

Professor Dr. Peter Krebs

Übung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene – SS 2005
Lösungsvorschlag für die 1. Klausur

A. Zulässigkeit

1. Gem. **§ 2 Abs. 1 Nr. 3 b) ArbGG** ist das Arbeitsgericht ausschließlich zuständig für bürgerlich rechtliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses.

Bei dem **Bestandsschutzantrag** handelt es sich um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit zwischen dem A als Arbeitnehmer und der XYZ-GmbH, als Arbeitgeber über den Bestand des zwischen diesen bestehenden Arbeitsverhältnisses. Der Rechtsweg für den Bestandsschutzantrag zu den Arbeitsgerichten ist somit gem. § 2 Abs. 1 Nr. 3 b) ArbGG eröffnet.

Gem. **§ 2 Abs. 1 Nr. 3 a) ArbGG** ist das Arbeitsgericht ausschließlich zuständig für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern aus dem Arbeitsverhältnis.

A verlangt von der XYZ-GmbH weiterhin die Zahlung eines 13. Monatsgehalts für 2003 und 2004. Dabei handelt es sich um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit zwischen A als Arbeitnehmer und der XYZ-GmbH als Arbeitgeber aus dem Arbeitsverhältnis. Auch für den **Zahlungsantrag** ist somit der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten eröffnet.

2. Weiterhin müsste für den Bestandsschutzantrag ein zulässiges **Feststellungsbegehren** gegeben sein. Gem. § 256 Abs. 1 ZPO kann Gegenstand einer Feststellungsklage grundsätzlich nur das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses und nicht die Wirksamkeit einzelner rechtsgeschäftlicher Handlungen sein.

Abweichend von diesem allgemeinen Grundsatz kann nach der spezielleren Regelung der **§ 4 KSchG** bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses auch isoliert die Wirksamkeit einer einzelnen Kündigung überprüft werden. Dies ist keine rechtliche geregelte Beziehung, sondern eine unselbständige Vorfrage hierfür. Gleichwohl ist die Kündigungs-

schutzklage als Feststellungsklage zulässig, weil § 4 KSchG insoweit eine Ausnahme von § 256 ZPO macht.

Anmerkung: § 256 ZPO muss nicht unbedingt gebracht werden

Die Kündigungsschutzklage ist danach zulässig. Auf die Eröffnung des betrieblichen Geltungsbereiches des KSchG kommt es heute für die Zulässigkeit nicht mehr an.

3. Die Zulässigkeit der Kumulation von Bestandsschutzantrag und Zahlungsantrag war zu unterstellen, so dass die Klage des A insgesamt zulässig ist.

B. Begründetheit

I. Bestandsschutzantrag

Das Arbeitsgericht wird dem Feststellungsantrag stattgeben, wenn die angegriffene Kündigung vom 06.04.2005 das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht aufgelöst hat.

1. Einhaltung der Dreiwochenfrist.

A hat am 20.04. und damit innerhalb der Dreiwochenfrist des § 4 S. 1 KSchG, die am 27.04.2005 abgelaufen wäre Kündigungsschutzklage erhoben. Die Wirksamkeit wird daher nicht gem. **§§ 7, 4 S. 1 KSchG** fingiert.

Hinweis: Die Wirksamkeit der Kündigungserklärung einschließlich der Form ist nicht von der Dreiwochenfrist erfasst.

2. Kündigungserklärung und Kündigungsfrist

Eine ordnungsgemäße **Kündigungserklärung gem. § 623 BGB in Schriftform** liegt durch das Kündigungsschreiben vom 06.04.2005 vor.

A ist seit mehr als 10 Jahren im Betrieb beschäftigt, so dass gem. **§ 622 Abs. 2 Nr. 4 BGB mit einer Frist von 4 Monaten zum Monatsende** gekündigt werden kann. Indem die XYZ-GmbH am 06.04. zum 31.08. gekündigt hat, wurde fristgemäß gekündigt.

Anmerkung: Die Kündigungsfrist muss hier nicht unbedingt genannt werden, da die Nichteinhaltung der Kündigungsfrist nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung führt.

