

Fall 4

Studentin Sandy arbeitete während ihres Studiums in der China-Lounge in Hamburg. Zunächst wurde sie zur Probe vom 31.3. – 31.10.2003 befristet vom Inhaber A eingestellt. Die Arbeitszeit wurde flexibel ausgestaltet und in Absprache mit allen Mitarbeitern aufgeteilt. Es folgte eine Verlängerung vom 1.11.2003 – 31.10.2004. In dieser Zeit übernahm N das Lokal. Als neuer Geschäftsinhaber schloss N mit S formgerecht einen befristeten Arbeitsvertrag vom 1.11.2004 – 31.10.2005 und verlängerte diesen dann formgerecht bis zum 31.12.2006. Während dieser Zeit ist die S der Verlockung des schnellen Geldes erlegen und hat ihr Studium zunächst vernachlässigt und später ganz aufgegeben. Nachdem sie nunmehr einen festen Freund hat, der Rechtsanwalt ist, befürchtet N, dass S schwanger werden könnte. Das Verhältnis ist dadurch etwas gespannt. Nach einer sehr anstrengenden Woche, in der sie mehrmals über 12 Stunden arbeitete, weil andere Mitarbeiter krank waren, veranstaltete Mamma am Wochenende eine große Party. S fing an dem Abend bereits gegen 18 Uhr an und war in der Nacht völlig übermüdet. Als sie gegen 5.30 Uhr einen Drink in den vip-Bereich brachte, stellte sie aus Versehen das Glas nicht auf den Tisch, sondern daneben. Dadurch wurde sowohl ihre Kleidung als auch die des Gastes verschmutzt. Die Flecken waren dabei nicht mehr zu beseitigen. Der Gast verlangte zunächst von S Schadensersatz in Höhe von 500 €. Als diese nicht zahlte, verlangte er von N Ersatz. Der zahlte im Hinblick auf den Ruf des Lokals sofort. Als N der S kündigte, dass er ihren Lohn insoweit einbehalte, platzte dieser der Kragen. Sie verlangte daraufhin selbst 200€ Schadensersatz, da auch ihre teure Kleidung bei dem Malheur irreversibel verschmutzt wurde. N will nunmehr den Arbeitsvertrag nicht verlängern und verweigert auch die Zahlung der Weihnachtsgratifikation, da der Umsatz dieses Jahr niedriger ausgefallen war und er den Vertrag mit S zudem als beendet ansieht.

S fragt ihren Freund, ob sie nichts gegen die Beendigung tun und ob N wirklich ihren Lohn einschließlich der Weihnachtsgratifikation einbehalten kann und sie den Schaden hinnehmen muss. Was wird er antworten ?

**A) Erhebung einer Klage gem. § 17 S. 1 TzBfG iVm §§ 5, 7 KSchG
S könnte gem. § 17 S. 1 TzBfG iVm §§ 5, 7 KSchG Klage auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund der Befristung nicht beendet ist.**

Diese ist gem. §16 TzBfG begründet, wenn und soweit die vereinbarte Befristung rechtsunwirksam ist und daher zwischen S und N ein unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht.

I. wirksames Arbeitsverhältnis

- »→ S und N haben am 1. 11. 2004 einen Arbeitsvertrag geschlossen
- »→ formgerecht bis zum 31. 12. 06 verlängert

II. Wirksamkeit der Befristung

1. Gefahr der Umgehung des Kündigungsschutzes durch Befristungen

- »→ aber § 620 I, III BGB iVm TzBfG erlaubt eindeutig die Befristung eines Arbeitsverhältnisses
- »→ TzBfG enthält eigene Schutzvorschriften gegen missbräuchliche Anwendung von Befristungen

2. unwirksam gemäß §§ 125 BGB, 14 IV TzBfG (Schriftform)

- »→(-), Schriftform vorliegend eingehalten (Grund muss nicht angegeben werden, Arg. Umkehrschluss aus § 57b HRG und Gesetzgebung: Angabe war im Gesetzentwurf vorgesehen, wurde aber gestrichen)

