



# DIE 39 FÄLLE

wichtigsten  
nicht nur  
für Anfangssemester

## ARBEITSRECHT

Hemmer / Wüst

- Einordnungen
- Gliederungen
- Musterlösungen
- bereichsübergreifende Hinweise
- Zusammenfassungen

10. Auflage

EINFACH • VERSTÄNDLICH • KURZ

## VORWORT

Die vorliegende Fallsammlung ist für **Studierende in den ersten Semestern** gedacht. Gerade in dieser Phase ist es wichtig, bei der Auswahl der Lernmaterialien den richtigen Weg einzuschlagen. **Auch in den späteren Semestern und im Referendariat** sollte man in den grundsätzlichen Problemfeldern sicher sein. Die essentials sollte jeder kennen.

Die Gefahr zu Beginn des Studiums liegt darin, den Stoff zu abstrakt zu erarbeiten. Nur ein **problemorientiertes Lernen**, d.h. ein Lernen am konkreten Fall, führt zum Erfolg. Das gilt für die kleinen Scheine / die Zwischenprüfung genauso wie für das Examen. In juristischen Klausuren wird nicht ein möglichst breites Wissen abgeprüft, vielmehr steht der Umgang mit konkreten Problemen im Vordergrund. Nur wer gelernt hat, sich die Probleme des Falles aus dem Sachverhalt zu erschließen, schreibt die gute Klausur. Es geht darum, Probleme zu erkennen und zu lösen. Abstraktes anwendungsunspezifisches Wissen, sog. „Träges Wissen“, täuscht Sicherheit vor, schadet aber letztlich.

Bei der Anwendung dieser Lernmethode sind wir Marktführer. Profitieren Sie von der über 40-jährigen Erfahrung des **Juristischen Repetitoriums hemmer** im Umgang mit Examensklausuren. Diese Erfahrung fließt in sämtliche Skripten des Verlages ein. Das Repetitorium beschäftigt **ausschließlich Spitzenjuristinnen und Spitzenjuristen**, teilweise Landesbeste ihres Examenstermins. Die so erreichte Qualität in Unterricht und Skripten werden Sie anderswo vergeblich suchen. Lernen Sie mit den Profis!

Ihre Aufgabe als Juristin oder Jurist wird es einmal sein, konkrete Fälle zu lösen. Diese Fähigkeit zu erwerben ist das Ziel einer guten juristischen Ausbildung. Nutzen Sie die Chance, diese Fähigkeit bereits zu Beginn Ihres Studiums zu trainieren. Erarbeiten Sie sich das notwendige Handwerkszeug anhand unserer Fälle. Sie werden feststellen: Wer Jura richtig lernt, dem macht es auch Spaß. Je mehr Sie verstehen, desto mehr Freude werden Sie haben, sich neue Probleme durch eigenständiges Denken zu erarbeiten. Wir bieten Ihnen mit unserer **juristischen Kompetenz** die notwendige Hilfestellung.

Fallsammlungen gibt es viele. Die Auswahl des richtigen Lernmaterials ist jedoch der entscheidende Aspekt. Vertrauen Sie auf unsere Erfahrungen im Umgang mit Prüfungsklausuren. Unser Beruf ist es, **alle klausurrelevanten Inhalte** zusammenzutragen und verständlich aufzubereiten. Prüfungsinhalte wiederholen sich. Wir vermitteln Ihnen das, worauf es in der Prüfung ankommt – verständlich – knapp – präzise.

Achten Sie dabei insbesondere auf die richtige Formulierung. Jura ist eine Kunstsprache, die es zu beherrschen gilt. Abstrakte Floskeln, ausgedehnte Meinungsstreitigkeiten sollten vermieden werden. Wir haben die Fälle daher bewusst kurz gehalten. Der Blick für das Wesentliche darf bei der Bearbeitung von Fällen nie verloren gehen.

Wir hoffen, Ihnen den Einstieg in das juristische Denken mit der vorliegenden Fallsammlung zu erleichtern und würden uns freuen, Sie auf Ihrem Weg in der Ausbildung auch weiterhin begleiten zu dürfen.

**Karl-Edmund Hemmer & Achim Wüst**

# **E-BOOK DIE 39 WICHTIGSTEN FÄLLE ARBEITSRECHT**

**Autoren: Hemmer / Wüst / Neumann / Tyroller**

**10. Auflage 2023**

**ISBN: 978-3-96838-159-6**

# DAS ERFOLGSPROGRAMM - IHR TRAINING FÜR KLAUSUR UND HAUSARBEIT

In Arbeitsrecht ist in einigen Bundesländern bereits im ersten Staatsexamen Pflichtstoff. In anderen Ländern taucht es erstmals im zweiten Staatsexamen auf. Aber auch in der späteren anwaltlichen Praxis sind Grundkenntnisse des Arbeitsrechts unerlässlich. Hier auf Lücke zu setzen, wäre deshalb mehr als fahrlässig.

Dieses Skript behandelt die entscheidenden Fragen nach dem Bestehen eines Arbeitsverhältnisses, der Wirksamkeit einer Kündigung, den sonstigen Beendigungstatbeständen wie Anfechtung, Auslauf einer Befristung und Aufhebungsvertrag sowie den wesentlichen Ansprüchen des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers aus dem Arbeitsverhältnis.

Die wichtigsten examensrelevanten Probleme des Arbeitsrechts werden anhand von 39 Fällen dargestellt und gelöst. Besonderes Gewicht wird auf Problemaufbau und klausurgerechte Argumentationsweise gelegt.

