

Winfried Schwabe
Nadine Grau

Lernen mit Fällen

Ach**So!**

Arbeitsrecht

Materielles Recht
& Klausurenlehre

5. Auflage

Musterlösungen im
Gutachtenstil

Winfried Schwabe
Nadine Grau

Lernen mit Fällen

Arbeitsrecht

Materielles Recht
& Klausurenlehre

5., überarbeitete Auflage, 2013

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek | Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über www.dnb.de abrufbar.

5. Auflage, 2013

ISBN 978-3-415-04952-9

E-ISBN 978-3-415-04989-5

© 2009 Richard Boorberg Verlag

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Umschlag: Neil McBeath, Stuttgart | Gesamtherstellung: Beltz Bad Langensalza GmbH,
Neustädter Straße 1–4, 99947 Bad Langensalza

Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG | Scharrstraße 2 | 70563 Stuttgart

Stuttgart | München | Hannover | Berlin | Weimar | Dresden

www.boorberg.de

Vorwort

Die 5. Auflage bringt das Buch auf den Stand von Februar 2013. Rechtsprechung und Literatur sind bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigt und eingearbeitet.

Dem Leser legen wir ans Herz, zunächst die Hinweise zur sinnvollen Arbeit mit diesem Buch – gleich folgend auf der nächsten Seite – sorgfältig durchzusehen.

Köln, im März 2013

Winfried Schwabe
Dr. Nadine Grau

Zur Arbeit mit diesem Buch

Das Buch bietet dem Leser *zweierlei* Möglichkeiten:

Zum einen kann er anhand der Fälle das *materielle Recht* erlernen. Zu jedem Fall gibt es deshalb zunächst einen sogenannten »Lösungsweg«. Hier wird Schritt für Schritt die Lösung erarbeitet, das notwendige materielle Recht aufgezeigt und in den konkreten Fallbezug gebracht. Der Leser kann so in aller Ruhe die einzelnen Schritte nachvollziehen, in unzähligen Querverweisungen und Erläuterungen die Strukturen, Definitionen und sonst notwendigen Kenntnisse erwerben, die zur Erarbeitung der Materie, also hier konkret des Arbeitsrechts, unerlässlich sind.

Zum anderen gibt es zu jedem Fall nach dem gerade beschriebenen ausführlichen Lösungsweg noch das klassische *Gutachten* im Anschluss. Dort findet der Leser dann die »reine« Klausurfassung, also den im Gutachtenstil vollständig ausformulierten Text, den man in der Klausur zum vorliegenden Fall hätte anfertigen müssen, um die Bestnote zu erzielen. Anhand des Gutachtens kann der Leser nun sehen, wie das erarbeitete Wissen tatsächlich nutzbar gemacht, sprich in *Klausurform* gebracht wird. Der Leser kann die arbeitsrechtliche Gutachtentechnik lernen bzw. wiederholen: Gezeigt wird unter anderem, wie man richtig subsumiert, wie man ein arbeitsrechtliches Gutachten – einschließlich etwa auch der Zulässigkeit einer Kündigungsschutzklage – aufbaut, wie man einen Meinungsstreit angemessen darstellt, wie man einen Obersatz und einen Ergebnissatz vernünftig aufs Papier bringt, wie man Wichtiges von Unwichtigem trennt, mit welchen Formulierungen man arbeiten sollte, mit welchen Formulierungen man *nicht* arbeiten sollte usw. usw.

Und noch ein Tipp zum Schluss: Die im Buch zitierten Paragraphen sollten auch dann nachgeschlagen und gelesen werden, wenn der Leser meint, er kenne sie schon. Das ist nämlich leider zumeist ein Irrtum. Auch das Arbeitsrecht erschließt sich nur mit der sorgfältigen Lektüre des Gesetzes. Wer anders arbeitet, verschwendet seine Zeit.

Inhaltsverzeichnis

1. Abschnitt

Die Grundlagen: Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbegriff; die arbeitsrechtlichen Rechtsquellen und Gestaltungsfaktoren

Fall 1: Freier Mitarbeiter? 14

Der Begriff des Arbeitnehmers; Bedeutung und Tragweite der arbeitsrechtlichen Regelungen für Arbeitnehmer und freie Mitarbeiter; der Begriff des Arbeitgebers; die Klage auf Feststellung eines Arbeitsverhältnisses.

Fall 2: Urlaubsfreuden 24

Die Rechtsquellen und Gestaltungsfaktoren im Arbeitsrecht; das Rangprinzip; das Günstigkeitsprinzip; der kollektive Günstigkeitsvergleich; das Spezialitätsprinzip; das Ordnungsprinzip.

Fall 3: Alle Jahre wieder!? 35

Die betriebliche Übung als Anspruchsgrundlage; Entstehungsvoraussetzungen; die sogenannte »negative« betriebliche Übung; der Freiwilligkeits- und der Widerrufsvorbehalt.

2. Abschnitt

Der Arbeitsvertrag: Das Zustandekommen und die Inhaltskontrolle des Arbeitsvertrages

Fall 4: Wer fragt, bleibt dumm! 48

Das Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses; das Anfechtungsrecht nach § 123 Abs. 1 BGB und § 119 Abs. 2 BGB bei verschwiegener Schwangerschaft; das »Recht zur Lüge«; die Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers; die Rechtsprechung des BAG und des EuGH zur Frage nach der Schwangerschaft.

Fall 5: Er war jung und brauchte das Geld 56

Das faktische (fehlerhafte) Arbeitsverhältnis; Folgen der Minderjährigkeit einer Vertragspartei; die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit nach § 113 BGB; der Urlaubsabgeltungsanspruch; die Grundlagen des Urlaubsrechts nach dem BUrlG.

Fall 6: Berlin 63

Der Beginn des Arbeitsverhältnisses; die Vertrags- und die Eingliederungstheorie; die Rechtsfolgen bei Nichtantritt der Arbeit; Zulässigkeit einer Vertragsstrafe bei Nichtantritt der Arbeit; die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) im Arbeitsrecht; die »Besonderheiten des Arbeitsrechts« im Sinne von § 310 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 1 BGB; Klauselkontrolle nach den §§ 305 ff. BGB.

3. Abschnitt**Die Rechte und Pflichten im Arbeitsverhältnis****Fall 7: Frauenpower oder AGG-Hopper?** 76

Das »Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz« (AGG) vom 18.08.2006; Einführung; Anwendungsbereich; Rechte und Pflichten; Begriff der unmittelbaren und der mittelbaren Benachteiligung; Rechtfertigung einer Benachteiligung; Rechtsfolgen einer Benachteiligung; Durchsetzung von Ansprüchen.

Fall 8: Seniorensport 87

Die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall; der Grundfall; Begriff der »Krankheit« aus § 3 Abs. 1 EFZG; Ursächlichkeit der Krankheit für den Arbeitsausfall; der Verschuldensbegriff aus § 3 Abs. 1 EFZG.

