

### Fall 9 - Lösung

#### ÜBERSICHT FALL 9

#### A. Rechtsweg und Zuständigkeit

##### I. Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen

⇒ §§ 1, 2 I Nr. 3a (*Weiterbeschäftigungs- + Entgeltfortzahlungsklage*) und § 2 I Nr. 3b (*Kündigungsschutzklage*) i.V.m. §§ 48 ArbGG, 17 ff. GVG

##### II. Örtliche Zuständigkeit

⇒ § 46 II S. 1 ArbGG i.V.m. §§ 12 ff. ZPO

##### 1. §§ 12, 13 ZPO sowie § 21 ZPO hier offen

##### 2. Jedenfalls § 48 Ia ArbGG (+)

##### III. Sachliche Zuständigkeit

⇒ in erster Instanz ist das Arbeitsgericht gem. § 8 I ArbGG zuständig

#### B. Zulässigkeit von A's Klagen

##### I. Ordnungsgemäße Klageerhebung

⇒ §§ 46 II S. 1 ArbGG, 495, 496, 253 ZPO

##### II. Besonderes Feststellungsinteresse, §§ 46 II S. 1 ArbGG, 495, 256 ZPO

⇒ (+), wegen der Präklusionsgefahr gem. §§ 13 I S.2, 4, 7 KSchG

##### III. Nachträgliche Klageerweiterung auf LK (Lohnzahlung)

⇒ zulässig nach § 46 II S. 1 ArbGG i.V.m. §§ 495, 263, 267 ZPO

#### C. Nachträgliche und anf. objektive Klagehäufung

⇒ gem. § 46 II S. 1 ArbGG i.V.m. §§ 495, 260 ZPO i.V.m. § 2 V ArbGG zulässig

#### D. Begründetheit der Klagen des Arm

##### I. Kündigungsschutzklage

⇒ begründet, wenn das wirksame ArbeitsV nicht durch die Kündigung erloschen ist

##### 1. Außerordentliche Kdg. durch R ?

a) *Formwirksame Kündigungserklärung (+), §§ 133, 157; 623 BGB*

b) *Präklusion gem. §§ 13 I S.2, 4, 7 KSchG ?*

⇒ (-), da die 3-Wochen-Frist eingehalten wurde

c) *Betriebsratsanhörung, § 102 I BetrVG ?*

⇒ Ordnungsgemäß durchgeführt (+), Zustimmung nicht erforderlich !

d) *Frist des § 626 II BGB eingehalten (+)*

e) *Wichtiger Grund i.S.d. § 626 BGB ?*

aa) *Diebstahl durch A als wichtiger Grund*

⇒ (+); nach BAG auch bei geringwertigen Sachen, da Wert der Sache nur als Faktor in der Interessenabwägung berücksichtigt wird (a.A. teilweise die Literatur)

bb) *Fortsetzung dem R bis Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist unzumutbar (Abwägung) ?*

(1) *Vorherige Abmahnung erforderlich ?*

⇒ bei Störung im Vertrauensbereich i.d.R. keine Abmahnung erforderlich

(2) *Abwägung im Einzelfall*

- zwar grobe Treuepflichtverletzung, aber geringer Betrag
- keine sonstigen Verfehlungen
- lange Betriebszugehörigkeit
- keine Vertrauensstellung

Die außerordentliche Kündigung nach § 626 BGB ist damit unwirksam!

## Arbeitsrecht

Fall 9 - Lösung - Seite 2

### 2. Umdeutung in ordentliche Kdg., § 140 BGB?

a) Grds. möglich, hier auch in R's Interesse

b) Aber: Nur wirksam, wenn deren Vss'en (+)

⇒ Bei BR-Anhörung kein Hinweis auf hilfswise ordentliche Kündigung, sodass Kdg. gem. § 102 I S.3 BetrVG unwirksam

Die Kündigungsschutzklage ist begründet

### II. Weiterbeschäftigungsanspruch des A ?

#### 1. WBA im ungekündigten ArbeitsV

⇒ Zwar nicht aus § 611a BGB direkt ableitbar, aber aus Gesamtregelung der §§ 611a, 242 BGB i.V.m. Art. 1 I, 2 I GG (aber nur in Grenzen einer Interessenabwägung zwischen AG und AN)

#### 2. WBA nach erfolgter Kdg. während laufender Kündigungsschutzklage

⇒ Nach Rspr. des BAG grds. Anspruch, aber geänderte Interessenlage ist zu berücksichtigen:

⇒ Abwägungspunkte zugunsten des AN sind z.B. die offensichtliche Unbegründetheit der Kündigung oder ein erstinstanzliches Urteil über die Unwirksamkeit der Kündigung

Soweit hier gleichzeitig der Kündigungsschutzklage stattgegeben wird, ist auch die Weiterbeschäftigungsklage begründet

### III. Zahlungsklage des Arm

#### 1. 03.04. - 19.04.

a) Vss'en des § 3 I EFZG grds. (+)

b) Aber auch für vollen Zeitraum ?

⇒ da eine Fortsetzungs Krankheit vorliegt (auf selbem Grundleiden beruhend), besteht gem. § 3 I S.2 EFZG ein Anspruch nur noch für 9 Tage, also bis zum 11.04.

#### 2. 02.04 sowie 20.04 - 23.07

⇒ Anspruch gem. §§ 611a II, 615 S. 1 BGB (+), wenn R im Annahmeverzug gewesen wäre

#### a) Tatsächliches Angebot, § 294 BGB ?

⇒ (-), da A nicht erschienen ist

#### b) Wörtliches Angebot, § 295 BGB ?

⇒ zwar (+), aber erst am 04.04. und im Krankheitszustand, sodass wegen § 297 BGB ein Annahmeverzug des R ausscheidet

#### c) Angebot gem. § 296 BGB überflüssig ?

⇒ Nach BAG gilt nach Kdg. durch den AG § 296 BGB, ohne dass der AN nach Ablauf seiner befristeten krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit seine Leistungsbereitschaft deutlich machen muss

#### 3. 12.04. - 19.04.

⇒ Kein Anspruch aus §§ 611a II, 615 S. 1 BGB wegen § 297 BGB

Ergebnis: Für den 02.04. - 11.04. sowie den 20.04. - 23.07. ist die Lohnzahlungsklage begründet

### LÖSUNG FALL 9

#### A. Rechtsweg und Zuständigkeit

##### 1. Rechtswegzuständigkeit

A hat Klage vor dem Arbeitsgericht Würzburg erhoben. Dieses müsste zuständiges Gericht sein.

Bei der Frage, ob die Gerichte für Arbeitssachen zuständig sind, handelt es sich nicht um eine Frage der sachlichen Zuständigkeit, sondern um eine solche nach dem Rechtsweg (Beachte: § 48 I ArbGG).

Ob die Gerichte für Arbeitssachen zuständig sind, ergibt sich aus den §§ 2, 2a und 3 ArbGG. Dabei handelt es sich um eine abschließliche, abschließend enumerative Zuständigkeitsregelung.

Für die Feststellung des Fortbestehens seines Arbeitsverhältnisses mit R ergibt sich die Zuständigkeit des ArbG aus §§ 2 I Nr. 3b, 8 ArbGG. A ist bei R als Dreher beschäftigt und damit Arbeitnehmer im Sinne des § 5 I ArbGG. Der Rechtsstreit befindet sich auch im ersten Rechtszug, § 8 ArbGG.

Hinsichtlich der Weiterbeschäftigungsklage und der Entgeltfortzahlungsklage ergibt sich die Zuständigkeit aus § 2 I Nr. 3a ArbGG.

Somit ist das Arbeitsgericht zuständig, es entscheidet gem. § 2 V ArbGG im Urteilsverfahren nach den §§ 46 ff. ArbGG.

##### 2. Sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts

Gem. § 8 I ArbGG ist in der 1. Instanz das Arbeitsgericht sachlich zuständig, da für den vorliegenden Streitgegenstand nichts anderes bestimmt ist.

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

Am 16.08.2015 ist das Tarifautonomiestärkungsgesetz in Kraft getreten. Seitdem gibt es im **Beschlussverfahren** in der ersten Instanz die Zuständigkeit des Landesarbeitsgerichts für Überprüfung der Wirksamkeit der Allgemeinverbindlichkeitserklärung eines Tarifvertrages, §§ 2a Abs. 1 Nr. 5, 98 Abs. 2 ArbGG, sodass § 8 I ArbGG sprachlich angepasst wurde („soweit nicht ein anderes bestimmt ist“).

