

**Grundkurs Arbeitsrecht (SS 2010)**

**Abschlussklausur**

**Fall 1 (40 Punkte)**

A betreibt in Köln einen Paket- und Kurierdienst mit ca. 100 festangestellten Kurierfahrern. Arbeitnehmer B ist seit Januar 2002 als Kurierfahrer für A tätig.

Im August 2009 entschließt sich A, die gewerbliche Tätigkeit einzustellen und die bestehenden Arbeitsverhältnisse zu kündigen. Den Arbeitnehmern wird jedoch angeboten, zukünftig als freie Mitarbeiter weiterhin die Kurierfahrten auszuüben. In dem mit B vorgesehenen Subunternehmervertrag ist geregelt, dass B zukünftig als selbstständiger Kurierfahrer tätig sei und mit ihm ein freies Dienstverhältnis und kein Arbeitsverhältnis zu A begründet werde. Die Vergütung des B soll sich nach der Anzahl der zu übermittelnden Sendungen bemessen. B soll weiterhin verpflichtet sein, die Dienstkleidung des A zu tragen. Außerdem soll B von Montag bis Freitag von 9.00 bis 18.00 Uhr abrufbereit für A sein und dabei jeden Auftrag annehmen müssen. B wird zudem untersagt, seine Aufträge durch Dritte ausführen zu lassen oder in einem Konkurrenzunternehmen tätig zu werden. Im Übrigen soll sich B bei der Verrichtung seiner Tätigkeit auch genau an die „Verhaltensanweisungen“ von A halten.

Am 30.11.2009 kündigt A das Arbeitsverhältnis des B schriftlich, fristgerecht und ordentlich unter Hinweis auf betriebsbedingte Gründe. Die Kündigung geht B auch am selben Tag zu.

B erhebt am 7.12.2009 Kündigungsschutzklage vor dem Arbeitsgericht. Er vertritt die Auffassung, dass von einem Wegfall der Beschäftigung nicht auszugehen sei, da die Kurierfahrer nach wie vor als Arbeitnehmer einzustufen seien. Vielmehr ist er der Ansicht, dass durch die Subunternehmerverträge „verschleierte Arbeitsverhältnisse“ entstanden seien.

Ist die Kündigungsschutzklage des B begründet?

**Lösung**

**I. Begründetheit der Kündigungsschutzklage**

Die Kündigungsschutzklage des B ist begründet, wenn das Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung vom 30.11.2009 beendet wurde.

**1. Wirksames Arbeitsverhältnis**

Ein wirksames Arbeitsverhältnis gem. § 611 BGB bestand zwischen B und A zum Zeitpunkt der Kündigung.

**2. Kündigungserklärung**

Die Kündigung wurde vom zuständigen Arbeitgeber ausgesprochen, auch erfolgte die Kündigung schriftlich, §§ 623, 126 BGB. Das Wirksamwerden erfolgt in dem Moment, in dem die Kündigung zugeht, § 130 Abs. 1 S. 1 BGB, also am 30.11.2009.

### **3. Kündigungsfrist**

Es gilt die gesetzliche Kündigungsfrist, hier § 622 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB: 2 Monate zum Ende des Kalendermonats.

Laut Sachverhalt wurde das Arbeitsverhältnis fristgerecht gekündigt.

Die Kündigungsfrist wurde damit eingehalten.

### **4. Klagefrist, § 4 KSchG (Präklusion §§ 4 S.1 / 7 Hs. 1 KSchG)**

B muss 3 Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung Klage erheben. Ansonsten kann u.a. die soziale Rechtfertigung nicht mehr geltend gemacht werden (§ 7 KSchG).

Dies ist vorliegend unproblematisch, da B schon am 7.12.2009 Kündigungsschutzklage erhoben hat.

### **5. Allgemeiner Kündigungsschutz**

#### **a) Anwendbarkeit des KSchG**

Das KSchG ist gem. §§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 KSchG dann anwendbar, wenn der Betroffene als Arbeitnehmer in einem Betrieb beschäftigt ist, dem vor dem 31.12.2003 mehr als 5 Arbeitnehmer, oder unabhängig vom Einstellungszeitpunkt mehr als 10 Arbeitnehmer angehören, und das Arbeitsverhältnis bereits mindestens 6 Monate bestanden hat. Die Voraussetzungen sind hier unproblematisch erfüllt. Bei A sind ca. 100 Mitarbeiter beschäftigt (sachlicher Anwendungsbereich, Schwellenwert) und B ist seit über 7 Jahren Arbeitnehmer des Unternehmens (persönlicher Anwendungsbereich).

#### **b) Soziale Rechtfertigung der Kündigung**

Die Kündigung ist gemäß § 1 Abs. 1 KSchG unwirksam, wenn sie nicht sozial gerechtfertigt ist. Nach § 1 Abs. 2 KSchG ist eine Kündigung sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist.

In Betracht kommt im vorliegenden Fall nur die Rechtfertigung einer Kündigung aus betriebsbedingten Gründen. Die Kündigung des B geht vorliegend einher mit der Einstellung sämtlicher gewerblicher Tätigkeit. Darüber hinaus sind in Bezug auf B weder verhaltensbedingte noch personenbedingte Gründe erkennbar, die der Kündigung zugrunde liegen könnten. Eine betriebsbedingte Kündigung ist gemäß § 1 Abs. 2 und 3 KSchG sozial gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber eine unternehmerische Entscheidung trifft, durch die die Beschäftigungsmöglichkeit eines Arbeitnehmers dauerhaft wegfällt (betriebliches Erfordernis), der Arbeitnehmer weder auf einem anderen Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden kann, noch sonstige mildere Mittel statt der Kündigung möglich sind (Dringlichkeit). Schließlich müsste der Arbeitgeber ggf. auch eine fehlerfreie Sozialauswahl durchgeführt haben.

#### **c) Dringendes betriebliches Erfordernis i.S.d. § 1 Abs. 2 KSchG**

Für eine betriebsbedingte Kündigung müsste demnach zunächst ein betriebliches Erfordernis i.S.d. § 1 Abs. 2 1 Var. 3 KSchG gegeben sein. Ein „betriebliches Erfordernis“ liegt vor, wenn aufgrund der Umsetzung einer unternehmerischen Entscheidung des Arbeitgebers der Arbeitsplatz des Klägers oder ein vergleichbarer Arbeitsplatz weggefallen sind.

## **aa) Unternehmerische Entscheidung**

Unter einer unternehmerischen Entscheidung ist die Bestimmung der Unternehmenspolitik zu verstehen, die der Geschäftsführung zugrunde liegt.

Angesichts der Berufs- und Eigentumsfreiheit des Arbeitgebers, die durch Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG geschützt ist, unterliegen unternehmerische Entscheidungen des Arbeitgebers nur einer begrenzten gerichtlichen Kontrolle. So ist vom Gericht nur nachzuprüfen, ob eine solche unternehmerische Entscheidung tatsächlich vorliegt und ob durch ihre Umsetzung das Beschäftigungsbedürfnis für einzelne Arbeitnehmer entfallen ist. Von einer unternehmerischen Entscheidung ist dann auszugehen, wenn die entsprechenden Pläne des Arbeitgebers feststehen und hinsichtlich des Zeitpunkts und der Art ihrer Durchführung bereits konkrete Formen angenommen haben. Dagegen ist die Unternehmerentscheidung weder auf ihre sachliche Rechtfertigung noch auf ihre Zweckmäßigkeit zu überprüfen, sondern nur darauf, ob sie offenbar unvernünftig oder willkürlich ist (sog. Willkürkontrolle).

Die unternehmerische Entscheidung des A liegt in dem Entschluss, sämtliche gewerbliche Tätigkeit einzustellen (gestaltende unternehmerische Entscheidung, gestützt auf innerbetriebliche Ursachen). Der Entschluss ist endgültig und für seine Umsetzung besteht ein konkreter Zeitplan. Hinweise darauf, dass dieser Entschluss offenbar unsachlich oder willkürlich ist, sind nicht ersichtlich.

## **bb) Kausaler, dauerhafter Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit**

Weitere Voraussetzung für die soziale Rechtfertigung der betriebsbedingten Kündigung ist, dass diese Unternehmerentscheidung kausal zum dauerhaften Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten führt.

Durch die Entscheidung, die gewerbliche Tätigkeit einzustellen, könnten die Arbeitsplätze entfallen sein. Davon wäre dann auch der Arbeitsplatz des B erfasst. Voraussetzung für einen Wegfall des Bedürfnisses an der Weiterbeschäftigung des B wäre, dass die von A angestrebte Umgestaltung der Vertragsbeziehung das Rechtsverhältnis des B von einem Arbeitsverhältnis in ein freies Mitarbeiterverhältnis überführt. Fraglich ist jedoch, ob vorliegend tatsächlich von einem Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit des B ausgegangen werden kann. Durch die von A angebotenen Subunternehmerverträge könnten vielmehr „verschleierte“ Arbeitsverhältnisse entstanden sein, wenn die bisherigen Arbeitnehmer auch nach der Umgestaltung weiterhin als Arbeitnehmer einzuordnen sind.