Fall 9: Besser im Bett geblieben! 94

Lohn ohne Arbeit: Fixschuldcharakter der Arbeitsleistung; Unmöglichkeit der Leistung nach § 275 Abs. 1 BGB; Entfallen des Lohnanspruchs gemäß den §§ 326 Abs. 1 Satz 1, 441 Abs. 3 BGB; Anspruchserhaltung nach § 616 BGB; das Wegerisiko; Anspruchserhaltung nach § 615 BGB; Begriff des Annahmeverzuges; Begriff der Betriebsstörung; die Betriebsrisikolehre; das Arbeitskämpfrisiko bei Lohnfortzahlung. Im Anhang: Fernwirkung eines Streiks.

Fall 10: Wer zahlt was? 106

Die Arbeitnehmerhaftung: Innerbetrieblicher Schadensausgleich bei Schäden des Arbeitgebers; die BAG-Rechtsprechung zur Schadensquotelung; Anwendbarkeit auf jede betrieblich veranlasste Tätigkeit; Einzelfall-Lösung bei normaler Fahrlässigkeit; Haftung des Arbeitnehmers bei Schädigung von im selben Betrieb Tätigen; Haftung bei Schädigung Dritter; Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber.

4. Abschnitt

Die Beendigungsgründe eines Arbeitsverhältnisses und die Rechtsfolgen der Beendigung

Fall 11: Alter vor Schönheit? 118

Der Kündigungsschutz nach dem KSchG; Zulässigkeit und Begründetheit einer Kündigungsschutzklage; die Frist des § 4 Satz 1 KSchG; die betriebsbedingte Kündigung; gerichtliche Überprüfung einer unternehmerischen Entscheidung; die Sozialauswahl; der gesetzliche Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG.

Fall 12: Der Pazifist 133

Das Direktionsrecht des Arbeitgebers nach § 106 GewO; Umfang und Tragweite der Weisungsbefugnis; Grundrechte im Arbeitsverhältnis; mittelbare Drittwirkung von Grundrechten; die personenbedingte Kündigung nach dem KSchG; Versetzung: individualrechtliche und betriebsverfassungsrechtliche Zulässigkeit; Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 99 BetrVG.

Fall 13: Ferrari in Blau 146

Die Verhaltensbedingte Kündigung nach § 1 KSchG; die Abmahnung, Voraussetzungen und Prüfungsaufbau; Bezug zwischen Abmahnung und Kündigung; Weisungs- und Abmahnungsbefugnis; Interessenabwägung bei der Kündigung; Einschlägigkeit der Abmahnung; Entbehrlichkeit der Abmahnung; Möglichkeit der Versetzung zur Abwendung der Kündigung.

Fall 14: Unschuldsvermutung!? 157

Voraussetzungen der außerordentlichen (fristlosen) Kündigung gemäß § 626 BGB; Sonderfall der Verdachtskündigung; Abgrenzung zur Tatkündigung; der zweistufige Aufbau bei der Verdachtskündigung; die Interessenabwägung; Umdeutung der unwirksamen außerordentlichen in ordentliche Kündigung, § 140 BGB.

Fall 15: Der Rücken! 168

Die Änderung der Arbeitsbedingungen; Änderungsvertrag; Abgrenzung von Versetzung und Änderungskündigung; das Direktionsrecht; die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Änderungskündigung; Anhörung des Betriebsrates; die krankheitsbedingte Kündigung; Prüfungsaufbau; Bedeutung des § 2 KSchG.

Fall 16: Kleveres Kerlchen! 179

Der befristete Arbeitsvertrag: Beendigung auf Grund einer Befristung; Zulässigkeit der Befristung des Arbeitsvertrages nach § 14 TzBfG; Folgen unwirksamer Befristung nach § 16 TzBfG; Schriftlichkeit von Befristung und Kündigungserklärung; Umdeutung der außerordentlichen Kündigung in eine Anfechtung.

Fall 17: Abgang mit Stil 188

Der Aufhebungsvertrag; Rechtsnatur und Zweck; Bindung an den Aufhebungsvertrag; Arbeitnehmer als Verbraucher im Sinne des § 355 BGB; Haustürgeschäft gemäß § 312 BGB am Arbeitsplatz; Begriff des verständigen Arbeitgebers; Grundsätze des Zeugnisrechts; Anspruch auf ein Zeugnis; zulässiger Zeugnisinhalt.

5. Abschnitt**Der Betriebsübergang nach § 613a BGB; Voraussetzungen und Rechtsfolgen****Fall 18: Haute Cuisine** 202

Der Betriebsübergang gemäß § 613a BGB; der Grundtatbestand; die drei Voraussetzungen des Überganges; Inhaberwechsel und Betriebsübergang durch Rechtsgeschäft; das Kündigungsverbot des § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB; Informationspflichten und Widerspruchsrecht, § 613a Abs. 5 und 6 BGB; die Folgen der Unwirksamkeit des Grundgeschäfts.

Fall 19: Haute Cuisine II **212**

Betriebsübergang, § 613a BGB: Schicksal von Kollektivregelungen nach § 613a Abs. 1 Satz 2 bis 4 BGB; Anwendungsbereich dieser Bestimmungen; Erforderlichkeit kongruenter Tarifbindung; Wiedereinstellungsanspruch gegen Betriebserwerber nach Kündigung wegen geplanter Betriebsstilllegung.

6. Abschnitt

Das Arbeitskampfrecht

Fall 20: Bock auf Streik? **220**

Das Arbeitskampfrecht; Streikbegriff; Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit eines Streiks; Begriff der Friedenspflicht; Unzulässigkeit eines politischen Streiks; Rechtsfolgen bei Teilnahme an einem Streik; Unterscheidung zwischen Folgen bei Rechtmäßigkeit und Unrechtmäßigkeit des Streiks.

Sachverzeichnis **228**

1. Abschnitt

Die Grundlagen: Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbegriff; die arbeitsrechtlichen Rechtsquellen und Gestaltungsfaktoren

Fall 1

Freier Mitarbeiter?

Der abgebrochene Rechtsstudent A will sich wieder auf körperliche Arbeit beschränken und arbeitet jetzt als Fahrradkurier für den B. Laut Text des mit B geschlossenen Vertrages ist A ein »freier Mitarbeiter«. Im Vertrag ist zudem geregelt, dass A die Aufträge mit seinem eigenen Rennrad durchführt. Dieses ist allerdings vertragsgemäß – ebenso wie der Fahrradhelm des A – mit dem Firmenlogo des B beklebt. A ist im Übrigen verpflichtet, von Montag bis Freitag um 8.00 Uhr bei B zu erscheinen und die Aufträge entgegen zu nehmen. In der Zeit bis 13.00 Uhr hat A entsprechend den vorgegebenen Terminen die zugeteilten Kurierfahrten auszuführen. Anschließend muss er sich stündlich bis 18.00 Uhr bei B melden, um eventuell weitere Aufträge entgegen zu nehmen. A stehen laut Vertrag »drei Wochen« Urlaub zu. Die Lage der Urlaubstage ist mit B abzustimmen. A ist allerdings berechtigt, die Beförderung durch Dritte erbringen zu lassen sowie Kurierfahrten für eigene Rechnung auszuführen.

