

Übersicht zur Rechtsprechung in der Life & Law von 2011 bis 2017

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

<http://www.lifeandlaw.de>

- Heft online lesen
 - Archiv
- [per eMail registrieren lassen]*

**Alle BAG-Entscheidungen in der Life&LAW
aus 2011 / 2012 / 2013 / 2014 / 2015 /
2016 / 2017 inkl. zweier Aufsätze aus
2009 und 2012 und einer Übersicht zur
Einfügung des § 3a EFZG**

<http://www.hemmer-aktuell.de/>

- Lernmaterial
- Zivilrecht
- PDF-Link (rechts) zum Runterladen
einer RAR-Datei

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
- ⇒ §§ 46 II S. 1 ArbGG, 29 ZPO
- ⇒ § 48 Ia ArbGG

3. Sachliche Zuständigkeit, § 8 I ArbGG

⇒ seit 16.08.2014 regelt § 8 I ArbGG die sachliche Zuständigkeit, wobei grds. in der 1. Instanz die Arbeitsgerichte zuständig sind¹

Daher: Sachliche Zuständigkeit in Klausur ansprechen und auf § 8 I ArbGG stützen!

II. Zulässigkeit der Klage

1. Zulässigkeit der Feststellungsklage

a) Ordnungsgemäße Klageerhebung

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

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

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

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

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) richtet sich nach richterlichem Ermessen (vgl. § 287 ZPO).

⇒ unbestimmter Antrag daher 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 Arbeitsverträgen¹

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 Tarifbindung ¹zeitlich, ²fachlich und ³räumlich anwendbar sein.

¹ Vgl. hierzu zusätzlich die ausführlichen Extra-Übersichten!

- 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. Kurze Ausschlussfristen:

Tipp: Life and Law 3/2012, 172 ff.

Life and Law 12/2016, 843 ff.

c. Widerrufsvorbehalt:

Tipp: Life and Law 8/2012, 569 ff.

Tipp: Life and Law 8/2012, 612 f.

d. Freiwilligkeitsvorbehalte:

e. Stichtagsklauseln:

Tipp: BAG, NZA 2014, 368 ff.

VI. Rechtsfolge einer Klauselunwirksamkeit nach § 307 ff BGB:

⇒ Unwirksamkeit der Klausel / Verbot geltungserhaltender Reduktion

⇒ Sonderproblem bei Altfällen, wenn die Klausel früher zulässig war

Teil 3: Entgeltfortzahlung an Feiertagen und im Krankheitsfall

Anspruchsgrundlage: § 3, 3a EFZG

Auch hier gilt Anspruch auf Zahlung des Mindestlohnes (seit 01.01.17: 8,84,- € brutto pro Stunde, § 1 MiLoV¹)!

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

- 1. Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses am *jeweiligen* Krankheitstag**
- 2. Ausnahme: § 8 I EFZG**, wenn vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses an wenigstens einem Tag ein Anspruch aus § 3 I EFZG bestanden hat
- 3. Beginn erst nach 4-wöchiger Karenzfrist, § 3 III EFZG**
- 4. Arbeitsunfähig krank** ⇒ Beweislast bei AN
- 5. Monokausalität der Krankheit für **Ausfall der Arbeit****
- 6. Verschulden des Arbeitnehmers**
⇒ *grobes* Verschulden gegen *sich selbst* Einwendung des Arbeitgebers

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

7. Dauer der Zahlungspflicht, § 3 I EFZG:

⇒ bei längerer Arbeitsunfähigkeit infolge mehrerer Erkrankungen ist eine Abgrenzung zwischen Fortsetzungs- und Wiederholungserkrankung erforderlich

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 !!!**

7. Leistungsverweigerungsrecht, § 7 EFZG

Tipp: Life and Law 5/2013, 337 ff.

