

## Professor Dr. Peter Krebs

Lösung der 1. Klausur im Arbeitsrecht

### Grundfall:

Können A, D und G für das Jahr 2004 eine Weihnachtsgratifikation beanspruchen?

#### A. Anspruch des A

I. **A könnte gegen die B-GmbH einen Anspruch auf Zahlung einer Weihnachtsgratifikation für 2004 in Höhe von € 500,- aus § 611 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag haben.**

1. Ein wirksamer Arbeitsvertrag besteht zwischen A und B seit dem 01.04.1985.
2. Das zusätzliche Weihnachtsgeld wurde im Einzelarbeitsvertrag nicht vereinbart, so dass sich ein Anspruch auf Zahlung nicht aus § 611 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag ergibt.

**Ergebnis:** A hat gegen die B-GmbH keinen Anspruch auf Zahlung einer Weihnachtsgratifikation für 2004 gem. § 611 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag

II. **A könnte einen Anspruch auf Zahlung der Weihnachtsgratifikation für 2004 gem. § 611 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag und i.V.m. dem Tarifvertrag haben.**

1. Ein wirksamer Arbeitsvertrag liegt vor.
2. Anhaltspunkte, die gegen eine Wirksamkeit des Tarifvertrages sprechen könnten, liegen nicht vor.
3. Die normativen Bedingungen eines Tarifvertrages gelten nur dann unmittelbar und zwingend sowohl für den Arbeitgeber als auch für den Arbeitnehmer, wenn beide Seiten tarifgebunden sind, §§ 3 Abs. 1, 4, 1 Abs. 1 TVG. Eine Ausnahme besteht nur für

Rechtsnormen des Tarifvertrages über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen, dieses gelten für alle Betriebe, wenn deren Arbeitgeber tarifgebunden ist, § 3 Abs. 2 TVG.

Tarifgebunden i.S.v. § 3 Abs. 1 TVG sind diejenigen Arbeitnehmer, die Mitglieder einer tarifvertragschließenden Gewerkschaft sind und die Arbeitgeber, die Mitglied eines tarifvertragsschließenden Arbeitgeberverbandes sind oder selbst einen Firmentarifvertrag mit der Gewerkschaft abgeschlossen haben. Weitere Voraussetzung für die normative Wirkung der Tarifvertragsbestimmungen ist, dass der Tarifvertrag in sachlicher und örtlicher Hinsicht für den betreffenden Betrieb Geltung entfaltet.

- a) Die Arbeitgeberin B ist Mitglied des tarifvertragsschließenden Arbeitgeberverbandes. Der Tarifvertrag entfaltet auch in sachlicher und örtlicher Hinsicht für den Betrieb der B Geltung. Die B-GmbH ist tarifgebunden.
  - b) Der Arbeitnehmer A ist kein Mitglied einer Gewerkschaft und damit kein Mitglied einer Tarifvertragspartei (§§ 3 Abs. 1, 2 Abs. 1 TVG). A ist daher nicht tarifgebunden. Es besteht somit für A keine normative Wirkung des Tarifvertrages. Unmittelbar aus den normativen Bestimmungen des Tarifvertrages hat A daher keinen Anspruch auf das zusätzliche Weihnachtsgeld in Höhe von € 500,-.
4. A könnte dann einen Anspruch auf das tarifvertragliche Weihnachtsgeld haben, wenn der Tarifvertrag gem. § 5 Abs. 1 TVG für allgemeinverbindlich erklärt wurde.

Für eine derartige Allgemeinverbindlichkeitserklärung ist vorliegend nichts ersichtlich. A kann daher auch nicht aus diesem Gesichtspunkt einen Anspruch geltend machen.

**Ergebnis:** A hat keinen Anspruch auf Zahlung einer Weihnachtsgratifikation aus § 611 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag i.V.m. dem Tarifvertrag.

**III. A könnte gegen die B-GmbH einen Anspruch auf Zahlung des zusätzlichen Weihnachtsgeldes in Höhe von € 500,- aus § 611 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag i.V.m. den Grundsätzen über die betriebliche Übung haben.**

1. Ein wirksamer Arbeitsvertrag besteht zwischen den Parteien.
2. Ein Anspruch des A könnte sich aus den Grundsätzen über die betriebliche Übung ergeben.

Unter einer betrieblichen Übung versteht man die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers, aus der die Arbeitnehmer schließen können, dass ihnen die aufgrund dieser Verhaltensweise gewährten Leistungen oder Vergünstigungen auch künftig auf Dauer gewährt werden sollen (BAG DB 1994, 2034; BAG DB 1994, 1931; BAG DB 1996, 1242)). Dem tatsächlichen Verhalten des Arbeitgebers wird mit dem Rechtsinstitut der betrieblichen Übung anspruchserzeugende Wirkung beigemessen.

Ansprüche aus betrieblicher Übung können nur entstehen, wenn für den geltend gemachten Anspruch keine anderweitige Anspruchsgrundlage besteht (BAG, AP BetrVG 1972, § 77 Nr. 14).

- a) Wie bereits festgestellt, liegt eine anderweitige Anspruchsgrundlage nicht vor.
- b) Der Arbeitgeber müsste mindestens 3 Jahre ohne den Vorbehalt der jederzeitigen Widerruflichkeit eine Leistung gewährt haben. Die Leistung jeweils nur für das konkrete Jahr steht dem Widerrufsvorbehalt nicht gleich.

Die B-GmbH hat seit 1990 mit dem Dezembergehalt ein „Weihnachtsgeld“ in Höhe von umgerechnet € 500,- an alle Mitarbeiter ausgezahlt. Ein Widerrufsvorbehalt fehlt.

- c) Nach der Vertragstheorie, die das BAG vertritt, liegt in dem wiederholten Verhalten des Arbeitgebers ein konkludentes Vertragsangebot auf Beibehaltung oder Fortsetzung des Verhaltens in der Zukunft, das der Arbeitnehmer gem. § 151 BGB annehmen kann (BAG AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 47; BAG AP BetrVG 1972, § 77 Nr. 64).

Nach der Vertrauenstheorie, die in der Literatur (vgl. Lieb, Rdn. 57 ff., Otto, Rdn. 159 ff. MünchArbR-Richardi, § 13 Rdn. 18 f.; Zöllner/Loritz, § 6 I 7) vorherrscht, ist der Grund für die Rechtsbindung das im Arbeitnehmer erweckte Vertrauen auf die Fortsetzung des bisherigen Verhaltens; nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) sei der Arbeitgeber für die Zukunft an den Vertrauenstatbestand gebunden (Erwirkung).

In der Zahlung des Weihnachtsgeldes seit 1990 liegt ein konkludentes Vertragsangebot, welches A gem. § 151 BGB angenommen hat. Weiterhin wurde durch die Zahlung seit 1990 in A ein Vertrauen auf die Fortsetzung des bisherigen Verhaltens erwirkt.