A bezweifelt seine Stellung als »freier Mitarbeiter« und klagt deshalb vor dem Arbeitsgericht auf Feststellung, dass zwischen ihm und B ein Arbeitsverhältnis besteht.

Ist die zulässig erhobene Klage begründet?

Schwerpunkte: Der Begriff des Arbeitnehmers; Bedeutung und Tragweite der arbeitsrechtlichen Regelungen für Arbeitnehmer und freie Mitarbeiter; der Begriff des Arbeitgebers; die Klage auf Feststellung eines Arbeitsverhältnisses.

Lösungsweg

Die Klage des A ist begründet, wenn zwischen ihm und dem B ein Arbeitsverhältnis besteht. Ein Arbeitsverhältnis besteht, wenn A *Arbeitnehmer* und B *Arbeitgeber* ist. A müsste demzufolge zunächst einmal Arbeitnehmer sein.

Durchblick: Die Frage nach der Arbeitnehmereigenschaft ist für die betroffene Person von erheblicher Bedeutung im Hinblick auf seine gesamte arbeitsrechtliche Stellung. Und das liegt daran, dass nahezu sämtliche (Schutz-) Vorschriften des Arbeitsrechts überhaupt nur Anwendung finden, wenn die die Norm in Anspruch nehmende Person ein *Arbeitnehmer* ist. So können beispielsweise nur *Arbeitnehmer* das Kündigungsschutzgesetz für sich geltend machen (bitte lies: § 1 Abs. 1 KSchG); nur *Arbeitnehmer* haben einen gesetzlichen Anspruch auf Urlaub (lies: § 1 BUrlG); nur *Arbeitnehmer* können sich auf das Arbeitszeitgesetz berufen (lies: § 1 Nr. 1 ArbZG); das Entgeltfortzahlungsgesetz, das unter anderem die Lohnfortzahlung im

Krankheitsfall regelt, findet Anwendung nur auf *Arbeitnehmer* (lies: § 1 Entgeltfortzahlungsg). Diese Liste ist beliebig fortsetzbar und verdeutlicht, wie wichtig es für die betreffende Person sein kann festzustellen, dass man tatsächlich »*Arbeitnehmer*« und nicht nur etwa ein »*freier Mitarbeiter*« oder auch z.B. »*frei beschäftigter Mitarbeiter*« ist, der sich auf die Vorschriften des Arbeitsrechts, die dem Schutz der Arbeitnehmer dienen, dann nicht berufen könnte (vgl. zum Ganzen *Reinecke* in RdA 2001, 357; *Fischer/Hart* in AuR 1999, 126; *Hohmeister* in NZA 1999, 1009).

Und damit erklärt sich dann auch die weitreichende Bedeutung der Arbeitnehmereigenschaft für die Fallprüfung in den arbeitsrechtlichen Klausuren und Hausarbeiten: Die Prüfung der Arbeitnehmereigenschaft ist quasi die *Eintrittskarte*, die man zunächst lösen muss, um überhaupt zu den eigentlichen Fragen vorzudringen. Denn – wie gesagt – ohne Arbeitnehmereigenschaft gibt es die ganzen schönen Probleme beim Kündigungsschutz, beim Urlaubsanspruch, bei den Arbeitszeitregelungen, bei der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall usw. erst gar nicht. Dafür muss man nämlich zunächst immer prüfen bzw. feststellen, ob die in Frage stehende Person auch tatsächlich ein *Arbeitnehmer* ist.

Unser Buch startet aus den gerade genannten Gründen dann natürlich auch mit einem Fall, in dem hauptsächlich zu klären ist, ob die betroffene Person ein solcher Arbeitnehmer ist. Der gute A zweifelt im vorliegenden Fall ja an der Bezeichnung »freier Mitarbeiter« und will deshalb wissen, ob zwischen ihm und dem B ein *Arbeitsverhältnis* besteht; dies hätte zur Folge, dass A dann die Schutzvorschriften des Arbeitsrechts für sich beanspruchen könnte, was ihm als »freier Mitarbeiter« weitestgehend verwehrt wäre. Die Überprüfung der ganzen Sache vollzieht man mithilfe einer so genannten *Feststellungsklage* (BAG BB 2002, 49), und die ist begründet – wir sagten es oben bereits –, wenn A selbst ein *Arbeitnehmer* und B dementsprechend ein Arbeitgeber ist.

1.) Die Arbeitnehmereigenschaft des A

Problem: Der Begriff des Arbeitnehmers wird im Gesetz leider nicht legal definiert. Bei genauer Betrachtung leuchtet dieser Umstand aber auch ein, denn: Anders als etwa im BGB oder auch im StGB gibt es im Arbeitsrecht kein einheitliches Gesetz mit einem »Allgemeinen Teil«, der vorgeschaltet ist und in dem sich dann die notwendigen Definitionen und allgemeingültigen Regelungen finden. Das deutsche Arbeitsrecht verteilt sich vielmehr auf mehr als 60 (!) verschiedene Gesetze (bitte mal probeweise in der dtv-Textsammlung von *Beck* vorne die alphabetische Schnellübersicht ansehen) mit der logischen Konsequenz, dass allgemeine, für alle Vorschriften gültige Regelungen fehlen – wo sollten die auch stehen? Der Gesetzgeber hat sich im Hinblick auf den Begriff des Arbeitnehmers daher auch nur auf einige wenige Hinweise oder Konkretisierungen beschränkt, die wir uns – bevor wir die von der Wissenschaft entwickelte Definition kennenlernen werden – kurz anschauen wollen:

So ist in § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbGG, § 2 Satz 1 BUrIG und § 5 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zunächst einmal festgelegt, dass als Arbeitnehmer im Sinne des Gesetzes *Arbeiter* und *Angestellte* einschließlich der zu ihrer *Berufsausbildung Beschäftigten* anzusehen sind. In § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB (bitte lesen) hat der Gesetzgeber des Weiteren eine

Definition des Begriffes »selbstständig« niedergeschrieben, die uns später helfen wird, im Umkehrschluss die für den Arbeitnehmerbegriff eminent wichtige Eigenschaft der »Unselbstständigkeit« zu bestimmen. Schließlich finden sich in den §§ 14 Abs. 1 KSchG und 5 Abs. 2 BetrVG die sogenannten »Negativkataloge«, also Definitionen der Personen, die ausdrücklich *nicht* als Arbeitnehmer anzusehen sind und deshalb dann der gesetzlichen Regelung des KSchG und des BetrVG auch nicht unterliegen können (bitte lies: § 14 KSchG).