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

9. Unabdingbarkeit, § 12 EFZG:

⇒ Verfall aufgrund wirksamer Ausschlussfristen ist aber möglich

Teil 4: Entgeltfortzahlung bei persönlicher Ver- hinderung

1. Anspruchserhaltende Norm ist hier § 616 BGB

⇒ die Anspruchsgrundlage bleibt aber § 611a II BGB

Auch hier gilt Anspruch auf Zahlung des Mindestlohnes (seit 01.01.17: 8,84,- € brutto pro Zeitstunde, § 1 MiLoV¹)!

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

⇒ § 616 BGB ist Ausnahmegesetz 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 Mindestlohnanpassungsverordnung vom 15.11.2016

Teil 5: Entgeltfortzahlung im Mutterschutz

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

1. AG schuldet durchschnittliches Arbeitsentgelt 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 durchschnittliches 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: § 611a II BGB ⇒
§ 615 S.1 BGB selbst ist **nur Anspruchserhaltungsnorm** [MiLoG gilt; lesen Sie hierzu **BAG, Life&Law 12/2015, 891 ff.!**]

1. Bestehen eines Arbeitsvertrages

2. Möglichkeit der Arbeitsleistung (vgl. etwa § 297 BGB)

a. Bestehen der Arbeitspflicht

⇒ (-), bei Freistellungsvereinbarung

b. Leistungsfähigkeit

c. Leistungsbereitschaft

3. Vorliegen oder Entbehrlichkeit eines Angebots des Arbeitnehmers

⇒ wörtliches Angebot nach § 295 BGB reicht

a. Kündigungsschutzklage genügt für § 295 BGB

b. § 296 BGB

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

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

➤ bei vertragswidriger Freistellung

c. Bei Krankheit des AN *während* Kündigung:
Anzeige der Wiedergenesung nach BAG
nicht nötig

⇒ *bis Genesung* gilt aber § 297 BGB

⇒ Anzeige der Leistungsbereitschaft ist aber erforderlich (z.B. Kündigungsschutzklage)

4. **Höhe der Zahlungspflicht wie bei § 611a II BGB: Lohnausfallprinzip**

⇒ auch Überstunden, die in der fraglichen Phase geleistet worden *wären*

5. **Anrechnung gemäß § 615 S.2 BGB bzw. gemäß § 11 KSchG**

⇒ v.A.w. zu berücksichtigende Einwendung in Form einer **Anrechnung**, nicht Aufrechnung

a. **Abgrenzung:**

aa. **§ 11 KSchG ist lex specialis für:**

➤ *die sozialwidrige ord. Kdg nach beabsichtigter Entlassung, d.h. erst für die Zeit nach Ablauf der Kdgs.-frist (vgl. Wortlaut: „für die Zeit nach der Entlassung“)*

➤ *unwirksame ao. Kdg., § 13 I 5 KschG*

➤ *die sittenwidrige Kündigung, § 13 II KSchG*

bb. § 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.)]*

b. 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
- ⇒ Anrechnung auch möglich, wenn die Beschäftigungsmöglichkeit bei *demselben* Arbeitgeber besteht

6. Verjährung nach §§ 195, 199 BGB

- ⇒ Kündigungsschutzklage hemmt Verjährung nicht (**BAG, Life and Law 1/2016, 23 ff.**)

Teil 7: 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. Arbeitnehmereigenschaft, §§ 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, § 125 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 4/2016, 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*

Tipp: Life& Law 2/2013, 101 ff.

b. Sonderfälle:

- aa.** Bei Teilurlaub nach § 5 Ia BUrlG *zusätzliche* Übertragungsmöglichkeit gem. § 7 III 4
- *Übertragung auf das gesamte nächste Kalenderjahr auch ohne Grund,*
 - *Notwendigkeit einer Willenserklärung („Verlangen“)*

bb. § 17 II BEEG bzw. § 17 S.2 MuSchG als Spezialregelungen zu § 7 III BUrlG beachten

c. Rechtsfolge des Verfalls:

⇒ Freistellung wird wegen Erlöschens des Urlaubsanspruchs unmöglich, § 275 I BGB

III. Urlaubsabgeltung gemäß § 7 IV BUrlG:

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

⇒ Ausschlussfrist erfasst Abgeltungsanspruch

Tipp: Life & Law 3/2012, 172ff.

1. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

2. Bestehen eines Anspruchs auf Urlaubsgewährung

- Ende des ArbV
- Bestehen eines Urlaubsanspruches bei Beendigung des ArbV
- Verfall gem. § 7 III BUrlG galt nach früherer Rechtsprechung des BAG für den Anspruch aus § 7 IV BUrlG
- ⇒ nach Aufgabe der verfehlten Surrogatsrechtsprechung des BAG ist § 7 III BUrlG nicht mehr auf Abgeltung anzuwenden!

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

Urlaubsverfall bei Krankheit

Sachverhalt: Resturlaub aus dem Jahre 2011; fort-dauernde Erkrankung des AN ab November 2011.

Wann verfällt der Urlaub aus 2011?

- 31.12.2011** Kein Verfall nach § 7 III 1 BUrlG bereits wg. Wortlaut des § 7 III 2 BUrlG (persönliche Gründe)
- 31.03.2012** Verfall nach Wortlaut des § 7 III 3 BUrlG eigentlich (+), aber Nichtanwendung in europarechtskonformer Auslegung. ⇒ Folge: „Verschmelzung“ mit dem Urlaub des Jahres 2012!
- 31.12.2012** Verfall nach § 7 III 1 BUrlG, *wenn* vorher Erteilung möglich war. Bei weiterer Fortdauer der Erkrankung: *erneute* Anwendung von § 7 III 2 BUrlG.
- 31.03.2013** Verfall des Urlaubs *aus 2011* nach § 7 III 3 BUrlG *ohne* weitere Einschränkung, also auch bei immer noch anhaltender Arbeitsunfähigkeit!

IV. Anspruch auf Schadensersatz wegen Verfalls des Urlaubs:

1. Anspruchsgrundlage: §§ 280 I, III, 283

⇒ Verfall bewirkt *rechtliche Unmöglichkeit*, § 275 I: Leistungshandlung (Freistellungserklärung) möglich, aber nicht mehr der Erfolg (zum Zwecke des Urlaubs)

2. Vertretenmüssen des Verfalls nur bei Verzug des AG (§ 287 S.2 BGB)

- „Geltendmachung“ (= Mahnung i.S.d. § 286 I BGB) des Urlaubs oder Abgeltungsanspruches oder
- Endgültige Erfüllungsverweigerung (vgl. § 286 II Nr.3 BGB) des Arbeitgebers
- BAG: Bloße Nichtgewährung reicht nicht, da AG trotz § 7 I BUrlG Urlaub nicht *ohne* Verlangen von sich aus erteilen muss

3. Rechtsfolge:

- An die Stelle des ursprünglichen Urlaubsanspruches tritt gemäß § 249 I BGB als Naturalrestitution ein „Ersatzurlaubsanspruch“
- *Zahlung* kann der AN auch hier *nur bei Beendigung* des Arbeitsverhältnisses verlangen, § 7 IV BUrlG i.V.m. § 251 I BGB.

Teil 8: 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. Arten der Sondervergütungen bzw. „Sonderzahlungen“:

1. Neue Rechtsprechung des BAG:

Tipp: Life and Law 2012, Heft 10, 757 ff.

⇒ es gibt nur noch zwei Arten von Sondervergütungen:

a) „Arbeitsleistungsbezogene Sonderzahlung“

⇒ 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

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

⇒ Bei Zahlungen in beträchtlicher Höhe und/oder Zahlungen zur Honorierung individueller Leistung oder kollektiver Leistung (Betriebsergebnis im Geschäftsjahr) sprechen die Indizien für eine Gegenleistung zur Arbeit

3. Fazit: Die Rechtsprechung, dass Sondervergütungen mit Mischcharakter generell keine synallagmatische Gegenleistung darstellen, gehört damit der Vergangenheit an

⇒ Dies hat zur Konsequenz, dass in entgeltfreien Zeiten eine Sonderzahlung mit Mischcharakter, die aufgrund des überwiegenden Vergütungscharakters als arbeitsleistungsbezogene Sonderzuwendung einzuordnen ist, ipso iure gekürzt wird, § 326 I S. 1 HS 1 BGB

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, 368 ff. bzw. 1136 ff.; Heins/Leder, NZA 2014, 520 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 9: 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 § 110 HGB.