Da vorliegend beide Theorien zum gleichen Ergebnis kommen, kann eine Entscheidung des Streits dahingestellt bleiben.

Damit ist auch für die Zukunft, d.h. auch für das Jahr 2004 ein Anspruch auf Zahlung einer zusätzlichen Weihnachtsgratifikation durch betriebliche Übung entstanden.

- d) Fraglich ist jedoch, ob der Arbeitgeber eine bereits entstandene betriebliche Übung durch einseitige Vereinbarung für die Zukunft wieder beseitigen kann.

Der aus einer betrieblichen Übung entstandene vertragliche Anspruch kann nicht mehr durch einseitigen Widerruf der Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer abgeändert und aufgehoben werden. Notwendig wird eine Änderungskündigung oder eine Änderungsvereinbarung nach Maßgabe der §§ 1,2 KSchG. Eine Kürzung wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten aus dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage kommt i.d.R. nicht in Betracht (BAG NJW 1962, 173).

**Ergebnis:** A hat gegen die B-GmbH einen Anspruch auf Zahlung einer Weihnachtsgratifikation in Höhe von € 500,- gem. § 611 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag i.V.m. betrieblicher Übung.

*Hinweis: Die betriebliche Übung ist von der sog. Gesamtzusage abzugrenzen. Anders als bei der betrieblichen Übung liegt bei der Gesamtzusage ein ausdrücklicher Erklärungstatbestand vor. Der Arbeitgeber sagt den Arbeitnehmern generell eine bestimmte Leistung bei Vorliegen bestimmter Leistungsvoraussetzungen zu (z.B. durch Aushang am schwarzen Brett). Die Gesamtzusage ist ein Vertragsangebot des Arbeitgebers, das lediglich aus Vereinfachungsgründen in einer besonderen Form ausgesprochen wird. Die Arbeitnehmer können ein solches Angebot annehmen, ohne dass es einer ausdrücklichen Annahmeerklärung bedarf (§ 151 BGB; BAG, AP BGB § 242 Ruhegehalt Nr. 167). Ungeachtet der dogmatischen Begründung werden nach Auffassung des BAG Gesamtzusagen Bestandteil des Arbeitsvertrages (BAG, AP BetrVG 1972, § 99 Versetzung Nr. 8).*

## **B. Anspruch des D**

- I. Der Arbeitsvertrag des D enthält keine ausdrückliche Regelung über die Zahlung einer Weihnachtsgratifikation, so dass ein Anspruch gem. § 611 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag nicht gegeben ist.

- II. D ist nicht Mitglied einer Gewerkschaft, so dass ein Anspruch auf Zahlung einer Weihnachtsgratifikation mangels Tarifbindung auch nicht gem. § 611 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag i.V.m. dem Tarifvertrag besteht.
- III. **D könnte einen Anspruch auf Zahlung einer Weihnachtsgratifikation gem. § 611 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag i.V.m. den Grundsätzen der betrieblichen Übung haben.**
1. Ein wirksames Arbeitsverhältnis besteht zwischen den Parteien.
  2. Eine mehrmalige vorbehaltlose Zahlung der Weihnachtsgratifikation der B-GmbH an ihre Mitarbeiter liegt vor.
  3. Fraglich ist, ob D sich auf die Grundsätze der betrieblichen Übung berufen kann, obwohl er erst in das Unternehmen eingetreten ist, nachdem die B-GmbH angekündigt hatte, die Zahlung der Weihnachtsgratifikation einzustellen.

Indem D erst zum 01.11.2004 bei der B-GmbH seine Tätigkeit aufgenommen hat und die B-GmbH bereits am 15.10.2004 die Einstellung der Weihnachtsgratifikation bekannt gegeben hat, konnte für D kein Vertrauenstatbestand mehr entstehen. D kann sich für einen Anspruch auf Zahlung der Weihnachtsgratifikation nicht auf eine betriebliche Übung stützen.

*Hinweis: Wäre dies nicht bekannt gegeben worden, hätte die betriebliche Übung auch zu Gunsten des neu Eingestellten gewirkt.*

**Ergebnis:** D hat gegen die B-GmbH keinen Anspruch auf Zahlung der Weihnachtsgratifikation gem. § 611 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag i.V.m. den Grundsätzen der betrieblichen Übung

- IV. **D könnte gegen die B-GmbH einen Anspruch auf Zahlung der Weihnachtsgratifikation gem. § 611 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag i.V.m. dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz haben.**
1. Ein wirksames Arbeitsverhältnis zwischen D und der B-GmbH besteht.

2. *Vorbemerkung:*

*Der Gleichbehandlungsgrundsatz gehört zu den tragenden Ordnungsprinzipien des Arbeitsrechts. Seine dogmatische Begründung ist umstritten: zum Teil wird er aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, zum Teil aus dem Wesen des Normvollzugs abgeleitet, zum Teil als allgemeiner Rechtsgedanke angesehen (vgl. Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 9. Aufl. § 112 Rdn. 6 ff.). Der Große Senat des BAG hat den Theorienstreit dahinstehen lassen (BAG GS, AP Nr. 1 zu Art 9 GG Arbeitskampf).*

3. Der Ausschluss des D von der Weihnachtsgratifikation verstieße gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn die B-GmbH damit Arbeitnehmer, die sich in einer vergleichbaren Lage befinden, aus sachfremden Gründen unterschiedlich behandeln würde und diese damit sachlich nicht gerechtfertigt wäre.

Eine schlechtere Behandlung neu eingestellter Arbeitnehmer wird ganz verbreitet praktiziert. Für die Zulässigkeit spricht, dass sich anderenfalls die notwendige Flexibilität nicht gewährleisten ließe. Diese Differenzierung verstößt daher nicht gegen das Gleichbehandlungsgebot.

Neu eingestellte Arbeitnehmer stellen daher gegenüber den zuvor bereits bei der B-GmbH beschäftigten Arbeitnehmern eine nicht vergleichbare Gruppe dar (BAG AP Nr. 30 zu § 242 BGB Gleichbehandlung). Daher ist die unterschiedliche Behandlung sachlich gerechtfertigt.

**Ergebnis:** D steht kein Anspruch aus § 611 BGB i.V.m. dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz auf Gewährung einer Weihnachtsgratifikation zu.