Noch etwas: Gleich hier zu Beginn wollen wir uns in jedem Falle bitte schon mal merken, dass es für die Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft bzw. des Arbeitnehmerbegriffes selbstverständlich keinerlei Bedeutung haben kann, wie die jeweiligen Parteien sich bzw. den anderen Vertragspartner benennen. In unserem Fall ist es demnach völlig uninteressant, dass der B den A im Vertrag als »freien Mitarbeiter« bezeichnet. Es unterliegt natürlich *nicht* der Dispositionsbefugnis des Arbeitgebers, die Qualifizierung seiner Mitarbeiter als Arbeitnehmer oder Nichtarbeitnehmer mithilfe einer einfachen sprachlichen Formulierung vorzunehmen; insoweit entscheiden ausschließlich objektive Kriterien und nicht die gewählte Bezeichnung (BAG NZA 1999, 205; ErfKomm/Preis § 611 BGB Rz. 50; MünchArbR-Richardi § 23 Rz. 53; Keller in NZA 1999, 1311). Wichtig, bitte merken.

Und jetzt schauen wir uns dann endlich die mittlerweile seit vielen Jahren allgemeingültige, von der Wissenschaft entwickelte Definition des Arbeitnehmerbegriffes an:

Definition: *Arbeitnehmer* ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages für einen anderen gegen Entgelt unselbstständige Dienste leistet (BAG NZA 2012, 1433; BAG NZA 2012, 731; BAG NZA-RR 2007, 424; BAGE 115, 1; ErfKomm/Preis § 611 BGB Rz. 3; Schaub/Vogelsang § 8 Rz. 2; Hueck/Nipperdey § 9 II; Palandt/Weidenkaff vor § 611 BGB Rz. 7).

Beachte: Diese – vergleichsweise kurze – Definition *muss* sitzen! Sie wird garantiert in jeder Klausur, in der es um Fragen nach der Arbeitnehmereigenschaft geht, gefordert. Das Nichtkennen bringt demnach so sicher wie das Amen in der Kirche eine miese Note ein. Freilich kommt es nicht auf den exakten Wortlaut an, aber die wesentlichen Grundelemente müssen vorkommen, also dass ein »Vertrag« zugrunde liegt, dieser »privatrechtlich« geschlossen wurde, dass es ein »Dienstvertrag« ist und sein Gegenstand »unselbstständige Arbeit« ist (vgl. insoweit die prima Erläuterungen im ErfKomm ab Rz. 34 von Preis).

Die *Feinkostliebhaber* wollen in diesem Zusammenhang bitte beachten, dass diese heute geltende Definition des Arbeitnehmerbegriffes zurück geht auf das allererste deutsche Arbeitsrechtslehrbuch, geschrieben von den für das Arbeitsrecht längst legendären Herren *Alfred Hueck* (spricht sich übrigens ohne das »e«, dafür aber mit langem »u« also: »Huuck«) und *Hans Carl Nipperdey* aus dem Jahre 1928 (!), letztmalig von den Söhnen der Herrschaften aufgelegt im Jahre 1970. Man sieht an diesen Jahreszahlen, dass die Begriffe des *Arbeitnehmers* und auch der des *Arbeitgebers*

quasi zeitlos sind und vor knapp 90 Jahren schon die gleiche Bedeutung und Relevanz hatten wie heute. Deshalb haben sich die Begrifflichkeiten und Definitionen auch tatsächlich kaum verändert, lediglich die Inhalte der Arbeitsverhältnisse sind ständig dem rasanten Wandel unserer Zeit unterworfen.

Wir gehen jetzt aber wieder zurück ins 21. Jahrhundert und werden nun mit der eben benannten Definition des Arbeitnehmerbegriffes arbeiten. Aus den Begriffsmerkmalen in der Definition ergibt sich der Aufbau für die Prüfung in der Klausur, nämlich:

a) Zwischen A und B liegt nach Auskunft des Sachverhaltes ein *privatrechtlicher Vertrag* vor. Das ist in der Regel in den Klausurfällen dann auch unproblematisch und bedarf keiner ausufernden Erörterung. Mehr als zwei bis drei Sätze ärgern den Prüfer.

b) Unser A erbringt des Weiteren auch *Dienstleistungen* für einen anderen (Kurierfahrten). Es liegt ein Dienstvertrag im Sinne des § 611 BGB vor.

Beachte: Eine Meinung in der Literatur geht übrigens davon aus, dass die *Entgeltlichkeit* keine zwingende Begriffsvoraussetzung des Arbeitsvertrags ist (MünchArbR/Richardi § 24 Rz. 66; anders aber z.B.: KassArbR/Worzalla 1.1. Rz. 126; Griebeling in NZA 1998, 1137; Kittner/Zwanziger, Arbeitsrecht, § 5 Rz. 29 m.w.N.). Dieser Streit spielt in der Klausur und auch der Praxis kaum bis gar keine Rolle, denn wer arbeitet schon ohne Bezahlung? Solche Fälle kommen demnach weder im richtigen Leben noch in den universitären Übungsarbeiten vor. Beachte insoweit bitte auch **§ 612 Abs. 1 BGB** (bitte lesen), wonach im Regelfall eine Vergütung im Zweifel sowieso als stillschweigend vereinbart gilt.

c) Entscheidend für die Beantwortung der Frage, ob jemand Arbeitnehmer ist oder nicht, ist in 99 von 100 Fällen das Kriterium der *Unselbstständigkeit* der erbrachten oder noch zu erbringenden Dienstleistung.

Durchblick: Bei Dienstleistungen im Sinne des § 611 BGB kann es sich um *selbstständige* (z.B. der Dienst eines Steuerberaters) oder um *unselbstständige* Tätigkeiten handeln (z.B. die eines Fabrikarbeiters). Nur im zweiten Fall ist es dann aber auch eine solche Dienstleistung, die im Rahmen eines *Arbeitsvertrages* nach § 611 BGB erbracht wird. Bitte beachte, dass deshalb nicht jeder Dienstvertrag im Sinne des § 611 BGB gleichzeitig und automatisch auch ein Arbeitsvertrag ist. Und diese Regel braucht man übrigens noch nicht mal auswendig zu lernen, denn sie steht in **§ 621 BGB** ausdrücklich drin (bitte den Einleitungssatz der Norm lesen). Abgegrenzt wird der »normale« Dienstvertrag vom Arbeitsvertrag somit – wir sagten es eben bereits – anhand der Selbstständigkeit der Tätigkeit.

Und um diese Abgrenzung vernünftig und vor allem verbindlich bestimmen zu können, wollen wir nun mal in den weiter oben schon genannten **§ 84 Abs. 1 Satz 2 HGB** reinschauen. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG und allgemeiner Ansicht in

der Literatur enthält diese Norm den entscheidenden Hinweis darauf, wann man als Selbstständiger bzw. Unselbstständiger zu bezeichnen ist: Das Unterscheidungsmerkmal soll der Grad der *persönlichen Abhängigkeit* des Dienstverpflichteten sein (BAG NZA 2012, 1433; BAG NZA 2000, 1102; BAG NZA 1999, 110; BAG DB 1996, 60; ErfKomm/Preis § 611 BGB Rz. 82; KassArbR/Worzalla 1.1. Rz. 135).

