

**Zur zitierten Rechtsprechung in der
Life & Law von 2011 bis 2025**

**Kostenloser Zugriff auf alle Ausgaben der
Life&LAW, die älter als 6 Monate sind**

<http://www.lifeandlaw.de>

- **Archiv**
- **hemmer-Club-Mitglied werden**

**Alle „jüngeren“ BAG-Entscheidungen und
Beiträge, die Sie über die Internetseite
der Life&LAW nicht herunterladen
können, stehen**

bis zum 09.02.2025

**online unter der Rubrik
„Downloads“ der Internetseite des
Juristischen Repetitoriums München:**

https://www.repetitorium-hemmer.de/hs_downloads.php?hs=30

- **Downloads**
- **Crashkurs Arbeitsrecht**

Teil 1: Prozessuale Fragen

I. Rechtsweg und Zuständigkeit

1. Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen, §§ 2, 48 ArbGG

a. *Einschlägig für Feststellungsklage ist § 2 I Nr. 3b ArbGG*

b. *Einschlägig für Leistungsklage ist i.d.R. § 2 I Nr. 3a ArbGG*

c. *Problem: Prüfung der AN-Eigenschaft (§ 5 I S.1 ArbGG) an dieser Stelle?*

⇒ Die **Kündigungsschutzklage** ist ein sog. „**sic-non-Fall**“, wenn sie *auf spezifisch arbeitsrechtliche Schutznormen (KSchG, § 17 MuSchG, § 623 BGB) gestützt wird*

⇒ Grund: Die Klage kann von vornherein allenfalls dann begründet sein, wenn wirklich ein Arbeitsverhältnis besteht.

Behandlung: Die *bloße Rechtsbehauptung des Klägers, dass er Arbeitnehmer ist*, genügt (sog. doppelt relevante Tatsache)

Exkurs: Beim „**aut-aut-Fall**“ kann Anspruch **entweder** auf eine arbeitsrechtliche **oder** auf eine bürgerlich-rechtliche Grundlage gestützt werden, die sich aber gegenseitig ausschließen.

Beispiel: Bei einer Lohnzahlungsklage ergibt sich Vergütungsanspruch entweder aus Arbeitsvertrag (§ 611a II BGB) oder Dienstvertrag (§ 611 I)

⇒ Hier ist eine Beweisaufnahme bereits bei Prüfung von § 2 ArbGG erforderlich.

Begründung: Der Rechtsweg stünde sonst zur Disposition des Klägers!

Beim „**et-et-Fall**“ kann Anspruch **sowohl** auf eine arbeitsrechtliche **als auch** auf eine bürgerlich-rechtliche Grundlage gestützt werden.

Beispiel: Klage gegen die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung; hier ist in jedem Fall § 626 BGB einschlägig, und zwar unabhängig davon, ob ein Arbeits- oder ein sonstiger Dienstvertrag vorliegt.

⇒ Auch hier ist eine Beweisaufnahme erforderlich (Begründung wie oben).

2. Örtliche Zuständigkeit:

- ⇒ §§ 2 V, 46 II 1 ArbGG, 12, 13 bzw. 17 ZPO
- ⇒ §§ 2 V, 46 II S. 1 ArbGG, 21, 29 ZPO
- ⇒ §§ 2 V, 48 Ia ArbGG

3. Sachliche Zuständigkeit, § 8 I ArbGG

- ⇒ nach § 8 I ArbGG sind in der 1. Instanz grds. die Arbeitsgerichte zuständig sind

Hinweis: Für Überprüfung der Wirksamkeit der Allgemeinverbindlichkeitserklärung eines Tarifvertrages ist das LAG in 1. Instanz zuständig (§§ 2a I Nr. 5, 98 II ArbGG ⇒ kein Pflichtstoff)

II. Zulässigkeit der Klage

1. Zulässigkeit der Feststellungsklage

a) Ordnungsgemäße Klageerhebung

- ⇒ Erklärung zur Protokoll der Geschäftsstelle möglich, §§ 46 II S. 1 ArbGG, 496 ZPO

- ⇒ bei anwaltlicher Vertretung Pflicht zur elektronischen Übermittlung, § 46g ArbGG i.V.m. §§ 46c III S. 1 Alt. 2, IV Nr. 2 ArbGG

b) Feststellungsinteresse, §§ 2 V, 46 II S. 1 ArbGG, 495, 256 I ZPO

aa. Punktuelle Klage nach § 4 S.1 KSchG

⇒ (+), wegen der andernfalls eintretenden Präklusion, § 7 1. Hs. KSchG; nach a.A. ist kein Feststellungsinteresse erforderlich

bb. Allgemeine Feststellungsklage

⇒ Feststellungsurteil hat weitergehende Wirkung als bloße LK, weil nur so der Bestand des ArbeitsV als „Bündel von Rechten und Pflichten“ rechtskräftig festgestellt wird

cc. Kombination beider Klagen

Tyroller, Life&LAW 06/2019, 419 ff.!

c) Prozessvertretung, § 11 ArbGG

d) Übrige Zulässigkeitsvoraussetzungen

2. Zulässigkeit der Leistungsklage

[Auswahl möglicher Klausurprobleme]

a) Bestimmtheit des Antrages, § 253 II Nr.2 ZPO, §§ 46 II S.1 ArbGG, 495 ZPO):

⇒ **Bruttolohnklage zulässig**, da auch arbeitsvertraglich Bruttolohn vereinbart wird

⇒ **auch Zinsforderung aus Bruttolohn ist zulässig**

b) Besonderheit bei Klage auf Abfindung:

⇒ Höhe (§§ 9, 10 KSchG) nach richterlichem Ermessen (vgl. § 287 ZPO); unbestimmter Antrag zulässig (wie bei Schmerzensgeld)

3. Zulässigkeit der Klagenhäufung

a) Anfängliche Klagenhäufung, §§ 46 II S. 1 ArbGG, 495, 260 ZPO

⇒ (+), wenn beide Streitgegenstände zum Urteilverfahren gehören, § 2 V ArbGG

⇒ Prüfungsstandort zwischen Zulässigkeit und Begründetheit

b) Nachträgliche Klagenhäufung, §§ 46 II S. 1 ArbGG, 495, 260, 263 ZPO

aa. In der Zulässigkeit der nachträglich erhobenen und daher geänderten, da ergänzten Klage, sind die Voraussetzungen des § 263 ZPO (i.V.m. §§ 46 II S. 1 ArbGG, 495 ZPO) zu prüfen ⇒ hier häufig Verhandlung zur Sache, §§ 46 II S. 1 ArbGG, 495, 267 ZPO

bb. Zwischen Zulässigkeit und Begründetheit sind die Voraussetzungen des § 260 ZPO (i.V.m. §§ 46 II S. 1 ArbGG, 495 ZPO) zu prüfen

Teil 2: AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen

I. §§ 305 ff. gelten auch auf Formulararbeitsverträge, vgl. § 310 IV S.2

⇒ außer § 305 II, III, da § 2 NachwG „lex specialis“ ist

II. Keine Kontrolle von TarifV, § 310 IV S.1

⇒ *ausgewogenes Vertragswerk der Tarifparteien*
⇒ *Schutz der Tarifautonomie, Art. 9 III GG*

III. Auch keine „mittelbare Kontrolle über die Hintertür“ wegen §§ 310 IV S.3, 307 III S.1

⇒ wegen § 310 IV S.1 gilt diese Ausklammerung aus der AGB-Kontrolle für die einzelvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge (wichtig für „Nicht-Tarifgebundene“!)

⇒ der in Bezug genommene TarifV muss zumindest bei unterstellter hypothetischer Tarifbindung¹ zeitlich, ² fachlich und ³ räumlich anwendbar sein.

a) Globalverweisungen sind der Kontrolle entzogen

b) Verweisungen auf selbständige und in sich ausgewogene Teilkomplexe sind nach Ansicht des BAG auch privilegiert

c) Einzelverweisungen unterliegen voller Kontrolle (keine „Rosinen-Pickerei“!)

IV. Inhaltskontrolle nach §§ 307-309 BGB:

1. Problem: Was gilt, wenn ArbG die einmalige Verwendungsabsicht des Arbeitsvertrages beweisen kann?

⇒ wenn AN auf den Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte, soll nach BAG § 310 III Nr. 2 gelten, da AN als Verbraucher anzusehen sei

2. Was sind die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten i.S.d. § 310 IV S.2, 1.Hs. ?

a) Anwendbar (gerade) auch auf § 309 ⇒ bei §§ 308, 307 BGB kann ohnehin „gewertet“ werden

b) Gilt nicht nur für bestimmten „Tendenz-ArbV“

c) Es müssen nicht zwingend rechtliche Besonderheiten sein; es genügen auch tatsächliche (so BAG)

V. Beispiele aus der Rechtsprechung:

a. Vertragsstrafen:

b. Ausschlussfristen (Länge/Mindestlohn):

Tipp: Tyroller, Life&LAW 08/2019, 567 ff.

Tipp: BAG, Life&LAW 08/2021, 521 ff. (!)

Tipp: BAG, Life&LAW 02/2023, 79 ff.

Tipp: BAG, Life and LAW 09/2023, 578 ff.

c. Widerrufsvorbehalt:

Tipp: Life and LAW 08/2012, 569 ff./612 f.

d. Rückzahlungsklausel bzgl. Corona-Bonus gem. § 307 I S. 1 BGB unwirksam¹

⇒ *Corona-Bonus stellt arbeitsleistungsbezogene Sondervergütung dar (vgl. Def. in § 4a EntgeltFZG); daher unzulässiger Eingriff ins Synallagma*

d. Rückzahlung von Ausbildungskosten

Tipp: BAG, Life&LAW 06/2024, 376 ff.

e. Stichtagsklauseln:

Tipp: BAG, NZA 2014, 368 ff.

VI. Rechtsfolge einer Klauselunwirksamkeit nach § 307 ff BGB:

⇒ **Unwirksamkeit der Klausel / Verbot geltungserhaltender Reduktion**

¹ ArbG Oldenburg, NZA-RR 2021, 415 ff.

Teil 3: Entgeltfortzahlung an Feiertagen und im Krankheitsfall

I. Entgeltfortzahlung an Feiertagen, § 2 EFZG

Anspruchsgrundlage: § 2 I EFZG

1. Bestehendes Arbeitsverhältnis
2. Vorliegen eines Feiertages
3. Monokausalität des Feiertags für den Arbeitsausfall ⇒ beachte § 2 III EFZG

Tipp: BAG, Life&LAW 04/2020, 237 ff.

4. Höhe des Anspruchs (§ 2 I EFZG):
⇒ reines Lohnausfallprinzip

*Auch hier gilt Anspruch auf Zahlung des Mindestlohnes!*¹

Tipp: BAG, Life&Law 12/2015, 891 ff.!
BAG, Life&Law 03/2019, 162 ff.!

5. Unabdingbarkeit, § 12 EFZG:

⇒ Verfall und Verjährung aber möglich

¹ Seit **01.01.2024: 12,41 € brutto** pro Stunde (§ 1 Nr. 1 MiLoV4); ab dem 01.01.2025 beträgt der Mindestlohn dann 12,82 € pro Stunde (§ 1 Nr. 1 MiLoV4)

II. Entgeltfortzahlung während Krankheit, § 3, 3a EFZG (eigene AGL; str.)

1. Bestehendes Arbeitsverhältnis

⇒ **Ausnahme: § 8 I EFZG**, wenn vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Anspruch aus § 3 I EFZG bereits entstanden war

2. Beginn erst nach 4-wöchiger Karenzfrist, § 3 III EFZG

3. Krankheit: ⇒ Beweislast bei AN¹

4. Dadurch Arbeitsunfähigkeit

5. Monokausalität der Krankheit für den Ausfall der Arbeit

⇒ Covid-19-Infektion und deshalb Quarantäne schließt die Monokausalität nicht aus; § 56 I IfSG ist subsidiär zu § 3 I EFZG²

⇒ treffen Krankheit und Feiertag zusammen, so gilt § 4 II EFZG

⇒ beachte auch § 9 BUrlG (bei Quarantäne gilt nicht § 9 BUrlG³, aber stattdessen § 59 I IfSG)

6. Verschulden des Arbeitnehmers

⇒ *grobes* Verschulden gegen *sich selbst* Einwendung des Arbeitgebers

¹ Zur Erschütterung des Beweiswerts einer ärztlichen AUB vgl. **BAG, Life&LAW 07/2024, 461 ff.**

² **BAG, Life&LAW 10/2024, 665 ff.** = NZA 2024, 972 ff.