**C. Anspruch des G**

**G könnte gegen die B-GmbH einen Anspruch auf Zahlung einer Weihnachtsgratifikation gem. § 611 BGB i.V.m. den Grundsätzen der betrieblichen Übung oder dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz haben**

1. Ein Arbeitsverhältnis zwischen G und der B-GmbH besteht.
2. Wie bereits dargestellt (s.o.) hat die B-GmbH seit 1990 an sämtliche Arbeitnehmer eine Weihnachtsgratifikation ausgezahlt. Fraglich ist, ob auch G als Geschäftsführer sich hier auf die Grundsätze der betrieblichen Übung berufen kann. Dazu wird vertreten, dass

auch für den Geschäftsführer einer GmbH grundsätzlich gilt, dass Anspruch auf Zahlung einer Weihnachtsgratifikation besteht, wenn sie mehrfach vorbehaltlos gezahlt wurde (vgl. Scholz-Uwe H. Schneider, § 35 GmbH G, Rdn. 156; Hachenburg-Mertens, § 35 Rdn. 135; Sudhoff, Der Gesellschaftsvertrag der GmbH, 6. Aufl. S. 216). Hier hat G sich die Zahlung jedoch selbst bewilligt. Damit handelt es sich nach Vertragsgrundsätzen (§ 25 Abs. 4 GmbHG) um ein schwebend unwirksames Geschäft bzw. er ist hinsichtlich des Vertrauens nicht schutzwürdig. Hinweise auf eine ausdrückliche oder konkludente Genehmigung durch die Gesellschafter fehlen. Damit besteht der Anspruch nicht aus dem Gesichtspunkt der betrieblichen Übung.

3. Fraglich ist, ob G aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes einen Anspruch auf Zahlung einer Weihnachtsgratifikation für sich begründen kann.

G kann sich auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz als Anspruchsgrundlage nur stützen, wenn dieser die Einbeziehung des G in den Kreis der Leistungsempfänger erzwingt. Der Kreis der Leistungsempfänger sind hier sämtliche Arbeitnehmer der B-GmbH.

- a) G ist Geschäftsführer der B-GmbH. Fraglich ist, ob er damit als Arbeitnehmer zu qualifizieren und somit in den Kreis der Leistungsempfänger gehört.

Nach der st. Rspr. des BGH sind GmbH-Geschäftsführer keine Arbeitnehmer (BGH, DB 1978, S. 878; BGH, DB 1984 S. 2238). Die h.M. in der Literatur folgt dieser Ansicht (Bauer/Grager, ZIP 1997, S. 2177; Boemke, ZfA 1998, S. 209; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 1074). Dies wird damit begründet, dass der GmbH-Geschäftsführer nicht weisungsgebunden (vgl. § 84 HGB), sondern im Gegenteil seinerseits willensbildendes Organ der Gesellschaft sei. Außerdem nehme er Arbeitgeberfunktionen wahr.

Das BAG hat sich zur Frage der Arbeitnehmereigenschaft von Organen bislang eher zurückhaltend geäußert. In einem Beschluss vom 06.05.1999 stellte das BAG fest, dass durch den Anstellungsvertrag i.d.R. ein freies Dienstverhältnis und nur ausnahmsweise ein Arbeitsverhältnis begründet wird (BAG DB 1999, 1811, 1812). Danach geht das BAG von einem Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten eines freien Dienstverhältnisses aus. Es hält aber ein Arbeitsverhältnis immerhin für möglich. (BAG, AP GmbHG § 35 Nr. 10; LAG, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 41; siehe ausführlich Kamanabrou, Das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers im Licht neuerer Rechtsprechung, DB 2002, S. 146 ff.).

4. In einer Entscheidung vom 14.05.1990 (BGH, DB 1990, 1810-1811) hat der BGH jedoch entschieden, dass der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz im Prinzip auch für Geschäftsführer, die nicht oder nicht nennenswert an einer Gesellschaft beteiligt sind und deshalb insoweit arbeitnehmerähnlichen Status haben, gilt.
- a) G ist Fremdgeschäftsführer und somit nicht an der B-GmbH beteiligt, so dass der Gleichbehandlungsgrundsatz auf ihn Anwendung finden könnte.
- b) Dies soll aber nach der Auffassung des BGH (BGH, DB 1990, 1810,1811) nur dann gelten, soweit vergleichbare Fälle vorhanden sind, da nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz nur Gleiches, nicht aber Ungleiches gleichzubehandeln ist und der Geschäftsführer aufgrund seiner herausgehobenen Stellung nicht mit „normalen“ Arbeitnehmern verglichen werden kann. Als solche können nur die Behandlung von Mitgeschäftsführern und allenfalls unter bestimmten Voraussetzungen leitende Angestellte der Gesellschaft in Betracht kommen (siehe Groß, Das Anstellungsverhältnis des GmbH- Geschäftsführers 1987, S. 223, 225 und 353 m.w.N.).

Über vergleichbare Fälle von Mitgeschäftsführern oder leitenden Angestellten ist hier nichts bekannt, so dass G sich auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz nicht berufen kann.

**Ergebnis:** G hat keinen Anspruch gegen die B-GmbH auf Zahlung einer Weihnachtsgratifikation für das Jahr 2004 aus § 611 BGB i.V.m. den Grundsätzen der Gleichbehandlung

**Variante:**

- I. Wie bereits festgestellt, besteht ein Anspruch des D auf Zahlung der Weihnachtsgratifikation nicht, Ansprüche des D können daher hier außer Betracht gelassen werden.
- II. Anspruch des A gegen die B-GmbH auf Zahlung einer Weihnachtsgratifikation gem. § 611 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag i.V.m. den Grundsätzen über die betriebliche Übung**
1. Durch die Zahlung des Weihnachtsgeldes seit 1990 wurde eine betriebliche Übung auf Zahlung einer Weihnachtsgratifikation begründet (s.o.).
2. Fraglich ist, ob diese wieder beseitigt worden ist.

- a) Anhaltspunkte für einen Änderungsvertrag, durch den eine betriebliche Übung einvernehmlich wieder beseitigt werden kann, liegen nicht vor.
- b) Eine Änderungskündigung gemäß § 2 KSchG, die ebenfalls zu einer Änderung von Arbeitsbedingungen führen kann, wurde seitens der B-GmbH nicht ausgesprochen.
- c) In dem Umstand, dass die B-GmbH ab 1999 ein Weihnachtsgeld in der bisherigen Höhe ausgezahlt hat, jedoch unter Hinweis darauf, dass die Zahlung freiwillig erfolge und keinen Rechtsanspruch für die Zukunft begründe, könnte ein Widerruf der betrieblichen Übung liegen (nachträgliche Einführung der Widerruflichkeit).

Dann müsste sich die B-GmbH das Recht des Widerrufs der betrieblichen Übung vorbehalten haben. Ein Widerrufsvorbehalt verhindert nicht das Entstehen einer rechtsverbindlichen Übung, gibt aber dem Arbeitgeber das Recht, sich von der betrieblichen Übung für die Zukunft einseitig durch Widerruf zu lösen. In welcher Form ein solcher Vorbehalt erklärt wird, spielt keine Rolle; er muss nur für die Arbeitnehmer deutlich werden.

Die B-GmbH hat sich hier vor der erstmaligen Zahlung der Weihnachtsgratifikation weder ausdrücklich noch konkludent den Widerruf der betrieblichen Übung vorbehalten, so dass in der Zahlung ab 1999 unter dem Hinweis auf die Freiwilligkeit der Leistung kein wirksamer Widerruf der bereits entstandenen betrieblichen Übung gesehen werden kann.