## **Inhalt:**

- Das Arbeitsverhältnis
- Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses
- Ansprüche des Arbeitnehmers
- Ansprüche des Arbeitgebers

**Autoren: Hemmer/Wüst/Neumann/Tyroller**

# INHALTSVERZEICHNIS

## E-BOOK DIE 39 WICHTIGSTEN FÄLLE ARBEITSRECHT

## DAS ERFOLGSPROGRAMM - IHR TRAINING FÜR KLAUSUR UND HAUSARBEIT

### KAPITEL 1: DAS ARBEITSVERHÄLTNIS

#### FALL 1: EINE MISSGLÜCKTE TOURNEE

Abgrenzung Dienst- / Werkvertrag

#### FALL 2: GESCHICKT GETRICKST?

Statusklage, Zulässigkeit einer arbeitsgerichtlichen Klage

### KAPITEL 2: DIE BEENDIGUNG DES ARBEITSVERHÄLTNISES

#### FALL 3: ZU SPÄT REAGIERT ...

Wirkung der Präklusion

#### FALL 4: FÜRCHTERLICH VERPENNT!

Außerordentliche Kündigung – Voraussetzungen

#### FALL 5: SO EIN FRÜCHTCHEN!

Verdachtskündigung, Organtheorie

#### FALL 6: FERIENZEIT ... URLAUBSZEIT!?

Außerordentliche Kündigung, Zugangsvereitelung

#### FALL 7: KEINE GNADE -

Zugang im Urlaub

#### FALL 8: KEIN GROSSES LOS

Ordentliche Kündigung in Kleinbetrieben, Fristen des § 622 BGB, Konsequenz der Kündigung zum falschen Zeitpunkt

#### FALL 9: DAS ENDE EINER DIENSTFAHRT ...

Verhaltensbedingte ordentliche Kündigung, Anwendbarkeit des KSchG (Berechnung AN), Voraussetzungen der verhaltensbedingten Kündigung

## **FALL 10: EIN ÜBLER KNABE**

Verhaltensbedingte Kündigung, Erforderlichkeit von Betriebsablaufstörungen, Betriebsratsanhörung, subjektive Determinierung

## **FALL 11: EINE SCHWERE ENTSCHEIDUNG**

Abgrenzung verhaltensbedingte Kündigung von personenbedingter Kündigung

## **FALL 12: WUNDERSAME HEILUNG**

Kündigung eines Dauerkranken

## **FALL 13: EIN FOLGENSCHWERER UNFALL**

Auflösungsantrag, § 9 KSchG

## **FALL 14: VIEL ZU VIELE BUCHHALTER!?**

Betriebsbedingte Kündigung

## **FALL 15: MUTTERSCHUTZ**

Sachverhalt:

## **FALL 16: HOPFEN UND MALZ -**

Betriebsübergang

## **FALL 17: MIT EINEM LÄCHELN AUF DEN LIPPEN ... .**

Änderungskündigung – Grenzen des Direktionsrechts

## **FALL 18: K(N)OPFLOS REAGIERT ... .**

Änderungskündigung: Spontanreaktionen, Änderungskündigungsschutzklage

## **FALL 19: KINDERGLÜCK?!**

Anfechtung eines Arbeitsvertrags – Recht zur Lüge, Anfechtungsgründe

## **FALL 20: DRUM PRÜFE, WER SICH EWIG BINDET ... .**

Befristung

## **FALL 21: I DON'T LIKE MONDAYS ...**

Befristung

## **FALL 22: ÜBERRUMPELTER ARBEITNEHMER?!**

Aufhebungsvertrag

## **KAPITEL 3: ANSPRÜCHE DES ARBEITNEHMERS**

## **FALL 23: NUR BARES IST WAHRES -**

Klage auf Lohn, Rechtsquellen, Bruttolohnklage

## **FALL 24: ARBEIT UM JEDEN PREIS?**

Klage auf Lohn

## **FALL 25: FROHE WEIHNACHTEN!**

Betriebliche Übung und deren Änderung

## **FALL 26: EIN PRÄCHTIGER JUNGE...**

Lohn bei fehlerhaftem Arbeitsverhältnis

Abwandlung: Minderjähriger Arbeitgeber

## **FALL 27: OHNE FLEISS KEIN PREIS!?**

Lohn ohne Arbeit, Verzugslohn, Betriebsrisiko

## **FALL 28: HEISSER ARBEITSKAMPF**

Lohn ohne Arbeit: Wirtschafts- und Arbeitskampfrisiko, Streikbruchprämien

## **FALL 29: UNGLÜCKLICHER SEGELFLUG**

Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, Verschulden eines Dritten, achtwöchige Krankheit direkt nach Arbeitsantritt, Rückgriff des Arbeitgebers

## **FALL 30: PROBLEME MIT DEM URLAUB ...**

Urlaubsabgeltung, Urlaubsentgelt, Urlaubsgeld, Verfall des Urlaubs, Mitwirkungsobliegenheit des AG

## **FALL 31: RÜCKENPROBLEME**

Entgeltfortzahlung, Urlaubsabgeltung

## **FALL 32: KEIN GLÜCKLICHES HÄNDCHEN ...**

Aufwendungsersatzansprüche, Schadensersatzansprüche (c.i.c.)