³ **EuGH, Life&LAW 08/2024, 534 ff.** = NZA 2024, 44 ff.

P: Arbeitsunfähigkeit infolge Organspende
⇒ nun gem. **§ 3a EFZG** speziell geregelt

7. Dauer der Zahlungspflicht, § 3 I EFZG:

⇒ hier ist es erforderlich eine Abgrenzung zwischen einer Fortsetzungs- und Wiederholungserkrankung vorzunehmen

a) Fortsetzungskrankheit

Def.: Auf demselben Grundleiden beruhend, z.B. Bandscheibenleiden ⇒ § 3 I S.2 gilt

Pro Jahr sind bei Fortsetzungskrankheiten unter den Vss'en des § 3 S.2 EFZG maximal 12 Wochen Entgeltfortzahlung möglich!

b) Wiederholungserkrankung

⇒ z.B. erneute Grippe ⇒ **Die Einschränkung des § 3 I S.2 gilt nicht !!!**

8. Leistungsverweigerungsrecht, § 7 EFZG

Tipp: Life&LAW 05/2013, 337 ff.

9. Höhe des Anspruchs (§ 4 I 1, Ia EFZG):

⇒ **modifiziertes Lohnausfallprinzip**

⇒ **auch hier Anspruch auf Mindestlohn**

10. Unabdingbarkeit, § 12 EFZG:

⇒ Verfall und Verjährung aber möglich

Teil 4: Entgeltfortzahlung bei persönlicher Verhinderung

1. Anspruchserhaltende Norm ist hier § 616 BGB

⇒ die Anspruchsgrundlage bleibt aber § 611a II BGB

Auch hier gilt Anspruch auf Zahlung des Mindestlohnes!¹

⇒ § 616 BGB ist Ausnahmegvorschrift zu §§ 326 I S.1, 614 BGB bzw. § 2 III PflegeZG

2. Verschulden ⇒ wie bei § 3 I EFZG

Achtung:
§ 616 BGB betrifft die Gegenleistung!!!
Der oft einschlägige § 275 III BGB bzw. § 2 I PflegeZG betrifft dagegen die Frage, ob der AN von seiner Leistungspflicht frei wird.

¹

Seit **01.01.2024: 12,41 € brutto** pro Stunde (§ 1 Nr. 1 MiLoV4); ab dem 01.01.2025 beträgt der Mindestlohn dann 12,82 € pro Stunde (§ 1 Nr. 1 MiLoV4)

Teil 5: Entgeltfortzahlung im Mutterschutz

I. Beschäftigungsverbot (BV) nach §§ 4 bis 6 bzw. § 16 MuSchG

1. AG schuldet durchschnittliches Entgelt der letzten 3 Monate vor BV

⇒ sog. „Mutterschutzlohn“, § 18 MuSchG

⇒ MiLoG gilt (str.; lesen Sie hierzu **BAG, Life&LAW 12/2015, 891 ff.!**)

2. Anspruch auf 100 %-igen Regress bei Krankenkasse gem. § 1 II Nr.2 AAG

II. 6 Wochen vor (§ 3 I) und 8 bzw. 12 Wochen nach der Entbindung, § 3 II MuSchG):

⇒ Anspruch auf „Mutterschaftsgeld“, § 19 I MuSchG

1. Krankenkasse zahlt max. 13,- € pro Tag (= 390,- € bzw. 403,- € pro Monat)

⇒ vgl. § 24i II SGB V

2. Differenz zum durchschnittlichen Arbeitsentgelt der letzten 3 Monate zahlt der AG

⇒ § 20 I MuSchG

3. Anspruch auf 100 %-igen Regress bei Krankenkasse gem. § 1 II Nr.1 AAG

Teil 6: Annahmeverzug

Anspruchsgrundlage ist § 611a II BGB ⇒
§ 615 S.1 hilft nur über § 614 BGB hinweg!

I. Bestehen eines Arbeitsvertrages

II. Möglichkeit der Arbeitsleistung

1. Kurze (!) Abgrenzung zu §§ 611a II, 326 II S. 1 Alt. 2 BGB

⇒ § 615 BGB verdrängt als *lex specialis* § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB, soweit Unmöglichkeit der Arbeitsleistung allein damit begründet wird, dass diese aufgrund des Fixschuldcharakters durch Zeitablauf eingetreten ist.

Folgende vier Fälle sind zu unterscheiden

1. Fall: AG ist annahmewillig und der Zeitablauf begründet aufgrund des Fixschuldcharakters die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung

⇒ Annahmeverzugslohn gem. §§ 615 S. 1, 611a II BGB, da § 615 S. 1 BGB *lex specialis* zu § 326 II S. 1 **Alt. 2** BGB ist!

2. Fall: Vom AG und vom AN unverschuldete Unmöglichkeit, die aber zum Betriebsrisiko des AG gehört

⇒ AN erhält Annahmeverzugslohn nach § 615 S. 3 BGB i.V.m. §§ 615 S. 1, 611a II BGB, da § 615 S. 3 BGB *lex specialis* zu § 326 II S. 1 **Alt. 1** BGB ist!

3. Fall: Verschuldete Annahmewenmöglichkeit des AG (bloße Verantwortlichkeit nach Risikosphären reicht nach BAG nicht aus, weil der Gesetzgeber in diesem Fall § 615 S. 3 BGB als „*lex specialis*“ vorgesehen hat)

⇒ AN hat Anspruch auf Lohnfortzahlung nach §§ 326 II S. 1 Alt. 1, 611a II BGB!

⇒ kein Fall des Annahmeverzugs nach § 615 S. 3 BGB i.V.m. §§ 615 S. 1, 611a II BGB, da die Lehre vom Betriebsrisiko nach Ansicht des BAG nicht bei einer verschuldeten Betriebsstörung gilt!

4. Fall: Unverschuldeter Arbeitsausfall, der nicht zum Betriebsrisiko des AG gehört

⇒ kein Lohnanspruch wegen § 326 I S. 1 BGB, wenn kein anderer Fall einer Lohnfortzahlung besteht!

2. Keine persönliche Verhinderung, § 297 BGB

a) *Bestehen der Arbeitspflicht*

⇒ (-), bei Freistellungsvereinbarung

b) *Leistungsfähigkeit*

c) *Leistungsbereitschaft* ⇒ *wenn (-), liegt Fall der subjektiven Leistungsunfähigkeit vor*

⇒ bezieht sich auf die vom AN i.S.v. § 294 BGB zu bewirkende Arbeitsleistung und damit auf die Arbeitsleistung im **ungekündigten** ArbeitsV

⇒ Ablehnung eines Prozessbeschäftigungsverhältnisses lässt Leistungsbereitschaft nicht entfallen (**BAG, Life&LAW 11/2023, 740 ff.**)

III. Angebots des Arbeitnehmers

1. Tatsächliches Angebot nach § 294 BGB

⇒ nötig im unstreitig bestehenden ArbeitsV

2. Wörtliches Angebot nach § 295 BGB reicht

⇒ reicht, wenn Beendigung eines Arbeitsverhältnisses im Streit steht; Erhebung der Kündigungsschutzklage ist konkludentes Angebot

3. Entbehrlichkeit nach § 296 BGB

➤ bei unwirksamer AG-Kündigung, weil AG Arbeitsplatz durch Kündigung entzieht

➤ bei vertragswidriger Freistellung

Zusammenfassung:

1. Bestehen während eines unstreitig bestehenden Arbeitsverhältnisses Streitigkeiten über den Umfang der Arbeitszeit, so muss der AN grds. ein tatsächliches Angebot gemäß § 294 BGB erklären. § 295 BGB kommt dann nur in Betracht, wenn der AG erklärt hatte, dass er die (ggf. über einen bestimmten Umfang hinausgehende) Arbeitsleistung ablehnen werde.

2. Besteht Streit über die Wirksamkeit eines Aufhebungsvertrags, ist nach Ansicht des BAG grds. ebenfalls ein tatsächliches Angebot nötig.

Ein wörtliches Angebot nach § 295 BGB genügt regelmäßig nicht. Es wäre nur dann ausreichend, wenn dem AN im Einzelfall, etwa nach einem Hausverbot, ein tatsächliches Angebot (§ 294 BGB) nicht zumutbar wäre.

3. Besteht aufgrund unwirksamer Befristung Streit über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, so genügt nach der Rechtsprechung des BAG das wörtliche Angebot, § 295 BGB, welches in der Erhebung einer Befristungskontrollklage i.S.d. § 17 TzBfG zu sehen ist. § 296 BGB gilt hier nicht.

4. Lediglich bei einer unwirksamen Arbeitgeberkündigung oder bei einer einseitigen (rechtswidrigen) Freistellung von der Arbeitspflicht ist das Angebot des AN gem. § 296 BGB entbehrlich.

IV. Höhe der Zahlungspflicht wie bei § 611a II BGB: Reines Lohnausfallprinzip

⇒ MiLoG gilt; auch Vergütung von Überstunden, die in fraglicher Zeit geleistet worden *wären*

V. Anrechnung gem. § 615 S.2 BGB bzw. § 11 KSchG

⇒ v.A.w. zu berücksichtigende Einwendung in Form einer **Anrechnung** (keine Aufrechnung!)

1. Abgrenzung:

a) § 11 KSchG ist bei Anwendbarkeit des KSchG „lex specialis“ für

➤ die sozialwidrige ordentliche Kündigung nach beabsichtigter Entlassung, d.h. erst für die Zeit nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist (vgl. Wortlaut: ... „für die Zeit nach der Entlassung“ ..)

- *unwirksame außerordentliche Kündigung, § 13 I 5 KSchG*
- *die sittenwidrige Kündigung, § 13 II KSchG*

b) § 615 S.2 BGB ist der Auffangtatbestand für aus sonstigen Gründen unwirksame Kündigungen

- *Wichtig v.a. in den Fällen, in denen das KSchG nicht anwendbar ist!*
- *zeitlich anwendbar auch bei „Freistellung“ vor Ablauf der ord. Kündigungsfrist [erst danach gilt § 11 KSchG (s.o.)]*

2. Anrechnung hypothetischen Verdienstes bei „böswilligem“ Unterlassen

- ⇒ (+), wenn AN *vorsätzlich* ohne Grund Arbeit ablehnt oder vorsätzlich verhindert, dass ihm Arbeit angeboten wird
- ⇒ Prüfung der *Zumutbarkeit* einer angebotenen oder sonst möglichen Arbeit nach den konkreten Umständen; auch dann, wenn Beschäftigungsmöglichkeit bei *demselben* AG besteht

VI. Verjährung nach §§ 195, 199 BGB

- ⇒ Kündigungsschutzklage hemmt Verjährung nicht

Tipp: BAG, Life&LAW 01/2016, 23 ff.

Teil 7: Ansprüche auf Lohnfortzahlung in der SARS-Cov-2-Pandemie

A. Lohnfortzahlung nach § 3 I EntgeltFZG

I. Arbeitsunfähig krank

1. *Infiziert mit Symptomen (+)*
2. *Infiziert mit symptomlosen Verlauf, aber in Quarantäne (str.)*

BAG: SARS-CoV-2-Infektion stellt regelwidrigen Körperzustand und damit eine Krankheit dar, ohne dass es darauf ankommt, ob beim AN Symptome von Covid 19 vorlagen

Tipp: BAG, Life&LAW 10/2024, 665 ff.

II. Monokausalität der Krankheit für den Arbeitsausfall

Problem: Quarantäneanordnung nach § 30 I IfSG¹ ⇒ Verhältnis von § 3 I EntgeltFZG ⇔ § 56 I S. 2 IfSG?