- d) Die betriebliche Übung könnte durch eine abändernde (negative) betriebliche Übung beseitigt worden sein.

Nach der Rspr. kann eine alte betriebliche Übung (aber auch nur eine solche) einvernehmlich geändert werden, wenn der Arbeitnehmer einer geänderten Handhabung wie z.B. Gewährung unter Freiwilligkeits- u. Widerrufsvorbehalt über einen Zeitraum von drei Jahren nicht widerspricht (BAG AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 50; BAG, AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 55, LAG Köln, LAGE BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 22).

- aa) Voraussetzung dafür ist eine mehrfache und ununterbrochene Abweichung von der bisherigen betrieblichen Übung.  
Die B-GmbH zahlte von 1999 bis 2003 die Weihnachtsgratifikation mit dem Hinweis auf die Freiwilligkeit und einen Ausschluss eines Rechtsanspruchs für die Zukunft.
- bb) Der Arbeitnehmer darf dieser geänderten betrieblichen Übung nicht widersprochen haben.

Der Arbeitnehmer A hat hier der Zahlung unter Vorbehalt, wie sie seit 1999 erfolgt ist, nicht widersprochen, sondern das Geld stets „widerspruchslos entgegengenommen“. Damit liegt eine einvernehmliche Änderung der betrieblichen Übung spätestens seit 2002 dahingehend vor, dass die Zahlung der Weihnachtsgratifikation ab 1999 nicht vorbehaltlos, sondern unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit erfolgt ist. Somit ist ab diesem Zeitpunkt ein Anspruch für die Zukunft nicht mehr begründet worden.

**Ergebnis:** A hat 2004 somit keinen Anspruch auf Zahlung der Weihnachtsgratifikation in Höhe von € 500,- gem. § 611 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag i.V.m. den Grundsätzen über die betriebliche Übung.

**Abwandlung:**

**I. O könnte einen Anspruch auf Zahlung eines zusätzlichen Monatsgehaltes in Höhe von jeweils € 900,- brutto für die Jahre 2002 bis 2004 aus § 611 BGB i.V.m. dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz haben**

1. Ein wirksames Arbeitsverhältnis zwischen O und der B-GmbH besteht.
2. Ein Anspruch auf Zahlung ist hier durch die betriebliche Übung der B-GmbH eingetreten (vgl. zur betrieblichen Übung oben, S. 3ff.)
3. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet dem Arbeitgeber, die bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer gleich zu behandeln. Nach dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ist nicht nur eine mögliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer innerhalb einer Gruppe ausgeschlossen, sondern auch eine sachfremde Gruppenbildung (vgl. dazu BAG DB 1999, 1118-1119).

Fraglich ist, ob eine unterschiedliche Behandlung der kaufmännischen Angestellten einerseits und der Kraftfahrern und Lagerarbeitern andererseits alleine aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu der Gruppe der Angestellten bzw. der Arbeiter gerechtfertigt ist.

Nach dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ist es dem Arbeitgeber verwehrt, in seinem Betrieb einzelne oder Gruppen von Arbeitnehmern ohne sachlichen Grund von allgemein begünstigenden Regelungen des Arbeitsverhältnisses auszunehmen und schlechter zu stellen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet es dem Arbeitgeber weiter, bei freiwilligen Leistungen die Leistungsvoraussetzungen so abzugrenzen, dass kein Arbeitnehmer seines Betriebes hiervon aus sachfremden oder willkürlichen Gründen ausgeschlossen bleibt (st. Rsp. des BAG, vgl. BAG AP Nr. 39 zu § 242

BGB Gleichbehandlung; AP Nr. 40 zu § 242 Gleichbehandlung). Die sachliche Rechtfertigung einer Differenzierung oder Gruppenbildung könne nur am Zweck der freiwilligen Leistung gemessen werden (BAG DB 1980, 1650-1652).

Die B-GmbH hat eine „Weihnachtsgratifikation“ gewährt. Zweck einer solchen Gratifikation soll es sein, sofern der Arbeitgeber nichts anders bekannt gibt, zu den anlässlich des Weihnachtsfestes entstehenden besonderen Aufwendungen des Arbeitnehmers beizutragen und damit in der Vergangenheit geleistete Dienste zusätzlich zu honorieren (so BAG DB 1980, 1650f.). Von zusätzlichen Aufwendungen anlässlich des Weihnachtsfestes sind jedoch Angestellte und Arbeiter gleichermaßen betroffen. Weiterhin haben diese in der Vergangenheit in gleicher Weise ihre Arbeitsleistung erbracht (BAG DB 1980, 1650f.). Gemessen am Zweck der von der B-GmbH gezahlten Weihnachtsgratifikation ist ihre Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten sachlich nicht gerechtfertigt.

*Anmerkung: Der Gesetzgeber hat im Individualarbeitsrecht 1993/1994 die letzten Unterschiede zwischen Arbeitern und Angestellten beseitigt, indem er einheitliche Kündigungsfristen (§ 622 BGB) und eine einheitliche Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (§ 3 I EFZG) einführte. Auch die Tarifparteien schließen zunehmend einheitliche Tarifverträge für Arbeiter und Angestellte. Wenn die beiden Arbeitnehmergruppen in Tarifverträgen ungleich behandelt werden, muss nach Art. 3 I GG ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung vorliegen.*

Danach wäre O mit den kaufmännischen Angestellten gleich zu behandeln und hätte einen Anspruch auf Zahlung eines 13. Monatsgehaltes in Höhe von jeweils € 900,- brutto.

Allerdings hat das BAG anerkannt, dass Arbeiter nicht in jedem Fall die gleiche Gratifikation beanspruchen kann, wie sie die Angestellten erhalten (BAG DB 1980, 1650). Der Arbeitgeber kann aus Gründen der Arbeitsmarktsituation Anlass haben, Angehörige der einen Gruppe durch eine freiwillige Leistung überhaupt oder durch eine höhere freiwillige Leistung stärker an den Betrieb zu binden (BAG DB 1980, 1650f.).

Solche Gründe hat die B-GmbH hier nicht dargelegt. Fraglich ist, ob sich solche Gründe bereits aus den Umständen der Gewährung der freiwilligen Leistung ergeben können.

Hier war die Zahlung eines 13. Monatsgehaltes an die Angestellten mit einer Rückzahlungsklausel verbunden.

Eine freiwillige Leistung, die mit einer Rückzahlungsklausel verbunden ist, macht deutlich, dass der Arbeitgeber zukünftiger Betriebstreue einen Anreiz geben will (BAG DB 1980, 1650).

Durch die Vereinbarung der Rückzahlungsklausel hat die B-GmbH zu erkennen gegeben, dass sie bei den Angestellten auf eine durch die Höhe der Gratifikation zu beeinflussende Betriebsbindung abzielt (vgl. dazu BAG DB 1984, 2251-2252). Dies muss sachgemäß sein. Ausgebildete Angestellte sind schwerer zu ersetzen als Obstsortiererinnen. Daher ist die Differenzierung nicht sachfremd.