## **FALL 33: UNGLÜCK BEI DER ARBEIT ...**

Unfallversicherung, Haftungsprivileg des AG, gestörte Gesamtschuld

## **FALL 34: GLEICHGESTELLT ... !?**

Ausgleichsquittung, Ausschlussfristen

## **FALL 35: UNVERHOFFT KOMMT OFT**

Weiterbeschäftigungsanspruch

## **KAPITEL 4: ANSPRÜCHE DES ARBEITGEBERS**

### **FALL 36: TEURE UNAUFMERKSAMKEIT**

Schadensersatzansprüche wegen Schlechterfüllung, innerbetrieblicher Schadensausgleich

### **FALL 37: ZU FRÜH VERMITTELT ...!?**

Vertragsstrafe; Verletzung des Wettbewerbsverbots

### **FALL 38: GOLDENE ZEITEN ...**

Rechtswidriger Streik (Schadensersatzansprüche gegen AN, Gewerkschaft, Dritte)

### **FALL 39: RÜCKZAHLUNGSSCHWIERIGKEITEN**

Rückzahlungsanspruch von Gratifikationen, fehlerhaftes Arbeitsverhältnis

# KAPITEL 1: DAS ARBEITSVERHÄLTNIS

## FALL 1: EINE MISSGLÜCKTE TOURNEE

### Abgrenzung Dienst- / Werkvertrag

#### Sachverhalt:

Der Starenor Tassilo (T) hat sich in den letzten Jahren nach einer langen und erfolgreichen Karriere mehr und mehr aus der Öffentlichkeit zurückgezogen; er ist nicht mehr der Jüngste. Im April tritt jedoch der Eventmanager Emil (E) an T heran und überredet ihn dazu, noch einmal eine Tournee durch Deutschland zu machen. T sagt zu, da er sich noch einmal vernünftig von seinen Fans verabschieden will. In dem Vertrag, den die beiden schließen, verpflichtet sich T, fünfzehn Konzerte in deutschen Großstädten zu geben, pro Konzert ist eine Gage von 15.000,- € vereinbart. Für die Organisation der Tournee ist E verantwortlich.

E macht sich sogleich an die Planungen. Er bucht mehrere Fußballstadien, Stadthallen und große Freilichtbühnen. Der Vorverkauf läuft nur äußerst schleppend. Während des ersten Konzerts finden sich lediglich 250 vorwiegend ältere Fans in der Berliner Waldbühne ein. E ist entsetzt. Nachdem auch das folgende Konzert vergleichbar mau besucht ist, kriegt es E gänzlich mit der Angst zu tun und sagt kurzerhand alle weiteren Konzerte ab, um ein noch größeres finanzielles Fiasko zu vermeiden. T teilt er mit, dass er den Vertrag „kündige“. T ist sich der Tatsache bewusst, dass die Absage mehr als vernünftig ist. Allerdings legt er Wert darauf, die noch ausstehende Gage für die abgesagten dreizehn übrigen Konzerte zu erhalten, insgesamt 195.000,- €. E wird bleich, als er die Forderung des T hört. Er weist sie brüsk mit dem Argument ab, dass T ja nicht gesungen und somit keinen Anspruch auf die Gage habe.

**Frage 1:** Ist die Forderung des T berechtigt?

Für das Schützenfest in Schießstadt wird der Amateur-Alleinunterhalter „Der lustige August“ (A) engagiert, mit dem der örtliche Schützenverein bisher immer gute Erfahrungen hatte. Dem Schützenverein war für das Engagement entscheidend, dass er sich auf die Qualität der Leistungen des A verlassen konnte und dass A sehr zuverlässig ist.

Da sich jedoch der Vorstand des Schützenvereins eine Woche vor Beginn des Schützenfestes gehörig miteinander verkracht, wird das Schützenfest kurzerhand abgesagt. A wird aus diesem Grunde gekündigt.

**Frage 2:** Ist der Vertrag wirksam gekündigt worden? § 626 BGB ist nicht zu prüfen.

### I. Einordnung

Das Arbeitsrecht als Sonderrecht der Arbeitnehmer ist eine besondere Kategorie des Dienstvertragsrechts.

Beim Dienstvertrag schuldet der Dienstverpflichtete dem Dienstberechtigten die Erbringung einer Tätigkeit, beim Werkvertrag schuldet der Werkunternehmer dem Besteller für die Fälligkeit seiner Vergütung die Erbringung eines Erfolges.

Auf Primärebene ist eine Abgrenzung dieser Verträge in aller Regel müßig, da hier immer nur die Erbringung der geschuldeten Leistung entscheidend ist. Auf der Sekundärebene, insbesondere bei Schlechterfüllung, wird diese Abgrenzung hingegen relevant. Auch wenn – wie vorliegend – die Gegenleistung verlangt wird, ohne dass die eigentliche Leistung erbracht wurde, ist die Abgrenzung von entscheidender Bedeutung.

### II. Gliederung

#### Frage 1

1. Einordnung des Vertrags: Werkvertrag, § 631 BGB
2. Anspruch aus § 631 BGB (-)
3. Anspruch aus § 648 S. 2 BGB
4. Ergebnis: Anspruch auf Gage (Werklohn) besteht

#### Frage 2

1. Einordnung des Vertrags: Dienstvertrag

-> keine „künstlerische Wertschöpfung“, daher Werkvertrag (-)

2. Wirksame Kündigung?

a) Ordentliche Kündigung: §§ 620 II, 621 BGB (-)

b) Fristlose Kündigung: § 627 I BGB

aa) kein Arbeitsverhältnis (+)

bb) kein dauerhaftes Dienstverhältnis (+)

cc) Dienste höherer Art (-)

3. Kündigung unwirksam

## III. Lösung

### Frage 1

Ob ein Anspruch auf Zahlung besteht, hängt zunächst davon ab, ob ein Dienst- oder ein Werkvertrag vorliegt, da bei diesen beiden Vertragsformen die Regelungen über die Rechtsfolgen einer Kündigung unterschiedlich sind. Im Falle eines Dienstvertrags bestünde nach einer wirksamen Kündigung kein Anspruch auf Zahlung der Gagen für die abgesagten Konzerte. Im Dienstvertragsrecht gilt der Grundsatz: Ohne Fleiß kein Preis – ohne Arbeit kein Entgelt, § 614 BGB. Wäre der Vertrag vorliegend als Werkvertrag aufzufassen, könnte sich nach einer Kündigung ein Anspruch auf die ausstehenden Gagen aus § 648 S. 2 BGB ergeben.

