

**Hinweis:**

Die nachstehenden Lösungen der vier Probefälle sind bewusst vergleichsweise ausführlich gehalten, damit die Lösungen aus sich heraus möglichst verständlich sind. Auch eine überdurchschnittliche Leistung kann daher durchaus etwas weniger umfangreich gehalten sein. Im Übrigen ist der Lerneffekt am größten, wenn Sie zunächst selbst versuchen, die verschiedenen Fälle gedanklich durchzuarbeiten, bevor Sie die Lösung lesen.

**Zusatzhinweis:** Die Zulassungsklausur wird aus **zwei Fällen** bestehen.

**Probefälle zur  
Zulassungsklausur in der Veranstaltung „Grundzüge des Arbeitsrechts“  
(Schwerpunkt: Individualarbeitsrecht)**

**Fall 1**

Um einen eigenen Beitrag für die Haushaltskasse der Familie beisteuern zu können, hatte die Musikerin M ihre alte Geige hervorgekramt und sich in ihrer Stadt bei einer Orchesterproduktion O-GmbH vorgestellt. Sie hatte aufgrund ihres musikalischen Talents großes Glück beim Vorspielen und ist mittlerweile bereits seit 6 Jahren bei der O-GmbH, die ca. 200 Arbeitnehmer beschäftigt, als Orchesteraushilfe tätig. Zwischen der O und M war ein Vertrag geschlossen worden, wonach M als „freie Mitarbeiterin“ eingestellt wurde und dem Orchester im Bedarfsfalle zur Verfügung stand. Die Vergütung erfolgte durch Einzelabrechnungen (pro Stunde 45 Euro) anhand von Anwesenheitslisten, in die sich M – ebenso wie die fest angestellten Musiker – bei ihren Einsätzen einzutragen hatte. Auf Grund eines jeweils durch Anschlag am schwarzen Brett bekannt gegebenen Dienstplanes spielte M durchschnittlich etwa 32 Stunden pro Woche, was im Wesentlichen der Arbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Musikers im Angestelltenverhältnis entsprach. Entsprechend der bei freien Mitarbeitern üblichen Praxis der O wurden für M weder Personalunterlagen geführt noch Lohnsteuern und Sozialversicherungsbeiträge gezahlt. Nachdem ihr Ehemann sich entschlossen hat, einmal eine Auszeit zu nehmen, macht M sich Gedanken um die weitere finanzielle Situation der Familie. Sie möchte wissen, ob die O das Vertragsverhältnis mit ihr nur durch eine sozial gerechtfertigte Kündigung iSd. § 1 KSchG oder ohne weiteres ordentlich beenden kann.

## **Lösung zu Fall 1**

### **Anwendbarkeit des KSchG**

Die ordentliche Kündigung des Vertragsverhältnisses mit M bedarf dann gemäß § 1 Abs. 1 KSchG der sozialen Rechtfertigung, wenn der Anwendungsbereich des KSchG eröffnet ist.

### **I. Betrieblicher Anwendungsbereich, § 23 I KSchG**

Fraglich ist, ob der betriebliche Anwendungsbereich eröffnet ist. Das bestimmt sich nach § 23 I KSchG. Die O-GmbH beschäftigt mehr als 200 Arbeitnehmer. Mangels näherer Angaben ist davon auszugehen, dass alle diese Arbeitnehmer in einem Betrieb beschäftigt sind. Der betriebliche Anwendungsbereich des KSchG ist daher eröffnet.

### **II. Persönlicher Anwendungsbereich, §§ 1 I, 14 KSchG**

Weiterhin müsste der persönliche Anwendungsbereich eröffnet sein. Das bestimmt sich nach § 1 I KSchG.

#### **1. Arbeitnehmereigenschaft der M**

Damit das KSchG in persönlicher Hinsicht anwendbar ist, müsste ein Arbeitsverhältnis vorliegen, M also Arbeitnehmerin sein.

Eine gesetzliche Definition des Begriffs Arbeitnehmer fehlt. Nach allgemeiner Meinung wird angenommen, dass AN derjenige ist, der sich durch einen privatrechtlichen Vertrag verpflichtet, Dienste zu leisten, die in unselbständiger Arbeit zu erbringen sind. Die Unselbständigkeit des Dienstnehmers wird von der Rechtsprechung mit persönlicher Abhängigkeit gleichgesetzt.