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 and Law 3/2015, 169 ff. zu Schadensersatzpflicht gem. §§ 280 I, III, 283, 667 BGB wegen „gestohlenen“ Zahngolds!!!

Teil 10: Haftung des Arbeitgebers

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*

Haftung für betrieblich erlittene Personenschäden des AN

I. Anspruchsgrundlagen wie bei Sachschäden

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

⇒ evtl. Problem der gestörten Gesamtschuld

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 arbeitsvertraglich veranlasste Aufwendungen (z.B. Blaumann; Bauhelm)

⇒ § 670 kann aber wirksam abbedungen werden (**dispositives** Gesetzesrecht)

⇒ Verstoß gegen § 307 I, II BGB aber dann, wenn Unternehmerrisiko auf AN abgewälzt werden soll

Teil 11: Kündigungsschutz außerhalb des KSchG

A) Die „diskriminierende“ Kündigung, §§ 7 I AGG, 134 BGB

I. Wenn KSchG nicht anwendbar ist, gilt § 2 IV AGG nicht: ⇒ Kündigung ist daher nach § 7 I AGG i.V.m. § 134 BGB nichtig

Pflichtlektüre: BAG, Life and Law 2014, Heft 4, 258 ff. !!!

II. Wenn KSchG anwendbar ist, wird das AGG gem. § 2 IV AGG verdrängt ⇒ Diskriminierung wird i.R.d. § 1 II KSchG geprüft

B) Die „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

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 12: Ordentliche Kdg. nach dem KSchG

Begründetheit der Kündigungsschutzklage

1. Zugang einer schriftlichen Kündigung

⇒ §§ 130, 623 BGB

Tipp: BAG Life & Law 6/2012, 398 ff.

2. Einhaltung der 3-Wochen-Frist

⇒ §§ 4, 7 (13 I S.2) KSchG

Fristversäumung fingiert die Wirksamkeit der Kündigung gem. § 7 1.Hs. KSchG!!!

3. Verstoß gegen Sonderkündigungsschutz

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

4. Ordentliche Kündigung

a. Einhaltung der Frist des § 622

⇒ str. ob von Präklusion nach §§ 4, 7 KschG erfasst

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

⇒ Staffelung des § 622 II BGB nach Dauer der Beschäftigung ist europarechtskonform

Tipp: Life& Law 4/2015, 251 ff.

b. Vorliegen eines Kündigungsgrundes ?

aa. Grds. nicht erforderlich ⇒ Grenze: §§ 242, 138 BGB

bb. Ausnahme: § 1 II KSchG (soziale Rechtfertigung)

(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

cc) Prüfung der sozialen Rechtfertigung

(1) Sachverhalt, der generell geeignet ist, einen

- **personenbedingten**
- **verhaltensbedingten**

Tipp: Life and Law 2012, Heft 11, 794 ff. (heimliche Videoüberwachung)

- **dringenden betrieblichen**

Grund darzustellen („1. Stufe“)

(2) Wahrung der Verhältnismäßigkeit („ultima-ratio-Prinzip“)

⇒ **je nach Kündigungsgrund unterschiedliche Prüfung („2. Stufe“)**



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 außerordentli. 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 13: Die außerordentliche Kündigung

1. Ermittlung des Sachverhalts, auf den Kdg. gestützt wird

2. 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 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)*

3. Wichtiger Grund i.S.d. § 626 I

Tipp: Life and Law 4/2015, 243 ff. („Busengrapscher“)

- a) SV, der generell geeignet ist, einen wichtigen Grund darzustellen (**1. Stufe**)
- b) Wahrung der Verhältnismäßigkeit („ultima-ratio-Prinzip“; **2. Stufe**)

Teil 14: 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 15: Anfechtung des Arbeitsvertrages

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

II. Anfechtung gemäß § 123 I BGB:

1. Anfechtungsgrund:

- *Täuschungshandlung*
- *Rechtswidrigkeit* ⇒ *Recht zur Lüge bei unzulässiger Frage*

Tipp: Life and Law 2/2012, 91 ff.