#### 1. Einordnung des Vertrags

Im Rahmen eines Dienstvertrags darf der Dienstberechtigte vom Dienstverpflichteten die Erbringung einer Arbeitsleistung fordern, beim Werkvertrag steht die Erzielung eines konkret bezeichneten Erfolges im Vordergrund. Entscheidend ist vorliegend daher für die Einordnung, ob T sich nur zur Durchführung der Konzerte verpflichtet hat, oder ob weitergehend ein Erfolg geschuldet wird.

Die Abgrenzung ist hier kaum eindeutig vorzunehmen, wie vielfach bei der Tätigkeit freier Berufe. Daher ist sinnvollerweise wertend darauf abzustellen, ob tatsächlich für die Vergütung nur die schlichte Tätigkeit des T geschuldet wurde. Dies ist hier wohl abzulehnen. Die Konzerte sind für einen großen Zuschauerrahmen veranstaltet worden bzw. geplant worden. Das Publikum würde ausschließlich für das jeweilige Konzert an den betreffenden Ort kommen.

T schuldet daher tatsächlich die Unterhaltung des Publikums und nicht allein die bloße Tätigkeit. Es ist damit davon auszugehen, dass von den Auftritten des T eine sog. „künstlerische Wertschöpfung“ erwartet wurde. Dies ist als geschuldeter Erfolg zu werten. Es liegt damit ein Werkvertrag gem. § 631 BGB vor.

#### 2. Anspruch aus § 631 BGB

Da ein Werkvertrag vorliegt, hat E als Besteller des Werkes ein Kündigungsrecht gem. § 648 S. 1 BGB. Durch die Erklärung der Kündigung entfällt der Werkvertrag. Ein Anspruch auf Entgelt für die künftigen Konzerte kann sich somit nicht mehr aus § 631 BGB ergeben. Dazu kommt, dass Ansprüche auf Werklohn grundsätzlich gem. § 641 BGB erst nach Fertigstellung des Werks fällig werden.

#### 3. Anspruch aus § 648 S. 2 BGB

Allerdings gewährt § 648 S. 2 BGB dem Werkunternehmer im Falle einer Kündigung gem. § 648 S. 1 BGB einen Anspruch auf die vereinbarte Vergütung.

Der Unternehmer muss sich jedoch das anrechnen lassen, was er durch die Kündigung an Aufwendungen erspart hat oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder böswillig zu erwerben unterlässt, § 648 S. 2 HS 2 BGB. Ein Anspruch auf Vergütung besteht hier daher dem Grunde nach. Auch macht der Sachverhalt keine Angaben darüber, dass T sich etwas anrechnen lassen müsste. Die Konzerte wurden für ihn organisiert, sodass er keinerlei Aufwendungen gehabt hätte, von anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeiten ist vorliegend nicht auszugehen.

#### 4. Ergebnis:

T kann von E das für die restlichen Tourneekonzerte vereinbarte Honorar in Höhe von 195.000,- € verlangen.

### Frage 2

#### 1. Einordnung des Vertrags

Fraglich ist hier zunächst, wie der Vertrag des Schützenvereines mit A einzuordnen ist. Bei der geplanten Aufführung des A ist die Unterhaltung der Feiergemeinde das Ziel. Besondere Erwartungen des Publikums werden sicherlich nicht gestellt sein, vielmehr wird A das Schützenfest musikalisch untermalen. Eine besondere künstlerische Wertschöpfung ist daher nicht geschuldet. Aus diesem Grunde ist der Vertrag des Schützenvereines mit A als Dienstvertrag zu werten.

#### 2. Wirksame Kündigung?

Entscheidend ist hier nun, ob der Vertrag mit A wirksam gekündigt wurde. Es kommt vorliegend eine ordentliche Kündigung gem. §§ 620 f. BGB wie auch eine fristlose Kündigung gem. § 627 BGB in Betracht.

### a) §§ 620 II, 621 BGB

Eine ordentliche Kündigung eines Dienstverhältnisses ist gem. § 620 II BGB dann möglich, wenn es auf unbestimmte Zeit eingegangen wurde. Dies ist hier gerade nicht der Fall. Der Auftritt des A beim örtlichen Schützenfest hatte einen fest umrissenen Zeitrahmen. Daher scheidet eine ordentliche Kündigung vorliegend aus.

### b) § 627 I BGB

Ein fristloses Kündigungsrecht des Schützenvereines könnte sich jedoch aus § 627 I BGB ergeben. Ein solches Kündigungsrecht besteht, wenn der Dienstvertrag mit A kein Arbeitsverhältnis darstellt, kein dauerhaftes Dienstverhältnis besteht und A Dienste höherer Art schuldet.

#### aa) Kein Arbeitsverhältnis i.S.d. § 611a I BGB (+)

Zunächst dürfte es sich bei dem Dienstvertrag nicht um ein Arbeitsverhältnis i.S.d. § 611a I BGB handeln. Dies ist der Fall, da A nicht in persönlicher Abhängigkeit zu dem Schützenverein steht, näher dazu die Fälle 2, 3.