⇒ wenn Krankheit (+), geht nach h.L. § 3 EntgeltFZG dem § 56 IfSG vor, weil:²

➤ Wortlaut des § 56 I S. 2 IfSG

¹ **§ 30 I IfSG lautet:**

(1) ¹Die zuständige Behörde hat anzuordnen, dass Personen, die an Lungenpest oder an von Mensch zu Mensch übertragbare hämorrhagisches Fieber erkrankt oder dessen verdächtig sind, unverzüglich in einem Krankenhaus oder einer für diese Krankheiten geeigneten Einrichtung abgesondert werden. ²Bei sonstigen Kranken sowie Krankheitsverdächtigen, Ansteckungsverdächtigen und Ausscheidern kann angeordnet werden, dass sie in einem geeigneten Krankenhaus oder in sonst geeigneter Weise abgesondert werden, bei Ausscheidern jedoch nur, wenn sie andere Schutzmaßnahmen nicht befolgen, befolgen können oder befolgen würden und dadurch ihre Umgebung gefährden.

² So auch ArbG Aachen, Urteil vom 11.03.2021, 1 CA 3196/20 = NZA-RR 2021, 471 ff.

(Erkrankter mit Symptomen ist ***nicht nur*** „Aus-scheider, Ansteckungsverdächtiger, Krankheits-verdächtiger oder sonstiger Träger von Krank-heitserregern“)

➤ gleichzeitige persönl. **Quarantäneanordnung** beruht auch ursächlich auf der Erkrankung und ist damit **nur „weiterer“ Verhinderungsgrund**

➤ auch die „cessio legis“ des **§ 56 VII S. 2 IfSG geht vom Vorrang des § 3 EntgeltFZG aus** (Lohnrisiko ist zur Entlastung des Staates dem AG zugewiesen, da Vorschrift einen Verdienstaussfall voraussetzt; Billigkeitsentschädigung nach § 56 IfSG ist daher subsidiär)³

III. Kein Verschulden des AN:

⇒ nach Ansicht des BAG ist angesichts der Impfdurchbrüche und den symptomatischen Erkrankungen trotz einer Auffrischungsimpfung („Boosterung“) aufgrund der Omikron-Variante ist eine unterbliebenen Schutzimpfung

Tipp: BAG, Life&LAW 10/2024, 665 ff.

3

Erst Krankheit und dann Quarantäne: ⇒ § 3 I S. 1 EFZG

Erst Quarantäne und dann Krankheit: ⇒ § 56 IfSG, aber cessio legis nach § 56 VII S. 2 IfSG bzgl. des aus § 3 EFZG entstehenden Anspruches

B. Anspruch auf Lohnfortzahlung bei behördlicher Schließungsanordnung („lockdown“)

I. Anspruch auf Annahmeverzugslohn, §§ 615 S. 1, 611a II BGB

Probl.: Verhältnis zu § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB

⇒ Unmöglichkeit durch Zeitablauf wegen des Fixschuldcharakters der Arbeitsleistung?

BAG/h.L.: § 615 S. 1 BGB hätte mit dieser Begründung keinen Anwendungsbereich im Arbeitsrecht, sodass § 615 S. 1 BGB „lex specialis“ ist zu § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB ⇒ vgl. auch § 615 S. 3, der bei Annahme von Unmöglichkeit durch Zeitablauf keinen Anwendungsbereich hätte!

Merke: Allein mit Zeitablauf (Fixschuldcharakter) kann Unmöglichkeit der Arbeitsleistung nicht mehr begründet werden!

1. Angebot des AN (tatsächlich: § 294 BGB; wörtlich: § 295 BGB) oder Entbehrlichkeit (§ 296; § 242 BGB)

2. Arbeitsleistung für AN möglich, § 297

⇒ (-), wenn AN persönlich aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen leistungsunfähig ist bzw. wenn der AN leistungsunwillig ist

3. Annahmewilligkeit des AG

⇒ (-) bei behördlich angeordneter Zwangsschließung; daher Fall der Annahmewilligkeit vor

II. Annahmeverzugslohn unter dem Gesichtspunkt des Betriebsrisikos, §§ 615 S. 3 und S. 1, 611a II BGB

1. § 615 S. 3 BGB ist nach BAG eine Rechtsgrundverweisung auf § 615 S. 1 BGB (str.)

a) Annahmeverzug ist daher **auch bei Annahmearbeitsleistung**, wenn ein Fall der weder vom AG noch vom AN verschuldeten Annahmearbeitsleistung vorliegt, aber der **AG** das **Betriebsrisiko des Arbeitsausfalls** trägt

- **§ 615 S 1 BGB allein passt** mangels Annahmearbeitsleistung des AG **nicht**, wenn AG die Arbeitsleistung des AN annehmen **möchte**, diese aber aus tatsächlichen Gründen nicht annehmen kann
- **§ 326 II S. 1, Alt. 1 BGB** (Verantwortlichkeit des AG) war **wegen** Schaffung des **§ 615 S. 3 BGB** vom Gesetzgeber **nicht gewollt**
- **Daher: §§ 615 S. 3, S. 1, 611a II BGB trotz Annahmearbeitsleistung!**¹

b) Angebot nach § 294 BGB bei Annahmearbeitsleistung wegen unnützer Förmerei aber (i.d.R.) entbehrlich

¹

Die drei Fälle der Annahmearbeitsleistung:

1. **Vom AG und vom AN unverschuldete Arbeitsleistung**, die aber zum Betriebsrisiko des AG gehört ⇒ § 615 S. 3 i.V.m. §§ 615 S. 1, 611a II BGB!
2. **Vom AG verschuldete Arbeitsleistung** (bloße Verantwortlichkeit nach Risikosphären reicht nach BAG nicht, weil Gesetzgeber in diesem Fall § 615 S. 3 BGB als „lex specialis“ vorgesehen hat) ⇒ §§ 326 II S. 1 Alt. 1, 611a II BGB!
3. **Unverschuldeter Arbeitsausfall, der nicht zum Betriebsrisiko des AG gehört** ⇒ kein Lohnanspruch wegen § 326 I S. 1 BGB, wenn kein anderer Fall einer Lohnfortzahlung besteht!

Achtung: Der Unterschied zur Ansicht, die eine Rechtsfolgenverweisung annimmt, wird deutlich, wenn der AN aus persönlichen Gründen nicht leistungsfähig (§ 297 BGB) ist. Bei Annahme einer Rechtsgrundverweisung kommt eine Lohnfortzahlung nach § 615 S. 3 i.V.m. §§ 615 S. 1, 611a II BGB wegen § 297 BGB nicht in Betracht!

2. Grundsätze des BAG zum Betriebsrisiko

⇒ AG muss dafür einstehen, dass die Arbeitsleistung aus Gründen unmöglich wird, die **in seinem Einflussbereich** liegen, wie etwa der Ausfall von Maschinen, Betriebsstoffen oder anderer für den Betriebsablauf notwendiger Betriebsmittel

⇒ über diese „internen Betriebsstörungen“ hinaus trägt der AG grds. auch das Risiko für von außen auf das Unternehmen einwirkende Umstände, die sich als **höhere Gewalt** darstellen.

Beispiele: *Überschwemmung eines Fabrikgebäudes aufgrund Naturkatastrophe², Zerstörung der Betriebseinrichtungen durch Brand³, Ausfall einer Ölheizung im Betrieb wegen plötzlichen Kälteeinbruchs⁴; Stromausfall infolge einer Störung im Elektrizitätswerk⁵; Zement- und Baustoffhandel muss aufgrund der Witterung seinen Betrieb vorübergehend einschränken/ stilllegen⁶; Betrieb muss für eine vorgeschriebene Inventur kurzzeitig schließen.*

² BAG, **Life&LAW 05/2016, 308 ff.** = NZA 2016, 293 ff.

³ BAG, NJW 1973, 342 ff.

⁴ BAG, DB 1983, 1496 f.

⁵ BAG, NZA 1991, 519 ff.

⁶ BAG, NJW 2008, 3803 ff.

3. Meinungsstand zum pandemiebedingten „lockdown“ als Betriebsrisiko

- teilweise wird stets das Betriebsrisiko des AG mit dem Argument des „**betriebsbezogenen Risiko des Publikumsverkehrs**“ bejaht.
- teilweise wird auch zwischen flächendeckenden „shutdowns“ (kein Betriebsrisiko) und betriebsbezogenen „lockdowns“ unterschieden (Betriebsrisiko, wenn Schließung auf Eigenart des Betriebs beruht wie z.B. Infektionshotspot in Fleischindustrie)

4. Nach Ansicht des BAG ist zu differenzieren (BAG, Life&LAW 04/2022, 235 ff.)

a) Betriebsschließung aufgrund einer eigenen Entscheidung des AG

⇒ schließt AG aus eigener Entscheidung (vorübergehend) den Betrieb, weil ein Teil der Belegschaft in Quarantäne ist, es infolge der Pandemie an erforderlichen Materialien oder Rohstoffen fehlt, der Absatz stark zurückgeht oder die Kunden ausbleiben, trifft ihn, sofern nicht bereits ein Fall des stets vom AG zu tragenden **Wirtschaftsrisikos** vorliegt, grundsätzlich das **Betriebsrisiko**⁷

⁷ ArbG Dortmund, Urt. v. 24.11.2020, 5 Ca 2057/20

b) Betriebsschließung aufgrund behördlicher Anordnung ⇒ hier ist Zweck der Maßnahme entscheidend

aa) Betriebsrisiko (+), wenn Arbeitsbedingungen oder Produktionsmethoden des AG die Schließung bedingen

⇒ zielt die behördliche Maßnahme darauf ab, einem im Betrieb des AG angelegten besonderen Risiko zu begegnen, trifft ihn das Risiko des Arbeitsausfalls und ist er nach § 615 S. 3 i.V.m. S. 1 und § 611a II BGB zur Entgeltfortzahlung verpflichtet.

Grund: AG trägt Verantwortung für die von ihm gewählten/organisierten betrieblichen Abläufe und hat dafür einzustehen, dass seine AN durch diese nicht im Vergleich zur Allgemeinheit zusätzlichen Gesundheitsrisiken ausgesetzt werden

Beispiele: Vom AG gewählte **Produktionsmethoden** oder von ihm **zu verantwortende Arbeitsbedingungen** (wie z.B. in Teilen der Fleischwirtschaft und bei Saisonkräften in der Landwirtschaft) bergen besonders hohe Ansteckungsgefahr innerhalb der Belegschaft

bb) Betriebsrisiko (-), wenn Schließung eine allg. staatliche Maßnahme zur Bekämpfung der Pandemie darstellt

⇒ betriebsübergreifende, fast flächendeckende Schließung zum Schutz der Bevölkerung vor schweren und tödlichen Krankheitsverläufen

⇒ Maßnahmen beschränken sich **nicht** auf die **Abwehr besonderer, von einzelnen Betrieben ausgehenden Gefahren**, sondern sollen eine die **Gesellschaft insgesamt treffende Gefahrenlage** bekämpfen

Grund: Unmöglichkeit der Arbeitsleistung ist vielmehr Folge eines hoheitlichen Eingriffs zur Bekämpfung einer die Gesellschaft insgesamt treffenden Gefahrenlage, die der einzelne AG nicht - auch nicht im weitesten Sinne - verursacht und zu verantworten hat

⇒ dieses „allgemeine Risiko“, das Folge letztlich politischer Entscheidungen zur Eindämmung des die Allgemeinheit insgesamt treffenden Infektionsrisikos ist, muss der AG - bei gebotener wertender Betrachtung - nicht tragen

⇒ für die Zurechnung des Betriebsrisikos in diesen Fällen genügt eine bloße „(besondere) Eigenart“ des Betriebs oder seine „Publikumsaffinität“ nicht ohne weiteres

Beispiele: flächendeckender „lockdown“ ab 20. März 2020 in ganz Deutschland⁸

8

Bestätigt von **BAG, NZA 2022, 1113 ff.**

So auch BGH, **Life&LAW 10/2024, 649 ff.**: Das der Überlassung eines Hotelzimmers an einen Gast entgegenstehende generelle Beherbergungsverbot für touristische Reisen ist als Maßnahme zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie kein in der Person des Gastes liegender Umstand im Sinne von § 537 I S. 1 BGB.

C. Anspruch auf Lohnfortzahlung nach §§ 611a II, 326 II S. 1, Alt 1 BGB

I. Verletzung pandemiebezogener Arbeitsschutzpflichten

Der AG hat „schuldhaft“ gegen seine Pflichten

⇒ aus § 618 BGB

⇒ §§ 3 I S. 1, 4 I Nr. 3 ArbSchG¹

⇒ §§ 2, 3 SARS-Cov-2 ArbSchV.

⇒ sonstige Hygienevorschriften etc.

verstoßen.

