSchG.

Ist die Klagefrist nicht eingehalten, so müssen Sie unterscheiden:

- Ist Streitgegenstand die Wirksamkeit der Kündigung nach §§ 1 Abs. 2, 3 KSchG, so ist die verspätete Klage unbegründet, §§ 4, 7 KSchG.
- Ist Streitgegenstand ein anderer Unwirksamkeitsgrund (z. B. keine Anhörung des Betriebsrats, § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG), so ist keine Einhaltung der Klagefrist erforderlich, § 13 Abs. 3 KSchG.

Die *außerordentliche Kündigung* ist in der Regel eine fristlose Kündigung. Doch findet bei nach Tarifvertrag unkündbaren Arbeitnehmern eine außerordentliche befristete Kündigung statt.

Der Kündigungsgrund für die außerordentliche Kündigung richtet sich nach § 626 BGB. Bezüglich der Klagefrist nimmt § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG auf die §§ 4 und 7 KSchG Bezug, d. h. es gilt auch hier die Dreiwochenfrist. Das wird oft übersehen.

Im *kollektiven Arbeitsrecht* können Klausuren aus dem Bereich des Betriebsverfassungsrechts und des Rechts der Unternehmensmitbestimmung, des Tarifvertragsrechts und des Arbeitskampfrechts vorkommen.

Im *Betriebsverfassungsrecht* geht es meist darum, unter welchen Voraussetzungen ein Mitwirkungsrecht (Anhörungs-, Widerspruchs- oder echtes Mitwirkungsrecht) des Betriebsrats besteht. Die Rechtsfolgen können sowohl kollektivrechtlicher Art sein (im Verhältnis Arbeitgeber-Betriebsrat) als auch individualrechtlicher Art (z. B. Unwirksamkeit der Maßnahme des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer; s. zum Ganzen die Fälle Nr. 11 und 12).

Das *Mitbestimmungsrecht* zeichnet sich durch eine Verschränkung von Gesellschaftsrecht und Arbeitsrecht aus. Probleme ergeben sich insbes. daraus, dass grundsätzlich die Strukturen des Gesellschaftsrechts beibehalten wurden und das Mitbestimmungsrecht (insbes. nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976) dem Gesellschaftsrecht aufgefropft wurde.

Im *Tarifvertragsrecht* ist üblicherweise zu prüfen, ob der Tarifvertrag zwischen den Parteien gilt, wie er auszulegen ist und wie die Konkurrenz zu anderen Rechtsgrundlagen ist (Konformität des Tarifvertrages mit dem Gesetz, Konkurrenz zu Betriebsvereinbarungen gem. §§ 77 Abs. 3, 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG, Konkurrenz zu Individualarbeitsverträgen (Günstigkeitsprinzip, § 4 Abs. 3 TVG).

Arbeitskampfrecht kann entweder unmittelbar im Hinblick auf die am Arbeitskampf beteiligten Parteien Klausurgegenstand sein oder mittelbar im Hinblick auf die Parteien des Arbeitsverhältnisses. Häufige Fragen sind dabei die Rechtmäßigkeit von Streik und Aussperrung und die Verteilung des Lohnrisikos (s. Fall Nr. 13).

V. Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf das Arbeitsrecht

Die Schuldrechtsreform hat einerseits zu Änderungen im BGB geführt, die sich natürlich auch auf arbeitsrechtliche Falllösungen auswirken, andererseits aber auch eigene arbeitsrechtliche Vorschriften mit sich gebracht.⁹

So müssen Sie bei Ihrer Falllösung jetzt beachten, dass einige durch Rechtsfortbildung entstandene Rechtsinstitute nunmehr gesetzlich geregelt sind, so die PVV in § 280 BGB (s. z. B. Fall Nr. 4), wobei zwischen einer Verletzung leistungsbezogener Pflichten einerseits und einer Verletzung nicht leistungsbezogener Pflichten andererseits (§§ 282, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB) unterschieden werden muss. C.i.c. finden Sie nunmehr in §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB, die Störung der Geschäftsgrundlage in § 313 BGB.