Nach § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB ist nämlich selbstständig, »wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann«. Und hieraus ergeben sich im Umkehrschluss folgende Indizien für das Vorliegen einer *unselbstständigen* Dienstleistung:

Eine *unselbstständige* Dienstleistung aufgrund persönlicher Abhängigkeit liegt in der Regel dann vor, wenn der Dienstberechtigte ein Weisungsrecht hinsichtlich der Art und Weise, der Zeit und Dauer sowie des Ortes der Tätigkeit hat, sodass der Dienstverpflichtete seine Chancen auf dem Arbeitsmarkt nicht selbstständig suchen kann. Der Dienstverpflichtete muss dabei in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert sein (BAG NZA 2012, 1433; BAG NZA 1999, 205; BAG BB 1990, 1064; ErfKomm/Preis § 611 BGB Rz. 87). *Nicht* entscheidend ist hingegen, ob der Dienstverpflichtete bei seiner Tätigkeit uneingeschränkt *fachlichen Anweisungen* Folge leisten muss; insbesondere bei höheren Diensten (z.B. Chefarzt oder Justiziar) handeln die Personen aufgrund ihrer Kompetenz zumeist gerade ohne eine spezifisch fachliche Weisung, sind aber gleichwohl unstreitig als Arbeitnehmer zu qualifizieren (ErfKomm/Preis § 611 BGB Rz. 86).

Ob im gerade benannten Sinne nun eine persönliche (nicht zwingend eine wirtschaftliche!) Abhängigkeit vorliegt, ist dann im Wege einer *Gesamtbetrachtung* anhand aller Umstände des Einzelfalles zu beurteilen (BAG NZA 2012, 1433; BAG NZA 2000, 1102; BAGE 115, 1).

Beachte: Bei den genannten Kriterien handelt es sich – wie gesagt – nur um *Indizien*. Das BAG hat die Bedeutung und Tragweite dessen bereits im Jahre 1978 plastisch so formuliert:

»Bei der Frage, in welchem Maße der Mitarbeiter persönlich abhängig ist, ist vor allem die Eigenart der jeweiligen Tätigkeit zu berücksichtigen. Es gibt keine abstrakten, für alle Arten von Arbeitnehmern schlechthin geltenden Kriterien. Für Dienstverhältnisse eines Akkordarbeiters, eines Kapitäns, einer Tänzerin oder eines Chefarztes kann es bei der Frage, ob sie persönlich abhängig sind oder nicht, kaum einen einheitlichen Maßstab geben« (→ BAG DB 1978, 1035).

So, das müssen wir jetzt mal verwerten und auf den konkreten Fall anwenden, denn wir wollen ja feststellen, ob der gute A nun ein Arbeitnehmer ist oder nicht. Und Arbeitnehmer ist er eben nur dann, wenn wir seine Tätigkeit im Wege einer *Gesamtbetrachtung* als *unselbstständig* qualifizieren können. Bei der Beurteilung müssen

nun selbstverständlich die im Sachverhalt enthaltenen Hinweise umfassend gewürdigt werden. Und das könnte und sollte hier dann so aussehen:

Für die Arbeitnehmerstellung des A spricht zunächst, dass er sich ständig dienstbereit halten muss und seine Arbeitszeit daher *nicht* frei bestimmen kann (BAG AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 74). Zwar enthält die Tatsache, dass A verpflichtet ist, bei der Auslieferung der Frachtsendungen bestimmte Terminvorgaben einzuhalten, für sich betrachtet keinen aussagekräftigen Hinweis auf ein Arbeitsverhältnis; auch im Rahmen von Dienst- und Werkverträgen können von dem Dienstberechtigten oder Besteller Termine für die Erledigung der Arbeit bestimmt werden, ohne dass daraus eine zeitliche Weisungsabhängigkeit folgt (BAG ZTR 2002, 290). Zusammen mit der vorgegebenen Anfangszeit und den einzuhaltenden Meldezeiten führen die Terminvorgaben im vorliegenden Fall indes dazu, dass B an jedem Werktag in der Zeit von 8.00 Uhr bis 18.00 Uhr uneingeschränkt über die Arbeitszeit des A verfügen kann (BAG NZA 2000, 551). Auch die Urlaubsregelung spricht dafür, dass die Parteien von der Möglichkeit der dauernden Disponibilität des A ausgehen, wenn er sich nicht abmeldet. Die Einräumung von Jahresurlaub ist im Rahmen einer selbstständigen Tätigkeit regelmäßig überflüssig. Allerdings wäre umgekehrt das Fehlen einer Urlaubsregelung ein nur sehr schwaches Argument zugunsten der Selbstständigkeit der Dienstverpflichteten; ist er nämlich Arbeitnehmer, so steht ihm kraft Gesetzes ein Urlaubsanspruch nach dem BUrlG zu.

Gegen ein Arbeitsverhältnis könnte allerdings sprechen, dass A berechtigt ist, die Aufträge durch Dritte erbringen zu lassen. Die Pflicht, die Leistung persönlich zu erbringen, ist ein geradezu typisches Merkmal für ein Arbeitsverhältnis (BAG NZA 1999, 53). Jedoch handelt es sich bei der Pflicht, die Leistung persönlich zu erbringen, nicht um eine zwingende Voraussetzung für einen Arbeitsvertrag (bitte lies § 613 Satz 1 BGB, da steht »im Zweifel«). Die Einräumung dieser Möglichkeit hat im Übrigen auch keine großen praktischen Auswirkungen, denn die persönliche Leistungserbringung wird nämlich die Regel, die Leistungserbringung durch einen Dritten hingegen eher die Ausnahme darstellen. Dadurch kann also das Gesamtbild der Tätigkeit nicht nennenswert verändert werden. Somit lässt sich aus der nicht persönlichen Leistungspflicht auch kein Rückschluss auf eine selbstständige Tätigkeit ziehen (BAG NZA 1998, 366). *Gegen* ein Arbeitsverhältnis könnte noch sprechen, dass A Kurierfahrten für eigene Rechnung ausführen kann. Ihm bleibt also insoweit ein eigener Gestaltungsspielraum, auch Aufträge von anderen Auftraggebern anzunehmen. A verbleibt allerdings hinsichtlich der Gestaltung seiner Tätigkeit aufgrund der vertraglichen Bestimmungen kein wesentlicher Spielraum. Wegen der zeitlichen Inanspruchnahme ist eine Arbeit für andere Auftraggeber unter Berücksichtigung ausreichender Ruhezeiten faktisch so gut wie unmöglich. Für eine selbstständige Tätigkeit könnte schließlich sprechen, dass A die Frachtaufträge mit seinem eigenen Rennrad durchführt. Entscheidend ist indessen, ob der Einsatz des eigenen Transportmittels dem Eigentümer (A) hier die Möglichkeit eröffnet, seine Tätigkeit im Wesentlichen frei zu gestalten. Diese Möglichkeit ist dem A aufgrund der sonstigen (zeitlichen) Vertragsgestaltung aber gerade nicht eröffnet. Letztlich spricht auch die Regelung über die Beklebung von Fahrrad und Helm gegen einen selbstständigen Gestaltungsspielraum des A.