Aufgrund des sachlichen Grundes kommt auch eine mittelbare Diskriminierung der O als Frau hier nicht in Betracht. Außerdem könnte auch die Mehrheit der kaufmännischen Angestellten Frauen sein.

**Ergebnis:** O hat keinen Anspruch auf Zahlung einer Weihnachtsgatifikation in Höhe jeweils eines Bruttomonatsgehaltes für die Jahre 2002 bis 2004.

**II. O könnte einen Anspruch auf Zahlung eines zusätzlichen Urlaubsgeldes in Höhe von € 250,- und eines zusätzlichen Weihnachtsgeldes in Höhe von € 500,- für die Jahre 2002 bis 2004 aus § 611 BGB i.V.m. dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz haben.**

1. Ein wirksames Arbeitsverhältnis zwischen O und der B-GmbH besteht, ein Anspruch auf ist nach den Grundsätzen der betrieblichen Übung entstanden (s.o.).
2. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet dem Arbeitgeber, die bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer gleich zu behandeln. Nach dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ist nicht nur eine mögliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer innerhalb einer Gruppe ausgeschlossen, sondern auch eine sachfremde Gruppenbildung (vgl. dazu BAG DB 1999, 1118-1119).
  - a) Indem die Lagerarbeiter und Krafffahrer von der B-GmbH jeweils ein Urlaubs- und ein Weihnachtsgeld erhalten haben, die Obstsortiererinnen jedoch nicht, liegt eine Gruppenbildung zwischen den Lagerarbeitern und Krafffahrern einerseits und den Obstsortiererinnen andererseits vor.
  - b) Fraglich ist, ob die Gruppenbildung sachfremd ist. Sachfremd ist eine Differenzierung, wenn es für die unterschiedliche Behandlung keine billigenwerten Gründe gibt.

- aa) Sachgrund für die unterschiedliche Behandlung und damit die Gruppenbildung könnte sein, dass die ungelernten Obstsortiererinnen schneller austauschbar sind als Lagerarbeiter und Kraftfahrer. Dies können jeweils nach einer kurzen Anlernzeit bei der B-GmbH beschäftigt werden. Der Arbeitgeber könnte daher ein Interesse daran haben, Lagerarbeiter und Kraftfahrer und erst recht kaufmännische Angestellte stärker an den Betrieb zu binden und eine größere Fluktuation zu vermeiden.
- bb) Nach der Rspr. des BAG (BAG, AP Nr. 2 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle, BAG, AP Nr. 44 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; BAG, AP Nr. 113 zu § 242 Gleichbehandlung; BAG, AP Nr. 11 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung) werden nur Unterscheidungsmerkmale für eine Gruppenbildung berücksichtigt, sofern sie den Arbeitnehmern erkennbar waren oder rechtzeitig offengelegt worden sind.

Die Unterscheidungsmerkmale für die unterschiedliche Behandlung von Obstsortiererinnen, Kraftfahrern und Lagerarbeitern und kaufmännischen Angestellten hat die B-GmbH den Mitarbeitern nicht mitgeteilt. Fraglich ist, ob dieser Grund offenkundig ist.

Die Arbeitnehmer kennen ihre unterschiedliche Qualifikation. Die Differenzierung nach der Qualifikation ist offenkundig.

Fraglich ist, ob damit auch die Motivation erkennbar ist. Das BAG hat dies im konkreten Fall abgelehnt. Der Arbeitgeber habe seine Absicht, die Lagerarbeiter und Lastwagenfahrer durch das Urlaubs- und Weihnachtsgeld langfristig an den Betrieb zu binden, nicht zum Ausdruck gebracht (BAG, DB 1999, 1118 (1119)).

Andererseits liegt es in der Natur der Sache, dass der Arbeitgeber nicht bei allen Arbeitnehmern dasselbe Interesse an einer Bindung für das Unternehmen hat. Je „wertvoller“ die Mitarbeiter für ihn sind, je schwieriger sie durch andere Mitarbeiter ersetzt werden können und je mehr sie einem Konkurrenten nutzen können, desto größer ist das Bindungsinteresse des Arbeitgebers. Es ist daher offensichtlich, dass das Bindungsinteresse bei qualifizierten Mitarbeitern höher ist als bei ungelernten Arbeitnehmern (so Krebs in Anmerkung zu BAG v. 27.10.1998 in SAE 1999 S. 289 ff.). Wenn wie hier nach entsprechenden Gruppen differenziert wird, ist daher nicht nur der Zweck der Leistung selbst – die Bindung an das Unternehmen- sondern auch der Differenzierungsgrund – das unterschiedliche Interesse an Bindung der Arbeitnehmer- für die Arbeitnehmer erkennbar und folglich nicht offenlegungspflichtig (vgl. Krebs, aaO, a.A. gut vertretbar).

- cc) Fraglich ist jedoch, ob diese Begründung den Ausschluss der Obstsortiererinnen von der Zahlung eines Urlaubs- und Weihnachtsgeldes rechtfertigt.

Die Begründung, der Arbeitgeber habe ein stärkeres Interesse, bestimmte Gruppen der Belegschaft zu binden, ist von der Rspr. bislang nur als Sachgrund für die Zahlung unterschiedlich hoher Gratifikationen gebilligt worden: Zugunsten einer Gruppe von Höherqualifizierten, die längerfristig an einen Betrieb gebunden werden soll, ist die Gewährung einer höheren Zuwendung als zulässig angesehen worden (BAG DB 1984, 2251,2252).

Fraglich ist, ob sich mit diesen Erwägungen auch der gänzliche Ausschluss einer Gruppe von Geringerqualifizierten von einer Gratifikation rechtfertigen lässt. Nach Auffassung des BAG ist die Zahlung von Urlaubs- und Weihnachtsgeld dazu bestimmt, den erhöhten finanziellen Bedarf der Arbeitnehmer während der Urlaubs- und Weihnachtszeit abzugelten. Diese fallen aber für Obstsortiererinnen ebenso an wie für die übrigen Arbeitnehmer des Betriebes. Die vollständige Nichtberücksichtigung der Obstsortiererinnen ist daher nach der Auffassung des BAG sachlich nicht zu billigen.