#### **a. Privatrechtlicher Vertrag**

Zunächst müsste das Rechtsverhältnis durch einen privatrechtlichen Vertrag begründet worden sein. Hiervon sind insbesondere Beamte, Richter und Familienangehörige, die aufgrund gesetzlicher Verpflichtung Dienstleistungen erbringen, auszunehmen. Die Rechtsbeziehungen zwischen der Musikerin M und der O als einer juristischen Person des Privatrechts sind durch einen privatrechtlichen Vertrag begründet worden, so dass diese Voraussetzung erfüllt ist.

**b. Leistung von Diensten**

Damit ein Arbeitsverhältnis begründet ist, müsste die M gem. § 611 I BGB verpflichtet sein, auf entgeltliche Weise Dienstleistungen für andere zu erbringen. Der Arbeitsvertrag ist ein Unterfall des Dienstvertrags iSd. § 611 I BGB.

**aa. Merkmal der Dienstleistung**

Das Merkmal der Dienstleistung grenzt den Arbeitsvertrag u.a. von Werkverträgen nach § 631 BGB ab. Beim Werkvertrag wird ein durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg geschuldet, § 631 II BGB. Beim Dienst-/Arbeitsvertrag wird dagegen die Tätigkeit als solche geschuldet, § 611 I BGB. M schuldet der O-GmbH aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags die Leistung des Spielens im Orchester. Sie schuldet also eine Tätigkeit als solche. Damit ist ihr Vertrag nicht als Werkvertrag zu qualifizieren.

**bb. Merkmal der Entgeltlichkeit**

M erhält für ihre Tätigkeit ein Entgelt. Es kann hier daher offen bleiben, ob die Entgeltlichkeit Voraussetzung für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages ist und dazu dient, Dienst- bzw. Arbeitsverträge von der unentgeltlichen Geschäftsbesorgung, dem Auftrag nach § 662 BGB, abzugrenzen.

**cc. Zwischenergebnis: Leistung von Diensten (+)****c. Unselbständigkeit der Dienstleistung**

Wenn ein Arbeitsverhältnis begründet werden soll, muss der Dienstvertrag auf die Leistung unselbständiger Dienste gerichtet sein. Werden selbstständige Dienstleistungen erbracht, liegt ein freier Dienstvertrag vor, bspw. bei Leistungen eines Rechtsanwalts oder Steuerberaters. An dieser Stelle muss eine Abgrenzung Selbständiger – Arbeitnehmer erfolgen. Maßgeblich für diese Abgrenzung ist dabei nicht, wie der Vertrag bzw. die Vertragsparteien bezeichnet werden, sondern die objektiven Umstände, unter denen die Dienstleistung tatsächlich erbracht wird. Entscheidendes Kriterium ist das der persönlichen Abhängigkeit. Die Umschreibung der M als „freie Mitarbeiterin“ spielt also keine Rolle. Für die Unterscheidung Arbeitnehmer/Selbständiger ist nämlich nicht die wirtschaftliche, sondern die persönliche Abhängigkeit (Unselbständigkeit) des Dienstleistenden vom Dienstberechtigten entscheidend.

Das Merkmal „persönliche Abhängigkeit“ muss näher definiert werden. Dabei ist auf die einzelnen Vertragsumstände abzustellen, deren Aussagewert von der Eigenart der konkreten Tätigkeit abhängig ist. Die Rspr. bestimmt den Grad der persönlichen Abhängigkeit in erster Linie nach dem Umfang, in welchem der Dienstnehmer an Weisungen gebunden ist. Damit greift sie auf § 84 I 2 HGB zurück, wonach selbständig ist, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Vorrangiges Kriterium ist die Weisungsgebundenheit des Dienstleistenden bzgl. Art und Weise, der Zeit und Dauer sowie des Ortes der Dienstleistung. Als weiteres wichtiges Kriterium nennen manche Urteile die Eingliederung in eine fremdbestimmte Arbeitsorganisation. In der Literatur werden überwiegend die gleichen Grundsätze angewendet, anstelle der Weisungsgebundenheit und der Eingliederung wird allerdings häufig das Kriterium der Fremdnützigkeit herangezogen. Das Arbeitsverhältnis sei dadurch geprägt, dass der Vertragspartner die Arbeitskraft für eigene Zwecke verwerte. In diesem Fall kann er über die eigene Arbeitskraft nicht mehr frei verfügen und hat daher nicht die Möglichkeit eigener unternehmerische Teilnahme am Marktgeschehen.