3. Betriebsratsanhörung

Eine Unwirksamkeit der Kündigung könnte sich aus einer nicht oder nicht ordnungsgemäß erfolgten Anhörung **des Betriebsrates ergeben, § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG.**

Hier wurde nach dem Sachverhalt die Kündigung nach ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrates ausgesprochen. Eine Unwirksamkeit gem. § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG liegt nicht vor.

4. Fehlende soziale Rechtfertigung

Die Kündigung könnte **gem. § 1 Abs. 1 KSchG sozial ungerechtfertigt** und damit unwirksam sein.

a) Dann müsste das Kündigungsschutzgesetz anwendbar sein.

aa) Gem. **§ 23 Abs. 1 S. 2 KSchG** ist das Kündigungsschutzgesetz nicht anwendbar in Betrieben, in denen in der Regel fünf oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich der zur ihrer Berufsausbildung Beschäftigten beschäftigt werden.

Hier ist über die Größe des Betriebes nichts bekannt. Alleine in der Abteilung, in der A beschäftigt war, waren jedoch insgesamt 10 Mitarbeiter beschäftigt. Weiterhin existiert im Betrieb ein Betriebsrat. Betriebsratsfähig ist ein Betrieb, wenn er mehr als fünf wahlberechtigte Arbeitnehmer hat, § 9 BetrVG. Es ist davon auszugehen, dass der Schwellenwert des § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG erfüllt ist.

bb) Auf die Frage, ob auch der Schwellenwert nach **§ 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG** erfüllt ist, **kommt es nicht an.** A ist seit dem 01.02.1995 bei der XYZ-GmbH beschäftigt, so dass die gem. Satz 3 geforderte Betriebsgröße von 10 oder mehr Arbeitnehmern nicht erfüllt sein müsste.

cc) A ist seit 10 Jahren im Betrieb der XYZ-GmbH, so dass auch die **Wartezeit gem. § 1 Abs. 1 KSchG** erfüllt ist. Das Kündigungsschutzgesetz ist anwendbar.

b) Gem. **§ 1 Abs. 2 KSchG** ist eine Kündigung sozial ungerechtfertigt und damit unwirksam, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen oder durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist.

aa) Zur Begründung der Kündigung führt die XYZ-GmbH zunächst aus, dass A gegen das betriebliche **Rauchverbot** verstoßen habe. Dabei könnte es sich um einen **verhaltensbedingten Kündigungsgrund** i.S.v. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG handeln.

Die verhaltensbedingte Kündigung ist wirksam, wenn Umstände im Verhalten des Arbeitnehmers vorliegen, die bei verständiger Würdigung in Abwägung der beiderseitigen Interessen der Vertragsparteien die Kündigung als billigenswert und angemessen erscheinen lassen. Als Kündigungsgründe kommen u.a. Störungen der betrieblichen Ordnung in Betracht.

Hier hat A gegen das betriebliche Rauchverbot verstoßen. Dabei handelt es sich um eine Störung der betrieblichen Ordnung.

Das Verhalten des Arbeitnehmers müsste zunächst an sich geeignet sein, eine ordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Bei rechtswidrigen und schuldhaften Verstößen gegen die Haupt- und Nebenpflichten aus dem Arbeitsvertrag ist dies der Fall.

A hat rechtswidrig und schuldhaft gegen das seit dem 01.01.2005 geltende betriebliche Rauchverbot verstoßen, indem er in seinem Büro geraucht hat. Damit ist sein Verhalten an sich geeignet, eine ordentliche Kündigung zu rechtfertigen.

Nach dem **Prognoseprinzip** ist ein Verhalten des Arbeitnehmers nur dann kündigungsrelevant, wenn auch künftige Vertragsverstöße zu erwarten sind. Die verhaltensbedingte Kündigung ist das letzte Mittel für den Arbeitgeber, um Vertragsverletzungen abzustellen, welche seine Interessen beeinträchtigen. Zuvor muss er alle anderen ihm zumutbaren Maßnahmen zur Vermeidung der Kündigung ergriffen haben. Der Arbeitgeber darf erst dann kündigen, wenn nicht mehr erwartet werden kann, dass der Arbeitnehmer sich künftig vertragsgerecht verhalten wird. Dies ist in der Regel dann der Fall, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer schon wegen dieses Vertragsverstoßes **abgemahnt** hat.