Klausurtipps: Man sieht es, hier muss richtig gekämpft werden. In den Arbeiten, in denen der Begriff des Arbeitnehmers fraglich ist, kommt man an einer solchen argumentativen Abwägung der Umstände leider nicht vorbei. Die Klausursachverhalte enthalten deshalb zumeist – so wie bei uns – entsprechende Hinweise, die dann bitteschön auch in der Lösung später auftauchen müssen. Es gilt insoweit nach wie vor der alte Lehrsatz: Wer den Sachverhalt in seiner Lösung nicht *vollständig* verarbeitet hat, hat ein Problem oder einen wichtigen Gesichtspunkt übersehen. Gerade bei Fragen nach der Arbeitnehmer- (aber auch der Arbeitgeber-)Eigenschaft sind demzufolge auch zumeist beide Wege – also entweder Arbeitnehmer oder aber Selbstständiger – begehbar, es müssen aber die entsprechenden Argumente sauber aufgeführt sein. Wie so was geht, haben wir eben gelernt; und wie man die Abwägung der Argumente dann in der Klausur hinschreiben hat, steht gleich weiter unten im Gutachten.

Insoweit sei als Klausur-Hinweis auch noch angemerkt, dass man sich in der Übungsarbeit im Zweifel eher *für* die Arbeitnehmereigenschaft entscheiden sollte, denn ansonsten nimmt der Fall häufig ein schnelles Ende; die meisten weiteren Probleme setzen nämlich – das haben wir ganz oben in der Lösung schon mal angesprochen – die Arbeitnehmereigenschaft voraus. Hat man die gleich zu Beginn weggebügelt, ist der Fall eben vorbei, und das ist im Zweifel nicht gewollt.

Und noch etwas: Selbstverständlich ist die umfassende Diskussion des Arbeitnehmerbegriffes nur dann gefordert, wenn der Fall bzw. der Sachverhalt entsprechende Hinweise bietet und der Prüfer dies dann eben auch als Schwerpunkt gesetzt sehen will (so wie etwa in unserem Fall hier). Ist die Arbeitnehmereigenschaft hingegen eindeutig gegeben und damit uninteressant für eine eingehende Erörterung, darf das natürlich auch nicht kommen und langfristig besprochen werden. Wer den Prüfer dann mit im konkreten Fall nicht relevanter Wissensausbreitung ärgert, kassiert garantiert eine schlechte Note. In solchen Fällen handelt man die Problematik vielmehr mit *einem* Satz ab und stellt einfach fest, dass die betreffende Person Arbeitnehmer ist – und Schluss.

Zurück zu unserem Fall: Wir wollen uns hier aus den weiter oben genannten Gründen *für* die Arbeitnehmereigenschaft des A entscheiden, da er nach dem Gesamtbild des Vertrages in hohem Maße von B weisungsabhängig ist; A ist als *unselbstständiger* Mitarbeiter (= Arbeitnehmer) des B anzusehen.

ZE.: Der A war im vorliegenden Fall *Arbeitnehmer*.

2.) Die Arbeitgebereigenschaft des B

B ist im vorliegenden Fall Arbeitgeber.

Durchblick: Der Prüfungspunkt »Arbeitgeber« ist nach Bejahung der Arbeitnehmereigenschaft nicht mehr problematisch. Denn Arbeitgeber ist, wer mindestens einen

Arbeitnehmer beschäftigt (BAG AP zu § 611 BGB »Hausmeister Nr. 1«; BAG AP Nr. 9 zu § 1 KSchG »Konzern«; *Palandt/Weidenkaff* vor § 611 BGB Rz. 6; *Schaub/Linck* § 17 Rz. 1). Folglich wird der Begriff des Arbeitgebers mittelbar über den des Arbeitnehmers bestimmt (MünchArbR-*Richardi* § 29 Rz. 1; ErfKomm/*Preis* § 611 BGB Rz. 209). Einfach, oder!?

ZE: B ist im vorliegenden Fall, da er den A als Arbeitnehmer beschäftigt, ein *Arbeitgeber* im Verhältnis zu A. Und somit ist das Vertragsverhältnis der Parteien insgesamt als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren.

Ergebnis: Die Feststellungsklage des A ist begründet.

Gutachten

Und jetzt kommt – wie oben im Vorspann (vgl. dort: »Zur Arbeit mit diesem Buch«) schon angekündigt – die ausformulierte Lösung, also das, was man dem Prüfer als Klausurlösung des gestellten Falles vorsetzen sollte, das *Gutachten*.

Hierzu vorab noch zwei Anmerkungen:

1.) Zunächst ist wichtig zu verstehen, dass diese ausformulierte Lösung – also das Gutachten – sich sowohl vom Inhalt als auch vom Stil her maßgeblich von dem eben dargestellten Lösungsweg, der ausschließlich der *inhaltlichen* Erarbeitung der Materie diene, unterscheidet:

In der ausformulierten (Klausur-) Lösung haben sämtliche Verständniserläuterungen nichts zu suchen. Da darf nur das rein, was den konkreten Fall betrifft und ihn zur Lösung bringt. Inhaltlich darf sich die Klausurlösung, die man dann zur Benotung abgibt, ausschließlich auf die gestellte Fall-Frage beziehen. Abschweifungen, Erläuterungen oder Vergleiche – wie wir sie oben in den Lösungsweg haufenweise zur Erleichterung des Verständnisses eingebaut haben – dürfen *nicht* in das Niedergeschriebene aufgenommen werden. Die ausformulierte Lösung ist mithin deutlich kürzer und inhaltlich im Vergleich zum gedanklichen Lösungsweg erheblich abgespeckt. Wie gesagt, es darf nur das rein, was den konkreten Fall löst. Alles andere ist überflüssig und damit – so ist das bei Juristen – *falsch*.

2.) Man sollte sich als Jura-StudentIn rechtzeitig darüber im Klaren sein, dass die Juristerei eine Wissenschaft ist, bei der – mit ganz wenigen Ausnahmen – nur das *geschriebene* Wort zählt. Sämtliche Gedanken und gelesenen Bücher sind leider so gut wie wertlos, wenn die gewonnenen Erkenntnisse vom Kandidaten nicht vernünftig, das heißt in der juristischen Gutachten- bzw. Subsumtionstechnik, zu Papier gebracht werden können. Die Prüfungsaufgaben bei den Juristen, also die Klausuren und Hausarbeiten, werden nämlich bekanntermaßen *geschrieben*, und nur dafür gibt es dann auch die notwendigen Punkte bzw. Noten. Übrigens auch und gerade im Examen.

