

Fall 8

A ist bei dem Bauunternehmer B beschäftigt, der Fertighäuser erstellt. Die dazu erforderlichen Materialien bezieht B von anderen Betrieben, die die Materialien mit der Deutschen Bahn liefern. Im Betrieb des B existiert kein Betriebsrat.

Im Arbeitsvertrag des A findet sich folgende Klausel:

Sonderzuwendungen, Gratifikationen

Der Arbeitnehmer erhält am 1.12. eines jeden Jahres eine Sonderzuwendung in Höhe von 90 % seines Bruttomonatsverdienstes. Diese Sonderzuwendung kann für Zeiten des Ruhens des Arbeitsverhältnisses gekürzt werden, und zwar um 0,4 % pro Tag des Ruhens.

Vom 20. 7. 2007 bis zum 9.8.2007 wird die Deutsche Bahn bestreikt, was die zuständige Gewerkschaft einige Tage vorher bekannt gegeben hatte. A seinerseits erscheint am 21.7.2007 erst mit einstündiger Verspätung an seinem Arbeitsplatz, weil seine Regionalbahn, mit der er zur Arbeit kommt, aufgrund des Streiks ausgefallen ist. B erhält aufgrund des Streiks vom 23. – 25. 7. und vom 1.8. – 3.8.2007 keine Materialien, muss daher seine Produktion einstellen.

Vom 3.9. – 7.9.2007 wird dann auch der Betrieb des B bestreikt. A beteiligt sich zunächst an dem Streik, erkrankt dann aber am 5.9. 2007 und bleibt bis einschließlich 12. 9. 2007 krank.

B erteilt dem A wegen der Verspätung am 21.7. 2007 eine Abmahnung und kürzt den Lohn. Außerdem zahlt er keinen Lohn für die Zeit vom 23.7. – 25.7. 2007 und vom 1.8. – 3.8. 2007 sowie für die Zeit vom 3.9. – 12.9. 2007. Am Jahresende kürzt er die dem A auszahlende Sonderzuwendung um 2 %.

Am 4.10.2007 montiert A wiederholt Teile des Fertighauses nicht vorschriftsgemäß, so dass dieses im November 2007 einstürzt und bei dem Kunden glücklicherweise nur zu einem Sachschaden in Höhe von 1 Mio. € führt. Bereits ein halbes Jahr zuvor hatte A denselben Fehler begangen; damals jedoch war das Fertighaus noch im Betrieb eingestürzt, so dass es lediglich zu einem Sachschaden in Höhe des Wertes der verwendeten Materialien und kleinerer Körperverletzungen anderer Mitarbeiter gekommen war. Aufgrund des damaligen Vorfalls war A abgemahnt worden.

Nunmehr ist es dem B zu bunt. Er kündigt dem A in einem diesem am 6.10.2007 zugegangenen Brief unter Einhaltung der Kündigungsfrist, bietet ihm allerdings zugleich die Beschäftigung in der Bestellabteilung mit einem Bruttomonatslohn von 1700 € an (bisheriger Bruttomonatslohn des A: 2000 €). Der A ist darüber gar nicht erfreut; er befürchtet, dass seine ständig nörgelnde Ehefrau noch unzufriedener wird, wenn er weniger Geld verdient.

A möchte all dies nicht hinnehmen und wendet sich deswegen am 12.10.2007 an seinen Rechtsanwalt. Er fragt, ob er gegen die Abmahnung vorgehen, außerdem den einbehaltenen Lohn und die Sonderzuwendung in voller Höhe verlangen kann. Außerdem möchte er auch gegen die Kündigung vorgehen.

Was wird der Rechtsanwalt ihm antworten?