Viele Vorschriften sind neu gefasst. So müssen Sie statt auf §§ 275/323 ff. BGB jetzt auf §§ 275/326 BGB zurückgreifen. Insoweit ist wichtig, dass

⁹ Zu den speziellen Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf das Arbeitsrecht s insbes *Gotthardt*, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, 2002; ferner *Annuß*, BB 2002, S 458; *Canaris*, JZ 2001, S 504; *Däubler*, NZA 2001, S 1329; *Henssler*, RdA 2002, S 129; *Jossen*, NZA 2001, S 745; *Lingemann*, NZA 2002, S 181; *Löwisch*, NZA 2001, S 445; *Olzen/Wank*, Die Schuldrechtsreform, 2002, Rn 469ff; *Reinecke*, DB 2002, S 583; *Wilhelm*, JZ 2001, S 861, 865.

§ 326 BGB im Arbeitsrecht durch zahlreiche Spezialvorschriften, wie z. B. §§ 615, 616 BGB oder § 3 EFZG verdrängt wird (s. Fälle 4 und 5).

In vielen Fällen muss das Konkurrenzverhältnis zwischen Vorschriften des Bürgerlichen Rechts zu denen des Arbeitsrechts durchdacht werden. So gilt der Gedanke des Abmahnungserfordernisses aus § 314 BGB nunmehr auch (nicht nur kraft Richterrechts sondern kraft Gesetzes) bei der Kündigung.

Rein arbeitsrechtliche Vorschriften finden Sie in § 619 a BGB zur Arbeitnehmerhaftung (s. Fall Nr. 6); in § 615 Satz 3 BGB zum Lohnrisiko (s. Fall Nr. 4); in § 275 Abs. 3 BGB zum Leistungsverweigerungsrecht (s. Fall Nr. 5).

VI. Verzeichnis der Aufbauschemata

	<u>Seite</u>
Nr. 1: Arbeitnehmer oder Selbstständiger?	20
Nr. 2: Befristung eines Arbeitsvertrages	21
Nr. 3: Anfechtungsrecht des Arbeitgebers	34
Nr. 4: Betriebliche Übung	54
Nr. 5: Gleichbehandlung im Arbeitsrecht	56
Nr. 6: Lohnfortzahlung	71
Nr. 7: Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers	86
Nr. 8: Innerbetrieblicher Schadensausgleich	100
Nr. 9: Haftung des Arbeitgebers bei Eigenschaden des Arbeitnehmers	110
Nr. 10: Klage gegen eine ordentliche Kündigung	123
Nr. 11: Klage gegen eine betriebsbedingte Kündigung	124
Nr. 12: Klage gegen eine außerordentliche Kündigung	136
Nr. 13: Betriebsübergang	147
Nr. 14: Mitbestimmung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten nach § 87 BetrVG	162
Nr. 15: Mitbestimmung des Betriebsrats bei Versetzungen	180
Nr. 16: Rechtmäßigkeit eines Arbeitskampfes	192

2. Teil: Einübung in die Fallbearbeitung

1. Ausgangsfall

»Drei Rundfunk-Mitarbeiter«

Beim Hessischen Rundfunk, Abt. Fernsehen (HR), sind der Regisseur R, der Korrespondent K und die Orchestergeigerin G eingestellt.

R hat einen Vertrag mit dem HR höchstens für die Dauer der Serie »Texas«. Er wurde zunächst nur für drei Folgen eingestellt; angesichts des anhaltenden Publikumserfolges ist sein Vertrag mehrmals um drei Folgen verlängert worden. R benutzt die Studios des HR. Er arbeitet überwiegend mit eigenem Personal; auf die Ausgestaltung der einzelnen Folgen der Serie, auf Arbeitseinteilung und Drehorte nimmt die Rundfunkanstalt keinen Einfluss. – R ist im Übrigen als Regisseur am Hamburgischen Staatstheater angestellt.