Deshalb ist es außerordentlich ratsam, frühzeitig die für die juristische Arbeit ausgewählte (Gutachten-)Technik zu erlernen. Die Gutachten zu den Fällen stehen aus genau diesem Grund hier stets im Anschluss an den jeweiligen Lösungsweg und sollten im höchsteigenen Interesse dann auch nachgelesen werden. Es ist nur geringer Aufwand, hat aber einen beachtlichen Lerneffekt, denn der Leser sieht jetzt, wie das erworbene Wissen tatsächlich nutzbar gemacht wird. Wie gesagt: In der juristischen Prüfungssituation zählt nur das *geschriebene* Wort. Alles klar!?

Und hier kommt der (Gutachten-)Text für unseren ersten Fall:

Die Klage des A ist begründet, wenn zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht. Dann muss A Arbeitnehmer und B Arbeitgeber sein.

Zunächst ist die Arbeitnehmereigenschaft des A zu prüfen.

Welche Merkmale insoweit erfüllt werden müssen, ist gesetzlich nicht näher bestimmt. Zwar wird die Arbeitnehmereigenschaft in zahlreichen Gesetzen vorausgesetzt (vgl. z.B. §§ 5 Abs. 1 Satz 1 ArbGG, 2 Satz 1 BurlG, § 5 Abs. 1 Satz 1 BetrVG). Hierbei handelt es sich jedoch lediglich um Regelungen zum Anwendungsbereich der betreffenden Gesetze, nicht hingegen um eine Definition des Arbeitnehmerbegriffs.

1.) Möglicherweise ist die Arbeitnehmereigenschaft des A schon deswegen zu verneinen, weil A ausweislich des Vertragstextes als freier Mitarbeiter tätig ist. Aus der von den Parteien gewählten Bezeichnung lässt sich jedoch nichts Verbindliches für die rechtliche Qualifizierung des Vertragsverhältnisses herleiten. Anderenfalls könnte sich ein Arbeitgeber seinen Pflichten als Arbeitgeber vertraglich entziehen. Die Arbeitnehmereigenschaft ist vielmehr anhand objektiver Kriterien zu bestimmen.

2.) Als Arbeitnehmer ist allgemein derjenige anzusehen ist, der aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages gegen Entgelt für einen anderen unselbstständig Dienste leistet.

a) Zwischen A und B liegt ein privatrechtlicher Vertrag, ein Dienstvertrag im Sinne des § 611 BGB, vor. A soll auch gegen Entgelt tätig werden.

b) Fraglich ist im vorliegenden Fall das Kriterium der Unselbstständigkeit der Dienstleistung. Hierbei kommt es, wie sich aus der Wertung des § 84 Abs. 1 S. 2 HGB ergibt, auf die persönliche Abhängigkeit (Weisungsgebundenheit) des A an. A ist demnach nicht als Arbeitnehmer, sondern als Selbstständiger anzusehen, wenn er im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Maßgebend ist eine Gesamtbeurteilung anhand aller Umstände des Einzelfalls.

aa) Für die Arbeitnehmerstellung des A spricht zunächst, dass er sich ständig dienstbereit halten muss und seine Arbeitszeit nicht frei bestimmen kann. Zwar enthält die Tatsache, dass A verpflichtet ist, bei der Auslieferung der Frachtsendungen bestimmte Terminvorgaben einzuhalten, für sich betrachtet keinen aussagekräftigen Hinweis auf ein Arbeitsverhältnis. Auch im Rahmen von Dienst- und Werkverträgen können von dem Dienstbe-

rechtigten oder Besteller Termine für die Erledigung der Arbeit bestimmt werden, ohne dass daraus eine zeitliche Weisungsabhängigkeit folgt. Zusammen mit der vorgegebenen Anfangszeit und den einzuhaltenden Meldezeiten führen die Terminvorgaben im vorliegenden Fall allerdings dazu, dass B an jedem Werktag in der Zeit von 8.00 Uhr bis 18.00 Uhr uneingeschränkt über die Arbeitszeit des A verfügen kann. Spielraum für die Aufnahme einer weiteren Beschäftigung bleibt daher kaum. Zudem spricht die Urlaubsregelung dafür, dass die Parteien von der Möglichkeit der dauernden Verfügbarkeit des A ausgehen, wenn er sich nicht abmeldet. Die Einräumung von Jahresurlaub ist im Rahmen einer selbstständigen Tätigkeit regelmäßig überflüssig. Auch hierin ist ein Indiz für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses zu erblicken.

bb) Gegen ein Arbeitsverhältnis kann sprechen, dass A berechtigt ist, die Aufträge durch Dritte erbringen zu lassen. Die Pflicht, die Leistung persönlich zu erbringen, ist ein typisches Merkmal für ein Arbeitsverhältnis. Jedoch handelt es sich bei der Pflicht, die Leistung persönlich zu erbringen, nicht um eine zwingende Voraussetzung für einen Arbeitsvertrag, vgl. § 613 Satz 1 BGB. Die Einräumung dieser Möglichkeit hat ohnehin keine großen praktischen Auswirkungen. Die persönliche Leistungserbringung wird nämlich die absolute Regel, die Leistungserbringung durch einen Dritten hingegen die Ausnahme darstellen. Dadurch kann also das Gesamtbild der Tätigkeit nicht nennenswert verändert werden. Daher lässt sich aus der nicht persönlichen Leistungspflicht kein ausschlaggebender Rückschluss auf eine selbstständige Tätigkeit ziehen. Ein Arbeitsverhältnis ist möglicherweise deswegen abzulehnen, weil A berechtigt ist, Kurierfahrten für eigene Rechnung auszuführen. Der ihm hierdurch vertraglich eröffnete Spielraum, Aufträge auch von fremden Auftraggebern anzunehmen, ist jedoch praktisch kaum gegeben. Wegen der zeitlichen Inanspruchnahme durch B ist eine Tätigkeit für andere Auftraggeber unter Berücksichtigung ausreichender Ruhezeiten faktisch so gut wie ausgeschlossen. Entscheidend ist insoweit die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, die für die Arbeitnehmereigenschaft des A spricht.

cc) Für eine selbstständige Tätigkeit kann allerdings anzuführen sein, dass A die Frachtaufträge mit seinem eigenen Rennrad durchführt. Entscheidend ist allerdings, ob der Einsatz des eigenen Transportmittels dem Eigentümer A hier die Möglichkeit eröffnet, seine Tätigkeit im Wesentlichen frei zu gestalten. Entsprechende Freiräume bestehen wegen der Vereinbarungen zur zeitlichen Ausgestaltung des Dienstverhältnisses im vorliegenden Fall aber gerade nicht. Schließlich spricht die Regelung über die Bekleidung von Fahrrad und Helm gegen einen selbstständigen Gestaltungsspielraum des A, weil dieser nicht wie ein selbstständiger Dienstleister über seinen Marktauftritt entscheiden kann. Bei einer Gesamtwürdigung der geschilderten Umstände lässt sich feststellen, dass A nach dem Gesamtbild des Vertrags und seiner Durchführung in der Lebenswirklichkeit in hohem Maße von B weisungsabhängig ist. Infolge dieser persönlichen Abhängigkeit ist A als Arbeitnehmer anzusehen.