A. Anspruch auf Lohn trotz der Verspätung gem. § 611 BGB

I. § 326 BGB, ohne Arbeit kein Lohn

II. § 326 II BGB kein Verschulden des AG

III. § 615 BGB

- kein Annahmeverzug

- Arbeitgeber trägt nicht das Risiko, dass AN pünktlich zur Arbeit kommt trotz § 8 SGB VII, insbesondere keine Zurechnung des Verhaltens anderer AG

IV. § 616 BGB kein Grund in Person des AN (-)

B. Anspruch auf Löschung der Abmahnung

I. Anspruch gem. § 83 II BetrVG nur auf Gegendarstellung

II. Anspruch aus § 611 BGB iV mit der Fürsorgepflicht

»→ wenn die Abmahnung zu Unrecht erfolgt ist, dh wenn sie unrichtige Tatsachen enthält, die den AN in seiner Rechtsstellung oder in seinem beruflichen Fortkommen beeinträchtigen können

1. Vorliegen einer Vertragsverletzung

»→ verspätetes Erscheinen am Arbeitsplatz

2. Verschulden

a) Erfordernis eines Verschuldens

»→ Abmahnung ist nur bei verhaltensbedingten Kündigungen erforderlich, weil es keinen Sinn macht, den AN bezüglich solcher Vertragsstörungen abzumahnern, die er nicht beeinflussen kann (zB Abmahnung, demnächst nicht mehr krank zu sein)

»→ die Abmahnung ist eine Kündigungsandrohung und erforderlich, um eine später erfolgte Kündigung verhältnismäßig zu machen; die verhaltensbedingte Kündigung setzt regelmäßig, aber nicht zwingend voraus, dass dem Arbeitnehmer die Vertragsverletzung vorzuwerfen ist, dieser also

vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat (ErfKomm/Ascheid, § 1 KSchG Rn. 286, 291)

»→ man könnte aus der Funktion der Abmahnung als Kündigungsandrohung schließen, dass sie dieselben Voraussetzungen erfüllen muss wie die Kündigung, also regelmäßig ebenfalls ein schuldhaftes Verhalten voraussetzt

»→ die Kündigung ist jedoch im Gegensatz zur Abmahnung *ultima ratio*; durch die Abmahnung allein wird der Bestand des Arbeitsverhältnisses nicht berührt. Die Abmahnung dient vielmehr auch dazu, dem AN deutlich zu machen, dass eine erneute Vertragsverletzung in diesem Bereich (die dann aber verschuldet sein muss), eine Kündigung nach sich zieht. Der Arbeitnehmer wird dann, obwohl er bisher nicht schuldhaft seine Vertragspflichten verletzt hat, dazu angehalten, diese Vertragspflichten auch in Zukunft nicht schuldhaft zu verletzen.

• Die Abmahnung setzt daher lediglich eine objektive Vertragsverletzung voraus; nicht erforderlich ist ein subjektiv vorwerfbares Verhalten (ErfKomm/Ascheid, § 1 KSchG Rn. 315).

b) Vorliegen von Verschulden

»→ zudem war es dem A aufgrund der vorherigen Ankündigung des Streiks möglich und zumutbar, einen früheren Zug zu nehmen, um sein pünktliches Erscheinen am Arbeitsplatz sicherzustellen

• es liegt daher ohnehin Verschulden (Fahrlässigkeit) vor

3. Ergebnis

»→ Abmahnung ist zu Recht erfolgt; A hat keinen Anspruch auf Entfernung der Abmahnung.

III. Anspruch aus § 1004 BGB analog (wg Verletzung des Persönlichkeitsrechts)

C. Anspruch auf Lohn für die Zeit vom 23.7. – 25.7. 2007 sowie 1.8. – 3.8. 2007 aus § 611 BGB

Ausschluss gem. § 326 I BGB – ohne Arbeit kein Lohn

I. Ausschluss der Leistungspflicht des A gem. § 275 I BGB

»→ A hat nicht geleistet

»→ nach Ablauf der für die Arbeit bestimmten Zeit wird die Arbeitsleistung unmöglich (Fixschuldcharakter der Arbeitsleistung)

• Ausschluss gem. § 275 I BGB (Grundsatz: „Ohne Arbeit kein Lohn“)

II. Fortbestehen des Vergütungsanspruchs gem. § 615 S. 3 BGB

a) Betriebsrisikolehre

»→ der Arbeitgeber trägt das Risiko des Produktionsausfalls wegen Materialmangels, weil er das Arbeitsmaterial zur Verfügung stellen muss

b) Arbeitskämpfrisikolehre

»→ hier ist der Materialmangel auf einen Streik zurückzuführen; es handelt sich mithin um Fernwirkungen eines Streiks (= Auswirkungen des Streiks auf einen nicht bestreikten Betrieb)