II. Dadurch Unmöglichkeit der Arbeitsleistung

1. § 275 I BGB

⇒ behördlich angeordnete Schließung des Betriebs infolge von „Corona-Verstößen“

2. § 275 III BGB

⇒ AN kommt nicht zur Arbeit, weil ihm infolge der „Corona-Verstöße“ des AG die Erbringung der Arbeitsleistung in der Regel nicht zumutbar ist

Rechtsfolge: Anspruch auf Lohnfortzahlung nach **§§ 611a II, 326 II S. 1, Alt. 1 BGB**, weil bei einem vom AG verschuldeten Ausfall der Arbeitsleistung kein Fall des Betriebsrisikos vorliegt!

¹ Nach **§ 3 I S. 1 ArbSchG** ist der AG verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung der Umstände zu treffen, die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit beeinflussen.

Hinsichtlich der erforderlichen Arbeitsschutzmaßnahmen muss der AG u.a. nach **§ 4 I Nr. 3 ArbSchG** den Stand von Technik, Arbeitsmedizin und Hygiene sowie sonstige gesicherte arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse berücksichtigen.

D) Lohnfortzahlung nach §§ 611a II, 616 BGB¹

I. In der Person des AN liegendes Hindernis an der Arbeitsleistung, § 275 III BGB

- ⇒ häusliche Quarantäne
- ⇒ Zugehörigkeit zu Risikogruppe
- ⇒ **Betreuung gesunder unter 12-jähriger Kinder** (Gedanke des § 56 Ia IfSG) wegen geschlossener Schulen und Kitas

Anmerkung: Für die Betreuung **kranker** unter zwölfjähriger Kinder gibt es für gesetzlich versicherte AN in § 45 II, III SGB V einen Anspruch gegen die Krankenkasse. Für privat versicherte AN bzw. für die Pflege sonstiger **pflegebedürftiger** naher Angehörige existiert in § 2 I, III PflegeZG ein spezieller Anspruch gegen den AG!

II. Monokausalität für Arbeitsausfall

- ⇒ (+), wenn keine der vorherigen Fallgruppen einschlägig ist
- ⇒ Verhältnis von § 616 BGB zu § 56 I IfSG ist wie bei § 3 I EntgeltFZG strittig
 - nach richtiger besteht bei kurzzeitiger Arbeitsverhinderung ein Anspruch aus § 616 BGB: Kein Anspruch nach § 56 IfSG, wenn AG aufgrund gesetzlicher Bestimmungen zur Gehaltsfortzahlung verpflichtet ist²

¹ **Achtung:** § 616 BGB ist auch im Arbeitsrecht abdingbar (Umkehrschluss aus § 619 BGB!)
² OLG Hamm, Urteil vom 29.10.2021, I-11 U 60/21 = jurisbyhemmer.

➤ ist der Anspruch aus § 56 I BGB bereits entstanden, so bleibt dieser erhalten (§ 56 VII S. 1 IfSG), jedoch geht der Anspruch des AN gegen den AG aus §§ 611a II, 616 BGB auf das entschädigungspflichtige Bundesland über, § 56 VII S. 2 IfSG

III. Kein Verschulden des AN

⇒ wie bei § 3 I S. 1 EntgeltFZG

IV. Verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit

⇒ für den unbestimmten Rechtsbegriff der „**verhältnismäßig nicht erheblichen Zeit**“ orientiert sich das BAG überwiegend am *Verhältnis von Dauer des Arbeitsverhältnisses zur Dauer der Verhinderungszeit*

Merke: Verhältnismäßigkeit ergibt sich aus den zwei Faktoren *Verhinderungsdauer* und *Gesamtdauer* des bisherigen und ggf. auch noch voraussichtlichen Fortbestand des Arbeitsverhältnisses ⇒ der Zeitraum für eine Verhinderung kann daher umso länger sein, je länger bereits das Arbeitsverhältnis besteht.

⇒ folgen *mehrere Verhinderungen* aufeinander, so erfolgt regelmäßig dann keine Zusammenrechnung, wenn sie auf einem jeweils anderen Grund beruhe

Richtwert: In der Regel bis zu 5 Tage; bei Erkrankung eines Dienstverpflichteten (für AN gilt § 3 EntgeltFZG) hat das BAG ausnahmsweise mehrere Wochen gewährt³; bei seuchenpolizeilichem Tätigkeitsverbot gegen „Salmonellenausscheider“ hat das BAG 6 Wochen gewährt⁴

³ BAG, Urteil vom 20.07.1977, 5 AZR 325/76, BB 1977, 1651.

⁴ BAG, NJW 1979, 422 ff.

⇒ bei längerer Verhinderungsdauer entfällt Anspruch insgesamt; es kommt nicht zu einem Entfallen des Anspruchs nur für den unverhältnismäßigen Teil (gefestigte Rechtsprechung des BAG)

1. Pflege und Betreuung

⇒ in der Regel nicht mehr als 5 Tage⁵

⇒ ob wegen § 45 SGB V bzw. § 2 I PflegeZG eine Anpassung auf 10 Tage geboten ist, ist umstritten⁶

2. Häusliche Quarantäne

⇒ **bei Quarantäne von (i.d.R.) 14 Tage strittig**

➤ nach e.A. ist dies eine erhebliche Zeit, sodass **kein Anspruch** aus §§ 611a II, 616 BGB besteht; *{dann aber Entschädigung nach § 56 I S. 2 IfSG}*⁷

➤ nach wohl überwiegender Ansicht muss AG für 14-tägige Quarantäne nach §§ 616, 611a II BGB den Lohn bezahlen⁸

⇒ **bei der verkürzten Quarantäne nach Ziff. 6 der Allgemeinverfügung Isolation (Bayern)⁹ § 616 BGB (+)**

3. Zugehörigkeit zu Risikogruppe

⇒ da diese dauerhaft ist besteht hier **kein Anspruch aus §§ 611a II, 616 BGB** {aber Entschädigung nach § 56 Ia IfSG}

⁵ Grüneberg/ Weidenkaff, BGB, § 616, Rn. 8.

⁶ dafür Hohenstatt/Krois, NZA 2020, 413 (415 m.w.N.); kritisch MüKo/Henssler, BGB, § 616, Rn. 68

⁷ So ErfK/Preis, BGB § 616 Rn. 10b

⁸ BeckOK ArbR/Joussen, BGB § 616 Rn. 48; VG Koblenz, Urteil vom 10.05.2021, 3 K 107/21; OLG Hamm, Urteil vom 29.10.2021, I-11 U 60/21.

⁹ https://www.stmgp.bayern.de/wp-content/uploads/2022/01/konsolidierte_lesefassung_av_isolation_24-01-2022.pdf

Teil 8: Vergütungsprobleme bei Urlaub

Übersicht zum Urlaubsrecht

I. Allgemeines / Grundbegriffe:

1. Anspruch auf Urlaub gemäß § 1 BUrlG

⇒ bezahlte *Freistellung* von der Arbeit (keine Gegenleistung für Arbeit)

2. Unterscheide folgende Zahlungen:

- **Urlaubsentgelt:** Entgeltfortzahlung, §§ 611a II BGB, 1, 11 BUrlG (MiLoG gilt)
- **Urlaubsgeld:** Gratifikation gemäß TarifV, Betriebsvereinbarung oder ArbeitsV
- **Urlaubsabgeltung:** § 7 IV BUrlG ⇒ Zahlungsanspruch, wenn wegen Beendigung des ArbeitsV Urlaub nicht mehr möglich ist

3. Festlegung durch AG (vgl. § 7 I BUrlG):

- Kein Recht zur Selbstbeurlaubung; bei rechtswidriger Verweigerung müssen die Gerichte angerufen werden (v.a. eV).
- Selbstbeurlaubung = Arbeitsverweigerung ⇒ i.d.R. droht ao. Kdg. gem. § 626 BGB !
- Grds. keine Möglichkeit des AG, die Freistellung durch einseitigen Widerruf wieder rückgängig zu machen

II. Voraussetzungen des (primären) Anspruchs auf Urlaubsgewährung:

1. Arbeitnehmereneigenschaft, §§ 1, 2 BUrlG

2. Umfang des Anspruchs / Urlaubstage

a. Gesetzliche Mindestdauer: 24 Werktage

⇒ bei 5-Tage-Woche umzurechnen auf 20 Arbeitstage (vgl. § 3 I, II BUrlG)

b. Zusatzurlaub für Jugendliche und Schwerbehinderte, § 19 JArbSchG, § 208 S.1 SGB IX

c. Behandlung von Mehrurlaub:

- Soweit nichts anderes vereinbart ist, gilt auch hierfür das BUrlG
- Aber: Die Abdingbarkeitssperre des § 13 BUrlG gilt nur für den gesetzlichen Mindesturlaub; *wenn* etwas anderes vereinbart wurde, ist es bezüglich des Mehrurlaubs also grds. wirksam !

d. Evt. nur Teilurlaub gemäß §§ 4, 5 BUrlG

Tipp: Life&LAW 04/2016, 251

e. Evtl. Kürzung des Anspruchs wegen Anrechnung nach § 6 BUrlG

3. Erfüllbarkeit des Anspruchs:

⇒ „Freistellung *wegen* Urlaub“ kann nicht gewährt werden, wenn die Arbeitspflicht aus anderen Gründen ohnehin entfallen ist

4. Kein Verfall gemäß § 7 III BUrlG:

a. Grundregel zum Verfall:

- *Grds. mit Ablauf des 31.12., § 7 III 1 BUrlG*
- *Der Verfall wird nur bei Vorliegen der gesetzlich definierten Übertragungsgründe auf den 31.03. des Folgejahres verschoben*
- *Automatische Übertragung ⇒ keine Willenserklärung des AN nötig*
- *kein Verfall, wenn AN wegen dauerhafter Krankheit Urlaub nicht nehmen konnte*
- *Bei Langzeiterkrankten verfällt Urlaub aber 15 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres*

b. EuGH/BAG neu:

⇒ europarechtskonforme Auslegung des § 7 I, III S. 1 BUrlG, dass Verfall nur eintritt, wenn AG *Mitwirkungsobliegenheiten* erfüllt

AG muss jedes Jahr (1.) konkret¹ und (2.) in völliger Transparenz dafür sorgen, dass AN tatsächlich in der Lage ist, seinen bezahlten Jahresurlaub zu nehmen!

¹ Eine „Pauschalbelehrung“ im Arbeitsvertrag reicht daher eindeutig nicht!

Hierzu muss AG den AN

- förmlich auffordern, Urlaub zu nehmen,
- und ihm rechtzeitig mitteilen, dass Urlaub verfällt, wenn AN ihn nicht nimmt

Hinweisobliegenheiten des AG bestehen auch dann, wenn AN arbeitsunfähig krank ist; bei Verletzung auch kein Verfall nach Ablauf von 15 Monaten, außer AN war durchgehend krank (dann fehlt es an der Kausalität der Verletzung der Hinweispflicht für den nicht genommenen Urlaub!)

Tipp: BAG, Life&LAW 09/2023, 593 ff.

Bei Verletzung der Hinweisobliegenheiten beginnt auch die Regelverjährung nicht zu laufen, weil durch die europarechtskonforme Auslegung „ein anderer Verjährungsbeginn bestimmt ist (vgl. § 199 I BGB)²

c. Sonderfälle:

- aa.** Bei Teilurlaub nach § 5 Ia BUrlG *zusätzliche* Übertragungsmöglichkeit gem. § 7 III 4 BUrlG auf *gesamtes* nächste Kalenderjahr auch ohne Grund ⇨ aber Notwendigkeit einer Willenserklärung („Verlangen“)
- bb.** § 17 II BEEG bzw. § 24 S.2 MuSchG als Spezialregelungen zu § 7 III BUrlG beachten
- c. Rechtsfolge des Verfalls:** Freistellung wird wegen Erlöschens des Urlaubsanspruchs unmöglich, § 275 I BGB

²

Vgl. BAG, NZA 2023, 683 ff. (!)

III. Urlausabgeltung gemäß § 7 IV BUrlG:

- ⇒ Abgeltungsverbot wegen § 13 I S.1 BUrlG, aber nur bezüglich des *Mindesturlaubs*
- ⇒ Ausschlussfrist erfasst Abgeltungsanspruch

Tipp: Life &LAW 02/2023, 79 ff.

1. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

2. Bestehen eines Anspruchs auf Urlaubsgewährung

- Ende des ArbV
- Bestehen eines Urlaubsanspruches bei Beendigung des ArbV
- nach Aufgabe der verfehlten Surrogatsrechtssprechung des BAG ist § 7 III BUrlG nicht mehr auf Abgeltung anzuwenden!

Tipp: Life &LAW 12/2012, 872 ff.

- Anspruch aus § 7 IV BUrlG verjährt aber auch bei Verletzung der Hinweispflichten des AG, weil mit Beendigung zeitliche Zäsur eingetreten ist³

3. EuGH/BAG (Life&LAW 09/2019, 641 [649])

- ⇒ auch die Erben eines verstorbenen AN können vom ehemaligen AG Abgeltung für den vom AN nicht genommenen Jahresurlaub verlangen

³ Vgl. BAG, NZA 2023, 683 ff. (!)

Teil 9: Sondervergütung

Der Gleichbehandlungsgrundsatz

I. Spezielle Regeln des Arbeitsrechts:

II. Allg. Gleichbehandlungsgrundsatz:

1. Rechtsgrundlage:

⇒ Art. 3 I GG bei TarifV (Gesetz, § 4 TVG)

⇒ sonst **arbeitsvertragliche Fürsorgepflicht**, die wie Art. 3 GG auszulegen ist

2. Inhalt: Verbot der *sachfremden* Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer bzw. der sachfremden Differenzierung zwischen Arbeitnehmern in einer bestimmten Ordnung

⇒ **Abgrenzung zur Vertragsfreiheit:** *Einzelne* AN dürfen besser gestellt werden; dies gilt aber nicht mehr, wenn der AG die Leistungen nach einem *erkennbaren Prinzip* gewährt

3. Rechtsfolge:

⇒ kein SEA, sondern Anspruch *auf Erfüllung* („Freibier für Alle“)

⇒ kein Verschulden erforderlich

Überblick zu den „Sondervergütungen“

I. Definition in § 4a EFZG

II. Arten der Sondervergütungen bzw. „Sonderzahlungen“:

1. Neue Rechtsprechung des BAG:

Tipp: Life&LAW 10/2012, 757 ff.

⇒ es gibt nur noch zwei Arten von Sondervergütungen:

a) Leistungsbezogene Sonderzahlung (z.B. „Corona-Bonus“¹)

⇒ Sonderzahlungen mit Entgeltcharakter, die im Synallagma stehen

und

b) „Echte Gratifikationen“

⇒ stehen nicht im Synallagma

2. Bei Sonderzahlungen „mit Mischcharakter“ bestehen beide eben genannten Motive des Arbeitgebers

a) Sonderzahlungen „mit Mischcharakter“ müssen aber einer der beiden Sondervergütungstypen zugeordnet werden

¹ Vgl. ArbG Oldenburg, NZA-RR 2021, 415 ff.

b) Sonderzahlungen „mit Mischcharakter“ sind synallagmatische arbeitsleistungsbezogene Sonderzuwendung, wenn überwiegend die Leistung im Bezugszeitraum honoriert werden soll

Indizien:

- Zahlungen in beträchtlicher Höhe
- Honorierung individueller oder kollektiver Leistung (Betriebsergebnis)

3. Fazit: Sonderzahlung mit überwiegender Vergütungscharakter werden ipso iure gekürzt, § 326 I S. 1 HS 1 BGB

Tipp: BAG, Life&LAW 04/2024, 232 ff.

II. Mögliche Anspruchsgrundlagen:

1. Kollektivrechtlicher Anspruch: Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung.

2. Vertraglicher Anspruch:

- Vereinbarung im Einzelarbeitsvertrag;
- Entstehung durch betriebliche Übung
- Entstehung aufgrund einer Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes

Problem: „Stichtagsklauseln“

1. Bei („echten“) Gratifikationen:

- ⇒ nach Ansicht des BAG zulässig
- ⇒ unerheblich, ob AG oder AN kündigt
- ⇒ kündigt AG nur, um nicht zahlen zu müssen, so ist an § 162 II BGB zu denken

2. Sonderzahlung mit Entgeltcharakter:

- ⇒ nach Ansicht des BAG darf Zahlung nicht vom ungekündigten Bestand des ArbV außerhalb des Bezugszeitraums abhängig gemacht werden
- ⇒ Stichtagsregelung mit einem Zeitpunkt *im oder am Ende des Bezugszeitraumes* ist dann unzulässig, wenn die Kürzung nicht „pro rata“ erfolgt, sondern absolut

Tipp: BAG, NZA 2014, 1136 ff.

Noch offene Frage: Ist eine Stichtagsregelung mit einem Zeitpunkt *im oder am Ende des Bezugszeitraumes* zulässig, wenn mit der Sonderzahlung eine Jahresgesamtleistung vergütet werden soll?

Teil 10: Haftung des Arbeitnehmers

Überblick zur Haftung im Arbeitsrecht

A. Anspruchsgrundlagen gegen den AN

I. Schadensersatz aus §§ 280 I, 611a I (i.V.m. § 241 I oder II) BGB:

1. Pflichtverletzung

2. Vertretenmüssen: ⇒ § 280 I 2 BGB gilt nicht (§ 619a BGB)

Problem: Sind hier die Grds. des innerbetr. SA als „Inhalt des Schuldverhältnisses“ (Arbeitsvertrag) zu prüfen?

Dagegen spricht:

➤ *Das für die Quotelung zu bestimmende Verschulden muss sich auf den Schadenseintritt beziehen und nicht (wie bei § 276) auf die Pflichtverletzung*

➤ *Quotelung ist über § 276 I S.1 BGB nicht erklärbar*

3. Kausaler Schaden

4. Kürzung wegen Mitverschuldens des Arbeitgebers oder seiner Erfüllungshelfen (§§ 254 I, II 2, 278 S.1 BGB)

5. Haftungsbeschränkung nach den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs

a. Begründung nach h.M.:

⇒ § 254 BGB analog wegen Übernahme eines fremdbestimmten Risikos; Lehre vom Betriebsrisiko; Gedanke des § 716 I Alt. 2 BGB

b. Reichweite: Privilegierung nur gegenüber dem Arbeitgeber selbst, nicht gegenüber geschädigten Dritten

c. Voraussetzung:

⇒ nicht mehr Gefahrgeneigtheit der Arbeit; **betriebliche Veranlassung** der schadensverursachenden Tätigkeit reicht aus

d. Grad des Verschuldens bestimmen:

aa. Leichteste Fahrlässigkeit ⇒ keine Ersatzpflicht des AN

aa. Mittlere Fahrlässigkeit ⇒ Quotelung

cc. Vorsatz ⇒ volle Haftung des AN

dd. Problem: Grobe Fahrlässigkeit

(1) Grds. volle Haftung

(2) Ausnw. Begrenzung der Haftung, wenn

➤ ***AG zumutbare Maßnahmen zur Schadensabwehr/-milderung unterlässt***

➤ ***Hohe Schäden über drei Bruttomonatsgehälter***

Achtung: Das Verschulden muss sich hier – zum Schutz des AN – auf den Schaden als solchen beziehen und nicht nur auf die Pflichtverletzung

e. Quotelung bei mittlerer Fahrlässigkeit:

⇒ Abwägung: ➤ Gefahrgeneigtheit der Arbeit
(je gefährlicher die Arbeit, umso größer das Betriebsrisiko des AG)

➤ alle sonstigen Umstände

II. Schadensersatz aus § 823 I BGB:

⇒ Prüfung wie im Zivilrecht; aber evtl. Haftungsbeschränkung nach den Grds. des **innerbetrieblichen Schadensausgleichs**

III. Mankohaftung des AN

1. Vertraglicher Anspruch eigener Art in den sog. Mankofällen (Fehlbestände)

⇒ nur noch zulässig, wenn Haftung des AN bis zur Höhe des vereinbarten Mankogeldes beschränkt ist; Mankohaftung ist im Ergebnis die Chance einer zusätzlichen Vergütung

2. Schadensersatz aus § 280 I i.V.m. § 667 bzw. § 695 BGB

⇒ nur bei *Alleinbesitz* des AN in Betracht

IV. Anspruch aus § 667 BGB

Tipp: BAG, NZA 2006, 1089 ff. zu Bonusmeilen für arbeitsbedingte Flüge

Tipp: BAG, Life&LAW 03/2015, 169 ff. zu Schadensersatzpflicht gem. §§ 280 I, III, 283, 667 BGB wegen „gestohlenen“ Zahngolds!!!

Teil 11: Haftung des Arbeitgebers

A) Haftung des AG für Sachschäden des AN

I. Verschulden des AG liegt vor

1. Anspruch aus § 280 I i.V.m. § 611a I BGB

⇒ § 280I S.2 BGB findet Anwendung, da § 619a BGB nur zugunsten des AN gilt.

2. Anspruch aus § 823 I, II BGB

II. AG handelt schuldlos

1. Anspruch analog bzw. bei Schäden doppelt analog § 670 BGB, wenn:

- a. betrieblich veranlasste Tätigkeit*
- b. außergewöhnliches Risiko (nicht allgemeines Lebensrisiko)*

2. Rechtsfolgen

- a. Ersatzpflicht nur, soweit Risiko nicht vom AG abgegolten wurde, z.B. Kilometerpauschale*
- b. Höhe bestimmt sich nach Grds. des innerbetrieblichen Schadensausgleich (§ 254 analog)!*
- c. U.U. Freistellungsanspruch gegen AG gem. § 257 bei Schädigung Dritter*

B) Haftung für betrieblich erlittene Personenschäden des AN

I. AGL´en wie bei Sachschäden

II. Aber: Haftungsausschluss nach §§ 104, 105 SGB VII beachten

⇒ evtl. Problem der gestörten Gesamtschuld

C) Haftung des AG für Aufwendungen des AN

I. Anspruch aus § 670 BGB direkt

⇒ wichtig v.a. für Vorstellungskosten, da Auftrag, wenn vom AG ausgehend

II. Anspruch aus § 670 BGB analog

⇒ gilt für vertraglich veranlasste Aufwendungen (z.B. Blaumann; Bauhelm); kann abbedungen werden (**dispositives** Gesetzesrecht)!

⇒ Verstoß gegen § 307 I, II BGB (+), wenn Unternehmerrisiko auf AN abgewälzt wird

D) Pflicht zur Stellung essentieller Arbeitsmittel

⇒ Anspruch aus § 611a I BGB

Tipp: BAG, Life&LAW 07/2022, 465 ff.

Teil 12: Kündigungsschutz außerhalb des KSchG

A) Diskriminierende Kündigung, §§ 7 I AGG, 134 BGB

I. Wenn das KSchG (= allgemeiner Kündigungsschutz) anwendbar ist bzw. ein besonderer Kündigungsschutz besteht (z.B. § 17 I MuSchG¹ oder §§ 168 ff. SGB IX), dann wird das AGG gem. § 2 IV AGG verdrängt

⇒ Diskriminierung wird i.R.d. § 1 II KSchG oder i.R.d. Sonderkündigungsschutzes geprüft

II. Wenn das KSchG (= allgemeiner Kündigungsschutz) nicht anwendbar ist und auch kein besonderer Kündigungsschutz besteht (z.B. § 17 I MuSchG oder §§ 168 ff. SGB IX), dann gilt § 2 IV AGG nicht:

⇒ Kündigung ist daher nach § 7 I AGG i.V.m. § 134 BGB nichtig

Pflichtlektüre: BAG, Life&LAW 04/2014, 258 ff.!

B) Treuwidrige Kündigung im Kleinbetrieb, § 242 BGB

I. Ansicht des BAG / BVerfG:

⇒ eine Kündigung verstößt gegen § 242 BGB und ist damit nichtig, wenn der AG bei der Auswahl des zu kündigenden AN das nach § 242 BGB erforderliche Mindestmaß sozialer Rücksichtnahme außer Acht gelassen hat

¹ **Hinweis:** Der Kündigungsschutz des § 17 I MuSchG bei Schwangerschaft gilt auch schon vor der Aufnahme der Arbeit (vgl. BAG, Life&LAW 09/2020, 609 ff. = NZA 2020, 721 ff.).