#### bb) Kein dauerhaftes Dienstverhältnis

Wie oben bereits dargelegt, ist das Dienstverhältnis nur für die Auftritte auf dem Schützenfest abgeschlossen worden. Es war damit nicht dauerhaft.

#### cc) Dienste höherer Art

Weiterhin müsste es sich bei der Dienstleistung des A um Dienste höherer Art handeln, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen.

Zwar hat der Schützenverein im konkreten Fall den A beauftragt, da er persönlich bekannt ist und als zuverlässig gilt. Dies reicht jedoch nicht dafür aus, das Merkmal des besonderen Vertrauens zu bejahen.

Denn es ist nicht auf den konkreten Einzelfall abzustellen, sondern zu fragen, ob solche Verträge grundsätzlich aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses geschlossen werden.

Dies ist indes bei einem Vertrag über die musikalische Untermalung eines Schützenfestes nicht der Fall.

**Anmerkung: Beispiele für Verträge, in denen das persönliche Verhältnis und das Vertrauen der Vertragsparteien entscheidend sind, sind Verträge mit Ärzten, Steuerberatern, Anwälten, aber auch Partnerschaftsvermittlungsagenturen.**

### 3. Ergebnis

Die Kündigung ist damit unwirksam.

**Anmerkung: Das Kündigungsrecht des § 627 BGB kann im Vertrag ausgeschlossen werden, allerdings nicht in AGBen, vgl. BGH, MDR 2005, 1285 f. Der Ausschluss kann insbesondere deswegen von Interesse für die Parteien sein, weil das Kündigungsrecht des § 627 BGB gerade keinen besonderen Kündigungsgrund vorsieht. § 626 BGB bleibt aber anwendbar; er ist auch nicht abdingbar. Auf ihn ist allerdings vorliegend nicht einzugehen.**

### IV. Zusammenfassung

- Die Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkvertrag erfolgt danach, ob für die Vergütung ein Erfolg oder lediglich eine Tätigkeit geschuldet wird. Bei der Abgrenzung ist auch die Rechtsfolge der jeweiligen Zuordnung mit einzubeziehen.
- Wird ein laufender Dienstvertrag gem. § 627 BGB gekündigt, so steht dem Dienstverpflichteten kein Anspruch auf Zahlung vereinbarter Vergütung zu.
- Wird hingegen ein Werkvertrag vor Erbringung der geschuldeten Leistungen gem. § 648 BGB gekündigt, so ergibt sich ein Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Entgelte aus § 648 S. 2 BGB.

**hemmer-Methode:** Machen Sie sich die Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkvertrag an folgenden Beispielen klar:

**Anwaltsvertrag:** Grds. Dienstvertrag in Form der Geschäftsbesorgung (§§ 611, 675 I BGB; es heißt nicht zu Unrecht: „Auf hoher See und vor Gericht ist man in Gottes Hand“ – der Anwalt schuldet nur ordentliche Vertretung und Beratung, nicht jedoch das Obsiegen vor Gericht). Ist ein Anwalt als Gutachter tätig, so ist als Erfolg das Gutachten geschuldet und es liegt damit ein Werkvertrag vor.

**Behandlungsvertrag, §§ 630a ff. BGB:** Sonderfall des Dienstvertrages (steht ein Arzt für den Erfolg ein, so liegt ausnahmsweise ein Werkvertrag vor).

**Beförderungsvertrag:** Werkvertrag (geschuldeter Erfolg ist das Verbringen an einen anderen Ort).

**Internetproviderverträge:** Dienstvertrag oder Werkvertrag, je nachdem ob es sich um einen Access-Provider-Vertrag, Application-Service-Providing (ASP), Web-Hosting-Vertrag bzw. Website-Hosting-Vertrag, Webdesign-Vertrag, Vertrag über die Registrierung von Internet-Domains, Wartungsvertrag oder Internet-System-Vertrag handelt.

Vgl. hierzu ausführlich den hemmer-background in Life&LAW 07/2010, 434 bis 436!

Unser Service-Angebot an Sie: kostenlos hemmer-club-Mitglied werden ([www.hemmer-club.de](http://www.hemmer-club.de)) und Entscheidungen der Life&LAW lesen und downloaden.

# FALL 2: GESCHICKT GETRICKST?

## Statusklage, Zulässigkeit einer arbeitsgerichtlichen Klage

### Sachverhalt:

Karl Kleister (K) ist Konditormeister in Garmisch-Partenkirchen. Nachdem er viele Jahre in einer Konditorei angestellt war, wagt er den großen Schritt in die Selbstständigkeit und bereitet die Eröffnung eines Cafés vor.

Da er bei seinem alten Arbeitgeber mitbekommen hat, was für Rechte Arbeitnehmer im Allgemeinen haben und er meint, sich solch „luxuriöse Arbeitnehmerschutzvorschriften“ als Jungunternehmer nicht leisten zu können, ersinnt er folgenden Plan: Er will keine Kellner für den Service als Arbeitnehmer anstellen, sondern Selbstständige mit dem Servieren beauftragen. Diese erhalten feste Dienstzeiten, kaufen Kaffee und Kuchen sowie den übrigen Verzehr bei ihm an der Theke ein und verkaufen die Bestellung an den Gast zu den Preisen in der von K erstellten Karte weiter. Den Differenzbetrag zuzüglich des Trinkgelds sollen die Kellner behalten dürfen, zusätzlich erhalten sie monatlich einen Sockelbetrag von 500,- €.

Gesagt getan! K verwirklicht seinen Plan. Unter anderem nimmt er Ferdinand Flink (F) unter Vertrag. Nachdem K mehrfach Kollegen des F fristlos freigesetzt hat, wird es F ein wenig mulmig. Er sehnt sich nach ordentlichen Fristen und will keinen Willkürentscheidungen des K ausgesetzt sein.