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

##### 3. Örtliche Zuständigkeit

Das ArbGG enthält keine besondere Regelung über die örtliche Zuständigkeit. § 46 II S. 1 ArbGG bestimmt, dass insoweit die Bestimmungen der ZPO entsprechende Anwendung finden. Einschlägig sind hier die §§ 12 ff. ZPO.

a) Das ArbG Würzburg wäre dann örtlich zuständig, wenn R in Würzburg seinen allgemeinen Gerichtsstand hätte, § 12 ZPO.

Der allgemeine Gerichtsstand bestimmt sich gem. § 13 ZPO i.V.m. § 7 BGB. Der Sachverhalt lässt offen, ob R seinen Wohnsitz in Würzburg hat.

b) Die Frage kann dahingestellt bleiben, wenn der besondere Gerichtsstand gem. § 21 I ZPO eingreift. § 21 ZPO ist für Klagen des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber (AG) anwendbar.

Auch dann wäre das ArbG Würzburg örtlich zuständig. Der Betrieb des R befindet sich in Würzburg. § 21 ZPO setzt jedoch voraus, dass jemand zum Betriebe einer Fabrik eine Niederlassung hat.

§ 21 ZPO will dem Kläger die Möglichkeit geben, die Gegenpartei statt in deren allgemeinen oder sonstigen besonderen Gerichtsständen am Ort ihrer Niederlassung zu verklagen, um so die Rechtsverfolgung zu erleichtern.

Da der SV keine Anhaltspunkte dahingehend enthält, dass es sich bei dem Würzburger Betrieb um eine Niederlassung handelt, scheidet § 21 I ZPO aus.

c) Jedenfalls ergibt sich die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts Würzburg aus **§ 48 Ia ArbGG.<sup>1</sup>**

Die Zuständigkeit nach § 48 Ia ArbGG bestimmt sich grds. nach dem gewöhnlichen Arbeitsort (S. 1), in Ermangelung eines solchen nach dem Ort, von dessen Bezirk aus der Arbeitnehmer seine Arbeit verrichtet.

Danach ist das ArbG Würzburg örtlich zuständig.

<sup>1</sup> Vgl. hierzu auch TYROLLER, Das Gesetz zur Änderung des Arbeitsgerichtsgesetzes, **Life&Law 6/2008, 410 ff.**

## Arbeitsrecht

Fall 9 - Lösung - Seite 4

### B. Zulässigkeit der Klagen des A

#### 1. Parteifähigkeit/Prozessfähigkeit

A und R sind gem. §§ 46 II S. 1 ArbGG, 50 I ZPO parteifähig, gem. §§ 51, 52 ZPO prozessfähig.

#### 2. Ordnungsgemäße Klageerhebung

Über §§ 46 II S. 1 ArbGG, 495 ZPO findet § 253 ZPO Anwendung. Vor dem ArbG besteht kein Anwaltszwang (§ 11 ArbGG).

#### 3. Feststellungsinteresse

- a) A begehrt u.a. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis (AV) durch die Kündigung nicht aufgelöst worden ist.

Bei der **Kündigungsschutzklage** gem. §§ 13 I S. 2, 4 S. 1 KSchG handelt es sich um eine Feststellungsklage i.S.d. § 256 ZPO.

Sie ist also nicht eine selbständige, eigene Klageart neben den drei generellen Klagearten. An ihrem Charakter als Feststellungsklage ändert auch die Tatsache nichts, dass ihr auch gestaltende Momente anhaften, nämlich dass eine Heilung nach § 7 KSchG bei rechtzeitiger Klageerhebung nicht eintritt.

**Anmerkung:** Nach dem BAG (punktuellem Streitgegenstandsbegriff) ist Streitgegenstand der Kündigungsschutzklage die Auflösung des AV zu dem sich aus der Kündigung ergebenden Endzeitpunkt. Mit dieser Kündigungsschutzklage kann der AN eine weiter gehende Klage nach § 256 ZPO verbinden mit dem Antrag festzustellen, dass das AV fortbesteht. Darüber hinaus wird ein solcher kombinierter Antrag auch zur Vermeidung von Streukündigungen anerkannt<sup>2</sup>.

Damit neben einer Kündigungsschutzklage auch eine allgemeine Feststellungsklage als erhoben betrachtet werden kann, fordert das BAG, dass die Auslegung des Antrags ergeben muss, dass es dem AN gerade (auch) selbständig auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses ankommt, er also gegenüber der Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG einen erweiterten Streitgegenstand anhängig machen will. Dies ist nicht anzunehmen, wenn nur floskelhaft die Folgen einer erfolgreichen Kündigungsschutzklage formuliert werden.

*Befasst sich die Antragsbegründung ausschließlich mit der Frage, ob eine ganz bestimmte Kündigung wirksam ist, kann regelmäßig eine selbständige allgemeine Feststellungsklage nicht angenommen werden.*

#### b) Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen

Grundsätzlich muss für die Feststellungsklage ein besonderes Feststellungsinteresse des Klägers bestehen.

Bei der Kündigungsschutzklage gilt diesbezüglich eine Besonderheit:

Das besondere Feststellungsinteresse ergibt sich schon daraus, dass der AN innerhalb der 3-Wochenfrist des § 4 S.1 KSchG klagen muss, um nicht mit seinem Vorbringen ausgeschlossen zu sein. (§§ 13 I S.2, 7 1.Hs. KSchG)

#### 4. „Klagefrist“

Nach h.M. ist die Frist des § 4 KSchG eine materiell-rechtliche Ausschlussfrist und **keine die Zulässigkeit der Klage betreffende Frist**. (Grund: Wortlaut des § 7 KSchG: rechtswirksam)

#### 5. Nachträgliche Klageerweiterung

Die nachträgliche Klageerweiterung auf eine Leistungsklage ist zulässig gem. §§ 46 II S. 1 ArbGG i.V.m. 495, 263, 267 ZPO.

**Ergebnis:** Die Klagen des R sind zulässig.

### C. Klagenhäufung gemäß § 260 ZPO?

- I. Die Weiterbeschäftigungsklage und die Lohnzahlungsklage können im Wege objektiver anfänglicher und nachträglicher Klagenhäufung zusammen mit der Kündigungsschutzklage erhoben werden, §§ 46 II S. 1 ArbGG, 495, 260 ZPO.

- II. Gleiches gilt für die Lohnzahlungsklage, hinsichtlich derer eine nachträgliche objektive Klagenhäufung vorliegt, § 260 ZPO.

**Beachte:** § 263 ZPO ist im Rahmen der Zulässigkeit, § 260 ZPO hingegen als Verfahrensfrage zwischen Zulässigkeit und Begründetheit zu erörtern.

## Arbeitsrecht

Fall 9 - Lösung - Seite 5

### D. Begründetheit der Klagen

I. Die Kündigungsschutzklage ist dann begründet, wenn zwischen A und R ein Arbeitsverhältnis bestand und dies nicht durch die Kündigung vom 01.04. wieder erloschen ist.

1. Zwischen A und R ist ein wirksamer Arbeitsvertrag geschlossen worden, § 611a I BGB. Damit ist das AV begründet worden.

2. Das AV könnte durch außerordentliche Kündigung seitens des R beendet worden sein, § 626 I BGB. Dann müsste eine solche wirksam erklärt worden sein:

a) Kündigungserklärung:

(1) Der R hat dem A am 01.04. erklärt, „dass er auf die Dienste eines Diebes verzichten könne“.

Darin könnte eine außerordentliche Kündigung zu sehen sein.

Eine ausdrückliche Bezeichnung der Erklärung als Kündigung ist nicht erforderlich.

Allerdings muss aus der Erklärung für den Kündigungsempfänger eindeutig hervorgehen, dass das AV zu einem bestimmten Zeitpunkt beendet werden soll.

Es muss auch eindeutig zum Ausdruck kommen, dass es fristlos beendet werden soll, also eine außerordentliche Kündigung ausgesprochen wird.

Die Auslegung der Erklärung des R (§§ 133, 157 BGB analog) ergibt, dass eine außerordentliche Kündigung gewollt und auch so von A zu verstehen war.