Eine Abmahnung wegen vorheriger Verstöße gegen das betriebliche Rauchverbot gibt es nicht. Bei dem Vorfall vom 01.04. handelt es sich um den ersten Verstoß des A gegen das betriebliche Rauchverbot, so dass bereits fraglich ist, ob die Kündigung nicht bereits wegen Verstoßes gegen das Prognoseprinzip unwirksam ist.

Fraglich ist weiterhin, ob der an sich für den Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung geeignete Sachverhalt auch unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips einer Interessenabwägung standhält (**Ultima-Ratio-Prinzip im Kündigungsschutzrecht**). Danach kommt eine Kündigung erst in Betracht, wenn alle anderen nach dem Umständen möglichen und angemessenen mildereren Mittel ausgeschöpft sind.

Hier kommt als milderer Mittel jedenfalls eine Abmahnung wegen des Verstoßes gegen die betriebliche Ordnung in Betracht. Der XYZ-GmbH wäre es zuzumuten, auf diesen erstmaligen Verstoß zunächst mit einer Abmahnung zu reagieren und den A zu vertragsgemäßigem Verhalten aufzufordern.

Schließlich könnte die Kündigung auch gegen das sog. **Übermaßverbot** verstoßen. d.h. die Kündigung müsste das angemessene Mittel sein und keine übermäßige Reaktion auf die Störung des Arbeitsverhältnisses darstellen. Dabei sind Art und Schwere des Verstoßes, die Folgen der Störung, der Grad eines etwaigen Verschuldens und die Betriebszugehörigkeit zu berücksichtigen.

Bei dem Verstoß gegen das betriebliche Rauchverbot handelt es sich um einen relativ geringfügigen Pflichtverstoß zumal A in seinem Büro geraucht und damit keinen anderen Mitarbeiter durch sein Verhalten gestört hat. Weiterhin ist A bereits seit 10 Jahren im Betrieb der XYZ-GmbH beschäftigt, ohne dass es zu ähnlichen Verstößen gekommen wäre. Der Ausspruch einer Kündigung nach einem Verstoß gegen das betriebliche Rauchverbot verstößt somit auch gegen das Übermaßverbot.

Die Kündigung der XYZ-GmbH ist somit nicht aus verhaltensbedingten Gründen sozial gerechtfertigt.

- c) Die Kündigung könnte als **betriebsbedingte Kündigung gem. § 1 Abs. 2 S. 1, S. 2 KSchG** gerechtfertigt sein.
- aa) **Außerbetriebliche Ursache** für die Kündigungen ist hier die Kündigung der Zusammenarbeit zwischen der Opel AG und der XYZ-GmbH. Aufgrund dessen hat die XYZ-GmbH die **unternehmerische Entscheidung** getroffen, die Abteilung, die ausschließlich für die Entwicklung und Produktion der Teile der Opel AG zuständig war, zu schließen. Diese Unternehmerentscheidung ist auch **nicht offensichtlich unsachlich oder willkürlich**.
- bb) Anhaltspunkte für eine **Weiterbeschäftigungsmöglichkeit** des A **auf einem anderen freien, d.h. nicht besetzten Arbeitsplatz im Betrieb der XYZ-GmbH** besteht nicht. Ein dringendes betriebliches Erfordernis gem. § 1 Abs. 2 KSchG für die Kündigung des A liegt somit vor.
- cc) Die Kündigung könnte gem. § 1 Abs. 3 KSchG sozial ungerechtfertigt sein, wenn die XYZ-GmbH keine **ordnungsgemäße Sozialauswahl** durchgeführt hätte.

Dafür ist zunächst der **Kreis der** in die Sozialauswahl **einzubeziehenden Arbeitnehmer** zu ermitteln. Dies sind **alle vergleichbaren Arbeitnehmer**. Vergleichbar sind alle Arbeitnehmer, die austauschbar sind.

In den Kreis der vergleichbaren Arbeitnehmer ist der technische Angestellte C, der mit der Entwicklung der Teile für die Volkswagen AG beschäftigt ist, einzubeziehen. Es ist davon auszugehen, dass A – eventuell auch nach einer kurzen Einarbeitungszeit - auch die Entwicklung der Teile für die Volkswagen AG durchführen könnte. Damit sind A und C austauschbar.

Fraglich ist, ob A auch mit dem in der Produktion beschäftigten Arbeitnehmer B verglichen werden kann.