3. Zulässigkeit der Befristung gem. § 14 TzBfG

a) sachgrundlose Befristung, § 14 II TzBfG

- »→ *regelmäßig vor § 14 I TzBfG zu prüfen, da weniger strenge Voraussetzungen*
- »→ maximale Dauer 2 Jahre; maximale Anzahl von Verlängerungen drei; kein vorheriges Arbeitsverhältnis zu diesem Arbeitgeber

»→ hier: allein mit N bestand ein Arbeitsvertrag über die Dauer von mehr als 2 Jahren

- sachgrundlose Befristung scheidet aus

b) Befristung mit Sachgrund, § 14 I 1, 2 TzBfG

aa) Nr. 1: nur vorübergehender Bedarf an der Arbeitsleistung

»→ (-) kein vorübergehender Bedarf (→ ständiger Bedarf)

bb) Nr. 2: Beschäftigung im Anschluss an Ausbildung oder Studium

»→ (-) keine Anschlussbeschäftigung, S studiert zeitgleich!

cc) Nr. 4: Eigenart der Arbeitsleistung

- Nebenbeschäftigung ?

→ auch eine Nebenbeschäftigung ist grundsätzlich schutzwürdig, vgl. § 4 TzBfG (Diskriminierungsverbot für Teilzeitbeschäftigte)

- Interesse der Studenten an Rücksichtnahme auf Studium; nur befristetes Arbeitsverhältnis, um das Studium bzw. den Erfolg im Studium nicht zu gefährden?

»→ äußerst fraglich, weil darüber die Studenten entscheiden sollten; Arbeitgeber ist nicht Sachwalter eines objektiv verstandenen Interesses seiner studentischen Arbeitnehmer

»→ zudem aufgrund der Flexibilität kein Schutzbedürfnis ; Arbeitszeit wird flexibel in Absprache mit allen Mitarbeitern festgelegt

dd) auch sachgrundlose Befristung scheidet aus

4. Befristung nicht zulässig

III. Ergebnis: Unbefristetes Arbeitsverhältnis

B) Lohnanspruch gem. § 611 BGB

I. Anspruch entstanden

»→ **keine Minderung wegen Schlechtleistung !**

II. Anspruch fällig, § 614 BGB

»→ **Dezemberlohn wird mit letzter Leistung im Dez. fällig (meist durch TV, BV, AV abgeändert)**

III. Anspruch erloschen gem. § 389 BGB

1. Aufrechnungslage

»→ **Gegenseitigkeit der Ansprüche; N müsste gegen S einen Anspruch haben, mit dem er aufrechnen kann**

a) Anspruch auf Zahlung von 500 € aus § 280 I BGB iVm § 611 BGB

aa) AV

bb) Pflichtverletzung

»→ **Sorgfaltspflicht, Kunden des Arbeitgebers nicht zu schädigen bzw den Arbeitgeber nicht schadenersatzpflichtig zu machen**

cc) Verschulden

»→ **gem. § 276 I BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit**

»→ **Beweislast zwar gem. § 619a BGB beim Arbeitgeber; hier war S jedoch unachtsam, dh hat fahrlässig gehandelt**

- **Verschulden (+)**

dd) Schaden

»→ **wenn eine Schadensersatzpflicht des N gegenüber dem Gast entstanden ist, mithin der Gast gegen N einen Anspruch auf Zahlung von 500 € hatte**

(1) Anspruch des Gastes gegen N aus § 280 I BGB iVm dem Bewirtungsvertrag

»→ **Pflicht gem. § 241 II BGB, auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen der Gäste Rücksicht zu nehmen**

- **Beschmutzung der Kleidung ist Verletzung dieser Pflicht**

»→ **Verschulden der S ist gem. § 278 BGB (Erfüllungsgehilfin) dem N zuzurechnen**