(2) Die Kündigung bedarf aber grundsätzlich der Schriftform gemäß § 623 BGB. Diese ist hier eingehalten worden (Schreiben!).

b) **Präklusion gem. §§ 13 I S.2, 7 1.Hs. KSchG ?**

Ob die außerordentliche Kündigung überhaupt gerechtfertigt ist, könnte dahinstehen, wenn eine Präklusion gem. §§ 13 I S.2, 4 S.1, 7 KSchG eingetreten wäre, da dann die Wirksamkeit fingiert würde.

A hat jedoch Klage innerhalb der 3-Wochenfrist erhoben, sodass ein Fehlen eines wichtigen Grundes nicht geheilt werden konnte.

### c) Anhörung des Betriebsrates (BR)

Grundsätzlich ist eine außerordentliche Kündigung wirksam, ohne dass es der Mitwirkung anderer Stellen bedarf.

Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn im Betrieb ein BR vorhanden ist, § 102 I BetrVG. Danach ist der BR vor jeder Kündigung zu hören, ansonsten ist die Kündigung unwirksam, § 102 I S.3 BetrVG.

Im Betrieb des R bestand ein Betriebsrat. Diesem hat R Mitteilung von der beabsichtigten Kündigung gemacht. Die Mitteilung ist nur dann wirksam, wenn dem BR die Art der Kündigung, Personalien, Gründe und beabsichtigter Entlassungszeitpunkt dargelegt werden. Dies hat R getan, damit ist die Anhörung ordnungsgemäß durchgeführt worden.

Einer Zustimmung des BR bedarf es nicht! (Ausnahme § 103 BetrVG)

**Exkurs:** Beachte aber die Bedeutung des Widerspruchs des Betriebsrats für den Fall des § 102 V S.1 BetrVG: ist dieser bei einer ordentlichen Kündigung wirksam ausgesprochen und vom AN Kündigungsschutzklage erhoben, muss der AG den AN bis zum Ergehen eines rechtskräftigen Urteils weiter beschäftigen, wenn nicht eine Ausnahme nach § 102 V S.2 Nr.1-3 BetrVG vorliegt.

### d) Kündigungserklärungsfrist, § 626 II BGB

Die außerordentliche Kündigung muss gem. § 626 II S.1 BGB spätestens 2 Wochen nach Bekanntwerden der maßgebenden Tatsachen erklärt werden. Die Erklärungsfrist ist eine Ausschlussfrist, ihr Versäumnis führt zur Unwirksamkeit einer dennoch ausgesprochenen Kündigung.

R hat am 27.03. von dem Diebstahl des A Kenntnis erlangt. Am 01.04. hat er ihm außerordentlich gekündigt. Damit wurde die Frist des § 626 II BGB eingehalten.

**Beachte:** Die dreitägige Anhörungsfrist nach § 102 II BetrVG verlängert oder hemmt die 2-Wochenfrist nicht<sup>3)</sup>

Problematisch ist die Kündigungserklärungsfrist bei Verdacht einer Straftat. Der Diebstahlsverdacht reicht als wichtiger Grund i.S.d. § 626 I BGB, aber schwierig ist die Bestimmung des Zeitpunktes, ab dem die 2 - Wochenfrist zu laufen beginnt.

## Arbeitsrecht

Fall 9 - Lösung - Seite 6

**Zur Verwertbarkeit von heimlichen Videoaufzeichnungen des Arbeitgebers in Verkaufsräumen bei Verdacht von Straftaten durch Arbeitnehmer lesen Sie unbedingt BGA Life&Law 2004, 97 ff. = NZA 2003, 1193 ff.**

- e) Vorliegen eines wichtigen Grundes i.S.d. § 626 I BGB

Ob die außerordentliche Kündigung des A wirksam war, hängt damit davon ab, ob ein wichtiger Grund i.S.d. des § 626 I BGB vorliegt.

- aa) A hat am 27.03. 5 Liter Diesel in den Tank seines Pkw gefüllt und damit einen Diebstahl gem. § 242 StGB begangen.

Die Tat richtete sich gegen das Eigentum des R. Damit hat A eine strafbare Handlung begangen. Die Begehung ist unstreitig und nachgewiesen. Bei einem Vermögensdelikt, das gegen den Dienstberechtigten gerichtet war, handelt es sich grundsätzlich immer um einen wichtigen Grund<sup>4</sup>.

Eine strafrechtliche Verurteilung ist keine Voraussetzung.

- bb) Fraglich ist, ob auch die Entwendung geringwertiger Sachen des AG geeignet ist, einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 I BGB darzustellen.

- (1) Nach dem BAG ist dies der Fall. Auch die Entwendung geringwertiger Sachen stelle an sich einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 I BGB dar<sup>5</sup>.

Allerdings müsse eine konkrete Interessenabwägung vorgenommen werden, bei der die konkreten Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen seien, um festzustellen, ob ein solches Verhalten ausreiche, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen.

- (2) Nach a.A. ist bei der Frage, ob ein wichtiger Grund i.S.d. § 626 I BGB vorliegt, auf die Höhe des Wertes des Gegenstandes abzustellen, der bei einem Diebstahl entwendet worden ist.

- (3) Mit der h.M. ist davon auszugehen, dass auch die Entwendung geringwertiger Sachen einen Kündigungsgrund i.S.d. § 626 I BGB darstellt.

Mit dem BAG ist eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen, um festzustellen, ob dem AG die Fortsetzung des AV noch zugemutet werden kann.

Für diese Ansicht spricht, dass sie eine sachgerechtere Behandlung von Einzelfällen ermöglicht, ohne die Lösung bei der Wertungsfrage zu suchen, ob die Sache geringwertig war oder nicht.

- f) Damit ist durch eine Interessenabwägung zu klären, ob dem R die Fortsetzung des AV noch zumutbar ist.

Ein Umstand ist nur dann geeignet, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen, wenn er sich überhaupt konkret auf das AV auswirkt. Das bedeutet, dass die Fortsetzung des AV durch objektive Umstände, insb. das Verhalten des Gekündigten, im Vertrauensbereich der Parteien beeinträchtigt sein muss<sup>6</sup>. Dabei kann eine fristlose Kündigung nur dann gerechtfertigt sein, wenn durch dieses Verhalten das Vertrauensverhältnis so stark gestört worden ist, dass eine Fortsetzung des AV nicht mehr zumutbar scheint.

- (1) Der AN ist aufgrund seiner vertraglichen Treupflicht gehalten, von seinem AG und dessen Betrieb, soweit es ihm möglich und zumutbar ist, Schaden abzuwenden. Hier hat A die Straftat im Beschäftigungsbetrieb des R begangen, es ist somit von einer Störung des Vertrauensverhältnisses auszugehen<sup>7</sup>.

- (2) Bei der vorzunehmenden Interessenabwägung ist auch zu berücksichtigen, ob der AN sich andere Vermögensdelikte zu Lasten des AG zuschulden kommen ließ. Dies ist hier nicht der Fall, A hatte noch zu keinen Beanstandungen Anlass gegeben.

- (3) Weiter ist nach Ansicht des BAG<sup>8</sup> auch die Dauer der Betriebszugehörigkeit zu berücksichtigen. Eine lange Betriebszugehörigkeit ohne gleichartige Beanstandungen kann es für den AG im Hinblick auf die bisher geleisteten Dienste und die Auswirkungen einer fristlosen Kündigung auf den AN zumutbar erscheinen lassen, das AV, jedenfalls noch bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist, fortzusetzen.

<sup>4</sup> PALANDT, § 626 BGB, Rn. 48

<sup>5</sup> BAG, NZA 2000, 421 = Life&Law 2000, 472

<sup>6</sup> BAG, NZA 1985, 286

<sup>7</sup> Für Straftat in vom Beschäftigungsbetrieb getrennten Betrieb des AG vgl. BAG, NZA 1985, 286

<sup>8</sup> NZA 1985, 288

## Arbeitsrecht

Fall 9 - Lösung - Seite 7

Dies gilt auch dann, wenn sich der AN ohne zumindest subjektiv entschuld bare Gründe zu einer vorsätzlichen Schädigung des Eigentums seines AG hinreißen lässt<sup>9</sup>.