»→ nach der Arbeitskämpfrisikolehre verlieren auch die Arbeitnehmer eines solchen Drittbetriebes ihren Vergütungsanspruch, soweit die Fernwirkung eines Arbeitskampfes sich auf die Stärke der Kampfparteien und das Verhandlungsgleichgewicht auswirkt

»→ eine solche Kampfbezogenheit ist anzunehmen bei einem mittelbar betroffenen Betrieb, der demselben fachlichen Geltungsbereich zuzuordnen ist, also jedenfalls 1. der zu derselben Branche gehört wie der des umkämpften Tarifvertrages, 2. in dem die

Belegschaft von derselben Gewerkschaft vertreten wird, die auch den Arbeitskampf organisiert, 3. dessen Arbeitgeber seinerseits demselben Arbeitgeberverband angehört wie der bestreikte Arbeitgeber (BAG AP Nr. 129 zu Art. 9 GG Arbeitskampf)

• Deutsche Bahn und B gehören nicht derselben Branche an; die Belegschaften werden durch unterschiedliche Gewerkschaften, die Arbeitgeber durch unterschiedliche Arbeitgeberverbände vertreten; Grundsätze der Arbeitskampfrisikolehre sind nicht erfüllt

c) Ergebnis

»-> B hat nach der allgemeinen Betriebsrisikolehre das Risiko des Ausfalls der Produktion wegen Materialmangels zu tragen; gem. § 615 S. 3 BGB kann A daher den Lohn verlangen

Ergebnis

A hat gegen B aus § 611 BGB einen Anspruch auf Zahlung des Lohns für die Zeit vom 23.7. – 25.7. 2007 sowie 1.8. – 3.8. 2007, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein.

D. Anspruch auf Lohn für die Zeit vom 3.9. – 12.9.2007

»→ A streikt zunächst, wird dann krank und bleibt auch noch nach Ende des Streiks krank; sinnvoll ist es daher, die einzelnen Zeiträume getrennt zu prüfen

I. Zeit vom 3.9. – 4.9.2007

»→ A könnte aus § 611 BGB einen Anspruch auf Zahlung des Lohns gegen B haben

1. Anspruch entstanden, § 611 BGB

»→ (+), Arbeitsverhältnis bestand

2. Pflichten sind jedoch wegen des Streikes suspendiert

3. kein Anspruch

II. Zeit vom 5.9. – 7.9.2007

»→ Anspruch aus § 3 I EFZG

1. Anwendbarkeit des EFZG

»→ Arbeitnehmereigenschaft des A gem. § 1 II EFZG, vierwöchige Beschäftigung gem. § 3 III EFZG (+)

2. Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit

a) Vorliegen einer Krankheit (+)

b) Kausalität der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit für Arbeitsausfall

»→ Anspruch auf Entgeltfortzahlung besteht nur dann, wenn der AN ohne die Arbeitsunfähigkeit einen Anspruch gehabt hätte; die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit muss die alleinige Ursache für den Ausfall der Arbeitsleistung sein (BAG AP Nr. 121 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; ErfKomm/Dieterich, Art. 9 GG Rn. 189)

Exkurs: Zusammentreffen von Krankheit und Streik

Variante 1: Der Arbeitnehmer erkrankt während seiner Streikteilnahme
»-> die Arbeitsleistung entfällt bereits aus Gründen der Streikteilnahme; die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit ist daher nicht alleinige Ursache für den Arbeitsausfall, so dass der AN keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung hat
»-> strittig ist allerdings, ob der AN seine Streikteilnahme durch Erklärung gegenüber dem AG beenden kann mit der Wirkung, dass seine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit nunmehr alleinige Ursache für den Arbeitsausfall und der AG zur Entgeltfortzahlung verpflichtet ist (pro: ErfKomm/Dieterich, Art. 9 GG Rn. 189; aA - Einwand des Rechtsmissbrauchs - MünchArbR/Boecken, § 83 Rn. 77)