(2) Anspruch des Gastes gegen N aus § 831 I BGB

- **S als Verrichtungsgehilfin**

»→ **handelt als Arbeitnehmerin weisungsgebunden und in sozialer Abhängigkeit**

- **schuldhafte und rechtswidrige Schadenszufügung in Ausführung der Verrichtung**

»→ **S bedient den Gast, handelt also in Ausführung der Verrichtung**

»→ **sie hat fahrlässig das Eigentum des Gastes (Kleidung) widerrechtlich verletzt**

»→ **keine Haftung der S nach den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs?**

»→ **gegenüber dem Gast gelten keine Haftungseinschränkungen nach den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs!**

- **Exkulpation gem. § 831 I 2 BGB**

- »» nein; N hat viel zu lange Arbeitszeiten angeordnet; Fahrlässigkeit der S beruht auf Übermüdung
- Anspruch auch aus § 831 I BGB

(3) Schaden (+)

ee) Ausschluss des Anspruchs analog § 254 BGB nach den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs, BAGE 57, 55-73, BAGE 49, 1-11

»» früher: gefahrgeneigte Tätigkeit, nunmehr alle betrieblichen Tätigkeiten

»» Schäden gehören zum Betriebsrisiko des Arbeitgebers; zudem Missverhältnis zwischen Lohn und Haftungsrisiko

»» **Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit: grds volle Haftung des Arbeitnehmers**

»» **leichte Fahrlässigkeit: keinerlei Haftung des Arbeitnehmers**

»» **mittlere (normale) Fahrlässigkeit: Schadensteilung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber**

»» **Quote hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, so Höhe des Schadens und des Lohns, Gefahrgeneigtheit der Arbeit, Bestehen einer Versicherung**

- hier nur leichte Fahrlässigkeit, starke Übermüdung aufgrund Arbeitszeiten; selbst bei normaler Fahrlässigkeit würde aufgrund der Umstände (lange Arbeitszeiten, geringer Verdienst) wohl eine Ersatzpflicht der S vollständig ausscheiden

ff) kein Anspruch auf Zahlung von 500 € aus § 280 I BGB iVm § 611 BGB

b) Ausgleichsanspruch gem § 426 II BGB

»→ Gesamtschuldverhältnis nach §§ 426, 840 BGB zwischen N und S

• D hatte Anspruch gegen S aus § 823 BGB (Haftungsbeschränkung wirkt nur im Innenverhältnis) und gegen N aus § 831 BGB

aber:

»→ „soweit“ bestimmt sich nach den Regeln des innerbetrieblichen Schadensausgleichs

• kein aufrechenbarer Anspruch

2. Lohnanspruch nicht durch Aufrechnung erloschen

IV. Ergebnis

»→ Anspruch auf vollen Lohn !; mithin Zahlung der einbehaltenen 500 €

C) Anspruch auf Weihnachtsgratifikation

I. §§ 516, 518 BGB

• keine Unentgeltlichkeit, jedenfalls fehlt es bereits an der Schriftform

II. § 611 iVm. den Grundsätzen der betrieblichen Übung

1. nicht ausdrücklich Inhalt des Arbeitsvertrages

2. Betriebliche Übung

Definition: gleichförmige, sich wiederholende Verhaltensweise des Arbeitgebers, aus denen die Arbeitnehmer schließen dürfen, dass ihnen eine Leistung auf Dauer gewährt werden soll.

»→ erforderlich ist eine mindestens dreimalige, vorbehaltlose Gewährung von Leistungen, BAG NZA 2006, 1174-1178

a) BAG: Vertragstheorie, § 133, 157 : Anschein eines Rechtsbindungswillen, Zugang der Annahme gem. § 151 BGB entbehrlich

»→ **Folge: Beendigung erfordert Änderungskündigung**

b) Teil des Schrifttums: Vertrauenstheorie : durch freiwillige Wiederholung entsteht Vertrauenstatbestand; Beseitigung für die Zukunft durch Beseitigung des Vertrauenstatbestandes

- **Hier: Tatbestand der Betriebsübung (+)**

Exkurs:

Freiwilligkeitsvorbehalt hindert Entstehung eines Anspruchs aus der betrieblichen Übung, ein Widerrufsvorbehalt genügt nicht.