Vorliegend kommt der Weisungsgebundenheit im Hinblick auf den Tätigkeitsinhalt keine ausschlaggebende Bedeutung zu. Der M kann zwar vorgeschrieben werden, welche Musikstücke in welcher Reihenfolge und wie gespielt werden. Dies liegt aber in der Natur der Sache, weil es sich vorliegend um eine Teamleistung handelt, bei der eine Leitung unumgänglich ist. Eine maßgebliche Rolle spielt deshalb die Frage, ob die einzelnen Einsätze verpflichtend angeordnet wurden oder ob M in ihrer Entscheidung frei war, an den Proben und Aufführungen teilzunehmen. Hier hat O Dienstpläne ausgehängt, in die sich auch M einzutragen hatte. Zwar war M bei der einzelnen Eintragung frei, musste aber doch insgesamt ihre Arbeitskraft der O zur Verfügung stellen. Hätte sich M nicht von selbst eingetragen, wäre O berechtigt gewesen, den Einsatz anzuordnen. Dies genügt für eine Weisungsbindung. Zudem ist M auf Grund des Umfangs sowie der Art und Weise der Dienstleistung und Anwesenheitsfeststellung in gleicher Weise wie die fest angestellten Musiker in das Orchester und damit in den Betrieb der R eingegliedert. Dies ist ein weiteres wichtiges Indiz für die Arbeitnehmerstellung der M.

M setzt auch ihre gesamte Arbeitskraft für die O ein, was allein schon daraus folgt, dass M im gleichen Umfang wie die über eine volle Stelle im Angestelltenverhältnis verfügenden Kollegen eingesetzt wurde. Auch dies spricht für eine Arbeitnehmerstellung der M. Da der Einsatz der vollen Arbeitskraft für die O sowie die Art und Weise der Eingliederung in deren Betrieb stark für die Arbeitnehmerstellung der M sprechen, kommt eine andere Statusbeurteilung allenfalls nur dann in Betracht, wenn die übrigen Vertragsumstände (Indizien) eindeutig dagegen sprechen würden, was aber nicht der Fall ist.

Dagegen ist die Frage, ob Personalunterlagen geführt bzw. Lohnsteuern und Sozialversicherungsbeiträge abgeführt werden, unerheblich, weil sie über die Art und Weise der Tätigkeitserbringung nichts aussagt.

#### **d. Zwischenergebnis**

Nach den dargestellten Kriterien ist M demnach Arbeitnehmerin iSd. KSchG.

#### **2. Dauer des Beschäftigungsverhältnisses, § 1 I KSchG**

Schließlich müsste auch die sog. Wartezeit erfüllt sein. Dies richtet sich nach § 1 I KSchG. Das Arbeitsverhältnis muss mindestens sechs Monate ununterbrochen bestanden haben. M ist seit 6 Jahren beschäftigt, so dass das KSchG auch in zeitlicher Hinsicht anwendbar ist.

#### **IV. Ergebnis**

Der Anwendungsbereich des KSchG ist eröffnet, so dass eine ordentliche Kündigung ihres Vertragsverhältnisses der sozialen Rechtfertigung nach § 1 Abs. 1 KSchG bedarf.

**Fall 2:**

Die Arbeitgeberin Verona gönnt sich nach fünf Jahren ohne Urlaub endlich einmal eine dreiwöchige Kreuzfahrt. Als sie von dieser gut erholt und voll neuem Schwung zurückkehrt, muss sie feststellen, dass ihr Büroleiter Franjo, der für Personalangelegenheiten keinerlei Vollmacht hat, einen Tag nach ihrer Abreise einen neuen Sachbearbeiter im Namen der Verona eingestellt hat, weil er meinte, die Belegschaft habe insgesamt viel zu viel Arbeit. Franjo hatte bislang stets zuverlässig gearbeitet und insbesondere keine Arbeitnehmer auf eigene Faust eingestellt. Dieter - der neue Sachbearbeiter - arbeitet damit bereits seit knapp drei Wochen im Betrieb der Verona. Verona ist mit der Einstellung ganz und gar nicht einverstanden und fragt sich nun

- 1) ob zwischen ihr und Dieter ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist
- 2) und wenn ja, ob sie an dieses auch für die Zukunft gebunden ist.

**Hinweis:** Auf § 54 HGB ist nicht einzugehen.

**Lösung Fall 2:****Frage 1)****Liegt zwischen A und S ein Arbeitsverhältnis vor?**

Fraglich ist, ob ein wirksames Arbeitsverhältnis nach § 611 Abs. 1 BGB zwischen V und D zustande gekommen ist.