Zunächst ist jedoch fraglich, ob die vertragliche Festlegung des A, nach der das Arbeitsverhältnis ausdrücklich in ein freies Mitarbeiterverhältnis überführt werden soll, vorliegend maßgeblich sein kann.

Die Einordnung eines Beschäftigten als Arbeitnehmer bezweckt seinen besonderen arbeitsrechtlichen Schutz, so dass sie unstreitig nicht zur Disposition der Vertragsparteien steht. Somit ist eine vertragliche Festlegung, nach der kein Arbeitsverhältnis, sondern ein freies Mitarbeiterverhältnis begründet werden soll, irrelevant. Es ist lediglich auf die tatsächliche Durchführung der Zusammenarbeit abzustellen. Der jeweilige Vertragstyp ergibt sich aus dem wirklichen Geschäftsinhalt. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist letztere maßgebend.

Entscheidend ist daher, ob B auch nach der geplanten Umgestaltung weiterhin noch als Arbeitnehmer anzusehen ist. In arbeitsrechtlichen Gesetzen ist der Begriff des Arbeitnehmers lediglich erwähnt (vgl. z.B.: § 5 Abs. 1 BetrVG, § 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG), eine Legaldefinition gibt es hingegen nicht. Somit ist grundsätzlich auf die von Lehre und Rechtsprechung

entwickelte Definition des allgemeinen arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs zurückzugreifen. Danach *ist Arbeitnehmer, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.*

Mangels anderweitiger gesetzlicher Regelungen ist als Leitlinie zur Bestimmung des Arbeitnehmers und zur Abgrenzung des Arbeitsvertrags vom freien Dienstvertrag auf § 84 Abs. 1 S. 2 HGB abzustellen. Danach ist selbstständig, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Daraus ist zu folgern, dass Arbeitnehmer derjenige ist, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Entscheidendes Merkmal eines Arbeitsverhältnisses ist damit die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers, die sich durch die Einbindung in eine fremde Arbeitsorganisation und dabei durch das Weisungsrecht des Arbeitgebers auszeichnet, das Art und Weise, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen kann.

Im Wege einer wertenden Gesamtschau ist anhand bestimmter Indizien unter Berücksichtigung des Einzelfalls und der Verkehrsauffassung zu ermitteln, ob eine persönliche Abhängigkeit vorliegt.

Bezüglich der **Art und Weise** ist festzustellen, dass sich B auch bei der Verrichtung seiner künftigen Tätigkeit genau an die Verhaltensanweisungen von A zu halten hat. Weiterhin ist B auch nicht zum lediglich ordentlichen und gepflegtem Auftreten gegenüber Kunden verpflichtet, sondern soll auch künftig die Dienstkleidung des A tragen. Dies ist zwar kein entscheidender Gesichtspunkt, kann aber in der Gesamtschau berücksichtigt werden. Die Art und Weise der Leistungserbringung unterliegt somit weitgehenden Weisungsbefugnissen des A, so dass ein starkes Indiz für die persönliche Abhängigkeit des B besteht.

Eine Weisungsgebundenheit bezüglich **Zeit und Dauer** der Tätigkeit wäre ein weiteres Indiz für die persönliche Abhängigkeit. Der Vertrag verpflichtet den B, sich von Montag bis Freitag von 9.00 bis 18.00 Uhr „abrufbereit“ zu halten. B ist dabei verpflichtet, jeden Auftrag anzunehmen. Damit wird B die zeitliche Lage und Dauer möglicher Arbeitsaufträge genau vorgeschrieben. A kann nach dem vorgesehenen Subunternehmervertrag an jedem Arbeitstag praktisch uneingeschränkt über die Arbeitsleistung des B verfügen und ihm die Aufträge letztlich jederzeit von Montag bis Freitag zuweisen. Eine ständig verlangte Dienstbereitschaft stellt nach dem BAG ein besonders starkes Indiz für die persönliche Abhängigkeit eines Beschäftigten dar (BAG 19.11.1997, NZA 1998, 364 ff.). Eine Weisungsgebundenheit des B in Bezug auf Zeit und Dauer der Tätigkeit ist somit ebenfalls zu bejahen.

Hingegen könnte an einer Weisungsgebundenheit bezüglich des **Ortes** gezweifelt werden, da B nicht ausdrücklich vorgeschrieben wird, an welchem konkreten Ort er seine Arbeitsleistung zu erbringen hat. Es ergibt sich jedoch aus der Natur der Tätigkeit „Kurierdienst“, dass der Beschäftigte seine Leistungen bei den jeweiligen Versendern und Empfängern von Paketen zu erbringen hat und seine Fahrten entsprechend einzurichten hat. Der Mangel einer konkreten Weisungsgebundenheit bezüglich des Ortes der Leistungserbringung kann unter der speziellen Berücksichtigung des Berufsbilds „Kurierdienst“ somit nicht als Indiz gegen die persönliche Abhängigkeit gewertet werden.

Es könnte allerdings gegen die persönliche Abhängigkeit des B sprechen, dass er **kein festes Monatsgehalt** erhält, sondern sich seine Vergütung nach der Anzahl der zu übermittelnden Sendungen bemisst. Allein die Modalitäten der Entgeltzahlung können jedoch als formelles nachrangiges Indiz nicht entscheidend sein.

Außerdem ist der Auftragnehmer nach dem Vertrag entsprechend § 613 BGB zur **persönlichen Leistungserbringung** verpflichtet. Die Möglichkeit durch Einsatz von Mitarbeitern oder Angestellten den eigenen Gewinn zu maximieren, stellt hingegen ein typisches Indiz selbstständiger unternehmerischer Tätigkeit dar. Da es dem B jedoch untersagt ist, die Erbringung von Kurierdienstleistungen Dritten zu übertragen, liegt ein weiteres Indiz für die persönliche Abhängigkeit vor. Für ein Arbeitsverhältnis spricht auch die Regelung des Vertrages, durch die dem Auftragnehmer ausdrücklich die Berechtigung untersagt wird, für andere Unternehmen ggf. der gleichen Branche tätig zu werden. Eine solche Regelung, die ausdrücklich eine Konkurrenztätigkeit verbietet, ist für die Selbstständigkeit untypisch.

Somit kann ein Wegfall der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit des B als Arbeitnehmer nicht angenommen werden. Vielmehr handelt es sich um eine sog. unzulässige Austauschkündigung.

## **II. Ergebnis**

Die Kündigungsschutzklage des B ist somit begründet.

### **Fall 2 (20 Punkte)**

Der im April 1970 geborene Lebensmittelchemiker L ist seit 2002 in dem Betrieb des A beschäftigt. L erschien wiederholt unpünktlich zur Arbeit und fehlte mehrfach unentschuldigt. Hierfür hatte A den L jeweils ordnungsgemäß abgemahnt. Als L am 5.10.2009 erneut zu spät zur Arbeit erscheint übergibt ihm A am gleichen Tag ein eigenhändig unterschriebenes Schreiben, mit dem er L „wegen Unzuverlässigkeit“ ordentlich zum 31.10.2009 kündigt.

L ist empört. Zwar sieht er ein, dass sein mehrfaches Fehlverhalten eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigt. Er verlangt allerdings, dass ihm das Gehalt noch bis zum 31.12.2009 fortgezahlt wird, da die Kündigung zu einem falschen Termin ausgesprochen sei. Als L dies dem A am 2.11.2009 mitteilt, weist dieser das Anliegen des L zurück, da dieser noch keine und damit nicht rechtzeitig Klage erhoben habe.

Hat L einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung und Zahlung des Gehalts bis zum 31.12.2009?

### **Lösung:**

#### **I. Anspruch des L auf Weiterbeschäftigung und Zahlung des Gehalts bis zum 31.12.2009**

L könnte gegen A einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung und Zahlung des Arbeitsentgelts aus §§ 611 (ggf. i.V.m. § 615 BGB) haben.

Der Anspruch des L ist begründet, wenn das Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung vom 5.10.2009 zum 31.10.2009 aufgelöst wurde, sondern bis zum Ablauf des 31.12.2009 fortbesteht.

#### **1. Wirksames Arbeitsverhältnis**

Zwischen L und A bestand zum Zeitpunkt der Kündigung ein wirksames Arbeitsverhältnis nach § 611 BGB.