Der Vergleich vollzieht sich jedoch nur auf derselben Ebene der Betriebshierarchie (**horizontale Vergleichbarkeit**). A als technischer Angestellter und B als in der Produktion tätiger Arbeiter sind jedoch nicht auf derselben betrieblichen Hierarchie (**sog. vertikale Vergleichbarkeit**), so dass B in den Kreis der vergleichbaren Arbeitnehmer nicht einzubeziehen ist.

Eine Sozialauswahl ist lediglich im Vergleich zu C vorzunehmen.

Anhaltspunkte dafür, dass C nicht in die soziale Auswahl einzubeziehen ist, weil seine **Weiterbeschäftigung im berechtigten betrieblichen Interesse** lag, bestehen nicht, **§ 1 Abs. 3 S. 2 KSchG**.

Als **Kriterien für die Sozialauswahl** sind die **Betriebszugehörigkeit**, das **Lebensalter** und eventuelle **Unterhaltungspflichten** heranzuziehen.

A ist seit 1995 im Betrieb der XYZ-GmbH, d.h. er hat eine Betriebszugehörigkeit von 10 Jahren. Er ist 53 Jahre alt und hat drei unterhaltspflichtige Kinder.

C ist dagegen seit 1992, d.h. seit 13 Jahren im Betrieb der XYZ-GmbH. Er ist 50 Jahre alt und zwei Kindern zum Unterhalt verpflichtet.

C besitzt somit eine um 3 Jahre längere Betriebszugehörigkeit, dafür ist er 3 Jahre jünger als A und hat eine Unterhaltsverpflichtung weniger als dieser.

Fraglich ist, ob A somit sozial schutzwürdiger ist als C. Dies ist alleine eine Frage der Wertigkeit der einzelnen Kriterien. Misst man der Betriebszugehörigkeit einen höheren

Stellenwert zu als den Unterhaltspflichten, so wäre – unter Außerachtlassung des Alters - C aufgrund seiner 3 Jahre längeren Betriebszugehörigkeit sozial schutzwürdiger, lässt man eine umgekehrte Wertung zu, wäre A aufgrund der Tatsache, dass er drei Unterhaltspflichten hat und C nur 2, sozial schutzwürdiger. Insgesamt wird man hier zu dem Ergebnis kommen können, dass eine stärkere Gewichtung des einen oder des anderen Kriteriums nicht gerechtfertigt erscheint, so dass A und C im Ergebnis als gleichwertig sozial schutzbedürftig anzusehen sind. Innerhalb einer Gruppe gleichwertig sozial schutzwürdiger Arbeitnehmer kann der Arbeitgeber ohne Verstoß gegen die Grundsätze der Sozialauswahl einen Arbeitnehmer für die Kündigung auswählen (vgl. Berkowsky, Die betriebsbedingte Kündigung, 5. Aufl. 2002, Rdn. 182).

Hier konnte die XYZ-GmbH somit A für die Kündigung auswählen ohne damit gegen § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG verstoßen zu haben (**a.A. hier mit entsprechender Argumentation gut vertretbar**).

Anmerkung: Legitimes Argument für die Auswahl des A könnte hier z.B. sein, dass er die Tätigkeit des C- welcher für Teile der Volkswagen AG zuständig war- wahrscheinlich nur nach einer Einarbeitungszeit übernehmen könnte während C, der in seinem Bereich bleibt, gleich mit unverminderter Leistung arbeiten kann

Ergebnis:

Das Arbeitsgericht wird den Feststellungsantrag des A zurückweisen und die Klage insofern abweisen.

II. Zahlungsantrag des A

Das Arbeitsgericht wird die XYZ-GmbH zur Zahlung des 13. Monatsgehalts für das Jahr 2003 und 2004 verurteilen, wenn dem A ein entsprechender Anspruch zusteht.

1. Anspruch aus Arbeitsvertrag

Ein Anspruch auf Zahlung einer Weihnachtsgratifikation aus **§ 611 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag** besteht mangels entsprechender Vereinbarung nicht.

2. Anspruch aus Tarifvertrag

Fraglich ist, ob ein entsprechender Anspruch gem. **§ 611 BGB i.V.m. dem Tarifvertrag** besteht. Dies wäre der Fall, wenn beide Parteien **tarifgebunden** wären, **§§ 3 Abs. 1, 4, 1 Abs. 1 TVG**, und der einschlägige Tarifvertrag eine entsprechende Regelung enthalten würde.