*(a.A. Krebs in Anmerkung zu BAG vom 27.10.1998, SAE 1999, S. 289 ff.: Zunächst verfolge der Arbeitgeber mit der Zahlung von Urlaubs- und Weihnachtsgeld nicht den Zweck, den erhöhten Bedarf der Arbeitnehmer während der Urlaubs- und Weihnachtszeit zu decken, sondern in erster Linie eigene ökonomische Interessen, denn eine Leistung, die primär das Interesse der Arbeitnehmer an der Befriedigung ihres erhöhten Bedarfs verfolgen würde, würde gegen die Gewinnerzielungsabsicht verstoßen. Freiwillige Leistungen sind zukunftsbezogen und sollen den Arbeitnehmer in der Zeit zwischen Leistungsversprechen und Leistung auch für den dort festgelegten Zeitraum an den Arbeitgeber binden. Der Arbeitnehmer soll durch die freiwillige Leistung darin bestärkt werden, beim Arbeitgeber zu bleiben. Indem der Arbeitgeber gerade ein Urlaubs- und Weihnachtsgeld zahle, nutze er bei der Zahlung freiwilliger Leistungen den Umstand erhöhter Bedürfnisse des Arbeitnehmers während dieser Zeiten – und damit eine besondere Dankbarkeit- aus. Schließlich stelle die Entscheidung des BAG die konkludente Einführung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung hinsichtlich des sachlichen Differenzierungsgrundes dar, denn daraus werde die grundsätzliche Unzulässigkeit eines völligen Ausschlusses von Urlaubs- und Weihnachtsgeld abgeleitet. Die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes lässt sich jedoch nicht rechtfertigen, da dieser vor allem bei Eingriffen in geschützte Rechtspositionen berechtigt sei. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz bedeutet jedoch nicht, dass jeder Arbeitnehmer grundsätzlich einen Anspruch auf undifferenzierte Gleichbehandlung hat und daher jede Differenzierung ein dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu unterwerfender Eingriff ist. Somit muss der Differenzierung jeweils nur ein sachlicher Grund zugrunde liegen. Dieser liegt vor, wenn die Differenzierung gegen kein spezielles Differenzierungsverbot verstößt und der Differenzierungsgrund aus Sicht des Arbeitgebers geeignet gewesen ist, das von ihm mit der Differenzierung angestrebte ökonomische Ziel zu fördern. Unter Anwendung dieses*

*Maßstabes liegt eine zulässige Differenzierung durch den Arbeitgeber vor, denn bei qualifizierten Mitarbeitern hat er ein größeres Interesse an deren Verbleib im Unternehmen als bei Ungelernten, die jederzeit ersetzt werden können. Dies lässt auch den völligen Ausschluss der Obstsortiererinnen als verhältnismäßig erscheinen. Im Übrigen werden diese Arbeitnehmer nicht völlig von der Leistung ausgeschlossen, denn das ihnen zu Weihnachten zugewendete Obst und die Flasche Kirschlikör stellen ebenfalls Mittel dar, sie an das Unternehmen zu binden.)*

3. Fraglich ist, ob auch ein Fall mittelbarer Diskriminierung vorliegt.

Das Verbot unterschiedlicher Behandlung wegen des Geschlechts ist eine der zentralen Regelungen des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes. Die im deutschen Recht fundamentale Vorschrift findet sich in Art. 3 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG. Daneben finden sich umfassende Regelungen zum Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts im Arbeitsleben im EU-Recht. Nach der Gleichbehandlungsrichtlinie (EU-Richtlinie 76/207 vom 09.02.1976, geändert durch die EU-Richtlinie 2002/73 vom 23.09.2002) sind Diskriminierungen, insbesondere beim Zugang zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen verboten.

In Art 2 Abs. 1 der Richtlinie 2002/73 wird bestimmt, dass keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts erfolgen darf. In Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 2002/73 wird die mittelbare Diskriminierung definiert. Es handelt sich um dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren, die einen wesentlich höheren Anteil der Angehörigen eines Geschlechts benachteiligen und nicht angemessen und notwendig sowie durch nicht auf das Geschlecht bezogene sachliche Gründe gerechtfertigt sind.

*Anmerkung: Zur Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien soll das derzeit nur im Entwurf vorliegende „Antidiskriminierungsgesetz“ (ADG) in Kraft treten („Gesetz zur Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsvorschriften“). Die mittelbare Diskriminierung ist dort in Artikel 1 (Gesetz zum Schutz vor Diskriminierungen), § 3 Abs. 2 geregelt.*

Eine mittelbare Diskriminierung könnte hier darin liegen, dass die Gruppe der Ungelernten, die kein Urlaubs- und Weihnachtsgeld erhielten, ausschließlich aus Frauen besteht während davon ausgehen ist, dass es sich bei den qualifizierteren Lagerarbeitern und Kraftwagenfahrern um Männer handelt. Damit liegen die Voraussetzungen vor, bei denen eine mittelbare Diskriminierung zu vermuten ist.

Für eine Rechtfertigung sind gegenüber dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz strengere Anforderungen zu prüfen. Es müssen nicht auf das Geschlecht bezogene sachliche Gründe vorliegen, die angemessen und notwendig sind (vgl. Art.21 Abs. 2 der EU-Richtlinie 97/80 als Zusammenfassung der bisherigen Rspr. des EuGH).

Diese liegen hier vor. Der Arbeitgeber hat ein berechtigtes unterschiedliches Bindungsinteresse für qualifizierte Arbeitnehmer und ungelernete Arbeitnehmer. Dies stellt auch ein legitimes unternehmerisches Ziel dar. Die Differenzierung ist auch angemessen und notwendig und damit verhältnismäßig.

Eine mittelbare Diskriminierung liegt somit nicht vor.

4. Konsequenz eines Verstoßes des Arbeitgebers gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ist, dass der Arbeitnehmer verlangen kann, nach Maßgabe der allgemeinen Regelung behandelt zu werden (BAG DB 1999, 695-696; BAG DB 1998, 2372-2374; BAG DB 1996, 834).

O kann somit verlangen, so behandelt zu werden wie die Lagerarbeiter und Kraftfahrer (a.A. gut vertretbar).

**Ergebnis:** O hat einen Anspruch auf Zahlung eines Urlaubsgeldes in Höhe von € 250 für die Jahre 2002 bis 2004 sowie eines Weihnachtsgeldes in Höhe von jeweils € 500,- für die Jahre 2002 bis 2004. Insgesamt hat O einen Anspruch gegen die B-GmbH in Höhe von € 2.250,-

**Zusatzfrage:**

1. Bei der Klausel könnte es sich um eine sog. vertragliche Ausschlussfrist handeln. Sollte diese wirksam vereinbart worden sein und wären deren Voraussetzungen erfüllt, würde dem Anspruch der O eine rechtsvernichtende Einwendung entgegenstehen, die das Gericht von Amts wegen berücksichtigen muss.