- (4) Auch hat A keine Vertrauensstellung inne, wie es z.B. bei einem Kassierer der Fall ist, sodass berechnete Zweifel an der Eignung für seine vertraglich geschuldete Tätigkeit begründet wären.
- (5) Danach liegt angesichts der 13-jährigen Betriebszugehörigkeit des A kein für die Interessenabwägung so erhebliches Fehlverhalten vor, dass von einer Unzumutbarkeit der Fortsetzung des AV nicht ausgegangen werden kann.
- g) Im Ergebnis liegen damit die Voraussetzungen des § 626 I BGB nicht vor, sodass nicht von einer wirksamen außerordentlichen Kündigung ausgegangen werden kann.

**Anmerkung:** Hier hätte auch eine Abmahnung ausgesprochen werden müssen, wenn man davon ausgeht, dass es zwar um eine Störung im Vertrauensbereich geht, gleichzeitig aber ein steuerbares Verhalten des AN vorliegt und eine Wiederherstellung des Vertrauens wohl erwartet werden kann.<sup>10</sup> Es hätte dann die obige Prüfung auch schon bei der Frage nach dem Erfordernis der Abmahnung durchgeführt werden können.<sup>11</sup>

3. Möglicherweise könnte jedoch das AV durch eine **ordentliche Kündigung** seitens des R beendet worden sein.

A wendet sich gegen die Auflösung des AV überhaupt, damit ist auch die Beendigung durch ordentliche Kündigung zu prüfen.

- a) Da R eine ordentliche Kündigung nicht ausdrücklich erklärt hat, kommt eine solche nur dann in Betracht, wenn die unwirksame außerordentliche Kündigung nach § 140 BGB in eine wirksame ordentliche Kündigung zum nächstmöglichen Kündigungstermin umgedeutet werden kann.

**Anmerkung:** Eine ordentliche Kündigung kann nicht im Wege einer Auslegung (§§ 133, 157 BGB) angenommen werden, ein unwirksames Rechtsgeschäft kann nicht durch Auslegung zu einem wirksamen gemacht werden.

Hier hilft nur eine Umdeutung, sofern das andere Rechtsgeschäft in seinen materiellen Wirkungen und formellen Voraussetzungen in dem nichtigen enthalten ist. Eine unwirksame ordentliche Kündigung kann nicht in eine außerordentliche umgedeutet werden, da diese kein Minus darstellt.

Voraussetzung für eine Umdeutung ist jedoch, dass, für den Erklärungsempfänger erkennbar, seitens der AG bei Kenntnis von der Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung eine ordentliche ausgesprochen worden wäre.

Hier ist sowohl von einem entsprechenden Willen des R auszugehen als auch davon, dass es für den A erkennbar war, dass sich R auf jeden Fall von ihm trennen wollte.

- b) Allerdings kann eine unwirksame außerordentliche Kündigung nur dann in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden, wenn diese auch wirksam wäre:

Dies wäre nur dann der Fall, wenn der AG den BR bei der Anhörung gem. § 102 I BetrVG darauf hingewiesen hätte, dass die beabsichtigte außerordentliche Kündigung hilfsweise als ordentlich gelten soll.

Die Umdeutung ist somit nur dann möglich, wenn der AG im Anhörungsverfahren deutlich darauf hinweist, dass hilfsweise eine ordentliche Kündigung gewollt ist. Ansonsten scheidet die Umdeutung an § 102 I S.3 BetrVG.

Ein solcher Hinweis ist seitens des R im Anhörungsverfahren nicht erfolgt, vielmehr hat er den BR nur zu einer fristlosen Kündigung gehört. Damit konnte der BR die Kündigung gar nicht unter dem Gesichtspunkt einer ordentlichen Kündigung prüfen. Grundsätzlich muss der AG auch die für die ordentliche Kündigung geltende Äußerungsfrist von einer Woche (§ 102 II S.1 BetrVG) einhalten; dies gilt nur dann nicht, wenn der BR schon vorher eine abschließende Stellungnahme sowohl zur außerordentlichen als auch vorsorglich zur ordentlichen Kündigung abgibt bzw. vorbehaltlos zustimmt<sup>12</sup>. Hier ist dies nicht der Fall.

<sup>9</sup> BAG, NZA 1985, 288

<sup>10</sup> BAG, NZA 1997, 1281

<sup>11</sup> Vgl. dazu auch die **BAG NZA 2006, 98 ff. und 977 ff.**, wonach das Surfen im Internet auf Pornoseiten während der Arbeitszeit einen außerordentlichen Kündigungsgrund darstellen kann. Zusammenfassend zur Kündigung wegen privater Internetnutzung ist gut zusammengefasst im Aufsatz von KRAMER in NZA 2007, 1338 ff.

<sup>12</sup> BAG, NZA 1985, 287

## Arbeitsrecht

Fall 9 - Lösung - Seite 8

c) **Ergebnis:** Die Umdeutung ist nicht möglich. Auch durch eine ordentliche Kündigung ist das AV nicht aufgelöst worden.

II. Hinsichtlich des **Weiterbeschäftigungsanspruchs** ist die Klage dann begründet, wenn dem A überhaupt ein Anspruch auf Beschäftigung gegen R zusteht und dieser Anspruch auch während des Kündigungsschutzprozesses durchgesetzt werden kann.

1. Nach dem Wortlaut des § 611a II BGB hat der AN nur einen Anspruch auf Lohnzahlung. Auch in sonstigen gesetzlichen Regelungen ist ein allgemeiner Beschäftigungsanspruch des AN nicht vorgesehen.

Dennoch wird von Rechtsprechung und h.L. ein allgemeiner Beschäftigungsanspruch des AN bejaht.

Nach der grundlegenden Entscheidung des BAG<sup>13</sup> ist der AN während des Bestehens des AV im Hinblick auf den Persönlichkeitsschutz der Art. 1, 2 GG zu beschäftigen. Eine Freistellung von der Arbeit unter Fortzahlung des Entgelts ist danach ohne Zustimmung des AN nur vorübergehend und bei besonders schutzwürdigem Interesse des AG zulässig.

Dem hat sich die Rechtsprechung des BAG in der Folgezeit angeschlossen und gleichfalls einen Beschäftigungsanspruch bejaht (so auch h.M. in der Lit.).

Nach Ansicht des BAG<sup>14</sup> gilt dies grundsätzlich auch bei Ausspruch einer ordentlichen Kündigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist. Zwar geben die §§ 611a ff. BGB keinen Aufschluss darüber, ob den AG aus dem AV die Pflicht trifft, den AN bei Angebot seiner Arbeitsleistung zu beschäftigen, allerdings sei Rechtsgrundlage eines solchen Beschäftigungsanspruches allein das Arbeitsvertragsrecht.

Der Anspruch sei abzuleiten aus §§ 611a, 242 BGB, wobei § 242 BGB durch Art. 1, 2 GG auszufüllen sei.

Auch aus § 615 BGB lasse sich nicht zwingend folgern, dass ein Beschäftigungsanspruch des AN ausgeschlossen sei.

Für die Anerkennung eines solchen allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruches spreche auch die Regelung in § 102 V BetrVG.

Es könne nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber dem gekündigten AN mehr Rechte einräumen wolle, als der vorher im ungekündigten AV hatte.

*Zur Abgrenzung zwischen dem spezialgesetzlichen Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 V BetrVG und dem allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch vgl. Sie bitte BAG, NZA 1999, 1154.*

Allerdings müsse der allgemeine Beschäftigungsanspruch dort zurücktreten, wo überwiegende schützenswerte Interessen des AG entgegenstehen, da der AG aus Treu und Glauben nicht verpflichtet sei, die Interessen des AN ohne Rücksicht auf seine schützenswerten Interessen zu fördern<sup>15</sup>.

2. Fraglich ist, ob dieser allgemeine Beschäftigungsanspruch auch für die Zeit gilt, in der das AV in einem Kündigungsprozess streitig ist.

a) Nach der früheren Ansicht des BAG bestand ein Anspruch des AN auf tatsächliche Beschäftigung grundsätzlich nur für die Zeit, in der es unangefochten bestand.

Das war bei einer ordentlichen Kündigung bis zum Ende der Kündigungsfrist, im Falle der außerordentlichen Kündigung bis zu deren Zugang.

Für die Zeit danach wurde ein Anspruch auf Beschäftigung abgelehnt. Einen Sonderfall stelle jedoch § 102 V BetrVG dar.

Aus dieser Vorschrift lasse sich entnehmen, dass ein Beschäftigungsanspruch während des Kündigungsstreits nur unter engen Voraussetzungen anzuerkennen sei.