Variante 2: Der Arbeitnehmer ist bereits vor dem Beginn des Arbeitskampfes arbeitsunfähig krank
»-> ein Entgeltfortzahlungsanspruch scheidet jedenfalls aus, wenn der AN auf Grund des Arbeitskampfes auch nicht hätte arbeiten können, wenn er arbeitsfähig gewesen wäre (zB im Falle einer Betriebsstilllegung oder vollständigen Aussperrung)
»-> hält der AG hingegen den Betrieb aufrecht, kann nicht davon ausgegangen werden, dass der AN sich am Streik beteiligt (BAG AP Nr. 121 zu Art. 9 GG Arbeitskampf). Die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit ist dann alleinige Ursache des Arbeitsausfalls, ein Entgeltfortzahlungsanspruch besteht.
»-> der kranke AN kann sich aber dem Streik trotz seiner Krankheit ausdrücklich oder konkludent anschließen (BAG AP Nr. 114 zu Art. 9 GG Arbeitskampf). Er verliert dann seinen Entgeltfortzahlungsanspruch, weil die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit nicht alleinige Ursache für den Arbeitsausfall ist

- hier ist A erst während seiner Streikteilnahme erkrankt und hat nicht durch Erklärung seine Streikteilnahme beendet. Die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit ist daher nicht alleinige Ursache für den Arbeitsausfall.

3. kein Anspruch

Exkurs: Streik

Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen

1. Friedenspflicht (war bei GDL/ Bahn ein Problem, ArbG Mainz)

2. Durchführung durch eine Gewerkschaft

GDL = Gewerkschaft;

- Freiwilliger dauerhafter demokratisch organisierter Zusammenschluss von AN
- Gegnerfreiheit (Siemens, Schelsky)
- Wahrung/ Förderung der Arbeits-/ Wirtschaftsbedingungen
- Arbeitskampfbereitschaft

- soziale Mächtigkeit: auch bei relativ geringer Anzahl von Mitgliedern, wenn diese Schlüsselpositionen haben

3. Tariflich regelbares Ziel (Tarifvertrag für Lokführer, Tarifeinheit)

eA. die Anwendung des Tarifvertrages kann nicht erstreikt werden, da sich die Anwendung nach dem Recht richtet

aA Tarifvertrags kann erstreikt werden, auch wenn dieser letztlich keine Anwendung findet, würde jedenfalls bei Wegfall des anderen TV gelten

4. Verhältnismäßigkeit „ob“

- ausschöpfen aller Verhandlungsmöglichkeiten

aber auch:

- kein Streik, falls nicht anwendbar (neue, kleine Gewerkschaften hätten dann keine Chance ?!)

- nicht anwendbar wegen des Grundsatzes der Tarifeinheit (str)

- danach: in einem Betrieb gilt nur ein TV

- es gilt der jeweils speziellere TV (also der, der dem Betrieb räumlich, fachlich und persönlich am besten entspricht)

bspw: Firmen vor Flächentarifvertrag; in Mischbetrieben gilt der TV von den meisten AN (beschäftigte Reinigungskräfte im Einzelhandelbetrieb)

-> Lokführer Minderheit zu allen AN der Bahn

-> TV nur für diese Gruppe wäre aber spezieller, insbesondere wenn Organisationsgrad deutlich höher als in großer Gewerkschaft wie transnet (Spartentarifvertrag)

Zweifel am Grundsatz der Tarifeinheit:

- Art. 9 GG AN wird nicht der TV von der Gewerkschaft zugebilligt, der sie beigetreten sind; anders organisierte werden als Nichtorganisiert angesehen; kein Grund für solchen Eingriff, weil Anwendung zweier TV wird bei § 613a BGB auch verlangt; zudem hat sich AG beiden unterworfen

5. Verhältnismäßigkeit „wie“

Besonderheiten: einstweiliger Rechtsschutz u.a. Verfügungs-/ Anordnungsanspruch, Verfügungs-/ Anordnungsgrund idS mE dann zu Recht ArbG Nürnberg