## **2. Kündigungserklärung**

Zur wirksamen Beendigung des Arbeitsverhältnisses müsste A die Kündigung ordnungsgemäß gegenüber L erklärt haben. Laut Sachverhalt hat A dem L am 5.10.2009 eine schriftliche und eigenhändig unterschriebene Kündigung übergeben, so dass das Formerfordernis der §§ 126, 623 BGB gewahrt ist. Diese ist dem L auch nach § 130 BGB zugegangen. Eine wirksame Kündigungserklärung liegt mithin vor.

*Hinweis: Die Schriftform der Kündigungserklärung ist zwingend vor der Einhaltung der Klagefrist zu prüfen, da § 4 KSchG den Mangel der Schriftform gerade nicht heilt.*

## **3. Kündigungsfrist und Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses**

Fraglich ist, zu welchem Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung wirksam beendet worden ist. A könnte bei Ausspruch der Kündigung eine gegen § 622 Abs. 2 BGB verstoßende, zu kurze Kündigungsfrist zugrunde gelegt haben.

### **a) Einhaltung der Kündigungsfrist**

A hat die Kündigung am 5.10.2009 zum 31.10.2009 ausgesprochen. Gem. § 622 Abs. 1 BGB (Grundkündigungsfrist) kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von vier Wochen zum 15. oder zum Ende eines Kalendermonats beenden. Ist der Arbeitnehmer jedoch seit zwei Jahren oder länger beim Arbeitgeber beschäftigt, richtet sich die Kündigungsfrist nach der spezielleren Regelung des § 622 Abs. 2 BGB. Diese ordnet eine jeweils nach Betriebszugehörigkeit gestaffelte Kündigungsfrist an.

L war sieben Jahre bei A beschäftigt. Infolgedessen hätte A gem. § 622 Abs. 2 Nr. 2 BGB eine Kündigungsfrist von zwei Monaten zum Ende des Monats einhalten müssen. Die verlängerten Kündigungsfristen des § 622 Abs. 2 BGB sind mangels Ausnahmetatbestand auch einseitig zwingend und mithin der Parteidisposition jedenfalls insoweit entzogen, als zu Ungunsten des Arbeitnehmers kürzere Kündigungsfristen vorgesehen werden (vgl. § 622 Abs. 5 BGB).

Folglich konnte L keine kürzere Kündigungsfrist als die in § 622 Abs. 2 Nr. 2 BGB zugrunde legen, so dass die durch L getroffene Kündigungsfrist zum 31.10.2009 zu kurz gesetzt war. Damit endet das Arbeitsverhältnis kraft ordentlicher Kündigung grundsätzlich erst zum 31.12.2009.

### **b) Rechtsfolge einer zu kurz gesetzten Frist**

Rechtsfolge ist die Unwirksamkeit der zu kurz bemessenen Kündigungsfrist. Es ist jedoch anerkannt, dass dieser Mangel nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung selbst führt. Vielmehr tritt an die Stelle der unwirksamen Vereinbarung die zwingende gesetzliche Regelung des § 622 Abs. 1 und 2 BGB. Mithin wäre die Kündigung erst zum 31.12.2009 wirksam geworden.

Möglicherweise könnte die Kündigung dennoch zum 31.10.2009 wirksam geworden sein. Dies käme in Betracht, wenn L die dreiwöchige Klagefrist des § 4 KSchG nicht eingehalten hat und wenn der Mangel der zu kurzen Kündigungsfrist über die materielle Präklusionswirkung der §§ 4, 7 KSchG geheilt werden könnte. Die Frage, ob der Mangel der zu kurz gesetzten Kündigungsfrist über die §§ 4, 7 KSchG geheilt werden kann, stellt sich jedoch nur, wenn L die dreiwöchige Klagefrist nicht eingehalten hat.

#### **4. Klagefrist, § 4 KSchG (Präklusion §§ 4 S.1 / 7 Hs. 1 KSchG)**

Da die ordentliche Kündigung dem L am 5.10.2009 zugegangen ist, begann der Lauf der Frist am 6.10.2009 um 0.00 Uhr (§ 187 Abs. 1 BGB). Mithin endet die Frist mit Ablauf des 26.10.2009 um 24.00 Uhr (§ 188 Abs. 2 BGB). Die Klage des L ist mit Ablauf des 26.10.2009 noch nicht erhoben gewesen. Damit könnte auch eine Erhebung der Klage nach dem 2.11.2009 nicht mehr fristgerecht erfolgen. Gründe zur Fristverlängerung gem. §§ 5, 6 KSchG sind nicht ersichtlich. Mithin kann die Dreiwochenfrist nicht mehr gewahrt werden. Bei Versäumen der Klagefrist gilt bei Unwirksamkeitsgründen, dass die Kündigung gem. § 7 KSchG von Anfang an als wirksam zu behandeln ist.

#### **5. Anwendbarkeit des § 4 KSchG auf zu kurze Kündigungsfristen**

Fraglich ist allerdings, ob die §§ 4, 7 KSchG auch auf den Mangel der zu kurzen Kündigungsfrist anwendbar sind.

Gem. § 4 S. 1 KSchG muss ein Arbeitnehmer, der geltend machen will, dass eine Kündigung sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist, innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist.

Damit verbindet § 4 S. 1 KSchG Klagefrist und Wirksamkeitsfiktion (§ 7 KSchG), so dass die materielle Präklusion auch außerhalb des KSchG geregelte Unwirksamkeitsgründe erfasst. Die Nichteinhaltung der Kündigungsfrist kann jedoch auch außerhalb der Klagefrist des § 4 KSchG geltend gemacht werden (BAG 15.12.2005, NZA 2006, 791; BAG 6.7.2006, NZA 2006, 1405, 1406; a.A. z.B. *Bader*, NZA 2004, 65, 68; *Schaub/Linck* Arbeitsrechtshandbuch 11. Aufl. § 136 Rn. 16).

Dafür spricht schon der Wortlaut. Der Arbeitnehmer, der die Einhaltung der Kündigungsfrist verlangt, will nicht die Sozialwidrigkeit oder die Unwirksamkeit der Kündigung als solche festgestellt wissen. Er geht im Gegenteil von der Wirksamkeit der Kündigung aus. Er will geltend machen, sie wirke, allerdings zu einem anderen Zeitpunkt als es nach Auffassung des Arbeitgebers der Fall ist (BAG 15.12.2005 NZA 2006, 791; 6.07.2006, NZA 2006, 1405, 1406).

*Ergänzende Begründung, die von den Klausurteilnehmern nicht erwartet wird:*

Dem lässt sich in diesem Zusammenhang nicht entgegenhalten, der Arbeitnehmer, der die Einhaltung der Kündigungsfrist erstrebe, mache, wenn sich sein Klageziel rechtsdogmatisch nur durch Umdeutung der Kündigung nach § 140 BGB begründen lasse, notwendigerweise auch die Unwirksamkeit der Kündigung geltend. Denn § 4 S. 1 KSchG erfasst eine solche Geltendmachung der Unwirksamkeit als eines Begründungselementes nicht. Das zeigt die in § 4 S. 1 KSchG vorgegebene Formulierung des Feststellungsantrags. Sie geht dahin, dass das Arbeitsverhältnis “nicht aufgelöst” ist. Die “Nichtauflösung” des Arbeitsverhältnisses entspricht aber nicht dem Klageziel desjenigen, der die Nichteinhaltung der Kündigungsfrist rügt. Er ist ganz im Gegenteil der Auffassung, das Arbeitsverhältnis werde durch die Kündigung sehr wohl aufgelöst, nur zu einem späteren als dem vom Arbeitgeber zugrunde gelegten Zeitpunkt.

In all den Fällen, in denen sich bei fehlerhaft zu Grunde gelegter Kündigungsfrist die Kündigungserklärung dahin auslegen lässt, dass eine fristwahrende Kündigung ausgesprochen sein sollte, - was in aller Regel der Fall ist -, ist eine Umdeutung nach § 140 BGB nicht erforderlich. Nur dann, wenn sich aus der Kündigung und den im

Rahmen der Auslegung zu berücksichtigenden Umständen des Einzelfalles ein Wille des Arbeitgebers ergibt, die Kündigung ausschließlich zum erklärten, nicht aber zu einem späteren Zeitpunkt gegen sich gelten zu lassen, scheidet eine Auslegung - allerdings dann auch eine Umdeutung - aus. Der Kündigungstermin ist dann ausnahmsweise integraler Bestandteil der Willenserklärung und muss innerhalb der Klagfrist des § 4 S. 1 KSchG angegriffen werden.