Allerdings bejahte das BAG eine Verpflichtung des AG zur Weiterbeschäftigung dann, wenn es sich um eine offensichtlich unwirksame oder missbräuchliche Kündigung handelte.

Dies sei z.B. dann der Fall, wenn sich die Nichtigkeit der Kündigung unmittelbar aus dem Gesetz ergebe, z.B. bei Nichtanhörung des BR gem. § 102 BetrVG oder § 103 BetrVG.

Im Fall ist von einer solchen offensichtlich unwirksamen Kündigung nicht auszugehen:

Ob ein wichtiger Grund vorliegt, bedarf einer umfassenden richterlichen Würdigung.

<sup>13</sup> BAGE 2, 221

<sup>14</sup> BAG NJW 1977, 215; NZA 1985, 702

<sup>15</sup> Z.B. Auftragsmangel, Wahrung von Betriebsgeheimnissen, vgl. BAG, NZA 1985, 703

## Arbeitsrecht

Fall 9 - Lösung - Seite 9

Es handelt sich nicht um eine unmittelbar aus einer verletzten Rechtsnorm herzuleitende Rechtsfolge.

Insoweit wäre der geltend gemachte Weiterbeschäftigungsanspruch unbegründet.

Die Klage des A wäre diesbezüglich abzuweisen oder gem. §§ 148 ZPO, 46 II ArbGG auszusetzen.

- b) Nach Ansicht des Großen Senats des BAG<sup>16</sup> schließt die Regelung des § 102 V BetrVG einen allgemeinen Beschäftigungsanspruch des gekündigten AN bis zum Abschluss des Kündigungsprozesses nicht aus.

Allerdings dürfe nicht unberücksichtigt bleiben, dass nach Kündigung und eingereichter Kündigungsschutzklage sich die Interessenlage der Arbeitsvertragsparteien im Hinblick auf eine weitere tatsächliche Beschäftigung des AN verändere.

Das beiderseitige Risiko des ungewissen Prozessausgangs darf gem. § 242 BGB nicht außer Acht gelassen werden.

Von einer Verschiebung der Interessenlage sei aber dann nicht auszugehen, wenn es sich um eine offensichtlich unwirksame Kündigung handele, d.h. wenn sich jedem Kundigen die Unwirksamkeit geradezu aufdrängen muss.

In diesen Fällen stehe dem Weiterbeschäftigungsanspruch des AN kein überwiegendes Interesse des AG entgegen.

Abgesehen von diesem Fall ergibt sich aus dem Prozessrisiko ein schützenswertes Interesse des AG, den gekündigten AN für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses nicht zu beschäftigen.

Eine Änderung der Interessenlage tritt jedoch auch dann ein, wenn im Kündigungsprozess ein die Instanz abschließendes Urteil ergeht, das die Unwirksamkeit der Kündigung und damit den Fortbestand des AV feststellt. Dann sei zumindest eine erste, wenn auch nicht endgültige Klärung der Rechtslage zugunsten des AN eingetreten.

Dann begründen nur noch zusätzliche, den AN besonders belastende Umstände (z.B. Verdacht des Verrats von Betriebsgeheimnissen) ein überwiegendes Interesse des AG, den AN nicht zu beschäftigen. Da im Fall weder offensichtliche Unwirksamkeit noch ein erstinstanzliches Urteil vorliegen, bestünde insoweit kein Anspruch auf Weiterbeschäftigung.

Es reicht jedoch aus, wenn die Kündigungsschutzklage entscheidungsreif ist und das ArbG gleichzeitig feststellt, dass das AV durch die Kündigung nicht aufgelöst worden ist<sup>17</sup>.

Geht man hier davon aus, dass eine gleichzeitige Feststellung erfolgen wird, so ist die Klage bzgl. der Weiterbeschäftigung begründet<sup>18</sup>.

### III. Begründetheit hinsichtlich der Zahlungsklage

Da A im Zeitraum nach der Kündigung arbeitsunfähig krank war, ist zu differenzieren:

1. **Hinsichtlich der Zeit der Arbeitsunfähigkeit vom 03.04. bis 19.04.** könnte ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung gem. § 3 I EFZG bestehen.

Wird ein AN arbeitsunfähig krank, so wird er gem. § 275 I BGB von seiner Arbeitsleistung frei. Grundsätzlich müsste er nach den Regeln über den gegenseitigen Vertrag gem. § 326 I S.1, 1.Hs. BGB auch seinen Anspruch auf die Vergütung verlieren.

Da das Arbeitsverhältnis jedoch ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis ist, das gegenseitige Treue- und Fürsorgepflichten enthält, ist der AG im Krankheitsfalle i.d.R. zur Vergütungsfortzahlung verpflichtet, § 3 EFZG.

Dazu müsste der AN nach Beginn der Beschäftigung an der Erbringung der Arbeitsleistung ohne sein Verschulden durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit verhindert gewesen sein, § 3 I S.1, III EFZG.

- a) Die Anwendbarkeit ergibt sich aus § 1 I, II EFZG.
- b) A ist nach Beginn seiner Beschäftigung erkrankt, das AV war auch nicht durch Kündigung beendet worden (vgl. oben).
- c) A müsste infolge Krankheit arbeitsunfähig geworden sein.

Krankheit bedeutet dabei, dass der AN außerstande sein muss, die vertragsgemäße Arbeit zu verrichten oder er die Arbeit nur fortsetzen kann in der Gefahr, seinen Gesundheits- oder Krankheitszustand zu verschlechtern<sup>19</sup>.

Dabei muss die Krankheit als Ursache die Arbeitsunfähigkeit herbeiführen.

<sup>16</sup> BAG, NZA 1985, 704

<sup>17</sup> BAG, NZA 1985, 709

<sup>18</sup> Vgl. BAG, NZA 1990, 696

<sup>19</sup> BAG, NJW 1983, 2659

## Arbeitsrecht

Fall 9 - Lösung - Seite 10

Bei einem Bandscheibenleiden des A handelt es sich um eine Krankheit i.d.S., die zur Arbeitsunfähigkeit führt.

- d) Den A dürfte hinsichtlich des Verhinderungsgrundes kein Verschulden treffen.

Bei diesem Verschulden handelt es sich um ein Verschulden gegen sich selbst.

Nur eine leichtsinnige, unverantwortliche Selbstgefährdung oder ein grober Verstoß gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartende Verhalten ist verschuldet<sup>20</sup>.

Für ein Verschulden des A bestehen keine Anhaltspunkte.

- e) Damit ist grundsätzlich ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung gem. § 3 I S.1 EFZG entstanden. Die Höhe des fortzuzahlenden Entgelts richtet sich nach dem Lohnausfallprinzip, § 4 I EFZG.

- f) Fraglich bleibt jedoch, ob A für den vollen Zeitraum vom 03.04. bis 19.04. Lohnfortzahlung beanspruchen kann. Für die Fälle, in denen der Arbeiter infolge **derselben Krankheit** wiederholt arbeitsunfähig wird, enthält § 3 I S.2 EFZG eine Einschränkung:

Wird der Arbeiter innerhalb von 12 Monaten infolge derselben Krankheit wiederholt arbeitsunfähig krank, so hat der Arbeiter wegen sämtlicher Zeiten seiner Arbeitsunfähigkeit innerhalb des 12-Monatszeitraums nur Anspruch auf Lohnfortzahlung für die Dauer von längstens 6 Wochen (= 42 Kalendertage).

Dies gilt jedoch nur dann, wenn der Arbeiter zwischen den einzelnen krankheitsbedingten Fehlzeiten nicht für mindestens 6 Monate arbeitsfähig war.

Der Zeitraum von 12 Monaten, innerhalb dessen der Arbeiter wegen derselben Krankheit nur Entgeltfortzahlung bis zur Dauer von 6 Wochen beanspruchen kann, ist vom Eintritt der ersten krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit an zu berechnen.

Zu prüfen ist deshalb, ob A infolge derselben Krankheit arbeitsunfähig geworden ist. Dabei ist zwischen wiederholten und Fortsetzungskrankheiten zu entscheiden.

Wiederholte Erkrankungen sind auch dann gegeben, wenn es sich um medizinisch völlig neue Erkrankungen handelt, auch wenn sie dasselbe Organ betreffen (z.B. für zwei grip-pale Infekte).