*Anmerkung: Ebenso wie die Verjährung dienen die Ausschlussfristen dem Rechtsfrieden und der Rechtssicherheit im Vertragsverhältnis. Der Schuldner muss binnen einer angemessenen Frist darauf aufmerksam gemacht werden, ob und welche Ansprüche noch gegen ihn geltend gemacht werden. Er soll sich darauf verlassen können, dass nach Fristablauf keine Ansprüche mehr gegen ihn erhoben werden. Anders als die Verjährung führt die Ausschlussfrist zum Erlöschen des Anspruchs, sofern er nicht fristgemäß geltend gemacht wird.*

2. Fraglich ist daher zunächst, ob die Ausschlussfrist wirksam zwischen den Parteien vereinbart wurde.

- a) Die Vereinbarung von Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen ist im Rahmen der Vertragsfreiheit (§§ 241 Abs. 1, 311 Abs. 1 BGB; § 105 GewO) zunächst grundsätzlich zulässig.
- b) Handelt es sich jedoch um einen standardisierten und keinen frei ausgehandelten Arbeitsvertrag, könnte es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handeln. Nach der Neuregelung des BGB auf Grund des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 finden die Bestimmungen zur Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch auf Arbeitsverträge Anwendung.

*Anmerkung: Bis zur Schuldrechtsreform waren Verträge auf dem Gebiet des Arbeitsrechts gem. § 23 AGBG von dem Anwendungsbereich des AGBG ausgenommen. Auch hinsichtlich vom Arbeitgeber vorformulierter arbeitsvertraglich vereinbarter Ausschlussfristen wurde in der Vergangenheit eine Inhaltskontrolle wegen § 23 Abs. 1 AGBG abgelehnt. Sie wurden nur daraufhin überprüft, ob sie sitten- oder treuwidrig i.S.v. §§ 138, 142 BGB waren.*

Diese Normen gelten nach der Überleitungsvorschrift in Art. 229 § 5 AGBGB für „Neuverträge“ seit dem 01.01.2002 und für (vor dem 1.1.2002 geschlossene) „Altverträge“ seit 1.1.2003.

Die O wird seit dem 01.01.2002 beschäftigt. Damit finden die Vorschriften über die AGB-Kontrolle Anwendung.

*Anmerkung: Für einzelvertragliche Ausschlussfristen gelten die §§ 305 bis 310 BGB. Ausgenommen von der AGB-Kontrolle sind gem. § 310 Abs. 4, 1 BGB Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen, ggf. auch, wenn einzelvertraglich auf die Kollektivnormen verwiesen wird (§ 310 Abs., 4, 3 i.V.m. § 307 Abs. 3 BGB).*

- aa) Gem. § 305 Abs. 1, 1 BGB sind Allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Partei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt.

Hier soll davon ausgegangen werden, dass es sich bei dem Arbeitsvertrag der O um einen vorformulierten Standardvertrag gehandelt hat.

Bei der Vereinbarung von Arbeitsverträgen besteht aufgrund der herrschenden Vertragspraxis eine Vermutung, dass die Vertragsbedingungen auch einseitig vom Arbeitgeber gestellt wurden

(sonst käme § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB in Betracht, wobei die Frage, ob der Arbeitnehmer als Verbraucher zu qualifizieren ist, äußerst strittig ist: dafür unter Berufung auf den Wortlaut des § 13 und die Schutzbedürftigkeit z.B. Boemke BB 2002, 96; Däubler, NZA 2001, 1329 f.; Gotthard, Das Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rdn. 8 ff., dagegen unter Berufung auf den Begriff „Verbraucher“ und die abweichende europäische Regelung: Annuß, NJW 2002, 2844; Bauer/Kock DB 2002, 42 ff.).

- bb) Je nach Gestaltung des Vertrages ist weiterhin zunächst zu prüfen, ob Ausschlussfristen überhaupt Vertragsbestandteil geworden oder nicht nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages so ungewöhnlich sind, dass der Arbeitnehmer nicht mit ihnen zu rechnen brauchte (vgl. § 305 c I BGB). § 305 c BGB gilt uneingeschränkt auch für Arbeitsverträge.

Dazu wird vertreten, dass Ausschlussfristen keine überraschenden Klauseln seien, weil sie im Arbeitsleben üblich seien (vgl. Henssler, RdA 2002, 129 (137); ErfKomm/Preis, §§ 194-218 BGB, Rdn. 34).

Dem kann jedoch entgegen gehalten werden, dass es für die Frage der Überraschung des Arbeitnehmers darauf nicht ankommen könne, ob derartige Klauseln im Arbeitsleben üblich seien. Selbst wenn eine bestimmte Klausel in Arbeitsverträgen generell nicht überraschend ist, so kann sie dennoch in Bezug auf den bestimmten zu untersuchenden Vertrag wegen dessen Gestaltung so ungewöhnlich sein, dass der Arbeitnehmer mit einer solchen Klausel nicht zu rechnen brauchte (vgl. Lakies, NZA 2004, 569 ff.)

Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist hier davon auszugehen, dass die Gestaltung des Arbeitsvertrages der O nicht so ungewöhnlich war, dass sie mit einer Ausschlussklausel nicht zu rechnen brauchte.

- cc) Bei der Inhaltskontrolle von Ausschlussfristen ist zwischen einstufigen und zweistufigen Ausschlussfristen zu unterscheiden. Bei einstufigen Ausschlussfristen wird die mündliche oder schriftliche Geltendmachung innerhalb einer bestimmten Frist verlangt, bei zweistufigen Ausschlussfristen wird nach erfolgloser Geltendmachung in der ersten Stufe die gerichtliche Geltendmachung (Klageerhebung) ebenfalls binnen einer bestimmten Frist verlangt.

- (1) Bei den zweistufigen Ausschlussfristen ist für die zweite Stufe das besondere Klauselverbot des § 309 Nr. 13 BGB zu beachten.

*Anmerkung: Die vorrangige Prüfung der zweiten Stufe erfolgt hier aus klausurtaktischen Gründen.*

Danach ist eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, durch die Anzeigen oder Erklärungen, die dem Verwender (d.h. hier dem Arbeitgeber) gegenüber abzugeben sind, an eine strengere Form als die Schriftform oder an besondere Zugangserfordernisse gebunden werden. „Anzeigen oder Erklärungen“ i.S.d. § 309 Nr. 13 BGB sind alle Arten von Erklärungen des Arbeitnehmers in Bezug auf die Abwicklung, Durchführung und Beendigung des Vertragsverhältnisses. Erfasst werden Willenserklärungen wie auch geschäftsähnliche Handlungen (Mahnungen, Fristsetzungen etc.).

Bei der in dem Arbeitsvertrag der O enthaltenen Ausschlussfrist handelt es sich um eine zweistufige Ausschlussfrist. Fraglich ist, ob diese 2. Stufe gegen § 309 Nr. 13 BGB verstößt.