**I. Wirksamer Arbeitsvertragsschluss**

Ein Vertrag kommt durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen zustande, dem Antrag und der Annahme, §§ 145 ff. BGB. Problematisch ist, dass V hier nicht persönlich gehandelt hat. Sie wurde aber möglicherweise wirksam von F vertreten, vgl. §§ 164 ff. BGB.

**II. Wirksame Stellvertretung, § 164 I BGB**

Fraglich ist, ob V von F wirksam vertreten wurde.

**1. Eigene Willenserklärung**

Eine wirksame Stellvertretung i.S.d. § 164 I BGB setzt zunächst eine eigene WE des F im Namen der V voraus. Davon ist im vorliegenden Fall auszugehen.

**2. Im fremden Namen, Offenkundigkeit**

Weiterhin müsste F im fremden Namen gehandelt haben. Dazu muss der Erklärende hinreichend deutlich machen, dass er für jemanden anders handeln will. Auch davon ist auszugehen.

**3. Mit Vertretungsmacht**

F müsste aber des Weiteren im Rahmen seiner Vertretungsmacht gehandelt haben. Ihm war hier weder rechtsgeschäftlich noch gesetzlich Vertretungsmacht eingeräumt worden (§ 54 HGB soll laut Bearbeitungshinweis außer Betracht gelassen werden). Anhaltspunkte für eine Duldungs- oder Anscheinsvollmacht sind nicht ersichtlich, weil F bislang stets zuverlässig gearbeitet und V das einmalige Handeln von F nicht durch eine Sorgfaltswidrigkeit ermöglicht hat. F hat mithin als Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt. Die Folgen ergeben sich aus §§ 177 ff. BGB. Die Wirksamkeit des Vertrags hängt zunächst von der Genehmigung des Vertretenen ab, § 177 I BGB. Da V auch die Genehmigung des ohne Vertretungsmacht vorgenommenen Arbeitsvertrags

verweigert hat, wurde sie nicht wirksam vertreten, es fehlt damit an einem wirksamen Arbeitsvertrag zwischen V und D.

#### **4. Fehlerhaftes/Faktisches Arbeitsverhältnis**

Fraglich ist, ob diese Rechtsfolge auch für das Arbeitsrecht uneingeschränkt gelten kann. Das Ergebnis würde dazu führen, dass D, selbst wenn er wie hier die vorgesehene Arbeitsleistung für drei Wochen tatsächlich erbracht hat, keine vertraglichen Ansprüche hätte, insbesondere keinen Lohnanspruch und keinen Anspruch auf die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen. Er hätte zwar einen Rückzahlungsanspruch aus den §§ 812 ff. BGB aus ungerechtfertigter Bereicherung des vermeintlichen AG V, jedoch könnte die V geltend machen, die Arbeit der D sei für sie nicht von wirtschaftlichem Nutzen gewesen, sodass sie entweder nicht bereichert oder die Bereicherung weggefallen sei (§ 818 Abs. 3 BGB). Schließlich würde der D gegenüber auch der Lohnschutz gegen Pfändung und Aufrechnung nicht greifen. Um dieses unerträgliche Ergebnis zu verhindern, ist heute die Rechtsfigur des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses allgemein anerkannt (auch: faktisches Arbeitsverhältnis).

##### **a) Voraussetzungen für ein fehlerhaftes Arbeitsverhältnis**

Zunächst müsste ein fehlerhafter Arbeitsvertrag vorliegen. Für einen fehlerhaften Vertrag ist wenigstens eine natürliche Willenseinigung darüber erforderlich, dass (entgeltlich) gearbeitet werden soll. Vorliegend liegen zwei übereinstimmende WE auf den Abschluss eines Arbeitsvertrages vor, nämlich die zwischen F und D. Wegen der fehlenden Vertretungsmacht des F ist der „Arbeitsvertrag“ aber nicht wirksam. Da V den F rein tatsächlich als Büroleiter eingesetzt hat, muss sie sich aber dessen Verhalten im Verhältnis zum gutgläubigen D aber insoweit zurechnen lassen, als um die Begründung eines fehlerhaften Arbeitsverhältnisses geht.

**Hinweis:** An dieser Stelle kann man genauso gut auch entgegengesetzt argumentieren. Danach ist das Vertrauen Dritter (hier also des D) nur im Rahmen der Grundsätzen über die Duldungs- oder Anscheinsvollmacht schutzwürdig, um die privatautonome Entscheidung des Arbeitgebers, mit wem er ein Arbeitsverhältnis begründet, nicht zu unterlaufen. Auf der Grundlage dieser Ansicht ist kein fehlerhaftes Arbeitsverhältnis zwischen V und D zustande gekommen. Vielmehr ist D auf einen bereicherungsrechtlichen Anspruch gegen V (§ 812 I 1 Alt. 1 BGB) sowie einen Anspruch gegen F als sog. falsus procurator (§ 179 BGB) verwiesen.