Hier erwächst jeweils der Fortzahlungsanspruch für die Dauer von 6 Wochen neu (dies gilt allerdings dann nicht, wenn die zweite Krankheit bereits während der ersten eintritt, dann kann nur die laufende 6-Wochenfrist ausgeschöpft werden).

**Anmerkung:** Zur Behandlung des *Zusammentreffens einer bereits bestehenden Krankheit mit einer anderen, die sich später als Fortsetzungserkrankung herausstellt* vgl. BAG, NZA 1993, 973.

Bei dem Bandscheibenleiden des A könnte es sich aber um eine Fortsetzungskrankheit handeln. Diese ist dann gegeben, wenn die Krankheiten auf demselben Grundleiden beruhen. Unerheblich ist, ob das Grundleiden ausgeheilt war oder nicht. Im Fall ist von einer Fortsetzungskrankheit des A auszugehen, damit greift die Regelung des § 3 I S.2 Entgeltfortzahlungsg ein.

Da die erneute Krankheit des A innerhalb des 12-Monatszeitraumes eingetreten ist und er noch keine 6 Monate seit der letzten Krankheit gearbeitet hat, konnte nur ein Lohnfortzahlungsanspruch von insgesamt 42 Tagen entstehen.

**Beachte:** War der wiederholt an demselben medizinisch nicht ausgeheilten Grundleiden arbeitsunfähig erkrankte Arbeiter zwischenzeitlich mindestens 6 Monate nicht infolge derselben Krankheit arbeitsunfähig, so ist die spätere Arbeitsunfähigkeit neue Krankheit i.S.d. Arbeitsrechts. Ob er innerhalb der 6-Monatsfrist tatsächlich gearbeitet hat oder anderweitig erkrankt war, spielt keine Rolle.

Nach dem SV war A vom 20.02. bis 24.03. und vom 03.04. bis 19.04. arbeitsunfähig krank. Das entspricht 50 Kalendertagen.

Da aber nur insgesamt 42 Tage Lohnfortzahlung nach § 3 I S.2 EFZG zu leisten ist, besteht der Anspruch für die 2. Krankheitsperiode nur bis zum 11.04., also 9 Tage lang.

- g) Bezüglich des Lohnfortzahlungsanspruchs steht dem R auch kein Leistungsverweigerungsrecht gem. § 7 Nr.1 EFZG zu.

<sup>20</sup> PALANDT, § 616 BGB, Rn. 10; vgl. zum Verstoß gegen Unfallverhütungsvorschriften (Nichtanlegen des Gurts) BAG, NJW 1982, 1013

## Arbeitsrecht

Fall 9 - Lösung - Seite 11

Grundsätzlich ist der AN nach § 5 I EFZG verpflichtet, dem AG eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung innerhalb von 4 Tagen vorzulegen.

Dieser Pflicht ist A auch nachgekommen, da er versucht hat, die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung dem R zukommen zu lassen. Weigert sich der AG, die Bescheinigung anzunehmen, so hat der Arbeiter seine Pflicht erfüllt.

**Ergebnis:** A kann Lohnzahlung gem. § 3 I EFZG vom 03.04. bis 11.04. verlangen.

**2. Hinsichtlich des 02.04., sowie für die Zeit vom 20.04. bis 23.07.** könnte dem A ein Lohnanspruch gem. §§ 611a II, 615 S. 1 BGB zustehen.

a) Nach § 615 BGB hat der AG die vereinbarte Vergütung fortzuzahlen, wenn er in Annahmeverzug gerät.

**Anmerkung:** § 615 BGB ist keine selbständige Anspruchsgrundlage, sondern bewirkt, dass, abweichend vom Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“, der Vergütungsanspruch aus § 611a II BGB erhalten bleibt.

b) Die Voraussetzungen des Annahmeverzugs richten sich auch für das AV nach den §§ 293 ff. BGB.

aa) Dem A war die Erbringung der Arbeitsleistung in der fraglichen Zeit möglich, und das AV bestand fort. Danach steht § 297 BGB einem Annahmeverzug nicht entgegen, da ein erfüllbares AV bestand.

bb) Grundsätzlich müsste A gem. § 294 BGB seine Leistung tatsächlich angeboten haben, d.h. er müsste sich zur rechten Zeit an den vereinbarten Arbeitsort begeben und versuchen, die nach dem Vertrag geschuldete Arbeit zu verrichten. Das hat A im Fall nicht getan.

cc) Nach § 295 BGB genügt jedoch ein wörtliches Angebot, wenn der Gläubiger erklärt hat, er werde die Leistung nicht annehmen, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist.

Das BAG ist schon früher davon ausgegangen, dass in der fristlosen Kündigung des AG die Erklärung zu sehen ist, er nehme die Arbeitsleistung für die Zukunft nicht mehr an.

In dem erkennbaren Protest gegen die Kündigung, insbesondere der Erhebung der Kündigungsschutzklage, wurde dann ein wörtliches

Angebot gesehen, wenn der AN arbeitsfähig und -willig war.

Dieses wirkt aber jedenfalls für den 02.04. nicht zurück, und als A am 19.04. Kündigungsschutzklage erhob, war er noch krank, sodass fraglich erscheint, ob ein wirksames Angebot vorliegt oder nicht.

Bei einer fristlosen Kündigung hat die Rechtsprechung bisher auf ein wörtliches Angebot dann verzichtet, wenn die Form der Kündigung es dem AN unzumutbar machte, der Kündigung zu widersprechen.

Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn die Kündigung mit einem Hausverbot verbunden sei, da dann der AG die Weiterbeschäftigung ernsthaft und endgültig verweigere<sup>21</sup>.

Evtl. könnte hier in der Äußerung des R, „A habe im Betrieb nichts mehr zu suchen“, ein Hausverbot liegen. Dies kann jedoch dahingestellt bleiben:

dd) Das BAG hat nämlich seine Rechtsprechung zugunsten des AN nochmals konkretisiert und erklärt bei fristloser Kündigung jedes Angebot, also auch das wörtliche, für entbehrlich.

Zu dieser Lösung kommt es aber nicht über § 295 BGB, sondern über die Anwendung des § 296 BGB.

Nach Ansicht des BAG besteht die nach dem Kalender bestimmte Mitwirkungshandlung, die § 296 BGB fordert, darin, dass der Arbeitgeber dem AN einen funktionsfähigen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen und ihm Arbeit zuzuweisen hat<sup>22</sup>.

Da A am 02.04. arbeitsfähig war, ist R mangels Mitwirkungshandlung für den 02.04. gem. §§ 293, 296 BGB in Annahmeverzug geraten.<sup>23</sup>

ee) Fraglich ist, ob R auch für die Zeit vom 20.04. bis 23.07. in Annahmeverzug geraten ist.

Nach der alten Rspr. des BAG geriet der AG dann nicht in Annahmeverzug, wenn der AN zum Zeitpunkt der Kündigung oder später leistungsunfähig war oder wurde.

<sup>21</sup> BAGE 28, 233

<sup>22</sup> BAG, NJW 1993, 2637

<sup>23</sup> Vom 03.04. bis 19.04. konnte R mangels Arbeitsunfähigkeit des A nicht in Verzug geraten, vgl. § 297 BGB, so dass insoweit ein Anspruch ausscheiden würde!

## Arbeitsrecht

Fall 9 - Lösung - Seite 12

Da in diesem Falle dem AG das Ende der Arbeitsunfähigkeit nicht erkennbar sei, müsse der AN nach seiner Genesung den AG auffordern, ihm Arbeit zuzuweisen.

Diese Auffassung ist vom BAG inzwischen für den Fall der befristeten Arbeitsunfähigkeit aufgegeben worden, wenn der AN dem AG durch Erhebung einer Kündigungsschutzklage oder sonstigen Widerspruch gegen die Kündigung seine weitere Leistungsbereitschaft deutlich gemacht hat. Argumentation: Die Kenntnis von der Leistungsfähigkeit ist keine Tatbestandsvoraussetzung i.R.v. §§ 296, 297 BGB<sup>24</sup>.

Aber selbst wenn man sich der alten Rspr. anschließen wollte, würde man hier ebenfalls Annahmeverzug bejahen können.