Nach dem Sachverhalt ist die XYZ-GmbH nicht tarifgebunden, so dass ein entsprechender Anspruch bereits nicht aus § 611 BGB i.V.m. dem Tarifvertrag bestehen kann.

3. Anspruch aus betrieblicher Übung

A könnte einen Anspruch auf Zahlung der 13. Monatsgehälter gem. **§ 611 BGB i.V.m. den Grundsätzen über die betriebliche Übung** haben.

a) Ein wirksamer Arbeitsvertrag besteht zwischen den Parteien.

b) **Betriebliche Übung** ist die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers, aus der die Arbeitnehmer schließen können, dass ihnen die aufgrund dieser Verhaltensweise gewährten Leistungen auch zukünftig gewährt werden sollen.

Die XYZ-GmbH gewährte ihren Arbeitnehmern seit **1990 bis 2002 vorbehaltlos** jeweils mit dem Novembergehalt ein 13. Monatsgehalt. Die Arbeitnehmer konnten aufgrund der Verhaltensweise der XYZ-GmbH daher darauf schließen, dass ihnen auch für die Zukunft eine entsprechende Leistung gewährt werden soll. Damit ist auch für die Zukunft ein Anspruch auf Zahlung eines 13. Monatsgehaltes entstanden.

c) Fraglich ist jedoch, ob diese betriebliche Übung durch **einseitige Vereinbarung** durch den Arbeitgeber **wieder beseitigt** worden ist, indem dieser im Oktober 2003 mitteilte, dass die Zahlung des 13. Monatsgehaltes ab 2003 eingestellt werde.

Der aus einer betrieblichen Übung einmal entstandene Anspruch kann nicht mehr durch einseitigen Widerruf der Vereinbarung abgeändert oder aufgehoben werden. Notwendig ist eine Änderungskündigung oder eine Änderungsvereinbarung.

Durch die einseitige Erklärung der XYZ-GmbH ist somit der Anspruch auf Zahlung eines 13. Monatsgehaltes nicht beseitigt worden.

d) Fraglich ist, ob zwischen A und der XYZ-GmbH eine **Änderungsvereinbarung** zustande gekommen ist. A hat sich auf die Ankündigung ihrer Arbeitgeberin, kein 13. Monatsgehalt mehr zu zahlen, nicht geäußert. Er hat dieser Ankündigung weder ausdrücklich zugestimmt noch hat er ihr ausdrücklich widersprochen. **Schweigen** ist jedoch **i.d.R. keine Willenserklärung**, sondern das Gegenteil einer Erklärung, es bringt weder Zustimmung noch Ablehnung zum Ausdruck. Eine Änderungsvereinbarung darüber, dass ab 2003 kein Anspruch auf Zahlung eines 13. Monatseinkommens mehr besteht, wurde daher zwischen den Parteien nicht geschlossen.

- e) Die betriebliche Übung könnte durch eine **abändernde (negative) betriebliche Übung** beseitigt worden sein. **Nach der Rspr. kann eine alte betriebliche Übung** (aber keine andere Regelung) **einvernehmlich geändert werden, wenn der Arbeitnehmer einer geänderten Handhabung über einen Zeitraum von drei Jahren nicht widerspricht.**

Der Anspruch ist durch betriebliche Übung entstanden, so dass er einer negativen betrieblichen Übung zugänglich ist.

Hier hat A der negativen betrieblichen Übung in den Jahren 2003 und 2004, d.h. über einen Zeitraum von 2 Jahren nicht widersprochen. Damit sind die Voraussetzungen einer negativen betrieblichen Übung noch nicht erfüllt und A hat weiterhin einen Anspruch auf Zahlung eines 13. Monatsgehalts für 2003 und 2004.

- f) Eine Ausschlussklausel ist nicht vereinbart.
Der Anspruch ist gem. § 195 BGB noch nicht verjährt. Anhaltspunkte für eine Verwirkung (§ 242 BGB) liegen nicht vor.

Ergebnis: Das Arbeitsgericht wird die XYZ-GmbH verurteilen, an A ein 13. Monatsgehalt für 2003 und 2004 zu zahlen.