**b) Vollzug des Arbeitsverhältnisses durch tatsächliche Arbeitsleistung**

Weiterhin müsste das Arbeitsverhältnis bereits durch tatsächliche Arbeitsleistungen in Vollzug gesetzt worden sein. D hat hier bereits seit knapp 3 Wochen im Betrieb der V gearbeitet. Damit wurde das Arbeitsverhältnis auch durch tatsächliche Arbeitsleistung in Vollzug gesetzt.

**c) Keine entgegenstehenden Wertungen**

Dem dürften keine Wertungen aus überwiegenden öffentlichen Interessen oder überwiegenden schutzwürdigen Belangen des Einzelnen (z.B. Minderjährigenschutz, §§ 134, 138 BGB). Solche Wertungen sind hier nicht ersichtlich.

**d) Rechtsfolge des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses**

Das fehlerhafte Arbeitsverhältnis wird grds. wie ein aufgrund eines wirksamen Arbeitsvertrages zustande gekommenes Arbeitsverhältnis behandelt. Der AN hat Ansprüche auf Lohn, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Urlaub etc.

**III. Ergebnis:**

Für die knapp drei Wochen, die D im Betrieb der V gearbeitet hat, bestand ein Arbeitsverhältnis über die Grundsätze des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses.

**Frage 2)****Ist V an das Arbeitsverhältnis auch für die Zukunft gebunden?**

Für die Zukunft besteht keine Bindung, ein fehlerhaftes Arbeitsverhältnis kann von jeder Partei jederzeit durch einseitige Erklärung beendet werden, ohne dass die Voraussetzungen einer Kündigung vorzuliegen brauchen. Sowohl V als auch die D können das bestehende fehlerhafte Arbeitsverhältnis daher jederzeit durch eine einseitige Erklärung beenden.

**Fall 3:**

Arbeitgeber Gerecht (G) wollte sich von Beginn seiner Selbständigkeit an seinen Arbeitnehmer gegenüber stets zuvorkommend zeigen. Bereits seit 2007 zahlte er seinen Arbeitnehmern daher in jedem Jahr im Dezember ein Weihnachtsgeld in Höhe eines Monatsbruttoverdienstes. Dazu ist er weder tariflich noch einzelvertraglich verpflichtet, auch existiert keine entsprechende Betriebsvereinbarung. Die Auszahlung erfolgte stets ohne weitere Äußerungen nur unter der Bezeichnung "Weihnachtsgeld". Nach einer länger andauernden finanziellen Unpässlichkeit hat er im Jahr 2011 die Zahlung des Weihnachtsgeldes unter Hinweis auf die schlechte Geschäftsentwicklung und den freiwilligen Charakter dieser Zusatzleistung verweigert. Einer seiner Arbeitnehmer, der Mitarbeiter Sparfuchs (S), möchte nun wissen, ob er die Zahlung des Weihnachtsgeldes trotzdem verlangen kann.

Hat Sparfuchs einen Anspruch auf Zahlung des Weihnachtsgeldes für das Jahr 2011?

**Lösung zu Fall 3**

Dem S könnte ein vertraglicher Zahlungsanspruch in Höhe des Weihnachtsgeldes aus dem Arbeitsvertrag (§ 611 I BGB) i.V.m. betrieblicher Übung zustehen.

Es besteht heute nach Rechtsprechung und Literatur im Ergebnis Einigkeit darüber, dass auf Grund betrieblicher Übung Ansprüche des AN auf freiwillige Leistungen des AG wie z.B. Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld oder eine Betriebsrente entstehen können.

Eine betriebliche Übung ist ein wiederholtes und gleichförmiges Verhalten des Arbeitgebers, aus dem die Arbeitnehmer schließen dürfen, dass der Arbeitgeber sich für die Zukunft binden will. Sie gibt in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag einen Anspruch auf die betreffende Leistung oder Vergünstigung.

**I. Entstehung der betrieblichen Übung**

Zunächst müsste G eine bestimmte Verhaltensweise, die nicht gegen zwingendes Recht verstößt, regelmäßig wiederholt haben. G zahlt hier Jahr für Jahr Weihnachtsgeld an seine Arbeitnehmer. Daher ist von einer wiederholten Verhaltensweise auszugehen.