K ist seit zehn Jahren werktags im Durchschnitt acht Stunden in dem ihm vom HR zur Verfügung gestellten Regionalstudio als Korrespondent und Moderator tätig. Er steht der Zentrale für Berichte, Kommentare, Interviews und Recherchen zur Verfügung. Aufgrund seines vierteljährlich erneuerten Vertrages erhält er monatlich pauschal 2 000 €.

G hat vor zwei Jahren das Examen an der Musikfachschule, das Voraussetzung für die Einstellung beim HR-Orchester ist, endgültig nicht bestanden. Sie wird seitdem im gleichen Umfang wie die festangestellten Orchestermusiker beim HR eingesetzt, indem sie fehlende Orchestermusiker vertritt; dabei wird sie jeweils für den einzelnen Einsatz eingestellt.

R, K und G meinen, sie seien Arbeitnehmer des HR; Arbeitsverträge dürften im Übrigen nur unbefristet abgeschlossen werden. Sie erheben beim Arbeitsgericht Klage auf Feststellung, dass sie beim HR in unbefristeten Arbeitsverhältnissen stehen. Die Rundfunkanstalt hält dem entgegen, die Rundfunkfreiheit sei in der Verfassung besonders geschützt. Die Anstalt dürfe deshalb, unabhängig vom allgemeinen Arbeitsrecht, ihr Personal nach ihrem Bedarf einstellen und dabei vor allem auch dem Abwechslungsbedürfnis des Publikums Rechnung tragen.

R, K und G fragen, ob ihre Klagen begründet sind.

Lösung

Vorüberlegungen

1. Es sind die Rechtsverhältnisse von drei Personen zu untersuchen. In derartigen Fällen empfiehlt es sich, jedes für sich zu prüfen und notfalls nach oben zu verweisen. Ein allgemeiner Vorspann für mehrere Personen oder Rechtsverhältnisse ist nicht zu empfehlen. Das Gutachten orientiert sich an der Klage. Das Gericht muss über die einzelnen Klagen getrennt entscheiden.
2. Betrifft die Fallfrage eine Klage, so können entweder Zulässigkeit und Begründetheit zu prüfen sein (»Wie wird das Gericht entscheiden?«) oder nur die Begründetheit (hier: »Sind ihre Klagen begründet?«). Im zweiten Fall ist auf prozessuale Probleme nicht einzugehen.
3. Jeder der drei Mitarbeiter stellt zwei Fragen: Ist er Arbeitnehmer? Ist sein Beschäftigungsverhältnis befristet? Beide Fragen sind aus der Einkleidung des Falles gedanklich herauszuarbeiten und getrennt zu prüfen.
4. Bei der Frage, ob R, K und G Arbeitnehmer sind, muss auf den Meinungsstreit zum Arbeitnehmerbegriff eingegangen werden. Wie stellt man einen Meinungsstreit in Rechtsprechung und Literatur zweckmäßigerweise dar? Dafür gibt es mehrere Möglichkeiten. Wichtig ist zunächst als gedankliche Vorüberlegung, die *Fallrelevanz* zu überprüfen.

Beispiel: Ein Problem ist in Rechtsprechung und Literatur lebhaft umstritten. Im konkreten Fall würden die Anhänger aller dazu vertretenen Meinungen zum gleichen Ergebnis kommen. Ist auf den Meinungsstreit einzugehen? – Es genügt, jeweils knapp aufzuzeigen, zu welchem Ergebnis man nach Meinung (1), (2) und (3) kommt, Übereinstimmung im Ergebnis festzustellen und den Streit im Einzelnen dahinstehen zu lassen.