Ebenfalls findet die Annahme, dass § 4 KSchG nicht auf die Kündigungsfristen anwendbar ist, ihre Bestätigung in der Entstehungsgeschichte der Norm (BAG 15.12.2005 NZA 2006, 791, 792). Es war das erklärte Ziel des Gesetzes „alsbald Klarheit über den Fortbestand oder die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses zu erhalten“ (BT-Drs. 15/1204 S. 9f). Das zeigt, dass der Gesetzgeber die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum Ziel hat, nicht aber die isolierte Geltendmachung der Kündigungsfrist. Festzuhalten bleibt daher, dass die §§ 4, 7 KSchG auf die zu kurz gesetzte Kündigungsfrist keine Anwendung finden.

Demnach kann L die Nichteinhaltung der Kündigungsfrist auch außerhalb der Klagfrist des § 4 S. 1 KSchG geltend machen. Mithin ist die Nichteinhaltung der Kündigungsfrist gem. §§ 4, 7 KSchG nicht geheilt, so dass die gesetzliche Kündigungsfrist des § 622 Abs. 2 Nr. 2 BGB an die Stelle der zu kurzen Kündigungsfrist tritt. Folglich bleibt es dabei, dass die Kündigung erst zum 31.12.2009 wirksam wird.

## **II. Ergebnis**

L hat einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung und Zahlung des Gehalts bis zum 31.12.2009.

### **Fall 3 (40 Punkte)**

Arbeitgeber E einigte sich mit Arbeitnehmer C am 15.12.2009 mündlich über dessen Einstellung und die Details des Arbeitsvertrags. Insbesondere vereinbarten beide eine Befristung des Vertrags vom 1.1.2010 bis zum 30.10.2010, weil E zunächst nur Vertretungsbedarf für die langfristig erkrankte Arbeitnehmerin A hat. Nach ärztlicher Prognose soll A erst im November 2010 wieder arbeitsfähig sein.

C nahm seine Arbeit am 4.1.2010 bei E auf. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag wurde von C allerdings erst am 7.1.2010 unterzeichnet. Dieser sah als Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses nunmehr allerdings den 30.11.2010 vor.

Eine Woche nach Dienstantritt äußert C gegenüber E Zweifel bezüglich der Wirksamkeit der vereinbarten Befristung bis zum 30.11.2010. E ist der Auffassung, dass durch die mündliche Abrede vom 15.12.2009 das Schriftformerfordernis des § 14 Abs. 4 TzBfG nicht gewahrt wurde. Daran könne auch die Unterzeichnung des Arbeitsvertrags am 7.1.2010 nichts ändern. Dieser Mangel habe auch Auswirkungen auf den später unterzeichneten Vertrag.

E hält die Einwände von C für unerheblich. Schon die mündliche Vereinbarung vom 15.12.2009 stelle eine wirksame Befristung dar. Jedenfalls sei ein möglicher Mangel durch die Unterzeichnung des Arbeitsvertrags am 7.1.2010 nachträglich geheilt worden. Schließlich könne aber in der Unterzeichnung des Arbeitsvertrags am 7.1.2010 ein Neuabschluss eines befristeten Arbeitsvertrags gesehen werden. Dies zeige bereits die Tatsache, dass eine Änderung der Befristungsdauer vorgenommen wurde. Die Befristung des Arbeitsvertrags sei darüber hinaus auch durch einen Sachgrund gerechtfertigt.



Ist das Arbeitsverhältnis von C wirksam durch den mündlichen Arbeitsvertrag vom 15.12.2009 oder den schriftlichen Arbeitsvertrag vom 7.1.2010 befristet worden?

### **Lösung:**

Fraglich ist, ob das Arbeitsverhältnis von C durch den mündlichen Arbeitsvertrag vom 15.12.2009 oder den schriftlichen Arbeitsvertrag vom 7.1.2010 wirksam befristet wurde.

### **I. Wirksame Befristung durch mündlichen Arbeitsvertrag vom 15.12.2009 ?**

C und E haben sich am 15.12.2009 mündlich über die Einstellung von C, die Details sowie die Befristung des Arbeitsvertrags vom 1.1.2010 bis zum 30.10.2010 geeinigt. Das hierdurch unzweifelhaft bestehende Arbeitsverhältnis zwischen C und E wäre wirksam durch diesen Arbeitsvertrag vom 15.12.2009 befristet worden, wenn die Schriftform des § 14 Abs. 4 TzBfG gewahrt wurde und der Befristung entweder ein Sachgrund nach § 14 Abs. 1 TzBfG bzw. die Voraussetzungen einer sachgrundlosen Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG zugrunde gelegen hätten.

#### **1. Schriftformerfordernis, § 14 Abs. 4 TzBfG**

Die Unwirksamkeit der Befristung könnte sich jedoch bereits aus § 14 Abs. 4 TzBfG wegen Verstoßes gegen die Schriftform des § 126 BGB ergeben. § 126 BGB verlangt die eigenhändige Unterschrift von Arbeitgeber und Arbeitnehmer, welche durch die nur mündlich vereinbarte Befristung am 15.12.2009 nicht erfolgt ist. Somit liegt ein Verstoß gegen das Schriftformerfordernis des § 14 Abs. 4 TzBfG vor, der gem. § 125 S. 1 BGB die Nichtigkeit der Befristung nach sich zieht.

#### **2. Heilung durch Unterzeichnung am 7.1.2010?**

Fraglich ist, ob die formnichtige mündliche Befristungsabrede durch die Unterzeichnung des schriftlichen Arbeitsvertrags vom 7.1.2010 gem. § 141 BGB rückwirkend wirksam geworden ist.

a) Das setzt voraus, dass die Parteien mit der Unterzeichnung überhaupt den ursprünglichen mündlichen Vertrag heilen bzw. bestätigen wollten. Dagegen spricht schon, dass der Vertrag vom 7.1.2010 ein anderes Enddatum, nämlich den 30.11.2010 enthält. Schon diese veränderte Regelung spricht dagegen, dass die Parteien den ursprünglich mündlich geschlossenen Vertrag lediglich formwirksam niederlegen wollten.

b) Aus den gleichen Gründen kommt auch eine Bestätigung (§ 141 Abs. 2 BGB) eines nichtigen Rechtsgeschäfts durch denjenigen, der es vorgenommen hat nicht in Betracht. Die Bestätigung hat keine rückwirkende Kraft. Vielmehr entsteht durch die in ihr liegende Neuvernahme ein wirksames Geschäft.<sup>1</sup> Nach Ansicht des BAG ist § 141 Abs. 2 BGB überdies auf die nach Vertragsbeginn erfolgte schriftliche Niederlegung einer mündlich und damit formnichtig getroffenen Befristungsabrede nicht anwendbar.<sup>2</sup>

Eine unmittelbare Anwendung scheitert schon an den gesetzlichen Voraussetzungen des § 141 Abs. 2 BGB. Der mündlich geschlossene Arbeitsvertrag sei nämlich – abgesehen von der Befristung – von Anfang an wirksam und bilde die rechtliche Grundlage für die daraus resultierenden Rechte und Pflichten der Parteien. Aus der

<sup>1</sup> BAG 1.12.2004 NZA 2005, 575, 576 f. m. w. N.; Palandt/Ellenberger, § 141 BGB Rn. 8.

<sup>2</sup> BAG 1.12.2004 NZA 2005, 575, 576 f.; BAG 16.3.2005 NZA 2005, 923, 924 f.

Befristung als solcher ergäben sich überhaupt keine Ansprüche, die schon für die Zeit vor der Bestätigung im Sinne des § 141 Abs. 2 BGB erfüllt werden könnten.<sup>3</sup> Bei einer zunächst formnichtigen, später schriftlich festgehaltenen Befristung habe § 141 Abs. 2 BGB daher keinen Anwendungsbereich.

c) § 141 BGB kann auf die nachgeholte Befristungsabrede darüber hinaus auch nicht analog angewandt werden.<sup>4</sup> Sinn und Zweck des Schriftformerfordernisses des § 14 Abs. 4 TzBfG stehen dem entgegen. Das Schriftformerfordernis bezweckt im Hinblick auf die besondere Bedeutung der Befristung, die zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne weitere rechtsgeschäftliche Erklärung führe, die Gewährleistung größtmöglicher Rechtssicherheit. Der Arbeitnehmer solle bei Vertragsbeginn durch das Lesen der Vereinbarungen erkennen, dass er keinen Dauerarbeitsplatz erhalte, um gegebenenfalls den Vertragsschluss zu Gunsten anderer Angebote ablehnen zu können. Außerdem diene das Schriftformerfordernis der Beweiserleichterung. Dadurch solle unnötiger Streit der Parteien über das Vorliegen und den Inhalt einer Befristung vermieden werden.<sup>5</sup>

Die formnichtige mündliche Befristungsabrede vom 15.12.2009 wurde durch die Unterzeichnung des schriftlichen Arbeitsvertrags vom 7.1.2010 mithin nicht gem. § 141 BGB rückwirkend geheilt.