II. Darstellung für den Klausuraufbau

⇒ Die Überprüfung der Auswahlentscheidung erfolgt auf drei Stufen

- 1. Stufe:** *Vergleich der Sozialdaten des gekündigten AN mit denen vergleichbarer, aber weiterbeschäftigter AN*

Die drei wesentlichen Sozialdaten:

- a) Lebensalter**
- b) Dauer der Betriebszugehörigkeit**
- c) Unterhaltsverpflichtungen**

ACHTUNG: § 1 II S.4 KSchG gilt nicht !!

- 2. Stufe:** *Wenn der AG einen erheblich weniger schutzwürdigen AN weiterbeschäftigt, muss geprüft werden, ob dies durch Gründe des AG gerechtfertigt erscheint*

⇒ relevante Gründe liegen bereits vor, wenn Kündigung nicht willkürlich erscheint, sondern aus persönlichen, betrieblichen oder verhaltensbedingten Gründen nachvollziehbar ist

⇒ **Achtung:** Dies ist keine Prüfung der sozialen Rechtfertigung i.S.d. § 1 II KSchG !

- 3. Stufe:** *Die beiderseitigen Interessen sind gegeneinander abzuwägen i.S.e. praktischen Konkordanz*

⇒ überwiegen die Interessen des AN, so ist die Kündigung gem. § 242 nichtig, weil das erforderliche Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme nicht gewahrt ist

Teil 13: Ordentliche Kdg. nach dem KSchG

Begründetheit der Kündigungsschutzklage

Obersatz: Kündigungsschutzklage ist begründet, wenn zur Zeit des Zugangs der Kündigung vom ... ein wirksames Arbeitsverhältnis bestand und dieses durch die Kündigung nicht aufgelöst wurde (alternativ: .., wenn die Kündigung vom ... unwirksam war)

I. Bestehen eines wirksamen ArbeitsV zur Zeit des Zugangs der Kündigung

II. Keine Wirksamkeitsfiktion, § 7 Hs. 1 KSchG

Die Kündigungsschutzklage wäre unbegründet, wenn die Kündigung wegen Versäumung der dreiwöchigen Frist für die Klageerhebung (§ 4 S. 1 KSchG) gem. § 7 Hs. 1 KSchG als wirksam fingiert würde!

1. Zugang einer dem AG zurechenbaren (§§ 104 ff. BGB) schriftlichen Kündigung

⇒ **§§ 130, 623 BGB**

Tipp: Life&LAW 01/2020, 1 ff.

⇒ **im Fall des § 174 S. 1 BGB läuft die Frist an**

Tipp: Life&LAW 08/2020, 511 ff.

2. Einhaltung der 3-Wochen-Frist

⇒ **§§ 4, 7 Hs. 1 KSchG**

III. Einhaltung der ordentlichen Kdg-Frist, 622

⇒ **str., ob Präklusion (§§ 4, 7 KschG) gilt**

Tipp: Life&LAW 12/2013, 888 ff.

- ⇒ **Verlängerung auf 3 Jahre unzulässig**
Tipp: Life& Law 06/2018, 371 ff.
- ⇒ **die Staffelung des § 622 II BGB ist europarechtskonform**
Tipp: Life&LAW 04/2015, 251 ff.

IV. Unwirksamkeit der Kündigung

1. Verstoß gegen Sonderkündigungsschutz

- ⇒ **§§ 102 BetrVG, § 17 MuSchG; 168 ff. SGB IX; 613a IV BGB; 18 BEEG etc.**

2. Sozialwidrigkeit, § 1 II KSchG?

a) *Anwendbarkeit des KSchG*

- (1)** ArbV besteht länger als 6 Monate, § 1 I KSchG
- (2)** Mehr als 5 AN im Betrieb; für AN, die ab dem 01.01.2004 eingestellt wurden, müssen es mehr als 10 AN sein, § 23 I S.2, 3 KSchG

b) *Prüfung der sozialen Rechtfertigung*

aa) Sachverhalt, der generell geeignet ist, einen

- ***personenbedingten***
- ***verhaltensbedingten***
- ***dringenden betrieblichen***

Grund darzustellen

bb) Wahrung der Verhältnismäßigkeit („ultima-ratio-Prinzip“) ⇒ je nach Kündigungsgrund unterschiedliche Prüfung

3. Sonstige Unwirksamkeitsgründe (§§ 134, 138 I, 242 BGB)

Soziale Rechtfertigung, § 1 II KSchG

I. Betriebsbedingte Kündigung

1. Trennung von zwei Aspekten:

- Ökonomische Vernünftigkeit der Unternehmerentscheidung selbst (Rationalisierung; Vergabe an Subunternehmer) ist als solche grds. nicht überprüfbar; Substantiierung aber nötig.
- Auswirkung (Wegfall eines *konkreten* Arbeitsplatzes) ist aber überprüfbar ⇒ **Willkürkontrolle !!!**

2. Dringende betriebliche Gründe müssen vorliegen:

⇒ Vorrang der Versetzung auf **freien Alternativarbeitsplatz** (evtl. über § 2 KSchG).

Insoweit **Prüfung** für das gesamten Unternehmen! Merke: § 1 II KSchG ist **unternehmensbezogen** (nicht nur betriebs-, aber auch nicht konzernbezogen).

Arbeitsplatz muss bei Kündigung schon frei sein bzw. bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder einer zumutbaren Überbrückungszeit nachweisbar frei werden.

3. Differenzierte Darlegungs- und Beweislast:

- Arbeitgeber muss den Wegfall des Arbeitsplatzes konkret darlegen (vgl. § 1 II 4 KSchG).
- Nichtbestehen einer anderen Beschäftigungsmöglichkeit muss er erst nennen, wenn der Arbeitnehmer *substantiiert* eine solche behauptet hat.

4. Sozialauswahl gemäß § 1 III KSchG: nur bei betriebsbedingter Kündigung zu prüfen.

- Hier differenzierte Darlegungs- und Beweislastverteilung nach § 1 III KSchG beachten.
- hier Vergleich nur mit AN **im selben Betrieb (Betriebsbezogenheit)**
- Nur von der Tätigkeit her *vergleichbare* AN werden einbezogen (kein Vorrang von Beförderung; kein Verdrängungswettbewerb nach unten) Sehr begrenzte Überprüfung im Falle von § 1 IV KSchG.

Achtung: Nicht in die Sozialauswahl mit einbezogen werden Arbeitnehmer, denen ein Sonderkündigungsschutz zusteht, vgl. BAG NZA 2005, 1307 ff.!

II. Personenbedingte Kündigung (z.B. Krankheit)

„Drei-Stufen-Prüfung“

1. Negative Gesundheitsprognose:

- ⇒ Indizwirkung bisheriger Krankheiten; Beurteilungszeitpunkt: Zugang der Kündigung beim Gekündigten.

2. Beeinträchtigung betrieblicher Interessen:

- ⇒ evtl. sog. Betriebsablaufstörung
- ⇒ es reicht auch *erhebliche* wirtschaftliche Belastung, etwa Lohnfortzahlungskosten (dabei Wertung des Sechs-Wochen-Zeitraumes in § 3 I EFZG beachten).

3. Zumutbarkeit für den AG; Einzelfallabwägung

- ⇒ Abmahnungen hier irrelevant !

III. Verhaltensbedingte Kündigung

„Zwei-Stufen-Prüfung“

(in Klausur so nicht nennen, da Begriff für die außerordentl. Kdg. „reserviert“ ist)

1. Bestimmter SV an sich geeignet, einen Kündigungsgrund zu bilden:

- ⇒ i.d.R. schuldhafte und rechtswidrige Verletzung des Arbeitsvertrages

2. Danach umfassende Interessenabwägung des Einzelfalles (hierbei ultima-ratio-Prinzip prüfen):

- **Vorrang der Abmahnung:** gilt nun nach BAG grds. (aber mit Ausnahmen) sowohl im Verhaltens-, als auch im Vertrauensbereich:
 - ⇒ Gilt nämlich bei *jeder* Kündigung, die wegen eines steuerbaren Verhaltens des AN oder aus einem Grund in seiner Person ausgesprochen wurde, den er durch sein *steuerbares* Verhalten beseitigen kann. Entscheidend ist nach BAG, ob eine Wiederherstellung des Vertrauens erwartet werden konnte.
- **Vorrang anderer milderer Mittel:** des Direktionsrechtes bzw. der Änderungskündigung gemäß § 2 KSchG.
- **Abwägung** aller sozialen Aspekte, der Betriebszugehörigkeit usw.

Teil 14: Die außerordentliche Kündigung

Obersatz: Kündigungsschutzklage ist begründet, wenn zur Zeit des Zugangs der Kündigung vom ... ein wirksames Arbeitsverhältnis bestand und dieses durch die Kündigung nicht aufgelöst wurde (alternativ: .., wenn die Kündigung vom ... unwirksam war)

I. Bestehen eines wirksamen ArbeitsV zur Zeit des Zugangs der Kündigung

II. Keine Wirksamkeitsfiktion, §§ 13 I S. 2, 7 Hs. 1 KSchG

Die Kündigungsschutzklage wäre unbegründet, wenn die Kündigung wegen Versäumung der dreiwöchigen Frist für die Klageerhebung (§§13 I S. 2, 4 S. 1 KSchG) gem. §§ 13 I S. 2, 7 Hs. 1 KSchG als wirksam fingiert würde!

1. Zugang einer dem AG zurechenbaren (§§ 104 ff. BGB) schriftlichen Kündigung

⇒ §§ 130, 623 BGB

⇒ im Fall des § 174 S. 1 BGB läuft die Frist an

2. Einhaltung der 3-Wochen-Frist

⇒ §§ 13 I S. 2, 4, 7 Hs. 1 KSchG

III. Unwirksamkeit der Kündigung

1. Verstoß gegen Sonderkündigungsschutz

⇒ §§ 102 BetrVG, § 17 MuSchG; 174, 168 ff. SGB IX; 613a IV BGB; 18 BEEG etc.

2. Vorliegen eines wichtigen Grundes, § 626

a) **Ermittlung des Sachverhalts, auf den Kdg. gestützt wird**

b) **Wahrung der 2-Wochen-Frist, § 626 II**

- *Beginn mit (relativ) sicherer Kenntnis der Tatsachen, die den wichtigen Grund ausmachen*
- *„Anlaufhemmung“, solange kündigungsrelevanter Sachverhalt „in der gebotenen Eile“ (i.d.R. eine Woche) aufgeklärt wird (wichtig bei Verdachtskündigung)*
- *Keine Hemmung durch die Betriebsratsanhörung (§ 102 II S. 3 BetrVG)*
- *Fristbeginn bei Dauertatbeständen erst mit Ende dieses Zustands*
- *Für „Tatkündigung“ läuft neue Frist (i.d.R. ab Kenntnis von Strafurteil), auch wenn vorher „Verdachtskündigung“ u.U. möglich gewesen wäre (neuer Lebenssachverhalt)*

c) **Wichtiger Grund i.S.d. § 626 I**

**Tipp: Life&LAW 04/2015, 243 ff.
 („Busengrapscher“)**

aa) SV, der generell geeignet ist, einen wichtigen Grund darzustellen (**1. Stufe**)

bb) Wahrung der Verhältnismäßigkeit („ultima-ratio-Prinzip“; **2. Stufe**)

Teil 15: Die Änderungskündigung

Prüfungsschema für Änderungskündigung (i.d.R. *betriebsbedingt*):

I. Dogmatische Begründung: *Unbedingte* Kündigung, verbunden mit dem Angebot eines Vertragsschlusses zu geänderten Bedingungen

II. Abzugrenzen vom:

- **Direktionsrecht (vgl. § 106 GewO)**
- **Widerrufsvorbehalt** (Prüfung von § 307 BGB)

III. Reaktionsmöglichkeiten des AN auf Änderungskündigung:

1. Hinnahme der gesamten Kündigung

⇒ ArbeitsV endet (wohl fast nie gewollt)

2. Hinnahme der Änderung des ArbeitsV

⇒ Fortsetzung des ArbeitsV zu geänderten Bedingungen

Achtung: Wenn KSchG nicht gilt, ist das die einzig vernünftige Reaktion, es sei denn es greift ein Sonderkündigungsschutz!!!