Tipp: Life and Law 7/2012, 488 f.

Tipp: Life and Law 6/2013, 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 16: 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 des Aufhebungsvertrags nach § 312b I, 312g BGB

- ⇒ Verbrauchereigenschaft des AN (+)
- ⇒ Arbeitsplatz ist aber *typischerweise* der Ort, an welchem ein Aufhebungsvertrag besprochen und geregelt wird
- ⇒ daher liegt kein außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag vor (vgl. **Life and Law 4/2014, 296 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*) !

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. Arbeitslosengeld als unbeachtlicher Motivirrtum !

Teil 17: Befristung von Arbeitsverträgen

Befristungskontrolle von Arbeitsverträgen

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)

2. Sonderfall: Verspätete Feststellungsklage nach Leistungsklage (etwa Lohnzahlung) innerhalb der Frist

⇒ Wahrung der Klagefrist wegen § 6 KSchG i.V.m. § 17 S.2 TzBfG

3. Befristung einzelner Vertragsbedingungen:

§ 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

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: Nach BAG liegt Verlängerung nur vor, wenn sie **vor Ablauf** des zu verlängern- den Vertrags vereinbart worden ist **und (!)** die bisherigen Vertragsbedingungen **nicht verändert** wurden!

cc. Sperre des § 14 II S.2 TzBfG: Neuein- stellung erforderlich

BAG: „**Verbot der Zuvor-Beschäftigung**“ steht § 14 II S. 1 TzBfG **nicht mehr entgegen, wenn** das Ende des vorherigen ArbV **mehr als 3 Jahre zurückliegt (sehr str.)**

Tipp: Life and Law 11/2011, 791 ff.

Tipp: Life and Law 7/2012, 488 f.

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

Tipp: Life and Law 9/2017, 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 sog. **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 der Arbeitsleistung“ (§ 14 I 2 Nr.4 TzBfG):

- Befristung wegen Pressefreiheit bzw. Rundfunkfreiheit (Art. 5 I 2 GG) des Verlegers bzw. Senderbetreibers
- Fußballprofis (**LAG Rheinland-Pfalz, NZA 2016, 699 ff.; a.A. ArbG Mainz, NZA 2015, 684 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, nicht aber ein Betriebsübergang (sonst Umgehungsgefahr von § 613 IV BGB!)*

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 III TzBfG)

IV. Nachträgliche Befristung eines bislang unbefristeten AV:

- ⇒ AG muss **Änderungskündigung** erklären
- ⇒ **doppelte** Wirksamkeitsvoraussetzung:
 - Angebotene **Befristung** muss sachlich gerechtfertigt sein (§ 14 II 2 TzBfG gilt nicht)
 - **Zusätzlich** muss § 1 II und III (i.V.m. § 2) KSchG beachtet sein

Teil 18: 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 19: 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. Folgeproblem: Findet eine Sozialauswahl statt, wenn AN ohne „berechtigte Gründen“ dem BÜ widersprochen hat?

⇒ Nach BAG zu § 1 III KSchG a.F. nur eingeschränkte Sozialauswahl

⇒ jetzt sehr strittig, da § 1 III S.1 KSchG n.F. eigentlich abschließend ist

⇒ Verletzung der Unterrichtungspflicht gemäß § 613a V BGB führt nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung

Teil 20: 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 mit 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 21: 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 ...)

⇒ 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 22: 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 (Treuepflicht 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