## **II. Ergebnis**

Die Befristungsabrede vom 15.12.2009 ist bereits wegen Verstoßes gegen § 14 Abs. 4 TzBfG unwirksam. Die Missachtung des Schriftformerfordernisses des § 14 Abs. 4 TzBfG führt jedoch nicht zur Nichtigkeit des gesamten Arbeitsvertrags. Gem. § 16 S. 1 Hs. 1 TzBfG gilt der rechtsunwirksam befristete Arbeitsvertrag vielmehr als auf unbestimmte Zeit geschlossen. An die Stelle des unwirksam befristeten Arbeitsvertrags tritt ein unbefristeter Arbeitsvertrag.

## **III. Wirksame Befristung durch schriftlichen Arbeitsvertrag vom 7.1.2010**

Das Arbeitsverhältnis zwischen C und E könnte jedoch durch den schriftlichen Arbeitsvertrag vom 7.1.2010 befristet worden sein. Denn ein wie hier bereits bestehender unbefristeter Arbeitsvertrag kann auch noch nachträglich befristet werden. Das gilt auch für einen mangels Schriftform unwirksam befristeten Arbeitsvertrag, der ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit nach sich zieht.<sup>6</sup>

### **1. Auf Befristung des Arbeitsverhältnisses gerichtete beiderseitige Willenserklärungen**

Voraussetzung für eine (nachträgliche) Befristung ist, dass die Parteien übereinstimmende, auf diese Rechtsfolge gerichtete Willenserklärungen abgeben haben. Daran fehlt es nach der Rechtsprechung des BAG in der Regel, wenn die Parteien nach Vertragsbeginn lediglich eine bereits zuvor mündlich vereinbarte Befristung in einem schriftlichen Arbeitsvertrag

---

<sup>3</sup> BAG 1.12.2004 NZA 2005, 575, 576 f.; BAG 16.3.2005 NZA 2005, 923, 924 f.

<sup>4</sup> BAG 1.12.2004 NZA 2005, 575, 577; BAG 16.3.2005 NZA 2005, 923, 925.

<sup>5</sup> BAG 1.12.2004 NZA 2005, 575, 577; BAG 16.3.2005 NZA 2005, 923, 925 mit Verweis auf BT-Drucks. 14/626, S. 11 zu § 623 BGB in der bis zum 31. 12. 2000 geltenden Fassung.

<sup>6</sup> BAG 1.12.2004 NZA 2005, 575, 577; BAG 13.6.2007 NZA 2008, 108, 109; BAG 16.4.2008 NZA 2008, 1184, 1185.

niederlegen. Dadurch wollten sie im Allgemeinen nur das zuvor Vereinbarte schriftlich festhalten und keine eigenständige rechtsgestaltende Regelung treffen.<sup>7</sup>

Anders verhält es sich nach jüngerer Rechtsprechung des BAG jedoch, wenn die Parteien vor Vertragsbeginn und vor Unterzeichnung des schriftlichen Arbeitsvertrags mündlich keine Befristung vereinbart haben oder wenn sie eine mündliche Befristungsabrede getroffen haben, die inhaltlich mit der in dem später unterzeichneten schriftlichen Arbeitsvertrag enthaltenen Befristung nicht übereinstimmt.<sup>8</sup> In diesem Fall werde im schriftlichen Arbeitsvertrag nicht lediglich eine zuvor vereinbarte mündliche Befristung schriftlich niedergelegt, sondern eine davon abweichende und damit eigenständige Befristungsabrede getroffen, durch die das zunächst bei Vertragsbeginn unbefristet entstandene Arbeitsverhältnis nachträglich befristet werden soll, sofern die weiteren Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Befristung vorliegen.

Entsprechend dieser Grundsätze ist davon auszugehen, dass im schriftlichen Arbeitsvertrag vom 7.1.2010 eine eigenständige Befristungsvereinbarung geschlossen wurde. Die schriftliche Vertragsfassung wich vorliegend von der vorangegangenen mündlichen Absprache inhaltlich ab, da in ihr eine längere Befristungsdauer vereinbart wurde, als die mündliche Vereinbarung vom 15.12.2009 vorsah.

## **2. Schriftformerfordernis, § 14 Abs. 4 TzBfG**

Durch die Unterzeichnung des schriftlichen Arbeitsvertrags vom 7.1.2010 wurde die für Befristungsvereinbarungen erforderliche Schriftform des § 14 Abs. 4 TzBfG im Sinne des § 126 Abs. 1, Abs. 2 BGB gewahrt.

## **3. Materielle Wirksamkeitsvoraussetzungen gem. § 14 Abs. 1, Abs. 2 TzBfG**

Allerdings wäre der Arbeitsvertrag vom 7.1.2010 als Befristungsvereinbarung unwirksam, wenn die Befristung nicht durch einen ausreichenden Grund gerechtfertigt und auch kein Fall einer sachgrundlosen Befristung gem. § 14 Abs. 2, Abs. 2a, Abs. 3 TzBfG gegeben wäre. Eine Prüfung, ob die Befristungsvereinbarung durch einen sachlichen Grund gem. § 14 Abs. 1 TzBfG gerechtfertigt ist, wäre dabei entbehrlich, wenn sie bereits als sachgrundlose Befristung zulässig wäre. Zur sachgrundlosen Rechtfertigung der kalendermäßigen Befristung (vgl. die Definition des § 3 Abs. 1 S. 2 1. Alt TzBfG) des Arbeitsvertrags vom 7.1.2010 kommt jedoch mangels dahingehender Sachverhaltsangaben vorliegend weder eine Anwendung des § 14 Abs. 2a TzBfG, noch des § 14 Abs. 3 TzBfG in Betracht. Fraglich ist, ob die Befristungsvereinbarung durch § 14 Abs. 2 TzBfG gerechtfertigt ist.

### **a) Sachgrundlose Befristung gem. § 14 Abs. 2 TzBfG**

Nach § 14 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 TzBfG ist die sachgrundlose Befristung eines Arbeitsvertrags ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig. Gem. § 14 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 TzBfG ist bis zu dieser Gesamtdauer auch die höchstens dreimalige Verlängerung eines kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrags möglich.

Eine Befristung nach § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG wäre indes unzulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hätte, § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG. Eine solche Vorbeschäftigung mit demselben Arbeitgeber resultiert vorliegend daraus, dass C und E bereits am 15.12.2009 mittels der formnichtigen Befristungsvereinbarung einen unbefristeten Arbeitsvertrag geschlossen haben (s. o.).

---

<sup>7</sup>BAG 1.12.2004 NZA 2005, 575, 577; BAG 13.6.2007 NZA 2008, 108, 109; BAG 16.4.2008 NZA 2008, 1184, 1185.

<sup>8</sup>BAG 13.6.2007 NZA 2008, 108, 109; BAG 16.4.2008 NZA 2008, 1184, 1185.

Spätestens mit der tatsächlichen Arbeitsaufnahme am 4.1.2010 kam sodann ein Arbeitsverhältnis im Sinne des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG zustande.<sup>9</sup>

Anm.: Die Rechtsprechung differenziert insofern zwischen dem Abschluss des Arbeitsvertrags und dem Entstehen des Arbeitsverhältnisses, auf das § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG abstellt. Das Arbeitsverhältnis verlangt auch die tatsächliche Arbeitsaufnahme.<sup>10</sup>

Einer sachgrundlosen Befristung des Arbeitsvertrags vom 7.1.2010 nach § 14 Abs. 2 TzBfG steht mithin das Vorbeschäftigungsverbot des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG entgegen.

Anm.: Der Aufbau einer Klausur zur nachträglichen Wahrung der Schriftform ist also nicht ganz unkompliziert, wenn auch eine sachgrundlose Befristung in Frage steht. In diesen Fällen muss der Bearbeiter erkennen, dass der rein formale Schriftformmangel der Befristungsvereinbarung vom 15.12.2009 sich für die nachträgliche Befristungsvereinbarung im Zusammenspiel mit dem Vorbeschäftigungsverbot als materiellrechtlicher Befristungsmangel auswirkt. Dies hat auch weitere Auswirkungen, etwa dass der Arbeitgeber die Möglichkeit der sofortigen Kündigung gem. § 16 S. 2 TzBfG verliert.