Hat nämlich der AG dem AN eindeutig erklärt, dass er ihn auch nach Ende der Arbeitsunfähigkeit nicht weiter beschäftigen werde, gibt er zu erkennen, dass er auf die Mitteilung einer erneuten Leistungsbereitschaft des AN keinen Wert legt, eine Aufforderung seitens des A wäre dann nur noch bloße Förmerei.

R ist auch somit in der Zeit vom 20.04. bis 23.07. in Annahmeverzug geraten.

**Ergebnis:** Die geltend gemachte Lohnforderung besteht vom 02.04. bis 11.04. und vom 20.04. bis 23.07. Im Übrigen ist die Klage unbegründet.

**Gesamtergebnis:** Das ArbG wird feststellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst wurde, den R verurteilen, den A weiter zu beschäftigen und dem A für den oben genannten Zeitraum den Lohn zu zahlen.

### Arbeitsanleitung:

Zur Frage des wichtigen Grundes lesen Sie auch **BAG, Life&Law 04/2015, 243 ff.**

Eine sexuelle Belästigung i.S.v. § 3 IV AGG stellt nach § 7 III AGG eine Verletzung vertraglicher Pflichten dar. Auch verbale Belästigungen können eine schwere Pflichtverletzung darstellen; sie bewegen sich nicht generell in einem „weniger gravierenden Bereich“ des durch § 3 IV AGG aufgezeigten Spektrums.

Sexuelle Belästigung ist „an sich“ als wichtiger Grund i.S.v. § 626 I BGB geeignet (sog. „1. Stufe“ des § 626 I BGB).

*Ob die sexuelle Belästigung im Einzelfall zur außerordentlichen Kündigung berechtigt, ist abhängig von den Umständen des Einzelfalls, u.a. von ihrem Umfang und ihrer Intensität (sog. „2. Stufe“ des § 626 I BGB).*

*Ein einmaliger Busengrapscher kann bei maximaler Reue des Arbeitnehmers eine außerordentliche Kündigung u.U. nicht rechtfertigen.*

### **Zusatzfälle zur formularvertraglichen Vertragsstrafenvereinbarung im Arbeitsrecht<sup>25</sup>**

#### **Sachverhalt Nr. 12<sup>6</sup>**

*Die Flink soll im Kaufhaus Krumm als Verkäuferin beschäftigt werden. In dem schriftlichen Formulararbeitsvertrag wurde folgende formelmäßige Vereinbarung getroffen:*

*„§ 11. Tritt der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis nicht an, so hat der Arbeitnehmer an den Arbeitgeber eine Vertragsstrafe in Höhe eines Bruttomonatslohnes zu zahlen. Der Arbeitgeber kann einen weiter gehenden Schaden geltend machen.“*

*„§ 12. Die Frist zur ordentlichen Kündigung beträgt für beide Seiten in den ersten 6 Monaten (Probezeit) 2 Wochen.“*

*Nachdem F die Stelle nicht angetreten hat, klagt K die Vertragsstrafe von einem Monatsgehalt ein.*

*Ist die Klage begründet?*

#### **Lösung des Zusatzfalles Nr. 1**

*Die Klage wäre begründet, wenn K einen Anspruch gegen die F aus der Vertragsstrafe haben würde:*

*I. Grds. kann nach § 339 BGB eine Vertragsstrafe wirksam für den Fall vereinbart werden, dass der Schuldner eine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt.*

*Abreden über Vertragsstrafen können aber im Einzelfall gegen arbeitsrechtliche Gesetze oder arbeitsrechtliche Grundsätze und Schutzprinzipien verstoßen und deshalb unwirksam sein.*

*II. Bedenken könnten sich daraus ergeben, dass die Vertragsstrafenabrede in einem formelmäßigen Arbeitsvertrag getroffen wurde.*

<sup>25</sup> Vgl. dazu HEMMER/WÜST, Arbeitsrecht, Rn. 409b

<sup>26</sup> BAG, NZA 2016, 945 ff.; BAG Life&Law 2004, 671 ff. = NZA 2004, 727 ff.

<sup>24</sup> DB 1990, 2073 ff.; BAG, NJW 1993, 2637

## Arbeitsrecht

Fall 9 - Lösung - Seite 13

Hieraus folgt evtl. die Unwirksamkeit nach § 309 Nr. 6 BGB, weil gem. § 310 IV S.2 BGB diese Vorschrift anwendbar ist.

Das **BAG** hat die Zulässigkeit entsprechender Vertragsstrafenabreden im Arbeitsrecht in einer sehr sorgfältig begründeten Entscheidung nicht generell verneint.

1. Zunächst hat das BAG zutreffend festgestellt, dass die „Besonderheiten des Arbeitsrechts“ auch bei den Klauselverboten ohne Wertungsmöglichkeit (§ 309 BGB) angemessen zu berücksichtigen sind, § 310 IV S.2 BGB.

Entgegen der teilweise vertretenen Rechtsprechung<sup>27</sup> und Literaturansicht<sup>28</sup> findet § 309 Nr. 6 BGB damit nicht „ungefiltert“, d.h. uneingeschränkt Anwendung. Es sei absolut nicht erkennbar, warum die Berücksichtigung arbeitsrechtlicher Besonderheiten bei § 309 BGB ausgeschlossen sein solle. Im Gegenteil soll § 310 IV S.2 BGB nach der Gesetzesbegründung gerade im Blick auf spezielle Klauselverbote gelten. Auch nach dem Wortlaut der Norm sei § 309 BGB nicht ausgeklammert. Vielmehr sei es gerade der Sinn, die Einschränkung des § 310 IV S.2 BGB hierauf anzuwenden.

2. Fraglich ist nun aber, was zu den Besonderheiten des Arbeitsrechts alles zählt.

a) Nach e.A. soll es Besonderheiten nur bei Sonderarbeitsverhältnissen im kirchlichen Bereich oder in Tendenzunternehmen geben<sup>29</sup>.

Dies lehnt das BAG zu Recht als mit dem Wortlaut der Norm unvereinbar ab.

b) Nach a.A. sollen diese Besonderheiten nur rechtliche und nicht tatsächliche Besonderheiten sein können<sup>30</sup>.

c) Ob die tatsächlichen Besonderheiten der Vertragsparteien tatsächlich nicht berücksichtigt werden können, hat das BAG mittlerweile bejaht.<sup>31</sup>

Als Besonderheit des Arbeitsrechts hat das BAG den Umstand angesehen, dass ein Arbeitnehmer zur Erbringung der Arbeitsleistung gemäß § 888 III ZPO nicht durch Zwangsgeld oder Zwangshaft angehalten werden kann.

Nach § 888 III ZPO kann die Vollstreckung eines Urteils auf Leistung von Diensten aus einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis nicht durch Zwangsgeld oder -haft herbeigeführt werden.

Der AG hat einen klagbaren Anspruch auf die Arbeitsleistung des AN. Wenn dieser einer entspr. Verurteilung nicht Folge leistet, kann er nach § 61 II ArbGG zur Zahlung einer Entschädigung verurteilt werden.

Gerade aus dem Umstand, dass Klagen auf Arbeitsleistung nur zu einem Zahlungstitel nach § 61 II ArbGG führen können, erwächst nach dem BAG ein legitimes Interesse des AG an der zusätzlichen Sicherung seines Anspruches durch eine Vertragsstrafenabrede.

Dies umso mehr, als auch die Vertragsstrafe nur zu einer Vermögenseinbuße führe, wie sie das Gesetz bereits in § 61 II ArbGG vorsehe.

Aus § 888 III ZPO ergibt sich daher eine arbeitsrechtliche Besonderheit, wobei es unschädlich ist, dass diese Norm auch bei der Herstellung des ehelichen Lebens und der Leistung von Diensten anwendbar ist.

Es genügt, dass sich die Anwendung der Norm im Arbeitsrecht auswirkt<sup>32</sup>.

III. Vertragsstrafenversprechen, die den Arbeitnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen, sind aber unwirksam (§ 307 BGB). Diese Unangemessenheit kann auch in einem Missverhältnis zwischen der Pflichtverletzung und der Höhe der Vertragsstrafe begründet sein.

Im Umkehrschluss aus § 12 II Nr. 2 BBiG sowie aus § 75c HGB folge aber, dass im Arbeitsrecht nicht generell die Vertragsstrafe eine unangemessene Benachteiligung darstelle.

Eine Vertragsstrafe von einem Bruttomonatsgehalt ist ein generell geeigneter Maßstab und grundsätzlich auch nicht zu hoch.