- **Änderungsvorbehalt im Zivilrecht (BGH NJW 2000, 651): nur gem. § 307 I 2 BGB wirksam, wenn Anlass, Richtlinien und Grenzen des Widerrufs möglichst konkret angegeben sind**

- **Konsequenz: allgemeiner Freiwilligkeitsvorbehalt bei übertariflichen Zulagen ist intransparent; Klausel muss klarstellen, dass Widerruf nur bei sachlichem Grund möglich ist (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB).**

3. Zahlungspflicht trotz Beendigung

»→ **hier: AV endet gar nicht**

Exkurs:

a) Rückzahlungsklauseln

Gratifikation ist zurückzuzahlen bei Beendigung bis zum ...

Bis 100€ gar keine Rückzahlung ! 100 – 1 Bruttomonatsgehalt : Rückzahlung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum Ablauf des ersten Quartals! mehr als ein Monatsgehalt: Rückzahlung bei Ausscheiden zum Ablauf des 30.6.

b) Stichtagsklauseln

Gratifikation erhält nur, wer am 1.12. in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis steht. Insofern problematisch, als das Bestehen des AV nicht nur vom AN beeinflusst werden kann

D) Anspruch auf Schadensersatz

I. Anspruch aus § 280 I BGB iVm dem Arbeitsvertrag

1. Arbeitsvertrag

2. Pflichtverletzung

»→ **§ 241 II BGB: Rücksichtnahme auf Rechte, Rechtsgüter und Interessen der S /Fürsorgepflicht (vgl. § 618 BGB)**

»→ **Arbeitseinteilung unter Verstoß gegen §§ 3, 6 ArbZG**

3. Verschulden (+)

4. Schaden »→ Kleidung

5. Anspruchsminderung nach § 254 II BGB ?

»→ **leichte Fahrlässigkeit, grds (+)**

»→ **aber Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs; hier keine Anrechnung eines Mitverschuldens (vgl.o.)**

6. Anspruch (+)

II. Anspruch aus § 823 II iVm. §§ 3, 6 ArbZG

1. Verletzung eines Schutzgesetzes

»→ **ArbZG = Schutzgesetz zugunsten der Arbeitnehmer**

2. schuldhaft Verletzung

3. Schaden

4. kein zu berücksichtigendes Mitverschulden

»→ **vgl.o.**

III. Anspruch analog § 670 BGB

1. direkte Anwendung

»→ § 670 BGB (-), da kein Auftrag iSd. § 662 BGB (entgeltliche Tätigkeit!)

2. § 670 BGB analog im Arbeitsvertrag ?

»→ planwidrige Regelungslücke (+), da kein Umkehrschluss aus § 675 BGB !

»→ vergleichbare Interessenlage (+), soweit kein Ausgleich im AV

3. Voraussetzungen

»→ **Aufwendungen bei Ausführung der Arbeitsleistung**

• **Aufwendungen: freiwillige Vermögensopfer, hier (-)**

• **Schäden:**

(1) **soweit freiwillige Übernahme des Schadensrisikos (+/-)**

(2) **Zufallsschäden (-); hier aber Schuld des N (vgl. 280 I BGB), also keine Zufallsschäden**

(3) **Nach Risikoverteilung iVm. innerbetrieblichen Schadensausgleich; soweit der AN eigene Arbeitsmittel im Bereich des AG zu Arbeitszwecken einsetzt und den Arbeitgeber kein erhebliches Mitverschulden trifft, sind Schäden vom Arbeitgeber nicht zu ersetzen**

»→ **Kleidung ? keine Dienstkleidung ! • normales Risiko der S**

»→ **allerdings Mitverschulden des N wegen Arbeitszeiteinteilung**

4. Aufwendungsersatz analog § 670 BGB (+/-)