#### **b) Bestehen eines sachlichen Grundes für die Befristung gem. § 14 Abs. 1 TzBfG**

Die Befristungsvereinbarung vom 7.1.2010 wäre mithin nur dann wirksam, wenn ein sachlicher Grund im Sinne des § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG vorgelegen hätte. Als sachlicher Grund kommt vorliegend § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG in Betracht. C ist hier zur Vertretung der erkrankten Arbeitnehmerin A eingestellt worden. Allerdings muss eine Prognose im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ergeben, dass aufgrund greifbarer Tatsachen mit einiger Sicherheit der Wegfall des Mehrbedarfs mit dem Auslaufen des befristeten Arbeitsverhältnisses zu erwarten ist.<sup>11</sup> Indem E die Befristung damit begründet, dass nach ärztlicher Prognose die Arbeitnehmerin A erst im November 2010 wieder beschäftigungsfähig ist, genügt er den Anforderungen an diese Prognose. Die Befristung auf der Basis des Vertrages vom 7.1.2010 war daher aus einem sachlichen Grund heraus gerechtfertigt.

Das Arbeitsverhältnis ist somit nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG wirksam befristet worden.

#### **Ergebnis**

Zwar war die sachgrundlose Befristung des Arbeitsverhältnisses gem. § 14 Abs. 2 TzBfG nicht mehr zulässig; jedoch war die Befristung auf der Basis des schriftlichen Vertrages vom 7.1.2010 durch einen Sachgrund im Sinne des § 14 Abs. 1 TzBfG gerechtfertigt. Im Ergebnis ist das Arbeitsverhältnis wirksam auf bestimmte Zeit bis zum Ablauf des 30.11.2010 befristet worden.

---

<sup>9</sup> Anderer Ansicht *Greiner*, RdA 2009, 82, 89 f. Der von ihm angenommene, aus dem schriftlichen Arbeitsvertrag resultierende Heilungsvertrag, ließe auch Wirkungen des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG rückwirkend entfallen.

<sup>10</sup> Vgl. hierzu kritisch *Greiner*, RdA 2009, 82, 83 ff.

<sup>11</sup> BAG 15.3.1995 AP Art. 13 Einigungsvertrag Nr. 15; BAG 25.8.2004 NZA 2005, 357.

#### Wahlweise Fall 4 (40 Punkte)

A ist seit 2002 bei der Bank B beschäftigt. Sämtliche Arbeitsverträge bei der Bank B enthalten folgende Klausel:

*“Alle Ansprüche, die sich aus dem Arbeitsverhältnis ergeben, sind von den Vertragschließenden binnen einer Frist von drei Monaten seit ihrer Fälligkeit schriftlich geltend zu machen und im Falle ihrer Ablehnung durch die Gegenpartei binnen einer Frist von drei Monaten einzuklagen. Eine spätere Geltendmachung ist ausgeschlossen”.*

B kündigt das Arbeitsverhältnis mit Wirkung zum 31.12.2006. Gegen die Kündigung erhebt A im Januar 2007 Kündigungsschutzklage und bietet B an, weiter für sie zu arbeiten. B lehnt jegliche Weiterbeschäftigung des A ab. Anfang Januar 2008 hat die Kündigungsschutzklage Erfolg. B legt keine Berufung ein, so dass das Urteil rechtskräftig wird. Am 1. 2. 2008 macht A gegen B nunmehr Zahlungsansprüche aus §§ 611, 615 BGB wegen rückständiger Vergütungsansprüche schriftlich geltend.

B lehnt dies ab und verweist auf die Klausel im Arbeitsvertrag. B verweist darauf, dass die Ansprüche für die Monate Januar bis Oktober 2007 verfallen seien.

Hat A Anspruch auf Vergütung für die Monate Januar bis Oktober 2007?

*Bearbeiterhinweis: Es ist davon auszugehen, dass die Voraussetzungen der §§ 615, 293 ff. BGB vorliegen.*

#### Lösung

##### **Vergütungsanspruch des A gegen B aus § 611 Abs. 1 BGB i.V.m § 615 S. 1 BGB**

A könnte gegen B einen Vergütungsanspruch für die Monate Januar bis Oktober gem. §§ 611 Abs. 1 BGB i.V.m. mit dem Arbeitsvertrag i.V.m. § 615 S. 1 BGB haben.

##### **I. Anspruch entstanden**

Ein Anspruch aus den §§ 611 Abs. 1 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag i.V.m. 615 S. 1 BGB setzt voraus, dass zwischen A und B ein wirksamer Arbeitsvertrag besteht und dass sich B gegenüber A im Annahmeverzug gem. §§ 615 S. 1, 293 ff. BGB befunden hat.

##### **1. Wirksamer Arbeitsvertrag**

Zunächst müsste zwischen A und B in der Zeit von Januar bis Oktober 2007 ein wirksamer Arbeitsvertrag bestanden haben.

Da mit erfolgreicher Kündigungsschutzklage im Januar 2008 rechtskräftig festgestellt wurde, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung zum 31.12.2006 beendet wurde, bestand zwischen A und B in der Zeit von Januar bis Oktober 2007 ein wirksamer Arbeitsvertrag.

## **2. Annahmeverzug der B gem. §§ 615 S. 1, 293 ff. BGB**

Entsprechend der Regelung in § 615 S. 1 BGB könnte A die Vergütung für die Monate Januar bis Oktober 2007 verlangen, wenn sich B im Annahmeverzug befunden hat.

Nach dem Bearbeitervermerk liegen die Voraussetzungen des Annahmeverzugs vor.

Regelmäßig gilt bei erfolgreicher Kündigungsschutzklage:

Da der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen hat und es an dieser Mitwirkungshandlung nach Ausspruch der Kündigung und Ablauf der Kündigungsfrist regelmäßig fehlt, ist der Arbeitnehmer nicht verpflichtet, seine Arbeitsleistung wörtlich oder tatsächlich anzubieten (§§ 294, 295 BGB), um den Arbeitgeber in Annahmeverzug zu setzen (§ 296 BGB).

## **3. Zwischenergebnis**

Da sich B in der Zeit Januar bis Oktober 2007 in Annahmeverzug befunden hat, kann A gem. § 615 S. 1 BGB die Vergütung für die Monate Januar bis Oktober verlangen.

## **II. Anspruch untergegangen**

Fraglich ist, wie sich die arbeitsvertragliche Klausel auf den Vergütungsanspruch des A auswirkt. Bei der Klausel handelt es sich um eine arbeitsvertragliche Regelung, wonach bestehende Ansprüche ersatzlos wegfallen, wenn sie nicht in einer bestimmten Form und innerhalb einer bestimmten Frist geltend gemacht werden (Ausschlussfrist). Diese Form- und Fristenfordernisse könnte A nicht gewahrt haben, so dass sein Vergütungsanspruch wieder verfallen ist. Ihrem Regelungsgehalt nach verlangt die Klausel auf der **ersten Stufe** eine schriftliche Geltendmachung eines betroffenen Anspruchs und auf der **zweiten Stufe** eine gerichtliche bzw. klageweise Geltendmachung, sofern der Anspruch nach der Geltendmachung auf der ersten Stufe nicht erfüllt oder abgelehnt wird (zweistufige Ausschlussfrist).

### **1. Vergütungsansprüche auf der ersten Stufe verfallen**

Dabei könnte der Vergütungsanspruch des A schon auf der ersten Stufe verfallen sein, wenn A die Vergütungsansprüche von Januar bis Oktober 2007 nicht innerhalb von drei Monaten, schriftlich gegenüber B geltend gemacht hat. Zwar hat A die Vergütungsansprüche selbst nicht innerhalb der Frist geltend gemacht. A hat jedoch bereits im Januar 2007 Kündigungsschutzklage erhoben und dem Arbeitgeber mit dieser Bestandschutzklage hinreichend deutlich zu erkennen gegeben, dass er nicht nur ausschließlich den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses erreichen will, sondern zugleich auch seine Vergütungsansprüche aus diesem Arbeitsverhältnis sichern will. Damit ist die Erhebung einer Kündigungsschutzklage zur Wahrung der ersten Stufe der Ausschlussfrist bzw. zur schriftlichen Geltendmachung des Vergütungsanspruchs, ausreichend (vgl.: BAG 14.12.2005, NZA 2006, 998 ff.; BAG 19.3.2008, NZA 2008, 757 ff.).

### **2. Vergütungsansprüche auf der zweiten Stufe verfallen**

Fraglich ist jedoch, ob A mit der Kündigungsschutzklage auch auf der zweiten Stufe die Vergütungsansprüche „gerichtlich“ geltend gemacht hat.