3. Ablehnung der Änderung

⇒ Änderungsangebot erlischt (§ 146 BGB)

⇒ AN kann sich nur noch gegen die Kdg. als solche wehren („*Änderungskündigungsschutzklage*“ gem. § 4 S.1 KSchG)

Gefahr: Verliert der AN die Klage, ist der ArbeitsV beendet („Alles-oder-Nichts“)

4. Annahme der Änderung unter Vorbehalt nach § 2 KSchG, wenn KSchG gilt

⇒ Änderungsangebot bleibt bestehen (§ 150 II BGB gilt nicht!)

⇒ Klage auf Feststellung, dass Änderung sozial ungerechtfertigt oder aus sonstigen Gründen unwirksam ist („*Änderungsschutzklage*“, § 4 S.2 KSchG)

Vorteil des § 2 KSchG:

⇒ falls AN diese Klage verliert, bleibt wenigstens der ArbV - allerdings dann zu geänderten Bedingungen - bestehen

Teil 16: Anfechtung des Arbeitsvertrages

I. **Anwendbarkeit** ⇒ Anfechtung nicht durch Kündigung verdrängt

II. **Anfechtung gemäß § 123 I BGB:**

1. **Anfechtungsgrund:**

- *Täuschungshandlung*
- *Rechtswidrigkeit* ⇒ „notwehrähnliches“ Recht zur Lüge bei unzulässiger Frage

Tipp: Life&LAW 02/2012, 91 ff.

Tipp: Life&LAW 07/2012, 488 f.

Tipp: Life&LAW 06/2013, 411 ff.

- *Kausalität*
- *Arglist* ⇒ *zumindest bedingter Vorsatz hinsichtlich der Täuschung; Irrtum über Bedeutung der Frage unerheblich*

2. **Kein Ausschluss gemäß § 242 BGB:** Täuschung auch jetzt noch bedeutsam oder vollständig „erledigt“?

3. **Anfechtungserklärung** gemäß § 143 I BGB ⇒ § 102 I BetrVG und § 623 BGB sind nicht analog anwendbar.

4. **Anfechtungsfrist, § 124 BGB:**

⇒ § 626 II BGB analog (-)

III. Anfechtung gemäß § 119 II BGB:

- 1. Anfechtungsgrund:** Verkehrswesentliche Eigenschaft einer Person ?
 - (+), wenn die Arbeitsfähigkeit dauernd erheblich herabgesetzt ist
 - bei Schwangerschaft in der Regel (-); vgl. auch §§ 1, 2 I, 8 I AGG
- 2. Anfechtungsfrist:**

⇒ § 121 BGB wird konkretisiert durch § 626 II BGB analog als **Obergrenze**

IV. Rechtsfolge wirksamer Anfechtung:

- Rückwirkung nach § 142 I BGB wird - soweit eine Invollzugsetzung des Arbeitsvertrages vorliegt – durch die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis korrigiert („faktische ex-nunc-Wirkung“)
- Nach BAG fehlt es an einer Invollzugsetzung, soweit AN nicht / nicht mehr arbeitet
 - ⇒ Rückwirkung nach § 142 I BGB (zumindest) bis zum Moment des Wegfalles der Arbeitskraft

Teil 17: Aufhebungsverträge

Prüfungsschema: Aufhebungsvertrag

I. Wirksames Zustandekommen

1. Einigung gemäß §§ 145 ff BGB

2. Schriftform gemäß § 623 BGB

- Vertragsschluss per Telefax, Email usw. reicht nicht (§ 126 I BGB)
- Unterschriften beider Seiten *auf der selben Urkunde* nötig (§ 126 II BGB)
- Vereinbarung in gerichtlich protokolliertem *Vergleich* (vgl. § 126 IV i.V.m. § 127a BGB)

II. Widerruf nach § 312b I, 312g BGB

- ⇒ AN zwar Verbraucher, aber Aufhebungsvertrag verpflichtet den AN nicht zur Zahlung eines Preises i.S.d. § 312 I BGB
- ⇒ unabhängig vom Ort seines Abschlusses besteht kein Widerrufsrecht nach §§ 312c, 312g, 355 BGB [*aber evtl. Anspruch des AN auf Schadensersatz gem. §§ 280 I, 311 II, 241 II, 249 I BGB auf Vertragsaufhebung*].

Tipp: BAG, Life&LAW 07/2019, 456 ff.!!!

BAG, Life&LAW 11/2022, 744 ff.!!!

III. Anfechtung des Aufhebungsvertrags

1. Anfechtungsgrund gemäß § 123 I BGB

a. Vorliegen einer Drohung

⇒ **Person des Drohenden** ist unerheblich, da § 123 II BGB nur bei Täuschung gilt

b. Widerrechtlichkeit

⇒ (+), wenn *verständiger* AG eine Kündigung ernsthaft nicht *in Erwägung* ziehen *durfte* (dann Inadäquanz von Mittel und Zweck)

Folge: „Eingeschränkte Schachtelprüfung“ der Kündigungschancen des AG (reine *Vertretbarkeitsprüfung*)!

Tipp: BAG, Life&LAW 07/2019, 456 ff.

BAG, Life&LAW 11/2022, 744 ff.

c. Erklärungsfrist gemäß § 124 BGB.

d. Wirkung:

⇒ ArbeitsV gem. § 142 I BGB nie beendet

⇒ daher i.d.R. §§ 611a II, 615 BGB (+) !

2. Anfechtung gemäß § 119 I BGB:

⇒ Irrtum über Konsequenzen bzgl. Arbeitslosigkeit als unbeachtlicher Motivirrtum !

Teil 18: Befristung von Arbeitsverträgen

Befristungskontrolle von Arbeitsverträgen

Achtung: § 14 I TzBfG gilt nur für die Befristung des gesamten Arbeitsverhältnisses und **nicht für die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen**

- befristete Änderung der Arbeitsbedingungen unterliegt aber der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB, wobei allerdings auf die Besonderheiten des Arbeitsrechts angemessen Rücksicht zu nehmen ist, § 310 IV S. 2 BGB
- Voraussetzung ist ein sachlicher Grund

I. Voraussetzungen der Wirksamkeitsüberprüfung einer Befristung:

⇒ Beachtung der materiellen Klagefrist gemäß § 17 S.1 TzBfG (gilt – anders als § 4 KSchG – auch für Formfehler, § 14 IV TzBfG)

II. Schriftform gemäß § 14 IV TzBfG

1. § 14 IV TzBfG gilt auch für *Verlängerung* eines befristeten Arbeitsvertrages

⇒ gerade hier in der Praxis große Gefahr der versehentlichen Missachtung (Verlängerung „per Handschlag“)

⇒ Unterschriften beider Seiten *auf der selben Urkunde* nötig (§ 126 II 1 BGB) oder mehrere Urkunden mit Unterzeichnung auf derjenigen der *anderen* Partei (§ 126 II 2 BGB)

⇒ Erklärung in gerichtlich protokolliertem *Vergleich* reicht, vgl. §§ 126 III, 127a BGB

2. Rechtsfolgen der Verletzung des Schriftformgebots:

⇒ entgegen § 139 BGB ist das ArbeitsV *als unbefristetes wirksam*, § 16 S.1 1.Hs. TzBfG

III. Materielle Wirksamkeitsvoraussetzung

1. Entbehrlichkeit eines sachlichen Grundes gemäß § 14 II, IIa, III TzBfG:

⇒ sog. „erleichterte Befristung“

a. Grundtatbestand von § 14 II TzBfG:

aa. Befristungsgesamtobergrenze

⇒ maximal 2 Jahre, § 14 II S.1, 1.Hs. TzBfG

⇒ dreimalige „**Verlängerung**“ ist möglich (§ 14 II S.1, 2.Hs. TzBfG)

Achtung: Verlängerung nur (+), wenn

- 1.** *vor Ablauf* des zu verlängernden Vertrags vereinbart
- 2.** die Verlängerung schriftlich erfolgt, § 14 IV TzBfG **und (!)**
⇒ *keine Bestätigung gem. § 141 II BGB bei nachträglicher schriftlicher Fixierung*
- 3.** die bisherigen Vertragsbedingungen **nicht verändert** wurden!

cc. **Sperre des § 14 II S.2 TzBfG: Neueinstellung erforderlich**

BAG alt: Das „Verbot der Zuvor-Beschäftigung“ steht nicht entgegen, wenn das Ende des vorherigen ArbV **mehr als 3 Jahre zurückliegt**

BVerfG: Rechtsfortbildung des BAG ist verfassungswidrig (06.06.2018)

BAG neu: § 14 II S. 2 TzBfG ist nur dann verfassungskonform teleologisch zu reduzieren, wenn:

- ⇒ schon sehr lange zurückliegt,
- ⇒ ganz anders geartet war oder
- ⇒ von sehr kurzer Dauer gewesen ist.

- **z.B. geringfügige Nebenbeschäftigungen während der Schul-, Studienzeit oder Familienzeit**
- **Tätigkeit von Werkstudierenden und studentischen Mitarbeitern i.R.d. Berufsqualifizierung**
- **lang zurückliegende Beschäftigungen von Menschen, die sich später beruflich völlig neu orientieren, in Betracht kommen**

Tipp: Life&LAW 08/2019, 531 ff.

Life&LAW 01/2020, 29 ff.

Life&LAW 07/2021, 454 ff.

Aber: Nachträgliche Verkürzung eines befristeten ArbV wegen § 14 II S. 2 TzBfG ohne Sachgrund unzulässig

Tipp: Life&LAW 09/2017, 608 ff.

b. Weitere Erleichterungen:

⇒ bei **älteren AN** (§ 14 III TzBfG)

⇒ bei **Existenzgründern** (§ 14 IIa TzBfG)

2. Prüfung des sachlichen Grundes:

a. Vertretung (§ 14 I S.2, Nr.3 TzBfG bzw. § 21 BEEG):

➤ Zulässig ist auch „**mittelbare Vertretung**“

d.h. der befristet eingestellte AN nimmt andere betriebliche Aufgaben wahr als der ausgefallene Mitarbeiter, der u.U. wiederum von anderen „aufrückenden“ Kollegen ersetzt wird

b. „Eigenart Arbeitsleistung“, § 14 I 2 Nr.4 TzBfG

➤ Befristung wegen Pressefreiheit und Rundfunkfreiheit (Art. 5 I 2 GG) des Verlegers bzw. Senderbetreibers

➤ wegen Religionsfreiheit (Art. 4 I, II GG)

Tip: Life&LAW 01/2025, 10 ff

➤ Fußballprofis („Heinz Müller“-Fall)

Tip: Life&LAW 09/2018, 584 ff

c. „Persönliche Gründe des Arbeitnehmers“ gemäß § 14 I 2 Nr.6 TzBfG:

➤ Wunsch des AN nur, wenn er ein Angebot auf ein unbefristetes AV abgelehnt hätte

d. Sonstige Befristungsgründe (§ 14 I 2 TzBfG nicht abschließend: „insbesondere“)

Bsp.: Fest geplante Betriebsschließung

3. Rechtsfolgen bei *materiell* unzulässiger Befristung:

- a. Entgegen § 139 BGB ist ArbeitsV *als unbefristetes wirksam*, vgl. § 16 S.1 1. Hs. TzBfG
- b. Ordentliche Kdg, *vor* Ablauf der Befristung vom AG nicht zulässig, § 16 S.1, 2.Hs. TzBfG

4. Rechtsfolgen bei zulässiger Befristung:

- a. Arbeitsverhältnis endet automatisch mit dem Ablauf der Frist (§ 15 I TzBfG) bzw. mit Erreichen des vereinbarten Zwecks (§ 15 II TzBfG; z.B. Rückkehr eines Vertretenen)
- b. Vorher ist *ordentliche* Kündigung nur bei entsprechender Vereinbarung möglich (sog. „Höchstbefristung“, § 15 IV TzBfG)

IV. Nachträgliche Befristung eines bislang unbefristeten AV:

⇒ AG muss **Änderungskündigung** erklären

⇒ **doppelte** Wirksamkeitsvoraussetzung:

- Angebotene **Befristung** muss sachlich gerechtfertigt sein (§ 14 II S. 1 TzBfG gilt wegen § 14 II S. 2 TzBfG nicht)
- **Zusätzlich** muss § 1 II und III (i.V.m. § 2) KSchG beachtet sein

Teil 19: Anspruch auf Teilzeitarbeit

1. Voraussetzungen gem. § 8 I, VII TzBfG

- Länger als sechs Monate AN (§ 8 I)
- i.d.R. mehr als 15 AN beschäftigt (§ 8 VII)

2. Prüfung der Frist gem. § 8 II 1 TzBfG

3. Entgegenstehen von betrieblichen Gründen i.S.d. § 8 IV TzBfG:

aa. Wichtig: Die Erheblichkeit der Interessen *des AN* an begehrter Neuregelung (v.a. Kinderbetreuung) ist irrelevant ⇒ **Abwägung** findet **nicht** statt

bb. Prüfung der *hinreichend gewichtigen* betriebliche Gründe zur Ablehnung in 3 Stufen:

(1) Erste Stufe: Welches betriebliche Organisationskonzept liegt der vom AG als erforderlich angesehenen Arbeitszeitregelung zugrunde?