Zunächst wird aus dem Umkehrschluss des § 309 Nr. 13 BGB entnommen, dass der Arbeitgeber bei vorformulierten Vereinbarungen die Geltendmachung von Ansprüchen auch im Rahmen von Ausschlussfristen an die Schriftform binden dürfe (vgl. ErfKomm/Preis, §§ 305-310 BGB, Rdn. 80). Weiterhin seien auch zweistufige Ausschlussfristen in Anbetracht des § 309 Nr. 13 BGB zulässig. Der hinter der Vorschrift des § 309 Nr. 13 BGB stehende Gedanke treffe im Arbeitsrecht nicht zu (Besonderheit i.S.d § 310 Abs. 4 S. 2 BGB). § 309 Nr. 13 BGB solle vor allem der Gefahr begegnen, dass der Vertragspartner des Verwenders, mithin der Arbeitnehmer, durch Form- und Zugangserfordernisse in vorformulierten Vertragsbedingungen überrascht werde. Ausschlussfristen, und zwar auch solche, die an die gerichtliche Geltendmachung anknüpfen, seien im Arbeitsrecht aber nicht objektiv ungewöhnlich (vgl. ErfKomm/Preis, §§ 305-310, Rdn. 80; Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rdn. 289; Krause, RdA 2004, 106 ff.).

Aus der Üblichkeit wird zugleich gefolgert, dass unabhängig von der Abweichung von § 130 BGB gemäß § 310 Abs. 4 S. 2 BGB hier eine arbeitsrechtliche Besonderheit vorläge, weshalb die Klausel nicht gegen § 309 Nr. 13 BGB verstoße (BAG DB 2005, 2136, 2137). Die Rechtsprechung (BAG DB 2005, 2136, 2138 f.) ist jedoch der Auffassung, dass eine nicht mindestens dreimonatige Klagefrist dem Gläubiger keine faire Chance lasse und daher gegen § 307 Abs. 1 BGB i.V.m. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB verstoße, weil sie zu stark vom Verjährungsrecht abweiche.

Die zweite Stufe der Ausschlussfrist ist somit unwirksam. Eine geltungserhaltende Reduktion ist generell bei AGB nicht möglich. Nach Ansicht des BAG (DB 2005, 2136, 2139) liegen auch die Voraussetzungen einer ergänzenden Vertragsauslegung nicht vor, da das lückenfüllende Gesetz zu angemessenen Ergebnissen komme (a.A. gut vertretbar).

Die Unwirksamkeit der zweiten Stufe der Ausschlussfrist schlägt aber nicht auf die erste Stufe der Ausschlussfrist durch (vgl. LAG Mainz, Urteil vom 17.08.2004, BeckRS 2005 4). Aus dem Verbot der geltungserhaltenden Reduktion ergibt sich kein anderes Ergebnis. Die erste Stufe der

Verfallfristenregelung kann ohne „Reduktion“ als eigenständige sinnvolle Regelung aufrechterhalten werden („blue pencil test“).

- (2) Fraglich ist, ob die erste Stufe der Ausschlussfrist einer AGB-Kontrolle standhält. Eine einseitige Ausschlussfrist ist unwirksam, wenn sie den Arbeitnehmer unangemessen benachteiligt (vgl. ErfKomm/Preis, §§ 194-218 BGB, Rdn. 34, 48 ff.). Eine unangemessene Benachteiligung gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB liegt vor, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren ist.

Eine unangemessene Benachteiligung bei Ausschlussfristen ergibt sich vor allem aus der Kürze der Frist. Bei der Bewertung, wie kurz Ausschlussfristen bemessen sein dürfen, ist die Interessenlage der Parteien, der Zweck der Frist, die Art des Anspruchs und der Arbeitsvertragsbeziehungen, der Fristbeginn und der Grad der Fristkürzung einzubeziehen (vgl. ErfKomm/Preis, §§ 194-218, Rdn. 49; Gotthard, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rdn. 311).

Anhaltspunkt für die Frage, wann eine Ausschlussfrist so kurz bemessen ist, dass von einer unangemessenen Benachteiligung auszugehen ist, könnte die regelmäßige Verjährungsfrist für Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis sein. Diese beträgt nach der Schuldrechtsreform gem. § 195 BGB drei Jahre.

Bei der einzelvertraglichen Kürzung von *Verjährungsfristen* wird - entsprechend der Rechtsprechung des BGH im allgemeinen Zivilrecht - auch für das Arbeitsrecht angenommen, dass die absolute Untergrenze bei drei Monaten liegen soll (vgl. ErfKomm/Preis, §§ 194-218, Rdn. 28). Diese Grenze könnte auch auf Ausschlussfristen anzuwenden sein.

Vor Anwendung der AGB-Kontrolle auf Arbeitsverträge hat das BAG sogar eine Verfallklausel akzeptiert, welche die schriftliche Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis binnen eines Monats nach Fälligkeit verlangte. In einer neuen Entscheidung (BAG DB 2005, 2136) bei der die Frist zur Geltendmachung gegenüber dem Arbeitgeber 6 Wochen betrug und der Arbeitnehmer diese Frist eingehalten hat, hat das BAG jedenfalls nicht die Gelegenheit genutzt, Bedenken gegen diese Frist anzumelden.

Ob auch unter dem Gesichtspunkt einer unangemessenen Benachteiligung gem. § 307 BGB entsprechend kurze Fristen Bestand hätten, ist fraglich. Ausdrückliche höchstrichterliche Rechtsprechung zu dieser Frage liegt bislang nicht vor. Davon ausgehend, dass auf individualrechtlicher Ebene vertragliche Ausschlussfristen nahezu keinem Arbeitnehmer bekannt sind und ihm diese häufig erst bewusst werden, nachdem er z.B. von seinem Anwalt ausdrücklich darauf hingewiesen wird, ist davon auszugehen, dass eine Ausschlussfrist, die eine schriftliche Geltendmachung innerhalb eines Monats seit Fälligkeit verlangt und andernfalls zu einem Verfall des

Anspruchs führt, eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB darstellt (a.A. gut vertretbar z.B. unter Hinweis auf die arbeitsrechtliche Üblichkeit § 310 Abs. 4 S. 2 BGB).

*Anmerkung: Ausschlussfristen in Tarifverträgen sind weit verbreitet. Gelten tarifvertragliche Ausschlussfristen normativ kraft Tarifbindung (§ 4 Abs. 1 TVG) oder aufgrund Allgemeinverbindlichkeitserklärung (§ 5 TVG), unterliegen diese gem. § 310 Abs. 4, 1 BGB nicht der AGB-Kontrolle. In der Gesetzesbegründung heißt es dazu, in diesem normsetzenden Bereich könne und dürfe die AGB-Kontrolle nicht eingreifen, „da andernfalls das System der Tarifautonomie konterkariert würde“ (BT-Drucks. 14/6857, S. 54). Es findet also, mag die Ausschlussfrist auch noch so kurz bemessen sein, keine Angemessenheitskontrolle statt. Der Arbeitnehmer muss dies, auch wenn es zu seinen Lasten geht, hinnehmen.*

3. Die erste Stufe der in dem Vertrag mit O vereinbarten Ausschlussfrist stellt somit eine unangemessene Benachteiligung gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB dar und ist somit unwirksam.
4. Die Ausschlussfrist ist somit insgesamt unwirksam.

**Ergebnis:** Die O hat auch bei Vereinbarung einer zweistufigen Ausschlussfrist einen Anspruch auf Zahlung der geltend gemachten Ansprüche für 2002 bis 2004.