Nach dem herrschenden zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff - bestehend aus dem gestellten Antrag und dem dahinterstehenden Tatsachenkomplex - erfasst eine Kündigungsschutzklage nur den Bestand des Arbeitsverhältnisses selbst. Nach diesem prozessualen Streitgegenstand erfasst eine reine Bestandschutzklage keine über den Bestand des Arbeitsverhältnisses hinausgehenden, bestimmten und konkretisierbaren Ansprüche, die

zum Gegenstand des Kündigungsschutzprozesses werden. Erforderlich ist hierfür vielmehr, dass die betreffenden Ansprüche streitgegenständlich unmittelbar mit einer Klage verfolgt werden. Hiernach hätte A die Vergütungsansprüche nur dann binnen einer Frist von drei Monaten gerichtlich geltend gemacht, wenn er neben der Kündigungsschutzklage vorsorglich einen Leistungsantrag oder - sofern zulässig - einen Feststellungsantrag bei Gericht erhoben hätte, der die konkreten Vergütungsansprüche beinhaltet hätte.

Da der A aber keine konkreten Leistungsanträge gestellt hat und die dreimonatige Frist der arbeitsvertraglichen Ausschlussklausel mittlerweile verstrichen ist, wären die Vergütungsansprüche des A verfallen.

### **3. Wirksamkeit der zweistufigen Ausschlussfrist**

Dies gilt allerdings nur, wenn die fragliche Klausel überhaupt wirksam ist. Bei der Klausel könnte es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung (AGB) handeln, die an den Maßstäben der §§ 305 ff. zu überprüfen ist.

#### **a. Anwendungsbereich der §§ 305 BGB**

Zuerst müssten vorformulierte arbeitsvertragliche Bedingungen der AGB-Kontrolle gemäß den §§ 305 ff. BGB unterliegen. Aus § 310 Abs. 4 BGB folgt, dass das AGB-Recht auch auf Arbeitsverträge Anwendung findet.

#### **b. Vorliegen von AGB (§ 305 Abs. 1 i.V.m. § 310 Abs. 3 Nr. 1 und 2 BGB)**

Darüber hinaus müsste es sich bei der arbeitsvertraglichen Klausel um allgemeine Geschäftsbedingungen handeln.

Nach der Legaldefinition des § 305 Abs. 1 BGB sind unter allgemeinen Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen zu verstehen, die eine Vertragspartei bei Abschluss des Vertrags stellt.

##### **aa) Vorformulierte Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen**

Zunächst müsste es sich bei der Klausel um vorformulierte Vertragsbedingungen handeln, die für eine Vielzahl von Verträgen gelten sollen.

Diese Voraussetzungen liegen vor, da laut Sachverhalt alle Arbeitsverträge bei der B die fragliche Klausel enthalten.

Hinweis: Ob die Vorschrift des § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB greift, wonach u.a. § 305c Abs. 2 BGB und die §§ 306 und 307 bis 309 BGB auch dann Anwendung finden, wenn die Bedingungen nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind, soweit es sich um einen Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher handelt und der Verbraucher auf Grund der Vorformulierung auf den Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte, kommt es daher nicht an. Allerdings hat das BAG inzwischen klargestellt, dass auch der Arbeitnehmer als Verbraucher anzusehen ist

##### **bb) Von einer Vertragspartei gestellt**

Des Weiteren muss der Verwender die Allgemeinen Geschäftsbedingungen „stellen“. Mangels abweichender Hinweise im Sachverhalt ist davon auszugehen ist, dass B als Verwender die fragliche Klausel gestellt hat.

Zwar gilt auch hier eine Ausnahme für Verbraucherverträge gem. § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB, nach der Allgemeine Geschäftsbedingungen als vom Unternehmer gestellt

gelten, es sei denn, dass sie durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt werden. Allerdings kann auch hier der Streit über die Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers offen gelassen werden.

#### **cc) Nicht im Einzelnen ausgehandelt**

Angaben im Sachverhalt, dass die Klausel nicht im Einzelnen ausgehandelt worden sein könnte, fehlen.

*Hinweis:* Unter den Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gem. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB fallen nur solche Abreden, die nicht im Einzelnen ausgehandelt wurden. Ein Aushandeln im Sinne dieser Vorschrift erfordert ein wirkliches Aushandeln. Der Arbeitgeber muss also die Klausel ernsthaft zur Disposition des Arbeitnehmers gestellt und diesem die Möglichkeit eingeräumt haben, den Inhalt der fraglichen Klausel beeinflussen zu können. Dass B den Inhalt der fraglichen Klausel ernsthaft zur Disposition des A gestellt hat, ist nicht ersichtlich.

#### **dd) Zwischenergebnis**

Damit ist die fragliche Klausel als Allgemeine Geschäftsbedingung i.S.v. § 305 Abs. 1 BGB anzusehen.

#### **c. Wirksame Einbeziehung der arbeitsvertraglichen Klausel**

Eine Klauselkontrolle nach den §§ 305 ff. BGB kann nur dann erfolgen, wenn diese Klausel wirksamer Vertragsbestandteil geworden ist. Anders als im allgemeinen Zivilrecht ist im Arbeitsrecht die Vorschrift des § 305 Abs. 2 und 3 BGB nicht anzuwenden, § 310 Abs. 2 S. 2 BGB, vielmehr richtet sich die Einbeziehung nach den §§ 145 ff. BGB. Die übrigen Einbeziehungsvorschriften sind jedoch einzuhalten. Im Rahmen dieser Einbeziehungskontrolle ist daher zu untersuchen, ob eine vorrangige Individualabrede vorliegt (§ 305b BGB) und ob die Abrede als überraschende oder mehrdeutige Klausel anzusehen ist (§ 305c BGB) und damit nicht Vertragsbestandteil geworden ist.

##### **aa) Keine vorrangige Individualabrede, § 305b BGB**

Nach § 305b BGB haben individuelle Vertragsabreden Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Anhaltspunkte dafür, dass eine von der fraglichen Klausel abweichende Individualvereinbarung geschlossen wurde, sind vorliegend nicht ersichtlich.

##### **bb) Keine überraschende und mehrdeutige Klausel § 305c BGB**

Fraglich ist, ob die arbeitsvertragliche Klausel nach den Regelungen in § 305c BGB nicht Vertragsbestandteil geworden ist.

##### **(1) Keine überraschende Klausel § 305c Abs. 1 BGB**

Eine Klausel ist dann als überraschend gem. § 305c Abs. 1 BGB anzusehen, wenn sie nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages, so ungewöhnlich ist, dass der Vertragspartner des Verwenders - hier also der Arbeitnehmer A - nicht mit ihr zu rechnen braucht. Erforderlich ist also zum einen eine objektive Ungewöhnlichkeit, zum anderen ein subjektives Überraschungselement. Da jedoch Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen, Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen häufig verwendet werden und nicht ersichtlich ist, dass die Klausel an versteckter Stelle enthalten ist, ist sie nicht als überraschende Klausel i.S.v. § 305c Abs. 1 BGB anzusehen.



## **(2) Keine mehrdeutige Klausel § 305c Abs. 2 BGB**

Fraglich ist, wie die Klausel im Hinblick auf die Regelung des § 305c Abs. 2 BGB zu beurteilen ist, nach der Zweifel bei der Auslegung zu Lasten des Verwenders gehen (Unklarheitenregel). Hiernach ist im Wege einer objektiven Auslegung zu bestimmen, wie die Klauseln von einem verständigen und redlichen Vertragspartner unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden. Dabei sind die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners zugrunde zu legen, das heißt die Verständnismöglichkeiten des typischerweise bei Arbeitsverträgen zu erwartenden nicht rechtskundigen Arbeitnehmers.

Die von der Bank als Verwenderin der Allgemeinen Geschäftsbedingung gewählte Formulierung, wonach Ansprüche einzuklagen sind, kann von einem nicht rechtskundigen Durchschnittsarbeitnehmer aber nicht so verstanden werden, dass nur die Erhebung einer bezifferten Leistungsklage diesem Erfordernis genügt. Er kann sie vielmehr auch so verstehen, dass jede prozessuale Auseinandersetzung über den Anspruch seine Obliegenheit erfüllt.