III. Zeit vom 8.9. – 12.9.2007

»-> Anspruch aus § 3 I EFZG

1. Anwendbarkeit des EFZG (+, s.o.)

2. Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit

»→ **A ist krank. Der Streik ist nunmehr auch beendet, so dass seine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit alleinige Ursache für den Arbeitsausfall ist.**

3. Anspruch (+)

E. Anspruch auf die Sonderzuwendung in voller Höhe

I. Anspruch auf Sonderzuwendung

»→ **ergibt sich aus der Regelung im Arbeitsvertrag**

II. zulässige Kürzung?

»→ **Sonderzahlungen honorieren die Betriebstreue und die im zurückliegenden Jahr für den Betrieb geleistete Arbeit; es ist zulässig, in der die Sonderzahlung begründenden Vereinbarung zu bestimmen, welche Zeiten der unterbliebenen Arbeitsleistung den Anspruch auf die Sonderzahlung mindern oder ausschließen**

• **hier konnte die Sonderzahlung für Zeiten des „Ruhens“ des Arbeitsverhältnisses gekürzt werden**

»→ **eine Kürzung wegen „ruhenden“ Arbeitsverhältnisses erfasst auch das Ruhen während des Streiks (BAG AP Nr 156 zu Art. 9 GG Arbeitskampf)**

• **das Arbeitsverhältnis des A hat während des gesamten Streiks geruht, also 5 Tage lang; somit war die Kürzung um 2 % zulässig**

III. Ergebnis

A hat keinen Anspruch auf die Sonderzuwendung in voller Höhe, sondern nur auf 98% der vereinbarten Sonderzuwendung.

Exkurs:

1. zur Kürzung wegen Krankheit vgl. § 4a EFZG

2. Kürzung wegen Mutterschutzes unzulässig (BAG NZA 93, 1002)

3. Kürzung wegen Erziehungsurlaubs zulässig (BAG NZA 95, 266)
arg.: - Arbeitsverhältnis suspendiert

4. Kürzung nur bei gewerblichen AN, nicht bei Angestellten:
zulässig, da geringere Ausfallzeiten bei Angestellten (BAG NZA 1996, 133 f.)

F. Vorgehen gegen die Kündigung

»→ **Prüfung durch den Anwalt; dieser prüft zunächst nur die materielle Rechtslage. Nur wenn ein Vorgehen gegen die Kündigung in der Sache Erfolg verspricht, wird dieser prüfen, auf welchem prozessualen Wege dieser zu erreichen ist.**

Exkurs: Änderungskündigung

»→ **der Arbeitgeber (oder auch Arbeitnehmer) kündigt das Arbeitsverhältnis unbedingt, bietet zugleich aber an, das Arbeitsverhältnis zu geänderten Bedingungen fortzusetzen (möglich ist auch eine Kündigung unter der Bedingung, dass der Arbeitnehmer das Änderungsangebot nicht annimmt; obwohl die Kündigung als Gestaltungsmittel grds bedingungsfeindlich ist, geht dies, weil der Bedingungseintritt ausschließlich vom Willen des Kündigungsempfängers abhängig ist, sog. Potestativbedingung)**

• **Druckmittel, um den Abschluss eines Änderungsvertrages zu erreichen**

»→ **sowohl Kündigung als auch Änderungsangebot bedürfen gem. § 623 BGB der Schriftform**

»→ **Arbeitnehmer hat verschiedene Reaktionsmöglichkeiten**

• **vorbehaltlose Annahme des Änderungsangebots: Änderungsvertrag kommt zustande. Es gilt die allgemeine Regel des § 147 II BGB.**

• **Ablehnung des Änderungsangebots: Das Arbeitsverhältnis endet, wenn die Kündigung wirksam ist oder gem. § 7 KSchG wirksam wird. Der AN muss innerhalb der Dreiwochenfrist des § 4 KSchG Feststellungsklage erheben, dass die Kündigung sozial ungerechtfertigt ist. Gewinnt er diesen Prozess, besteht das Arbeitsverhältnis zu den alten Bedingungen fort. Verliert er ihn, ist das Arbeitsverhältnis beendet.**