(2) Zweite Stufe: Inwieweit steht dieses Konzept dem Wunsch des AN **entgegen?**

⇒ ist dem AG eine Änderung von Betriebsabläufen oder des Personaleinsatzes zumutbar

(3) Dritte Stufe:

⇒ werden durch den Änderungswunsch des AN die besonderen betrieblichen Belange oder das betriebliche Organisationskonzept *wesentlich* beeinträchtigt (§ 8 IV 2 TzBfG)?

Teil 20: Betriebsübergang, Wiedereinstellung und Weiterbeschäftigung

I. Betriebsübergang, § 613a BGB

1. **Betrieb: Organisatorische Einheit**, innerhalb der ein Unternehmer allein oder in Gemeinschaft mit seinen Mitarbeitern durch sachliche und immaterielle Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt
2. **Betriebsteil:** Anteil von Betriebsmitteln eines Betriebs *mit eigenständiger Organisation und eigenständigen Teilzweck*
3. **Betriebsübergang (nach EuGH):**
 - **Rechtsgeschäft;** muss nicht wirksam sein
 - **Wirtschaftliche Einheit** muss übergehen, sodass der neue Inhaber den Betrieb im wesentlichen unverändert fortführen *kann*

Sound: Übergang der Organisations- und Leitungsmacht

⇒ bloßer **Gesellschafterwechsel** genügt nicht, da sich Identität der unternehmenstragenden Gesellschaft nicht ändert (z.B. Auswechslung des Komplementärs in KG)

⇒ Übernahme eines nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teils des vom Vorgänger zur Erfüllung der Aufgabe eingesetzten *Personals*

oder

⇒ Übertragung relevanter materieller oder immaterieller *Betriebsmittel* (wichtiges Indiz; aber keine Bedeutung, wenn wirtschaftliche Einheit auch ohne solche Betriebsmittel tätig sein kann)

⇒ *Bloße Funktionsnachfolge* genügt dagegen nicht mehr (anders noch EuGH in „Christel-Schmidt“)

➤ **Produktions**betriebe ⇒ es kommt mehr auf die sächlichen Betriebsmittel an

Wem Betriebsmittel gehören, ist irrelevant ⇒ Eigentumsübergang nicht nötig

➤ **Dienstleistungs**unternehmen ⇒ es kommt mehr auf immaterielle Betriebsmittel an (Übernahme der Hauptbelegschaft, know-how etc.)

7-Punkte-Katalog zu § 613a BGB

- 1. Art des Unternehmens**
- 2. Übergang von materiellen Betriebsmitteln**
- 3. Wert der immateriellen Aktiva**
- 4. Übernahme der Hauptbelegschaft**
- 5. Übergang der Kundschaft**
- 6. Ähnlichkeit der Tätigkeit vor und nach der Übernahme**
- 7. Dauer der Unterbrechung der Geschäftstätigkeit**

Kein Betriebsübergang

- 1. Änderung des Betreiberkonzepts**
- 2. Eingliederung in bestehende Erwerbsorganisation**
- 3. Reine Funktionsnachfolge
(„outsourcing“)**

4. Betriebsstillegung/ beabsichtigte Stilllegung:

⇒ betriebsbedingte Kündigung, § 1 II 1 KSchG auch bei *beabsichtigter* Stilllegung möglich (wenn die Umstände schon „greifbare Formen“ angenommen haben)

⇒ maßgeblicher Zeitpunkt: Zugang der Kündigung gem. § 130 BGB

⇒ **§ 613a IV BGB gilt nicht !!!**

Problem: Nach Ausspruch der Kündigung wegen beabsichtigter Stilllegung wird der Betrieb überraschend dennoch veräußert

- § 613a IV bzw. § 242 BGB (-) trotz Wegfall Kündigungsgrund während Frist ⇒ d.h. die Kündigung bleibt wirksam
- Aber: Evtl. *Anspruch auf Wiedereinstellung* aus vertraglicher Nebenpflicht i.V.m. § 242 BGB möglich

⇒ **d.h. grds. kein WEA bei Wegfall nach Ablauf der Kündigungsfrist**

Grund: Anspruch aus vertraglicher Nebenpflicht setzt Bestehen eines Vertrages voraus

- a. **Abwägung des Interesses des AN an Erhaltung des Arbeitsplatzes (Art. 12 I GG) ⇔ Unternehmerische Freiheit des AG (Art. 2 I GG)**
- b. **Überwiegen die Interessen des AG an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, besteht kein WEA**

Beispiel: AG hat im Hinblick auf Beendigung bereits Dispositionen getroffen (Bsp.: bei krankheitsbedingter Kündigung wurde „gutgläubig“ Arbeitsplatz neu besetzt)

Grenze: Treuwidrigkeit des AG, §§ 242, 162 BGB

⇒ *AG nicht schutzwürdig, wenn er die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit treuwidrig vereitelt hat, also z.B. in Kenntnis des Wiedereinstellungsanspruchs des AN die Stelle anderweitig besetzt hat*

Problem: *Gibt es für frei gewordenen Arbeitsplatz mehrere Bewerber, muss analog § 1 III KSchG anhand betrieblicher und sozialer Gesichtspunkte ausgewählt werden*

II. Rechtsfolgen, § 613a BGB

1. Gesetzliche Vertragsübernahme des Arbeitsvertrags gemäß § 613a I 1 BGB

a. Erwerber übernimmt die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag *kraft Gesetzes*

⇒ Beschäftigungszeiten werden angerechnet (wichtig für z.B. § 1 I KSchG; § 622 II BGB)

b. Betriebsveräußerer verliert seine Rechte aus dem Arbeitsvertrag kraft Gesetzes

⇒ aber beschränkte gesamtschuldnerische Weiterhaftung des Alt-AG gem. § 613a II BGB

2. Kündigungsverbot des § 613a IV BGB:

⇒ gilt nur bei **Kündigung wegen** (nicht *anlässlich*) des **Betriebsübergangs (BÜ)**

⇒ (+), wenn BÜ der tragende Grund, nicht nur der äußere Anlass für die Kündigung ist

⇒ betriebsbedingte „Sanierungskündigungen“ i.S.d. § 1 II 1 KSchG auch in dieser Phase grds. möglich, wenn *verbindlicher* Sanierungsplans des Erwerbers vorliegt, der z.Zt. des Zugangs der Kündigung bereits *greifbare Formen* angenommen hat

3. Widerspruchsrecht, § 613a V, VI BGB:

a. Wahrung der Schriftform und Monatsfrist

⇒ AN braucht keinen Grund für Widerspruch

⇒ Widerspruchsfrist läuft nur bei *ordnungsgemäßer Unterrichtung*

b. Rechtsfolgen des Widerspruchs:

aa. Rechtsfolge des § 613a I 1 wird **rückwirkend** verhindert („fehlerhaftes ArbV“ bei neuem Betriebsinhaber)

⇒ häufig Gefahr betriebsbedingter Kündigung durch Altarbeitgeber

bb. Problem: Findet eine uneingeschränkte Sozialauswahl statt, wenn AN willkürlich ohne „berechtigte Gründen“ dem Betriebsübergang widersprochen hat

⇒ Nach BAG ja, da die Sozialkriterien in § 1 III S.1 KSchG abschließend sind

Teil 21: Weiterbeschäftigungsanspruch

I. Ungekündigtes Arbeitsverhältnis

1. Anspruch aus §§ 611a, 613, 242 BGB i.V.m. Art. 2 I, 1 I GG
2. Entfällt nur, wenn AG nicht möglich oder zumutbar, AN zu beschäftigen

II. Anspruch auf Weiterbeschäftigung während Kündigungsschutzprozess

1. Anspruch aus § 102 V BetrVG
2. Allgem. Weiterbeschäftigungsanspruch?

⇒ da nach Kündigung grds. die Interessen des AG vorrangig sind, besteht WBA nur bei:

➤ **offensichtlicher Unwirksamkeit** der Kündigung (§§ 102 I BetrVG, 17 MuSchG)

oder

➤ **Obsiegen des AN** mit der Kündigungsschutzklage **in erster Instanz**

III. Prozessuales: Nach BAG zulässige Klage auf künftige Leistung, § 259 ZPO

⇒ wegen II. 2. wäre es am Besten, den WBA **als unechte Eventualklagenhäufung** zur Kündigungsschutzklage geltend zu machen

Teil 22: Das Arbeitszeugnis

1. **Anspruch auf Zeugniserteilung: § 630 S.4 BGB i.V.m. § 109 GewO**

2. **Unterscheide:**

a. **Einfaches Zeugnis i.S.v. § 630 S.4 BGB i.V.m. § 109 I S.2 GewO** gibt nur Auskunft über die Art und Dauer der Beschäftigung und benennt Person und Beruf des AN

b. **Qualifiziertes Zeugnis i.S.v. § 630 S.4 BGB i.V.m. § 109 I S.3 GewO** beinhaltet zusätzlich eine Gesamtbewertung des Charakters und der Leistung des AN

3. **Anforderungen an korrektes Zeugnis**

a. **Formale Anforderungen:**

- auf Firmenpapier mit Briefkopf ausgestellt
- das Ausstellungsdatum enthalten

b. **Materielle Anforderungen:**

- ⇒ obj. Wahrheitspflicht des AG (gem. § 106 GewO aber Ermessensspielraum)
- ⇒ Grund für die Beendigung des ArbV darf grds. nicht genannt werden

Ausnahme: Grund steht in sachl. Zusammenhang mit Führung und Leistung des AN

- ⇒ Auslassungen dort missbräuchlich, wo drs. positive Ausführungen erwartet werden
- ⇒ kein Anspruch auf eine Abschlussfloskel („Für die Zukunft wünschen wir ...“); vgl. dazu **BAG, Life&LAW 02/2023, 98 ff.!**
- ⇒ Betriebsratstätigkeit des AN darf nur auf ausdrücklichen Wunsch erwähnt werden

Hinweis: AN kann bei Verstoß vom AG Zeugnisberichtigung nach §§ 630 BGB, 109 GewO, 242 BGB verlangen. Daneben Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 280 I, 241 II oder §§ 280 I, II, 286 BGB (bei Verzug des AG mit der Ausstellung) !

4. „Notenstufen“ (in etwa):

Sehr gut = stets zur vollsten Zufriedenheit

Gut = stets zur vollen Zufriedenheit

Befriedigend = zur vollen Zufriedenheit

Ausreichend = zur Zufriedenheit

Ungenügend = hat sich bemüht, den Anforderungen gerecht zu werden/uns zufrieden zu stellen

Teil 23: Das Wettbewerbsverbot

I. Wettbewerbsverbot (WV) während des bestehenden Arbeitsverhältnisses:

⇒ ergibt sich auch *ohne* besondere Vereinbarung für kaufmännische Angestellte aus §§ 60, 61 HGB, im Übrigen als Schutzpflicht aus § 241 II BGB (Treupflicht des AN)

II. WV nach Beendigung des ArbeitsV:

⇒ nachvertragliches WV nur bei *Vereinbarung*

⇒ es gelten für alle AN die Schranken der §§ 74 ff. HGB i.V.m. § 110 GewO:

1. Formelle Voraussetzungen, § 74 I HGB:

⇒ Schriftform i.S.d. § 126 I, II 1 BGB

⇒ Aushändigung einer Urkunde an AN (unterbleibt diese, so hat AN *Wahlrecht*, ob er das WV einhalten will oder nicht)

2. Karenzentschädigung (§ 74 II HGB)

⇒ mind. 50% der letzten Jahresgehälter

3. Beachtung des § 74a HGB:

⇒ max. 2 Jahre zulässig, § 74a I S.3 HGB