**BAG 19.3.2008, NZA 2008, 757 ff.:** „Die zweite Stufe verdeutlicht dem Arbeitnehmer nach allgemeinen Sprachgebrauch nur, dass ein Anspruch vor Gericht vorgebracht werden muss und eine außergerichtliche Geltendmachung nicht genügt. Wie bei der schriftlichen Geltendmachung kann er davon ausgehen, dass die Erhebung einer Kündigungsschutzklage einer Geltendmachung von hiervon abhängigen Ansprüchen auf Annahmeverzugsvergütung beinhaltet, denn die Kündigungsschutzklage ist in der Regel nicht auf den Erhalt des Arbeitsplatzes beschränkt, sondern zugleich und gerade auch auf die Sicherung der Ansprüche gerichtet, die durch den Verlust der Arbeitsstelle möglicherweise verlorengehen. Dem Erfordernis einer Klageerhebung bzw. gerichtlichen Geltendmachung hat der Arbeitnehmer aus seiner Sicht damit zugleich Genüge getan. Von einem nicht rechtskundigen Arbeitnehmer kann insbesondere nicht erwartet werden, dass er den prozessualen Begriff des Streitgegenstands und dessen Bedeutung kennt. Will der Arbeitgeber als Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen erreichen, dass der Arbeitnehmer bereits vor dem rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens, in Unkenntnis von dessen Ergebnis und unter Inkaufnahme eines unnötigen Kostenrisikos, eine bezifferte Leistungsklage binnen bestimmter Frist jeweils nach Fälligkeit der Annahmeverzugsansprüche und etwaiger anderer Ansprüche erhebt, so muss er dies klar und deutlich zum Ausdruck bringen (vgl. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB). Eines weitergehenden Schutzes bedarf der Arbeitgeber nicht, denn durch die Kündigungsschutzklage ist er ausreichend über den Willen des Arbeitnehmers unterrichtet, die durch die Kündigung bedrohten Einzelansprüche aus dem Arbeitsverhältnis aufrechtzuerhalten“ (vgl. auch Senat 26. April 2006 - 5 AZR 403/05 - BAGE 118, 60, 62 ).“

Da der Arbeitnehmer die zweistufige Ausschlussfrist demnach auch so verstehen kann, dass jede prozessuale Auseinandersetzung über den Anspruch seine Obliegenheit erfüllt, ist die Klausel mehrdeutig. Führt die objektive Auslegung zu keinem eindeutigen, sondern zu einem mehrdeutigen Ergebnis, greift die Unklarheitenregel (§ 305c Abs. 2 BGB) mit der Folge der arbeitnehmerfreundlichen Auslegung (ErfK/Preis §§ 305-310 BGB Rn. 31).

Damit hat A mit der Kündigungsschutzklage auch die zweite Stufe der Ausschlussfrist gewahrt.

Selbst wenn die Auslegung mit der Maßgabe erfolgt, dass die Inhaltskontrolle zunächst nicht auf der Grundlage einer kundenfreundlich (arbeitnehmerfreundlich) ausgelegten Klausel durchzuführen ist und die kundenfreundliche Interpretation überhaupt erst dann maßgebend ist, wenn die für den Arbeitnehmer ungünstigere

Klausel nach den §§ 307 bis 309 BGB gleichwohl Bestand hat (ErfK/Preis §§ 305-310 BGB Rn. 31), kann A die Vergütungsansprüche geltend machen:

Dies ergibt sich daraus, dass selbst dann, wenn man die zweistufige Ausschlussfrist so versteht, dass diese nur durch eine vorsorgliche, konkret bezifferte Leistungsklage gewahrt werden kann, und ein derartiges Verständnis einer Inhaltskontrolle nach den §§ 307 bis 309 BGB standhalten sollte, die arbeitnehmerfreundliche Auslegung greift, nach der die zweistufige Ausschlussfrist auch mit rechtzeitig erhobener Kündigungsschutzklage gewahrt ist.

*(Sollte sich der Bearbeiter dafür entscheiden, dass keine mehrdeutige Klausel vorliegt, ist die zweistufige Ausschlussfrist einer Inhaltskontrolle zu unterziehen)*

#### **d) Inhaltskontrolle**

Fraglich ist, ob die zweistufige Ausschlussfrist einer Inhaltskontrolle nach den §§ 307 bis 309 BGB standhält.

##### **aa) Kontrollfähigkeit § 307 Abs. 3 S. 1 BGB**

Nach § 307 Abs. 3 S. 1 gelten die §§ 307 Abs. 1 und 2 sowie die §§ 308 und 309 nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Die zweistufige Ausschlussfrist weicht schon deshalb von den gesetzlichen Bestimmungen ab, da normalerweise eine Leistungsklage nach erfolgreicher Kündigungsschutzklage ausreichend ist, um Annahmeverzugslohnansprüche geltend zu machen.

##### **bb) Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit § 309 Nr. 13 BGB**

*Diese Ausführungen werden von den Bearbeitern nicht erwartet:*

Die zweistufige Ausschlussfrist könnte insbesondere im Hinblick auf das besondere Klauselverbot des § 309 Nr. 13 BGB zweifelhaft sein. Hiernach ist eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, durch die Anzeigen oder Erklärungen, die dem Verwender gegenüber abzugeben sind, an eine strengere Form als die Schriftform oder an besondere Zugangserfordernisse gebunden werden.

Gegen eine Anwendung dieser Vorschrift könnte jedoch sprechen, dass der hinter § 309 Nr. 13 BGB stehende Gedanke im Arbeitsrecht nicht zutrifft, da hierdurch vor allem der Gefahr begegnet werden soll, dass der Vertragspartner des Verwenders, mithin der Arbeitnehmer, durch Form- und Zugangserfordernisse in vorformulierten Vertragsbedingungen überrascht werde. Ausschlussklauseln, und zwar auch solche, die an die gerichtliche Geltendmachung anknüpfen, sind im Arbeitsrecht aber nicht objektiv ungewöhnlich. Insofern stellt die Üblichkeit und die Verbreitung zweistufiger Ausschlussfristen eine arbeitsvertragliche Besonderheit gem. § 310 Abs. 3 S. 2 BGB dar.

Gegen diese Argumentation spricht jedoch, dass aus der Üblichkeit von Klauseln nicht auf deren rechtliche Zulässigkeit geschlossen werden darf (*Lakies*, NZA 2004, 596, 575). Daher fällt auch die Klageerhebung unter „Anzeigen und Erklärungen“ i.S.d §

309 Nr. 13 BGB, da hiervon alle Äußerungen erfasst sind, die zur Rechtsausübung und Rechtswahrnehmung erforderlich sein können. Zudem stellt das Erfordernis gerichtlicher Geltendmachung ein „besonderes Zugangserfordernis“ (Zugang einer Klage statt eines einfachen Schriftstückes) dar. Ein von der gesetzlichen Regelung des § 130 BGB abweichendes Zugangserfordernis soll aber gerade durch § 309 Nr. 13 BGB zu Lasten des Vertragspartners des Klauselverwenders verhindert werden (*Lakies*, NZA 2004, 596, 575). Eine arbeitsvertraglich zweistufige Ausschlussfrist verstößt daher gegen § 309 Nr. 13 BGB und ist damit unwirksam.

#### **cc) Unangemessene Benachteiligung § 307 Abs. 1 S. 1 BGB**

Darüber hinaus könnte die zweistufige Ausschlussfrist auch als unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB zu werten sein. Durch die Klausel wird der Arbeitnehmer nämlich gezwungen, schon während des Kündigungsschutzprozesses die Annahmeverzugslohnansprüche gleichzeitig mit einzuklagen, um damit etwaige Ansprüche nicht durch die zweistufige Ausschlussfrist verfallen zu lassen. Der Arbeitnehmer kann aber zum Zeitpunkt der Erhebung der Kündigungsschutzklage noch gar nicht überblicken, ob der Kündigungsschutzantrag und damit die hiervon abhängigen Leistungsanträge Erfolg haben werden. Er muss also mehrere Klageanträge stellen, ohne deren Erfolgsaussichten zuverlässig beurteilen zu können. Da jeder Leistungsantrag streitwerterhöhend wirkt, ist das Risiko schon mit Hinblick auf das Fehlen jeglicher Kostenerstattungsansprüche gem. § 12a ArbGG kaum tragbar (*Matthiessen*, NZA 2008, 1165, 1166). Die damit einhergehenden Belastungen für den Arbeitnehmer lassen die vertragliche zweistufige Ausschlussfrist nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB als unangemessen benachteiligend erscheinen.

#### **dd) Transparenzgebot § 307 Abs. 1 S. 2 BGB**

Nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.

Hierbei könnte sich die Unangemessenheit daraus ergeben, dass ein Arbeitnehmer die zweistufige Ausschlussfrist auch so verstehen kann, dass das Erheben der Kündigungsschutzklage ausreichend ist, um die zweistufige Ausschlussfrist zu wahren (vgl.: Prüfungspunkt 2,c,bb),(2), keine mehrdeutige Klausel § 305c Abs. 2 BGB). Insoweit ergeben sich überschneidende Wertungen zur Unklarheitenregel (*Hinweis: Es ist unschädlich, wenn die Bearbeiter die zu § 305c Abs. 2 BGB gemachten Erwägungen hier anwenden*).

### **III. Ergebnis**

Als Ergebnis lässt sich damit festhalten, dass die vertragliche zweistufige Ausschlussfrist einer Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB nicht standhält. Damit kann A die Vergütungsansprüche für die Monate Januar bis Oktober 2007 auch noch nach erfolgreicher Kündigungsschutzklage gem. §§ 611, 615 BGB im Januar 2008 geltend machen.