Nach der von der Rspr. entwickelten Vertragstheorie kann in dem wiederholten Verhalten des Arbeitgebers ein konkludenter Vertragsantrag auf Beibehaltung oder Fortsetzung in der Zukunft liegen, den der Arbeitnehmer nach § 151 S. 1 BGB stillschweigend annehmen kann. Aus objektiver Arbeitnehmersicht, §§ 133, 157 BGB, muss das wiederholte Verhalten des Arbeitgebers einen Erklärungstatbestand darstellen, der unter Berücksichtigung aller Umstände auf einen entsprechenden Verpflichtungswillen schließen lässt.

G hatte hier die mehrfache Zahlung stets als Weihnachtsgeld bezeichnet, ohne eine Zahlung unter Vorbehalt kenntlich zu machen. Es ist allgemein anerkannt, dass nach einer mindestens dreimaligen gleichförmigen Zahlung von Weihnachtsgeld ohne jeden Vorbehalt grundsätzlich der objektive Tatbestand einer verbindlichen Zusage gesetzt wurde.

Dieses Verhalten stellte sich aus objektiver Arbeitnehmersicht so dar, als wollte sich G auch für die Zukunft zu entsprechenden Zahlungen verpflichten. Mit der Entgegennahme der Leistungen haben die Arbeitnehmer dieses Angebot angenommen.

Nach der Vertragstheorie der Rspr. ist die betriebliche Übung daher wirksam entstanden.

Nach der durch die Literatur entwickelten Vertrauens-theorie liegt der Grund für die Rechtsbindung in dem beim Arbeitnehmer erweckten Vertrauen auf die Fortsetzung des bisherigen Verhaltens. Der Arbeitgeber sei nach Treu und Glauben, § 242 BGB, für die Zukunft an den Vertrauens-statbestand gebunden. Nach der mehrjährigen vorbehaltlosen Zahlung des Weihnachtsgeldes konnte sich ein entsprechender Vertrauens-statbestand bilden. Die Arbeitnehmer haben sich auf diese Zusatzleistung eingestellt, so dass ihr Vertrauen auf die Fortsetzung der Gratifikationszahlung nicht enttäuscht werden darf.

Auch nach der Vertrauens-theorie ist demnach eine betriebliche Übung wirksam entstanden.

Der Meinungsstreit bzgl. des Verpflichtungsgrundes hat an dieser Stelle also keine Bedeutung und kann deshalb dahinstehen.

## **II. Wirksame Beendigung der betrieblichen Übung**

Fraglich ist, ob die betriebliche Übung wirksam beendet wurde.

Der G könnte sich das Recht auf Widerruf der Weihnachtsgeldleistung vorbehalten haben. Die Vereinbarung eines Widerrufsrechts verhindert zwar nicht die Entstehung einer betrieblichen Übung. Er gibt dem Arbeitgeber jedoch das Recht, sich für die Zukunft von der betrieblichen Übung zu lösen. Die Auszahlung des Geldes erfolgte allerdings immer ohne weitere Zusätze, so dass kein vereinbarter Widerrufsvorbehalt vorliegt.

(Hinweis: Wenn ein Widerrufsvorbehalt vereinbart worden wäre, müsste dieser nach den §§ 305 ff. BGB kontrolliert werden. Entsprechendes gilt für einen Freiwilligkeitsvorbehalt, der bereits im Zusammenhang mit der Entstehung der betrieblichen Übung thematisiert werden müsste.)

Weiter könnte die betriebliche Übung nach allgemeinen Grundsätzen beendet worden sein. Die betriebliche Übung endet allerdings nicht einfach durch Änderung des Verhaltens. Da eine betriebliche Übung zu einer Änderung des Arbeitsvertrags führt, entfällt ihre Bindungswirkung nur durch eine erneute Änderung des Arbeitsvertrags. Dafür gelten die allgemeinen Regeln, § 311 Abs. 1 BGB. Dies kann z.B. durch Aufhebungsvertrag oder Änderungskündigung geschehen, während eine „negative betriebliche Übung“ von der Rechtsprechung mittlerweile abgelehnt wird.

Die entstandene betriebliche Übung ist somit nicht dadurch beendet worden, dass G die Zahlung unter Hinweis auf den freiwilligen Charakter der Weihnachtsgratifikation und die schlechte Geschäftsentwicklung verweigerte. Eine einseitige Lossagung des AG bzw. ein einmaliges Schweigen des AN beseitigt die betriebliche Übung nicht.