• **Annahme unter Vorbehalt, § 2 S. 1 KSchG: AN kann das Änderungsangebot unter dem Vorbehalt annehmen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht sozial ungerechtfertigt ist**

»→ **die Vorbehaltserklärung muss spätestens innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung erfolgen. Hierbei gilt nicht die Rechtzeitigkeitsfiktion des § 167 ZPO**

»→ **der Vorbehalt erlischt gem. § 7 KSchG, wenn der AN nicht innerhalb der Dreiwochenfrist Änderungsklage erhebt**

»→ **wird die Klage abgewiesen, fällt der Vorbehalt weg, das Arbeitsverhältnis wird zu den geänderten Arbeitsbedingungen fortgesetzt. Wird der Klage**

hingegen stattgegeben, entfällt rückwirkend der unter Vorbehalt geschlossene Änderungsvertrag (§ 8 KSchG). Das Arbeitsverhältnis besteht zu den geänderten Bedingungen fort.

I. materielle Wirksamkeit der Kündigung

1. Wirksamkeit der Kündigung gem. §§ 2, 4, 7 KSchG

»→ bei der außerordentlichen Änderungskündigung gilt § 2 KSchG entsprechend

• A wendet sich 6 Tage nach der Kündigung an den Anwalt; die Drei-Wochen-Frist ist daher noch nicht abgelaufen

2. allgemeine Wirksamkeitsvoraussetzungen

a) Form

»→ § 623 BGB: Schriftform, hier (+)

b) Frist

»→ laut Sachverhalt beachtet

c) Anhörung des Betriebsrats, § 102 I BetrVG

»→ im Betrieb des B existiert kein Betriebsrat

3. Soziale Rechtfertigung der Kündigung, §§ 2, 4, 1 KSchG

a) Prüfungsmaßstab

»→ es handelt sich vorliegend um eine Änderungskündigung. Bei dieser wird geprüft, ob die Änderung der Arbeitsbedingungen, nicht die Beendigung des Arbeitsverhältnisses sozial gerechtfertigt ist (geringere Anforderungen)

b) Kündigungsgrund „an sich“

»→ Gründe in der Person, Gründe im Verhalten des AN oder dringende betriebliche Erfordernisse müssen das Änderungsangebot bedingen

- hier in Betracht kommt allein eine verhaltensbedingte Änderungskündigung
- »→ A hat bereits zweimal Fertighäuser falsch montiert, wodurch es zu erheblichen Sach- und kleineren Personenschäden gekommen ist. Dass nicht mehr passiert ist, war glücklicher Zufall.
- Kündigungsgrund an sich (+)

c) negative Prognose

»→ A hat trotz bereits kurz zuvor erfolgter Abmahnung wiederum falsch montiert; es ist daher auch in Zukunft zu erwarten, dass ihm ähnliche Fehler unterlaufen

d) ultima ratio

»→ Abmahnung bereits erfolgt; zudem nur Änderungs-, nicht Beendigungskündigung

e) Interessenabwägung

»→ Arbeitgeber muss sich bei einer Änderungskündigung darauf beschränken, nur solche Änderungen vorzuschlagen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

- A soll nunmehr in der Bestellabteilung arbeiten; dort können Fehler nicht solche verheerenden Auswirkungen haben wie bei der Montage.
- Zudem beträgt der Bruttomonatslohn nur 300 € weniger; der angebotene Arbeitsplatz ist daher nicht wesentlich geringwertiger als der bisherige

»→ soweit die Arbeitsbedingungen auch durch Direktionsrecht angepasst werden dürfen, ist eine Änderungskündigung unverhältnismäßig

- davon ist hier aber nicht auszugehen; A wird wohl einen Vertrag haben, der ihn als Monteur beschäftigt. Eine Versetzung in die Bestellabteilung ist dem B aufgrund des Direktionsrechts daher nicht möglich.

f) Ergebnis

»→ **Änderung der Arbeitsbedingungen sind sozial gerechtfertigt**

4. Änderungskündigung wirksam

II. Ergebnis

»→ **Der Anwalt wird dem A raten, das Angebot des B anzunehmen.**