Ist der Meinungsstreit fallrelevant, empfiehlt sich folgende Art der Darstellung:

- | | |
|-------------|--|
| Meinung (1) | – Inhalt, Vertreter, Argumente pro Meinung (1),
kontra Meinung (1) mit Hilfe von Meinungen (2)
und (3) |
| Meinung (2) | – Inhalt, Vertreter, Argumente pro Meinung (2),
kontra Meinung (2) mit Hilfe von Meinungen (1)
und (3) |
| Meinung (3) | – Inhalt, Vertreter, Argumente pro Meinung (3),
kontra Meinung (3) mit Hilfe von Meinungen (1)
und (2) |

Stellungnahme (4) – eigene Stellungnahme unter Verwendung der genannten Argumente

Es empfiehlt sich, dass Sie die von Ihnen abgelehnten Meinungen zuerst, die von Ihnen zugrundegelegte Meinung zuletzt nennen.

5. Wichtig ist es bei jeder Fallbearbeitung, die *Spezialprobleme* gerade des vorliegenden Falles zu erkennen. Sie zeigen sich meist schon bei einer gründlichen Lektüre des Sachverhalts. Im vorliegenden Fall fällt bei der Durchsicht des Sachverhalts auf:

- a) Problem des Verhältnisses Arbeitsrecht/Verfassungsrecht.
Wie können beide in Aufbau und Inhalt auf einander bezogen werden?
- b) Wer ist Träger des Grundrechts aus Art. 5 GG ?
- c) Kann von einem Abwechslungsbedürfnis die Rede sein, wenn ein Mitarbeiter seit zehn Jahren an derselben Stelle beim Rundfunk beschäftigt wird?
- d) Ist innerhalb der Fallgruppe »Aushilfskraft« weiter zu differenzieren?

Ausarbeitung

A. Die Klage des R

Die Klage des R ist begründet, wenn R beim HR in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis steht.

Das setzt voraus, dass R Arbeitnehmer ist. R könnte jedoch auch Selbstständiger (»freier Mitarbeiter«) sein, auf den Arbeitsrecht nicht anwendbar ist. In Betracht kommt, dass der HR mit ihm einen Werkvertrag, § 631 BGB, für die Dauer der Serie »Texas« geschlossen hat.

I. Der Arbeitnehmerbegriff der h. M.

Wie zwischen Arbeitnehmern und Selbstständigen abzugrenzen ist, ist in der Literatur umstritten. Nach h. M. kommt es auf die persönliche Abhängigkeit des Beschäftigten an.¹ Sie wird vor allem verstanden als Weisungsgebundenheit hinsichtlich Ort, Zeit und Inhalt der Arbeit.² Daneben wird

¹ Seit BAG AP Nr 1 zu § 611 BGB Abhängigkeit st Rspr.; aus der Lit s *Brox/Rüthers*, Arbeitsrecht, Rn 18 ff; *Hanau/Adomeit*, Arbeitsrecht, Rn 534 ff; *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht, Bd I, § 9 III 3, S 41 ff; *Söllner*, Arbeitsrecht, § 3 I, S 17 ff; s auch *Zöllner/Loritz*, Arbeitsrecht, § 4 III 5, S 45 ff.

² S die Nachw bei *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige, 1988, S 11 ff.

auch berücksichtigt, ob der Beschäftigte in die Organisation des Auftraggebers eingeordnet und auf dessen Personal und Material angewiesen ist.³ Dabei soll im Verhältnis zwischen Vertrag und tatsächlicher Durchführung im Zweifel die tatsächliche Handhabung den Ausschlag geben.⁴ Unerheblich seien die Bezeichnung im Vertrag sowie die wirtschaftliche Abhängigkeit.⁵

II. Der Arbeitnehmerbegriff der Minderheitsmeinung

In der Literatur werden demgegenüber eine Reihe unterschiedlicher Abgrenzungskriterien genannt, wie »Verlust der Dispositionsfreiheit«,⁶ »soziale Schutzbedürftigkeit«,⁷ »sachliche Abhängigkeit«⁸ und »freiwillige Übernahme des Unternehmerrisikos«.⁹

Auf den Meinungsstreit braucht allerdings nur eingegangen zu werden, wenn man nach den verschiedenen Meinungen im Ausgangsfall zu divergierenden Ergebnissen gelangt.