## **IV. Ergebnis**

S kann daher von G die Zahlung des Weihnachtsgeldes für das Jahr 2011 aus dem Arbeitsvertrag (§ 611 I BGB) i.V.m. den Grundsätzen der betrieblichen Übung verlangen.

**Fall 4:**

Der L ist seit neun Jahren im Betrieb des B (50 Arbeitnehmer) als Maurer beschäftigt. Nachdem er in den letzten zwei Jahren immer häufiger wegen Rückenschmerzen arbeitsunfähig krank war, stellt sein Arzt nun fest, dass er aus gesundheitlichen Gründen die schwere Arbeit im Betrieb auf Dauer nicht mehr verrichten kann.

Darauf hin bittet L den B, ihm eine leichtere Tätigkeit in einer anderen Abteilung zuzuweisen. In dem Werk des B sind allerdings keine anderen Arbeitsplätze frei und auch eine Umsetzung mittels Direktionsrecht kommt nicht in Frage. B spricht daher am 15.12.2011 nach ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrats schriftlich die ordentliche Kündigung zum 31.3.2012 aus. L ist allerdings der Ansicht, dass B einen anderen Mitarbeiter aus der Abteilung Qualitätskontrolle nach einer „Austauschänderungskündigung“ in der Schreinereiabteilung und ihn nach entsprechender Anlernphase in der Qualitätskontrolle beschäftigen könnte, weshalb die Kündigung unwirksam sei. Hat L recht?

**Lösung Fall 4:**

Die Kündigung wäre dann unwirksam, wenn es an einer Wirksamkeitsvoraussetzung für eine arbeitgeberseitige Kündigung fehlen würde.

**I. Auf Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerichtete, einseitige, hinreichend bestimmte Erklärung (+)****II. Form**

Eine formgerechte Kündigungserklärung gem. §§ 623, 125 S. 1 BGB liegt vor.

**III. Beteiligung des Betriebsrats, § 102 I 1 BetrVG**

Die Kündigung ist auch nicht nach § 102 I 3 BetrVG wegen fehlender oder fehlerhafter Anhörung des BR unwirksam. Nach dem Sachverhalt ist der BR ordnungsgemäß angehört worden.

**IV. Besondere Kündigungsschutzvorschriften (-)****V. Wirksamkeit der Kündigung nach dem KSchG**

Die Kündigung könnte jedoch sozialwidrig und damit nach § 1 I KSchG unwirksam sein.

**1. Anwendbarkeit des KSchG**

Das KSchG müsste anwendbar sein. In persönlicher Hinsicht richtet sich dies nach § 1 I KSchG und in betrieblicher Hinsicht nach § 23 I KSchG. L war bereits seit neun Jahren als Arbeitnehmer in dem Betrieb beschäftigt, also länger als sechs Monate, so dass der persönliche Anwendungsbereich eröffnet ist.

Laut Sachverhalt beschäftigt B 50 Arbeitnehmer, so dass das KSchG auch in betrieblicher Hinsicht anwendbar ist (§ 23 I KSchG), und dass es darauf ankommt, ob L „Alt-Arbeitnehmer“ oder „Neu-Arbeitnehmer“ ist (insoweit gelten unterschiedliche Schwellenwerte).

## **2. Fristgemäße Erhebung der Kündigungsschutzklage**

Möchte L die Wirksamkeit der Kündigung gerichtlich feststellen lassen, muss er dies binnen drei Wochen nach Zugang der Kündigung tun, § 4 S. 1 KSchG. Anderenfalls ergibt sich eine Fiktion der sozialen Rechtfertigung der Kündigung nach § 7 KSchG.

## **3. Soziale Rechtfertigung der Kündigung**

Die Kündigung müsste sozial gerechtfertigt sein. Nach § 1 II 1 KSchG ist eine Kündigung sozial ungerechtfertigt, „wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des AN liegen, oder durch dringenden betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des AN in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist.“ Es ist also zu prüfen, die Kündigung durch personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Gründe bedingt ist. Diese Gründe müssen dabei so gewichtig sein, dass die Kündigung unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips nach einer umfassenden Interessenabwägung als billigenwert und angemessen erscheint.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Kündigungsrecht nicht vergangenheits-, sondern zukunftsbezogen ist. Eine ordentliche Kündigung ist deshalb nicht schon deswegen gerechtfertigt, weil das Arbeitsverhältnis in der Vergangenheit gestört war. Erforderlich ist vielmehr, dass die Störungen auch in der Zukunft zu erwarten sind und dem Arbeitgeber deshalb die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zumutbar ist.