F erhebt per Fax vor dem Arbeitsgericht München Klage auf Feststellung, dass er Arbeitnehmer ist.

**Frage:** Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?

## I. Einführung

Das Arbeitsrecht ist, wie bereits dargelegt, eine besondere Ausprägung des Dienstvertragsrechts. Dreh- und Angelpunkt (obwohl selten ernsthaft zu diskutieren) des Arbeitsrechts ist der Arbeitnehmerbegriff. Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags weisungsgebunden und in persönlicher Abhängigkeit für einen anderen zur Arbeitsleistung gegen Vergütung verpflichtet ist, § 611a I S. 1 BGB.

Nur für Arbeitnehmer sind die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) und viele weitere Vorschriften einschlägig.

Die oftmals arbeitnehmerfreundlichen Vorschriften wollen – wie hier – viele Arbeitgeber umgehen, weswegen in letzter Zeit häufig versucht wurde, Arbeitnehmer durch Selbstständige zu ersetzen.

Allerdings sind diese „Selbstständigen“ vielfach nur Scheinselbstständige, da sie von Rechts wegen alle Merkmale eines Arbeitnehmers aufweisen, insbesondere weisungsgebunden sind und in persönlicher Abhängigkeit stehen. Materiellrechtlich sind diese „Selbstständigen“ daher vielfach als Arbeitnehmer zu werten.

Ein Arbeitnehmer kann seine Arbeitnehmereigenschaft vor dem Arbeitsgericht im Rahmen einer sog. „**Statusklage**“ feststellen lassen.

## II. Gliederung

### 1. Rechtsweg und Zuständigkeit

- a) Rechtswegzuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen, § 2 I Nr. 3b ArbGG (+)
- b) Örtliche Zuständigkeit, § 46 II S. 1 ArbGG, §§ 12, 13 oder 29 ZPO oder § 48 Ia ArbGG (+)
- c) Sachliche Zuständigkeit, § 8 I ArbGG

### 2. Zulässigkeit

- a) Ordnungsgemäße Klageerhebung, § 46 II S. 1 ArbGG, §§ 495, 253 ZPO (+)  
-> Erhebung per Fax zulässig
- b) Feststellungsinteresse, § 46 II S. 1 ArbGG, §§ 495, 256 I ZPO (+)
- c) Zwischenergebnis: Klage zulässig

### 3. Begründetheit

- a) Arbeitnehmereigenschaft des F
  - aa) Arbeitsleistung gegen Entgelt (+)
  - bb) Persönliche Abhängigkeit (+)
  - cc) Zwischenerg.: F grundsätzlich AN
- b) Maßgeblichkeit des Vertrags (-)  
-> Umgehung des Arbeitsrechts unzulässig, Anwendbarkeit steht nicht zur Disposition der Vertragsparteien.

## 4. Ergebnis: Klage erfolgreich

### III. Lösung

Die Statusklage des F hätte Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

#### 1. Rechtsweg und Zuständigkeit

##### a) Rechtswegzuständigkeit

Die Klage des F wurde beim Arbeitsgericht erhoben.

Deshalb müsste zunächst die Rechtswegzuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen für diese Klage gegeben sein. F klagt vorliegend auf Feststellung, dass er Arbeitnehmer und nicht von K beauftragter Selbstständiger sei. Es besteht damit ein Streit über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses. Daher ist grundsätzlich die Rechtswegzuständigkeit des Arbeitsgerichts gem. § 2 I Nr. 3b ArbGG gegeben.

Allerdings ist zu beachten, dass gem. § 2 I Nr. 3 ArbGG gerade vorausgesetzt wird, dass ein Arbeitnehmer mit einem Arbeitgeber streitet. Fraglich ist daher, ob an dieser Stelle bereits zu klären ist, ob die Arbeitnehmereigenschaft des F zu bejahen ist.

Die Arbeitnehmereigenschaft des F ist vorliegend für die Rechtswegwahl sowie für die Begründetheit der Klage entscheidend, es handelt sich somit um eine so genannte **doppelt relevante Tatsache**.

In einem solchen „**sic-non-Fall**“ reicht nach der Rechtsprechung des BAG die Behauptung der Arbeitnehmereigenschaft für die Rechtswegzuständigkeit aus. Da diese Behauptung geführt wurde, liegt die Rechtswegzuständigkeit des Arbeitsgerichts vor.

**Anmerkung: Bestünde die Rechtswegzuständigkeit des Arbeitsgerichts nicht, wäre die Klage gleichwohl nicht unzulässig. Sie würde allerdings gem. § 48 I ArbGG, § 17a II S. 1 GVG von Amts wegen an das zuständige Gericht des richtigen Rechtsweges verwiesen.**

**Neben den sog. sic-non-Fällen sind noch die „aut-aut“- und „et-et“-Fälle relevant. In ersteren kann der Anspruch entweder ausschließlich auf eine arbeitsrechtliche oder ausschließlich auf eine bürgerlich-rechtliche Vorschrift gestützt werden. Hier ist i.R.d. Prüfung der Rechtswegzuständigkeit die Arbeitnehmereigenschaft ggf. vollständig zu prüfen, weil der Rechtsweg nicht zur Disposition der Parteien steht. Gleiches gilt bei den et-et-Fällen, in denen der Kläger seinen Anspruch sowohl auf eine arbeitsrechtliche als auch auf eine bürgerlich-rechtliche Grundlage stützen kann.**

##### b) Örtliche Zuständigkeit

Gem. § 46 II S. 1 ArbGG ergibt sich die örtliche Zuständigkeit mangels Angabe innerhalb des ArbGG aus den Vorschriften der ZPO.