B ist Arbeitgeber, da er mit A einen Arbeitnehmer beschäftigt.

Ergebnis: Das Vertragsverhältnis der Parteien ist insgesamt als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren. Die Feststellungsklage des A ist somit begründet.

Fall 2

Urlaubsfreuden

Unternehmer U betreibt ein großes Autohaus mit angeschlossener Kfz-Werkstatt. In seinem Betrieb beschäftigt er unter anderem den ungelerten Hilfsarbeiter A, den Kfz-Meister M und den Büroangestellten B als Arbeitnehmer.

Der Arbeitsvertrag des A enthält keine Regelung betreffend die Urlaubstage. Dem B stehen laut Arbeitsvertrag 28 Werkstage Urlaub zu. Im Vertrag des M ist von 32 Werktagen die Rede. M ist als einziger der drei Mitglied in der Gewerkschaft, die mit dem Arbeitgeberverband, dem U angehört, einen Tarifvertrag ausgehandelt hat. Der Tarifvertrag sieht 30 Urlaubstage vor. Nach dem alten Tarifvertrag waren es allerdings 34 Tage. Dem Betriebsrat sind diese unterschiedlichen Regelungen schon lange ein Dorn im Auge. Keiner der Arbeitnehmer ist sich sicher, wie viel Urlaub ihm nun tatsächlich zusteht. Daher möchte der Betriebsrat mit U über eine betriebsinterne Urlaubsgestaltung verhandeln.

Wie viele Urlaubstage stehen A, B und M tatsächlich zu?

Schwerpunkte: Die Rechtsquellen und Gestaltungsfaktoren im Arbeitsrecht; das Rangprinzip; das Günstigkeitsprinzip; der kollektive Günstigkeitsvergleich; das Spezialitätsprinzip; das Ordnungsprinzip.

Lösungsweg

Vorab: Anhand des vorliegenden Falles werden wir uns am Beispiel der in einem Arbeitsverhältnis zu gewährenden Urlaubstage die verschiedenen Rechtsquellen bzw. Gestaltungsfaktoren des Arbeitsrechts ansehen. Im Bereich der arbeitsrechtlichen Beurteilung eines Sachverhaltes geschieht es nämlich nicht selten, dass ein und dieselbe Frage im Hinblick auf das Arbeitsverhältnis durch mehrere Regelungen unterschiedlich behandelt wird. In einem solchen Fall muss man – will man zum richtigen Ergebnis gelangen – natürlich verbindlich klären, welche Rechtsgrundlage für die zu entscheidende Frage letztlich die entscheidende ist. Und für dieses Vorgehen gibt es einen Weg, nämlich:

Zunächst müssen wir uns anschauen, welche Gestaltungsfaktoren es überhaupt im Arbeitsrecht gibt. Das sind eine ganze Reihe, und die sehen wir uns sogleich unter I.) in aller Ruhe und Ausführlichkeit an. Im Anschluss daran werden wir uns des Weiteren überlegen müssen, wie das Verhältnis dieser verschiedenen Faktoren zueinander

ist, also welche von welchen verdrängt oder welche wann bevorzugt werden und demnach im vorliegenden Fall einschlägig oder eben nicht einschlägig sind; hierzu gleich unter II.). Und ganz zum Schluss werden wir unter III.) das Gelernte dann auf unseren konkreten Fall mit den Kollegen aus dem Betrieb des U anwenden und demnach sehen, ob wir auch alles verstanden bzw. richtig angewendet haben. Alles klar!?

I.) Die Gestaltungsfaktoren im Arbeitsrecht

Beachte: Das, was jetzt kommt, benennt man herkömmlicherweise als »**Rechtsquellenpyramide**« des Arbeitsrechts (*Lieb* Rz. 41); »Pyramide« übrigens deshalb, weil die unterschiedlichen Gestaltungsfaktoren und Rechtsquellen quasi von der Spitze bis runter zum Fundament eine entsprechende Rangfolge bzw. Rangordnung bilden, die man einzuhalten hat, will man keine Verstöße gegen die Wertungsprinzipien des Arbeitsrechts begehen (*Brox/Rüthers/Henssler* Rz. 45 a; *Zöllner/Loritz* § 6 Rz. 64; *Hannau/Adomeit* B I). Wer also bei der Suche nach der einschlägigen Rechtsquelle nicht an der Spitze (= Europarecht, sogleich unter 1.) beginnt, übersieht unter Umständen die wichtigste Rechtsgrundlage für das zu lösende Problem und begeht damit einen schweren Aufbau- und damit im Zweifel auch einen Wertungsfehler (→ falsche Lösung!). Um das zu vermeiden, schauen wir uns die Gestaltungsfaktoren bzw. Rechtsquellen nun an und müssen dabei übrigens geduldig sein, denn es wird jetzt – ausnahmsweise – zu Beginn ein bisschen abstrakt. Leider lassen sich diese Gestaltungsfaktoren nämlich nicht wie ein Krimi schildern; genau genommen handelt es sich um reine Wissensvermittlung. Da müssen wir aber jetzt durch, denn die Rechtsquellen müssen gelernt werden, um dem Arbeitsrecht und seiner gesetzlichen Vielfalt gerecht zu werden und in der Klausur später keinen Murks zu schreiben, weil wichtige Gesichtspunkte übersehen worden sind.

1.) Europarecht

Man unterscheidet insoweit zwischen dem *primären* und dem *sekundären* Gemeinschaftsrecht (*Herdegen*, Europarecht, Rz. 160). Mit dem primären Gemeinschaftsrecht meint man die EG-Verträge (*Oppermann*, Europarecht, Rz. 473 ff.). Für das Arbeitsrecht von Bedeutung sind hier zwar nur wenige Bestimmungen (*Schaub/Linck* § 3 Rz. 26 ff.), aber immerhin betrifft zum Beispiel **Art. 141 EG** die Lohngleichheit von Mann und Frau. Das sekundäre Gemeinschaftsrecht besteht aus dem von den Organen der EG erlassenen Recht (Verordnungen und Richtlinien). Lediglich Letztere haben im deutschen Arbeitsrecht Bedeutung erlangt (und zwar nicht zu knapp; *Schaub/Linck* § 3 Rz. 66 ff. spricht von einer »Europäisierung des Arbeitsrechts«). Die Umsetzung einiger Richtlinien beeinflusst die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Arbeitsrechts und gewinnt vermittels der Rechtsprechung des EuGH bei der Auslegung spezifisch arbeitsrechtlicher Fragen Bedeutung (mit den Einzelheiten werden wir uns weiter unten im Fall Nr. 4 befassen).