Allerdings ist eine Vertragsstrafe für den Fall des Nichtantritts der Arbeit angesichts einer zweiwöchigen Kündigungsfrist in Höhe eines vollen Bruttomonatsgehalts regelmäßig zu hoch.

Wer sich rechtmäßig mit einer Frist von 2 Wochen vom Vertrag lösen kann, darf nicht zur Zahlung eines Bruttomonatsgehalt verpflichtet werden.<sup>33</sup>

Dies führt zur Unwirksamkeit der Vertragsstrafenregelung gem. § 307 I S.1 BGB.

27 LAG Düsseldorf in NZA 2003, 382 ff.

28 BIRNBAUM in NZA 2003, 944 [950]

29 BIRNBAUM in NZA 2003, 944 [946]

30 Wohl h.L.; vgl. THÜSING in NZA 2002, 591 [592].

31 **BAG Life&Law 2006, 19 ff.** = NJW 2005, 3305 ff.

32 BAG NZA 2004, 727 [731].

33 BAG NZA 2004, 727 [734]

## Arbeitsrecht

Fall 9 - Lösung - Seite 14

*Eine Herabsetzung der Vertragsstrafe ist nicht möglich, da es sich dabei um eine unzulässige geltungserhaltende Reduktion handeln würde. Auch § 343 BGB kann nicht herangezogen werden, da diese Vorschrift ja nur bei wirksam vereinbarten Vertragsstrafen anwendbar ist.<sup>34</sup>*

**Ergebnis:** Die Klage der K ist unbegründet.

### Sachverhalt Nr. 2<sup>35</sup>

Bernd Stromberg arbeitet als Ressortleiter bei der „Capitol“-Versicherung für den Bereich Schadensregulierung, Buchstaben M bis Z.

*In § 12 des Formulararbeitsvertrages ist folgendes vereinbart: „Tritt der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis nicht an, löst er das Arbeitsverhältnis unter Vertragsbruch oder wird der Arbeitgeber durch schuldhaft vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses veranlasst, so hat der Arbeitnehmer an den Arbeitgeber eine Vertragsstrafe in Höhe von einem ½ Brutto-Monatsgehalt zu zahlen. Der Arbeitgeber kann einen weitergehenden Schaden geltend machen.“*

*Die Capitol AG kündigt Stromberg außerordentlich, weil Stromberg eine minderjährige Auszubildende aufgefordert hatte, ihm „Gras“ zu besorgen.*

*Muss Stromberg die Vertragsstrafe zahlen.*

### Lösung des Zusatzfalles Nr. 2

**I. Die Vertragsstrafenklausel ist nicht nach § 309 Nr. 6 BGB unwirksam.**

**1.** Zum einen ist die Klausel wegen der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten, § 310 IV 2 BGB gerechtfertigt (s.o.).

**2.** Außerdem greift das Vertragsstrafenverbot des § 309 Nr. 6 BGB schon vom Wortlaut her nicht ein. Nach dieser Bestimmung besteht ein Klauselverbot in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wenn „dem Verwender für den Fall der Nichtabnahme oder verspäteten Abnahme der Leistung, des Zahlungsverzugs oder für den Fall, dass der andere Vertragsteil sich vom Vertrag löst, Zahlung einer Vertragsstrafe versprochen wird“.

*Hier geht es jedoch um eine Vertragsstrafe, weil der Arbeitgeber (Verwender) durch schuldhaft vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses veranlasst wurde. Deshalb gilt nach dem ausdrücklichen Wortlaut das Verbot des § 309 Nr. 6 BGB für eine solche Vertragsstrafenabrede gerade nicht.*

*Zwar wird vereinzelt vertreten, dass über den Wortlaut der Norm hinaus im Arbeitsrecht sämtliche Vertragsstrafenabreden unwirksam seien, weil das gesetzliche Unbilligkeitsurteil nicht nur die für den Fall des Vertragsbruchs verwirkten erfasse.*

*Dem ist das BAG zu Recht nicht gefolgt, weil damit zum einen § 310 IV 2 BGB unberücksichtigt bliebe und weil zum anderen § 307 BGB anwendbar bleibt, so dass gar keine Regelungslücke vorliegt<sup>36</sup>.*

**II. Die Vertragsstrafenklausel benachteiligt den Arbeitnehmer aber entgegen Treu und Glauben und ist daher nach § 307 BGB unwirksam. Dabei ist zum Schutz des Arbeitnehmers ein strenger Maßstab anzulegen.**

*Unangemessen ist jede Beeinträchtigung eines rechtlich anerkannten Interesses des Arbeitnehmers, die nicht durch begründete und billigenwertige Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt ist oder durch gleichwertige Vorteile ausgeglichen wird.*

*§ 12 des Arbeitsvertrages ist unabhängig von der Höhe der Vertragsstrafe (vgl. dazu Zusatzfall 1) schon deshalb unwirksam, weil er hinsichtlich des Grundes der Verwirkung der Vertragsstrafe zu unbestimmt ist und inhaltlich eine unangemessene Benachteiligung des Klägers enthält.*

*Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist (§ 307 I 2 BGB).*

*Das bedeutet, dass die Bestimmung die Angemessenheit und Zumutbarkeit erkennen lassen muss.*

*Die vorliegende Vertragsstrafenabrede ist schon wegen mangelnder Bestimmtheit unwirksam. Die Formulierung „schuldhaft vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers, das den Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses veranlasst“, ist nicht klar und verständlich, weil die Pflichtverletzungen nicht hinreichend bestimmt sind.*

<sup>34</sup> BAG NZA 2004, 727 [734]; BAG NZA 2006, 35 ff.

<sup>35</sup> BAG NZA 2005, 1053 [1054].

<sup>36</sup> NZA 2005, 1053 [1054].

*Die vereinbarte Vertragsstrafe muss nämlich nicht nur die zu leistende Strafe, sondern auch die sie auslösende Pflichtverletzung so klar bezeichnen, dass sich der Versprechende in seinem Verhalten darauf einstellen kann.*

*Die Regelung muss erkennen lassen, welche konkreten Pflichten durch sie tatsächlich gesichert werden sollen.*

*Im Übrigen ist die vorliegende Vertragsstrafenregelung hinsichtlich des Verwirkungsgrundes zu weit gefasst und damit auch als solche inhaltlich unangemessen. Die Vertragsstrafe darf nicht in erster Linie zur bloßen Schöpfung neuer, vom Sachinteresse des Verwenders losgelöster Geldforderungen eingesetzt werden, da es hierfür am berechtigten Interesse des Arbeitgebers fehlt.*

*Bei einem schuldhaften vertragswidrigen Verhalten, das den Arbeitgeber zu einer fristlosen Kündigung veranlasst, wird der Interessenausgleich in erster Linie durch die Möglichkeit der fristlosen Kündigung des Arbeitgebers herbeigeführt.*

*Eine darüber hinausgehende Bestrafung des Arbeitnehmers durch die Vertragsstrafe kann nur durch Verletzung weiterer schutzwürdiger Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt sein, so z.B. durch bestimmte Eigentums- oder Vermögensverletzungen durch den Arbeitnehmer.*

*Für eine Vertragsstrafe, die durch jegliches schuldhaftes vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers, das den Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung veranlasst, verwirkt wird, fehlt es am berechtigten Interesse des Arbeitgebers. Eine solche Abrede zielt auf die Absicherung aller vertraglichen Pflichten und enthält damit eine unangemessene „Übersicherung“.*

**Rechtsfolge:** *Die Vertragsstrafenregelung ist gemäß § 307 I BGB unwirksam<sup>37</sup>.*

<sup>37</sup> **Wichtig:** Das BAG hat ausdrücklich klargestellt, dass von der Unwirksamkeit nicht die Vertragsstrafenregelung in § 12 des Arbeitsvertrags erfasst wird, soweit sie an den Nichtantritt des Arbeitsverhältnisses oder Lösung des Arbeitsverhältnisses unter Vertragsbruch anknüpft. Die unzulässige Vertragsstrafenregelung wegen schuldhaft vertragswidrigen Verhaltens des Arbeitnehmers kann ohne weiteres aus § 12 des Arbeitsvertrags herausgestrichen werden, wobei die restliche Regelung nach dem „blue-pencil-test“ verständlich und wirksam bleibt.