**Anmerkung: Über § 46 II S. 1 ArbGG sind die Vorschriften der ZPO über den Prozess vor den Amtsgerichten entsprechend anwendbar. Die Vorschriften über das Verfahren vor den Landgerichten (§§ 253 ff. ZPO) sind über den Umweg § 46 II ArbGG, § 495 ZPO anwendbar. Arbeitsrechtliche Besonderheiten sind insbesondere i.R.d. Feststellungsinteresses zu beachten.**

**Beklagter ist vorliegend der Konditor K. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus §§ 12, 13 ZPO – dem Wohnsitz des Beklagten K – oder § 29 ZPO, da der Arbeitsplatz des F Erfüllungsort gem. § 29 ZPO ist. Beides ist vorliegend Garmisch-Partenkirchen.**

**Für Streitigkeiten nach § 2 ArbGG ist gemäß § 48 Ia ArbGG auch das Arbeitsgericht zuständig, in dessen Bezirk der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet oder zuletzt gewöhnlich verrichtet hat.**

**Garmisch-Partenkirchen liegt im Zuständigkeitsbereich des ArbG München, Art. 2 II Nr. 5 Gesetz über die Organisation der Gerichte für Arbeitssachen im Freistaat Bayern.**

**Das Arbeitsgericht München ist damit örtlich zuständig.**

**Anmerkung: In aller Regel dürfte der Gerichtsstand unproblematisch sein. Zu beachten sind allerdings insbesondere §§ 17 (bei juristischen Personen), 21 (bei Niederlassungen), 29 ZPO sowie § 48 Ia ArbGG.**

##### c) Sachliche Zuständigkeit

Gem. § 8 I ArbGG sind in der 1. Instanz die Arbeitsgerichte sachlich zuständig, da für den vorliegenden Streitgegenstand nichts

anderes bestimmt ist.

**Anmerkung: Bis zum 15.08.2015 gab es den Prüfungspunkt der sachlichen Zuständigkeit im arbeitsgerichtlichen Verfahren nicht, da in der ersten Instanz immer die Arbeitsgerichte zuständig waren.**

**Am 16.08.2015 ist das Tarifautonomiestärkungsgesetz in Kraft getreten. Seitdem gibt es im Beschlussverfahren in der ersten Instanz die Zuständigkeit des Landesarbeitsgerichts für die Überprüfung der Wirksamkeit der Allgemeinverbindlichkeitserklärung eines Tarifvertrages, §§ 2a I Nr. 5, 98 II ArbGG, sodass § 8 I ArbGG sprachlich angepasst wurde („soweit nicht ein anderes bestimmt ist“).**

**Aus diesem Grund sollten Sie inzwischen in der Klausur den Prüfungspunkt der sachlichen Zuständigkeit erwähnen und in § 8 I ArbGG verorten.**

## 2. Zulässigkeit

Die Klage ist zulässig, wenn die allgemeinen und besonderen Sachurteilsvoraussetzungen für die Feststellungsklage vorliegen.

### a) Ordnungsgemäße Klageerhebung

Weiterhin müsste die Klage ordnungsgemäß erhoben worden sein. Die notwendige Form der Klageerhebung ergibt sich aus § 46 II S. 1 ArbGG, §§ 495, 253 ZPO. Vorliegend wurde die Klage per Fax erhoben. Diese Erhebung per Fax ist wegen §§ 253 IV, 130 Nr. 6 ZPO zulässig.

**Anmerkung: Bei einer anwaltlichen Vertretung müssen Sie beachten, dass seit dem 01.01.2022 für Rechtsanwälte die Pflicht besteht, Schriftsätze elektronisch zu übermitteln.**

**Die nach § 46 II S. 1 ArbGG i.V.m. § 130 Nr. 6 ZPO für Schriftsätze geltende Schriftform wird also durch Übermittlung eines elektronischen Dokuments ersetzt (sog. „aktive Nutzungspflicht“ gem. § 46g ArbGG!).**

**Mit einer Übermittlung der Schriftsätze über das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA), einem sicheren Übermittlungsweg i.S.d. § 46c IV Nr. 2 ArbGG, kommen die Rechtsanwälte ihrer aktiven Nutzungspflicht nach.**

**Wird das elektronische Dokument vom Rechtsanwalt selbst signiert, ist die *qualifizierte* elektronische Signatur nach § 46c III S. 1 Alt. 1 ArbGG entbehrlich, § 46c III S. 1 Alt. 2 ArbGG. Es genügt die einfache Signatur.**

**Einfache Signatur meint die Wiedergabe des Namens am Ende des Textes. Dies kann der maschinenschriftliche Namenszug unter dem Schriftsatz oder eine eingescannte Unterschrift sein. Für die maschinenschriftliche Unterzeichnung ist weder vorgeschrieben, dass (auch) ein Vorname zu verwenden ist, noch dass die Bezeichnung „Rechtsanwalt“ wiedergegeben wird.**

Ein Schriftsatz weist allerdings dann keine einfache Signatur auf, wenn der Name nur im Briefkopf zum Ausdruck kommt, am Ende aber nur das Wort „Rechtsanwalt“ ohne den Namen des/der Prozessbevollmächtigten aufgeführt ist (**BGH, Life&LAW 12/2022, 808 f. = jurisbyhemmer**). Beachten Sie auch, dass die das Dokument signierende Person mit der des tatsächlichen Versenders übereinstimmen muss.

Die Klage wurde damit ordnungsgemäß erhoben.