III. Anwendung auf den Streitfall

1. Folgt man der h. M., so ergibt sich: Auf den Inhalt der Arbeit des R nimmt der HR keinen Einfluss. Wann und wo R arbeitet, bleibt ihm überlassen. Er ist auch nicht in die betriebliche Organisation des HR eingegliedert, da er überwiegend mit eigenem Personal arbeitet. Allerdings benutzt er die Studios des HR. Bei einer Gesamtbetrachtung aller Umstände nach der »Schwerpunktmethode« spricht aber die überwiegende Zahl und das überwiegende Gewicht der Umstände für eine selbstständige Tätigkeit des R.¹⁰ Die genauere Bestimmung des Vertragstyps nach Selbstständigigenrecht kann daher dahingestellt bleiben.

3 BAG AP Nr 11, 21, 24, 25, 26, 37 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

4 Seit BAG AP Nr 1 zu § 611 BGB Abhängigkeit st Rspr; s BAG AP Nr 73 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

5 BAG AP Nr 1 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

6 *Lieb*, Arbeitsrecht, § 1 I 2, S 3 ff; *Wiedemann*, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, 1966, S 13 ff.

7 *Rosenfelder*, Der arbeitsrechtliche Status des freien Mitarbeiters, 1982, S 165 ff.

8 *Heuberger*, Sachliche Abhängigkeit als Kriterium des Arbeitsverhältnisses, 1982, S 15 ff.

9 *Wank* (o Fn 2), S 99 ff, 117 ff; *ders*, NZA 1999, S 225; weitere Nachw bei *Wank*, NZA 1999, S 225, 226 Fn 18; bezüglich § 7 SGB IV *ders*, AuR 2001, S 291, S 327; ferner § 1 Abs 3 Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes des Freistaats Sachsen, BR-Drucks 293/95.

10 Vgl BAG AP Nr 34 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

2. Legt man die Minderheitsmeinungen zugrunde, so zeigt sich, dass R nicht sozial schutzbedürftig und auch nicht sachlich abhängig ist. Er hat seine Dispositionsfreiheit nicht aufgegeben, sondern als selbstständiger Regisseur freiwillig ein Unternehmerrisiko übernommen. Indem er sich jeweils gegenüber verschiedenen Auftraggebern für eine bestimmte Zeitspanne als Regisseur verdingt, hat er die Chance, seine Arbeitskraft optimal einzusetzen, muss dafür aber in Kauf nehmen, dass arbeitsrechtliche Schutzvorschriften auf ihn nicht anwendbar sind.¹¹ Auch nach den Minderheitsmeinungen ist R daher kein Arbeitnehmer, so dass auf den Meinungsstreit nicht eingegangen zu werden braucht.

Die Frage nach der zulässigen Befristung des Vertrages kann unter diesen Umständen dahinstehen.

Die Klage des R ist unbegründet.

B. Die Klage des K

Die Klage des K ist begründet, wenn zwischen K und dem HR ein unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht.

I. Arbeitnehmereigenschaft

1. Folgt man der h. M. zum Arbeitnehmerbegriff, so ergibt sich: K ist insofern vom HR persönlich abhängig, als er zeitlich weisungsgebunden ist. Er muss jeden Werktag, im Durchschnitt acht Stunden täglich, für den HR arbeiten. Örtlich ist er an das Regionalstudio des HR gebunden. Inwieweit er bei der Ausübung seiner Tätigkeit inhaltlichen Weisungen unterliegt, ist im Einzelnen aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich. Jedenfalls muss er aber als Korrespondent und Moderator der Zentrale für Berichte, Kommentare, Interviews und Recherchen zur Verfügung stehen; er arbeitet also jeweils aufgrund konkreter Aufträge aus der Zentrale. Die Tatsache, dass er seit 10 Jahren beim HR beschäftigt ist, spricht ebenfalls dafür, dass er in einer dauerhaften Beziehung zum HR steht. Die Art, wie seine Vergütung geregelt ist – monatliches Pauschalhonorar anstelle einer Vergütung für die jeweilige Tätigkeit –, ergibt ein weiteres Indiz für die ständige Betrauung mit Aufgaben für den HR. Schließlich ist er auch durch die tägliche Anwesenheit im Studio voll in die Organisation des HR eingegliedert.¹²

¹¹ Vgl. Wank, Gem Anm zu BAG AP Nr 34–36 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

¹² Vgl. zu diesem Merkmal BAG AP Nr 35 zu § 611 BGB Abhängigkeit; zur Bedeutung von Dienstplänen s. BAG AP Nr 68 und 73 zu § 611 BGB Abhängigkeit sowie AP Nr 15 zu § 611 BGB Rundfunkfreiheit.

2. Da er während eines jeden Arbeitstages nur für den HR arbeitet und er auch kontinuierlich beim HR beschäftigt ist, ist er auch sozial schutzbedürftig. Von dem Studio des HR ist er sachlich abhängig. Seine Möglichkeit, über seine Arbeitskraft außerhalb des HR zu verfügen, hat er verloren. Er hat durch die Aufnahme der Tätigkeit beim HR nicht freiwillig ein Unternehmerrisiko übernommen.¹³ K ist nach allen Meinungen Arbeitnehmer.

3. Etwas anderes könnte sich aber aus der in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleisteten Rundfunkfreiheit ergeben. Der Schutzbereich dieses Grundrechts erstreckt sich auch auf das Recht der Rundfunkanstalten, den Erfordernissen der Programmgestaltung bei der Einstellung und damit bei der Wahl der Vertragsform Rechnung zu tragen.¹⁴ Allerdings gilt das nur für »programmgestaltende Mitarbeiter«, wie Regisseure, Moderatoren oder Kommentatoren. K gehört zu diesem Kreis. Deshalb ist bei der Anwendung des Arbeitsrechts den verfassungsrechtlichen Anforderungen Rechnung zu tragen. Ein schutzwürdiges Abwechslungsbedürfnis aus Gründen der Programmgestaltung, das gegen den Abschluss eines Arbeitsvertrages sprechen könnte, ist aber hier nicht ersichtlich, so dass es bei dem oben gefundenen Ergebnis bleibt: K ist Arbeitnehmer des HR.

II. Befristung

Seine Klage ist allerdings nur dann begründet, wenn das Arbeitsverhältnis zwischen ihm und dem HR unbefristet ist. Nach dem Vertrag ist seine Beschäftigung auf ein Vierteljahr befristet.

1. Die Befristung eines Arbeitsvertrages ist nach § 14 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 TzBfG bis zur Dauer von zwei Jahren ohne sachlichen Grund zulässig.¹⁵ Da K aber bereits seit zehn Jahren beim HR beschäftigt ist, ist eine sachgrundlose Befristung des Arbeitsvertrages nicht möglich.

2. Die Befristung könnte jedoch nach § 14 Abs. 1 TzBfG zulässig sein. Die bereits vor In-Kraft-Treten des TzBfG herrschende Meinung, nach der es für die Zulässigkeit einer Befristung im Arbeitsrecht grundsätzlich eines sachlichen Grundes bedarf,¹⁶ ist nunmehr Gesetz geworden. Auszugehen ist von der Enumeration der Sachgründe in § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG.

a) Hier könnte die Eigenart der Arbeitsleistung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG eine Befristung rechtfertigen. Auch bei unveränderter Leis-

13 Vgl. *Wank*, Gem Anm zu BAG AP Nr 34–36 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Bl 119.

14 BVerfGE 59, S 231; s auch BVerfG AP Nr 5 zu Art 5 Abs 1 GG Rundfunkfreiheit.

15 *Hinweis*: Das am 1. Januar 2001 in Kraft getretene TzBfG ist Nachfolgegesetz zum BeschFG.

16 MünchArbR-*Wank*, 2. Aufl, Ergänzungsband 2002, § 116, Rn 63 ff mwN.