### **a) An sich geeigneter Kündigungsgrund, § 1 II 1 KSchG**

B hat die Kündigung wegen des Gesundheitszustandes des A erklärt. Die Kündigung kann also nur als personenbedingte Kündigung gem. § 1 Abs 2 KSchG gerechtfertigt sein. Bei einer krankheitsbedingten Kündigung kommen im einzelnen vier Arten vor: häufige Kurzerkrankungen, langandauernde Erkrankungen, dauernde Leistungsunfähigkeit und erhebliche krankheitsbedingte Leistungsminderung. L kann hier laut ärztlicher Bescheinigung die schweren Tätigkeiten nicht mehr ausüben, sodass von einer erheblichen krankheitsbedingten Leistungsminderung, wenn nicht sogar von einer dauernden Leistungsunfähigkeit auszugehen ist.

**b) Prognose**

Es ist eine Prognose zu treffen, ob die krankheitsbedingten Störungen des AV auch in Zukunft weiter anhalten werden. Dabei müssen die gegenwärtigen oder vergangenen Umstände für die Zukunft eine Störung des Arbeitsverhältnisses erwarten lassen. Da L aus gesundheitlichen Gründen die vertraglich geschuldete Leistung dauerhaft nicht mehr erbringen kann, liegt eine dauerhafte erhebliche Leistungsminderung bzw. Leistungsunfähigkeit vor. In diesem Fall liegt die Prognose für die Zukunft auf der Hand, dass der mit Abschluss des Arbeitsvertrages bezweckte Leistungsaustausch massiv gestört wird bzw. überhaupt nicht mehr stattfinden wird.

**c) Ultima ratio**

Die ordentliche Kündigung wegen dauerhafter Leistungsunfähigkeit muss zudem verhältnismäßig sein und damit dem ultima ratio Grundsatz entsprechen. Die Störung des Arbeitsverhältnisses darf nicht anders als durch die Kündigung zu beseitigen sein, vgl. §§ 1 II 2, 3 KSchG. Der Arbeitgeber hat hier zu prüfen, ob es grundsätzlich möglich ist, den Arbeitnehmer – gegebenenfalls nach Änderung der Arbeitsbedingungen oder nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen – auf einem anderen freien Arbeitsplatz weiter zu beschäftigen. Die Entscheidung geht dann grundsätzlich zugunsten des AN aus, wenn einer anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit – möglicherweise auch zu schlechteren Bedingungen – besteht. Jedoch gibt es keinen freien Arbeitsplatz im Betrieb des B, auf dem der L ohne weiteres beschäftigt werden könnte. Der AG ist zwar verpflichtet, Umorganisationen vorzunehmen, um dem zu kündigenden AN einen geeigneten Arbeitsplatz zuweisen zu können. Dies aber nur soweit, wie das Direktionsrecht reicht und der BR die nach § 99 BetrVG beantragte Zustimmung nicht verweigert. Nach dem Sachverhalt scheidet diese Möglichkeit jedoch aus. Zu einer „Austauschkündigung“ im Interesse des leistungsunfähigen AN ist der AG nämlich – entgegen der Ansicht des L – ebenso wenig verpflichtet, wie zur Schaffung von neuen Arbeitsplätzen. Die ordentliche Kündigung entspricht daher auch dem ultima ratio Grundsatz.

**d) Interessenabwägung**

Eine ordentliche Kündigung wegen dauerhafter Leistungsunfähigkeit ist nur dann sozial gerechtfertigt, wenn sie einer Interessenabwägung standhält. Grundsätzlich wird in einer Interessenabwägung das Beendigungsinteresse des AG gegen das Interesse des AN an der Fortsetzung des AV abgewogen. Die Kündigung muss im Einzelfall billigenwert und angemessen erscheinen. Lässt eine bestehende Krankheit die weitere Ausübung der Tätigkeit nicht zu, fällt eine Interessenabwägung deutlich zugunsten des Arbeitgebers aus. So ist es auch hier: L kann in Zukunft aufgrund seiner Krankheit nicht mehr eingesetzt werden. Die Kündigung ist daher angemessen und billigenwert. Damit fällt auch eine Interessenabwägung zugunsten des Arbeitgebers B aus.

**e) Zwischenergebnis**

Die Kündigung des L aus personenbedingten Gründen ist also sozial gerechtfertigt im Sinne des § 1 II 1 KSchG.

**VI. Ergebnis**

Die Kündigung des L ist wirksam.