### b) Feststellungsinteresse

Die Statusklage des F ist eine Feststellungsklage, da er festgestellt haben will, dass er Arbeitnehmer sei und nicht Selbständiger. Für eine solche Feststellungsklage ist gem. § 46 II S. 1 ArbGG, §§ 495, 256 I ZPO ein Feststellungsinteresse erforderlich. Dieses ergibt sich im Falle einer Statusklage daraus, dass bei Bestehen eines Arbeitsverhältnisses die zwingenden arbeitsrechtlichen Vorschriften ab sofort anwendbar sind und die getroffenen Vereinbarungen zwischen Kläger und Beklagten hinfällig wären. Daher ist hier davon auszugehen, dass das erforderliche Feststellungsinteresse gegeben ist.

**Anmerkung: Würden parallel vom Arbeitnehmer Ansprüche wie Entgeltforderung geltend gemacht, wäre das Feststellungsinteresse zu verneinen. Die Arbeitnehmereigenschaft wird dann inzident i.R.d. Leistungsklage geprüft.**

### c) Zwischenergebnis

Die Klage ist nach alledem zulässig.

### 3. Begründetheit

Die Feststellungsklage des F ist begründet, wenn er tatsächlich Arbeitnehmer des K ist.

Dies wäre dann der Fall, wenn auf ihn tatsächlich alle Merkmale eines Arbeitnehmers zuträfen und die vertragliche Regelung mit K hinsichtlich der Selbstständigkeit hinfällig wäre.

#### a) Arbeitnehmer

Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines Vertrags in persönlicher Abhängigkeit gegen Entgelt tätig wird, zu Arbeitsleistung verpflichtet ist und damit seine Dienstleistung im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation erbringt, vgl. dazu § 611a I S. 1 BGB.

#### aa) Leistung von Arbeit gegen Entgelt

F müsste weiterhin Arbeit gegen Entgelt leisten, d.h. bei seiner Beschäftigung steht die Erbringung der Tätigkeit selber und nicht ein konkretisierter Erfolg im Vordergrund. Vorliegend ist F damit beauftragt zu servieren. Es ist kein Resultat konkret vereinbart, sondern die Tätigkeit selbst ist Vertragspflicht.

Damit ist F zur Arbeitsleistung verpflichtet. Diese erbringt er gegen Entgelt, da er zumindest einen Grundbetrag als Entlohnung erhält und Teile des Umsatzes behalten darf.

**Anmerkung: Entscheidend ist hier, dass die Leistung von Arbeit, also die Tätigkeit an sich, geschuldet wird, und kein spezifischer Erfolg. Dieses Kriterium dient damit der Abgrenzung von Dienst- und Werkvertrag.**

#### bb) Persönliche Abhängigkeit

Das unbestimmte Merkmal der persönlichen Abhängigkeit konkretisiert § 611a I S. 3 BGB.

Danach ist weisungsgebunden, wer seine Tätigkeit im Wesentlichen nicht frei gestalten und seine Arbeitszeit nicht selbst bestimmen kann.

**Anmerkung: Nicht in persönlicher Abhängigkeit stehen beispielsweise die Organe juristischer Personen. Sie repräsentieren vielmehr die juristische Person als Arbeitgeber und stehen damit lediglich in einem freien Dienstverhältnis, nicht in einem Arbeitsverhältnis.**

**Eine weitere Kategorie stellen die sog. arbeitnehmerähnlichen Personen dar (§ 12a TVG).**

Diese sind vertraglich beschäftigt, stehen nicht in persönlicher, aber in wirtschaftlicher Abhängigkeit und zeichnen sich durch eine einem Arbeitnehmer vergleichbare Schutzwürdigkeit aus. Sie sind keine Arbeitnehmer, auch fallen sie grundsätzlich aus dem Arbeitsrecht heraus. Lediglich einzelne Vorschriften werden ausdrücklich für anwendbar erklärt, so bspw. § 2 S. 2 BUrlG, auch ist ihnen durch § 5 I S. 2 ArbGG der Weg zu den Arbeitsgerichten eröffnet. Außerdem gelten sie als Beschäftigte i.S.d. AGG (vgl. § 6 I S. 1 Nr. 3 AGG).

Schließlich ist als letzter Typus der sog. leitende Angestellte zu sehen. Diese sind Arbeitnehmer, allerdings ist ihnen die Wahrnehmung typischer Arbeitgeberfunktionen übertragen.

Ihr Kündigungsschutz ist schwächer als der „normaler“ Arbeitnehmer, vgl. § 14 KSchG, auch findet das BetrVG nur ausnahmsweise Anwendung auf sie, vgl. § 5 III BetrVG.

(1) F ist ohne eigene Gestaltungsmöglichkeit in den Betrieb des K eingebunden.

(2) Auch kann F nicht über seine Arbeitszeit frei bestimmen, sondern ist vielmehr an die Weisungen des K gebunden.

(3) Schließlich kann F den Inhalt der Arbeit nicht frei wählen.

Die Tätigkeit selbst ist durch die Vorgaben des K bestimmt, und es steht F kein wirtschaftlicher Gestaltungsraum bei den Preisen oder den angebotenen Produkten zu.

**Anmerkung: Behalten Sie diese Kriterien im Hinterkopf. Zwar wird die Arbeitnehmereigenschaft selten Hauptthema einer Examensklausur sein, doch kann sie ggf. immer wieder am Rande zu problematisieren sein.**

**Klopfen Sie den Sachverhalt – wie immer – auf Argumente ab. In Klausuren gilt das sog. Echoprinzip: Was im Sachverhalt angesprochen wird, sollte auch in der Klausur verwertet werden.**

#### cc) Zwischenergebnis: