



HEMMER / WÜST / KRICK / TYROLLER

ARBEITSRECHT

Das Prüfungswissen

- für Studium
- und Examen

18. Auflage

§ 1 EINLEITUNG	1
§ 2 ZULÄSSIGKEIT DER ANTRÄGE DES ARBEITNEHMERS (AN)	2
A) Ordnungsgemäße Klageerhebung	3
B) Rechtswegzuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen	4
I. Rechtswegzuständigkeit, § 2 ArbGG	5
1. Arbeitnehmerbegriff	5
2. Prüfung innerhalb des § 2 ArbGG	9
3. Feststellungsanträge	10
4. Leistungsanträge	10
5. Zuständigkeit in sonstigen Fällen, § 3 ArbGG	10
II. Örtliche Zuständigkeit	11
1. Allgemeiner Gerichtsstand	11
2. Besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsortes, § 29 ZPO	11
3. Der besondere Gerichtsstand des Arbeitsortes gem. § 48 Ia ArbGG	12
III. Sachliche Zuständigkeit	12
C) Zulässigkeitsprobleme der einzelnen Antragsarten	13
I. Feststellungsanträge	13
1. Verschiedene Arten von Feststellungsanträgen	13
a) Allgemeiner Feststellungsantrag	13
b) Punktuelle Kündigungsschutzklage	13
aa) Anwendbarkeit	14
bb) Wesen	14
cc) Problem des punktuellen Antrages, § 4 KSchG	15
c) Der kombinierte Kündigungsschutzantrag (sog. „Schleppnetzantrag“)	16
aa) Sinn des kombinierten Antrages	17
bb) Zulässigkeit des kombinierten Antrages	17
d) Der „erweiterte“ punktuelle Antrag nach der neueren Rechtsprechung des BAG	19
aa) Weitere Kündigung vom punktuellen Antrag erfasst, wenn deren Beendigungszeitpunkt nicht nach dem der angegriffenen Kündigung liegt	19
bb) Zusammenfassung zum „erweiterten punktuellen Streitgegenstand“	20
e) Die verbleibende Bedeutung des kombinierten Kündigungsschutzantrages	21
2. Feststellungsinteresse, § 46 II S. 1 ArbGG, §§ 495, 256 I ZPO	21
a) Bei allgemeiner Feststellungsklage	21
b) Bei echter Kündigungsschutzklage	22
c) Bei kombiniertem Antrag	23
II. Leistungsanträge	23
1. Bruttolohnklage	23
2. Zulässige unbestimmte Leistungsanträge	24
§ 3 VERBINDUNG DER EINZELNEN KLAGEANTRÄGE DES ARBEITNEHMERS	25
A) Kumulative objektive Klagehäufung	25
I. Anfängliche kumulative Klagehäufung, § 46 II S. 1 ArbGG, § 495 ZPO i.V.m. § 260 ZPO	25
II. Nachträgliche kumulative Klagehäufung, § 46 II S. 1 ArbGG, § 495 ZPO i.V.m. § 263 ZPO	25
B) Kumulative subjektive Klagehäufung	25
C) Eventuelle Klagehäufung	26

§ 4 BEGRÜNDETHEIT DER FESTSTELLUNGSANTRÄGE	28
A) Beendigungstatbestände	29
B) Kündigung	30
I. Zugang einer schriftlichen Kündigung, §§ 623, 130 BGB	33
1. Schriftform, § 623 BGB	33
2. Zugang der Kündigungserklärung, § 130 BGB	35
a) Zugang während der Urlaubsabwesenheit des AN	37
b) Zugangsvereitelung durch den AN	38
II. Überprüfbarkeit der Rechtsunwirksamkeit der Kündigung bzw. Präklusion nach §§ 4, 7 KSchG und § 13 I S. 2 KSchG	40
1. Geltungsbereich und Reichweite der Präklusionsfrist	40
a) §§ 4, 7 KSchG gelten unabhängig von der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzes gem. §§ 1 I, 23 I KSchG	40
b) Besonderheiten bei Sonderkündigungsschutz, § 4 S. 4 KSchG	44
2. Fristberechnung	44
III. Wirksamkeit der Kündigung nach den Regeln des BGB-AT	49
1. Grundsatz der Bedingungsfeindlichkeit	49
2. Stellvertretung bei der Kündigungserklärung	49
a) § 180 BGB	50
b) § 174 BGB	50
IV. Außerordentliche Kündigung	53
1. Erklärungsfrist des § 626 II BGB	53
a) Maßgebliche Person	54
b) Voraussetzungen des Vorliegens ausreichender Tatsachenkenntnis	55
2. Wichtiger Grund i.S.v. § 626 I BGB	57
a) Grundsätzliches Vorliegen eines als Kündigungsgrund geeigneten Sachverhalts (1. Stufe)	58
b) Interessenabwägung (2. Stufe)	64
c) Zeitpunkt des Vorliegens des wichtigen Grundes	67
V. Ordentliche Kündigung	68
1. Umdeutung	69
2. Grundsätzliche Entbehrlichkeit eines Kündigungsgrundes	71
3. Kündigungsfrist	71
a) Regelungsinhalt des § 622 BGB	72
b) Abdingbarkeit der Fristen aus § 622 BGB	76
c) Folgen der Nichteinhaltung einer Kündigungsfrist	77
VI. Änderungskündigung	79
1. Rechtliche Konstruktion	79
a) Abgrenzung zum Direktionsrecht	80
b) Rechtlicher Charakter der Änderungskündigung	80
2. Reaktionsmöglichkeiten des AN	81
VII. Allgemeiner Kündigungsschutz nach dem KSchG	82
1. Anwendungsbereich des KSchG	82
a) Erforderliche Betriebsgröße (§ 23 I S. 2 und S. 3 KSchG)	82
aa) Mehr-als-zehn-Arbeitnehmer-Regelung, § 23 I S. 3 KSchG	82
bb) Mehr-als-fünf-Arbeitnehmer-Regelung für Alt-Arbeitnehmer, § 23 I S. 2 KSchG	83
cc) Sonderfragen zur Betriebsgröße	83
b) Zeitliche Grenze (§ 1 I KSchG)	86
2. Soziale Rechtfertigung der ordentlichen Kündigung, § 1 II KSchG	87
a) Verhaltensbedingte Kündigung (§ 1 II KSchG)	88
aa) Prüfungsschema	88
bb) Erfordernis konkreter Betriebsablaufstörungen?	90
b) Personenbedingte Kündigung (§ 1 II KSchG)	91
aa) Abgrenzung zur verhaltensbedingten Kündigung	91
bb) Prüfungsschema	95

c) Betriebsbedingte Kündigung (§ 1 II und III KSchG):.....	98
aa) Prüfungsschema.....	98
bb) Dringender betrieblicher Grund (§ 1 II KSchG).....	99
cc) Sozialauswahl (§ 1 III KSchG).....	102
dd) Wiedereinstellungsanspruch.....	107
ee) Betriebsbedingte Kündigung mit Abfindung, § 1a KSchG.....	110
3. Änderungskündigung, § 2 KSchG.....	110
a) Inhalt des Kündigungsschutzes nach § 2 KSchG.....	110
b) Geltendmachung des Vorbehalts nach § 2 KSchG.....	111
c) Auswirkungen des § 2 KSchG auf den Rechtsschutz.....	113
d) „Überflüssige“ und „vorsorgliche“ Änderungskündigung.....	117
4. Auflösungsantrag nach § 9 KSchG.....	118
a) Wesen dieses Antrags.....	119
b) Voraussetzungen des Antrags.....	119
aa) Unwirksamkeit der Kündigung.....	120
bb) Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses durch den AN.....	121
c) Folgen des Antrags.....	122
aa) Beendigungszeitpunkt.....	122
bb) Abfindungshöhe.....	123
VIII. Anhörungspflicht nach § 102 BetrVG.....	123
1. Voraussetzungen der Anwendbarkeit.....	124
a) Geltungsbereich des BetrVG.....	124
b) Bestehen eines Betriebsrats.....	125
2. Form und Inhalt der Anhörung.....	125
a) Formell ordnungsgemäße Anhörung.....	126
b) Inhaltliche Grenzen der Anhörung.....	128
3. Klausurrelevante Probleme zur Betriebsratsanhörung.....	129
a) Entbehrlichkeit einer Betriebsratsanhörung.....	129
b) Betriebsratsanhörung und Nachschieben von Kündigungsgründen.....	130
c) Betriebsratsanhörung und Umdeutung einer Kündigung.....	132
IX. Kündigungsschutz in besonderen Situationen.....	133
1. Kündigungsschutz anlässlich Betriebsübergang, § 613a IV S. 1 BGB.....	134
a) Begriff des Betriebsübergangs.....	135
b) Zeitpunkt des Vorliegens eines Betriebsübergangs.....	139
c) Abgrenzung: Betriebsübergang – Betriebsstilllegung.....	139
d) Umfang des Kündigungsverbots.....	142
e) Widerspruch des AN gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses.....	143
aa) Unterrichtungspflicht nach § 613a V BGB.....	143
bb) Form der Unterrichtung.....	146
cc) Folgen bei fehlerhafter Unterrichtung.....	146
dd) Das Widerspruchsrecht nach § 613a VI BGB.....	146
ee) Rechtsfolgen des Widerspruchs.....	149
2. Kündigungsschutz anlässlich Schwangerschaft, § 17 I MuSchG.....	150
a) Schutzzweck.....	151
b) Voraussetzungen.....	151
c) Schutzzumfang.....	153
3. Kündigungsschutz während der Elternzeit, § 18 BEEG.....	154
4. Kündigungsschutz für Betriebsratsmitglieder.....	155
a) § 15 I KSchG.....	155
b) § 103 BetrVG.....	155
5. Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen, § 168 SGB IX.....	157
a) Ordentliche Kündigung.....	157
b) Außerordentliche Kündigung.....	157
c) Mitwirkung der Schwerbehindertenvertretung, § 178 II SGB IX.....	159
6. Kündigungsschutz aus dem Berufsbildungsgesetz.....	159
X. Kündigung durch den Arbeitnehmer.....	159
1. Grundsätzliches.....	159
2. Kündigung vor Arbeitsantritt.....	160
a) Grundsätzliche Zulässigkeit.....	160
b) Lauf der Kündigungsfrist.....	160

C) Unwirksamkeit eines Arbeitsverhältnisses	161
I. Grundsätze des fehlerhaften Arbeitsvertrages	161
II. Einzelne Unwirksamkeitsgründe	163
1. Form	163
2. Geschäftsfähigkeit	164
3. Teilnichtigkeit	164
D) Anfechtung von Arbeitsverträgen	164
I. Rechtsfolge der Anfechtung im Arbeitsrecht	165
II. Anfechtung nach § 119 BGB	166
1. Anfechtungsgrund	166
a) Krankheit oder Behinderung	166
b) Schwangerschaft	166
2. Anfechtungsfrist	166
III. Anfechtung nach § 123 BGB	167
1. Anfechtungsgrund	167
a) Täuschung durch aktives Tun	167
aa) Frage nach der Schwangerschaft	167
bb) Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft	168
cc) Weitere problematische Fragen	170
b) Arglistige Täuschung durch Verschweigen	171
2. Anfechtungsfrist	171
E) Befristung von Arbeitsverhältnissen nach dem TzBfG	172
1. Grundsatz: Vorliegen eines sachlichen Grundes	173
2. Wirkung	177
a) Zeitliche Befristung	177
b) Zweckbefristung	177
c) Schriftform, § 14 IV TzBfG	177
d) Geltendmachung der Unwirksamkeit	179
3. Erste Ausnahme: kalendermäßige Befristung	180
a) Zulässigkeit	180
aa) Voraussetzungen	181
bb) Verbot der „Zuvor-Beschäftigung“	181
b) Wirkung	185
4. Zweite Ausnahme: Existenzgründer	185
5. Dritte Ausnahme: Altersbefristung	185
6. Prüfungsumfang bei Kettenarbeitsverhältnissen	185
7. Befristung einzelner Arbeitsbedingungen	186
F) Aufhebungsvertrag	188
I. Möglichkeit einer Aufhebungsvereinbarung	188
II. Schutz des AN	189
1. Anfechtung nach § 123 BGB	189
2. Widerruf nach §§ 312g, b i.V.m. § 355 BGB	190
3. Andere Unwirksamkeitsgründe	192
a) § 138 BGB	192
b) § 242 BGB	192
c) Anspruch auf Schadensersatz auf Vertragsaufhebung gem. §§ 280 I, 311 II Nr. 1, 241 II Var. 3 i.V.m. § 249 I BGB (c.i.c.)	192
III. Sonderfall: „Verkappte Befristung“	194

§ 5 BEGRÜNDETHEIT DER LEISTUNGSANTRÄGE DES ARBEITNEHMERS	195
A) Ansprüche des Arbeitnehmers aus dem vorarbeitsvertraglichen Bereich	195
I. Anspruch auf Ersatz von Vorstellungskosten, §§ 662, 670 BGB	196
II. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 15 I AGG und angemessene Entschädigung für immaterielle Schäden, § 15 II AGG	196
1. Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot der §§ 7 I, 1 AGG	196
a) Benachteiligung wegen des Geschlechts	197
aa) Sachlicher Anwendungsbereich des Benachteiligungsverbots, § 2 I AGG	197
bb) Vorliegen einer Benachteiligung, § 3 AGG	197
cc) Anspruch auf Lohngleichheit, § 8 II AGG i.V.m. §§ 3 I, 7 EntgTranspG	202
dd) Zulässigkeit der Ungleichbehandlung	203
b) Benachteiligung aus nicht-geschlechtsbezogenen Gründen	204
aa) Besonderheiten bei Benachteiligung wegen einer Schwerbehinderung	206
bb) Besonderheiten bei Benachteiligungen wegen der Religion	206
cc) Besonderheiten bei Benachteiligungen wegen des Alters	208
2. Keine Widerlegung des vermuteten Vertretenmüssens, § 15 I S. 2 AGG	209
a) Geltung der §§ 276 ff. BGB	209
b) Besonderer Verschuldensmaßstab des § 15 III AGG	210
3. Ersatzfähiger materieller (§ 15 I AGG) bzw. immaterieller Schaden (§ 15 II AGG)	210
a) Ersatz der materiellen Schäden, § 15 I AGG	211
b) Entschädigung für immaterielle Schäden, § 15 II AGG	211
4. Ausschluss der Ansprüche nach § 15 AGG	212
a) Materielle Ausschlussfrist	212
b) Prozessuale Ausschlussfrist	213
III. Kein Anspruch auf Einstellung – kein Kontrahierungszwang	213
IV. Weitere Rechte bei AGG-Verstößen	214
1. Beschwerderecht gemäß § 13 AGG	214
2. Leistungsverweigerungsrecht, § 14 AGG	214
3. Organisationspflichten des AG	214
a) Ausschreibung, § 11 AGG	214
b) Schutzpflichten des AG, § 12 AGG	214
B) Anspruch auf Arbeitslohn	215
I. Rechtsgrundlage und Bemessung	215
1. Anspruchsgrundlage und Höhe	215
2. Lohnarten	217
a) Geldlohn	217
b) Naturallohn	217
II. Lohngleichheit, §§ 7 I, 8 II AGG	217
1. Grundsätzliches	217
2. Rechtsfolgen bei Verstoß	218
III. Verjährung	219
C) Anspruch auf Gratifikationen	219
I. Arten von Gratifikationen	219
1. Rechtsprechung des BAG bis 2011	220
a) Sonderzahlung mit reinem Entgeltcharakter („arbeitsleistungsbezogene Sonderzahlung“)	220
b) Sonderzahlung ausschließlich für Betriebstreue	220
c) Häufigster Fall: Sonderzahlung mit Mischcharakter	220
d) Rechtsfolge dieser Unterscheidung bis 2011	221
2. Rechtsprechungsänderung des BAG am 18.01.2012	221
a) Sonderzahlung mit reinem Entgeltcharakter („arbeitsleistungsbezogene Sonderzahlung“)	221
b) Sonderzahlung mit anderer Zweckrichtung („Gratifikationen“)	222
c) Sonderzahlung mit Mischcharakter muss einer der beiden Sonderzuwendungsarten zugeordnet werden	222

II. Rechtsgrundlage und Normenhierarchie im Arbeitsrecht.....	224
1. Gesetzliche Vorschriften	224
2. Tarifvertrag.....	225
a) Voraussetzungen und Wesen.....	225
aa) Tariffähigkeit	225
bb) Tarifzuständigkeit	226
cc) Schriftform, § 1 II TVG	226
dd) Inhalt.....	226
b) Anwendbarkeit	227
aa) Räumlicher und sachlicher Anwendungsbereich	227
bb) Zeitlicher Anwendungsbereich	227
cc) Persönlicher Anwendungsbereich	228
c) Wirkung des normativen Teils.....	230
aa) Unabdingbarkeit	230
bb) Unverbrüchlichkeit.....	230
cc) Grenzen dieser Wirkung	231
3. Betriebsvereinbarung	231
4. AGB-Kontrolle von Formulararbeitsverträgen.....	231
a) Bedeutung des § 310 III BGB und Verbrauchereigenschaft des AN	232
b) Reichweite der AGB-Kontrolle	232
c) Einzelne Klauselverbote	233
aa) Die Vertragsstrafe im Formulararbeitsvertrag	233
bb) Der Änderungs- bzw. Widerrufsvorbehalt	237
cc) Verfallfristen im Formulararbeitsvertrag.....	239
dd) Weitere Beispiele aus der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung.....	243
d) Rechtsfolge bei Verstößen gegen §§ 307 bis 309 BGB.....	247
5. Gesamtzusage	249
6. Betriebliche Übung.....	249
a) Entstehung eines vertraglichen Anspruches (sog. „Vertragstheorie“).....	249
b) Erlöschen des Anspruches durch gegenläufige betriebliche Übung?.....	252
7. Gleichbehandlungsgrundsatz	254
a) Rechtsgrundlage.....	254
b) Inhalt	255
aa) Ungleichbehandlung.....	255
bb) Fehlende sachliche Rechtfertigung	255
c) Das Maßregelungsverbot des § 612a BGB	256
aa) Problem: Streikbruchprämie	257
bb) Weitere Beispiele aus der Rechtsprechung für § 612a BGB	257
8. Direktionsrecht, § 106 GewO bzw. § 315 BGB.....	258
9. Zusammenfassender Überblick zur Normenhierarchie	259
10. Regelung im Konfliktfall.....	259
a) Rangprinzip.....	259
b) Ordnungsprinzip	260
III. Problematik von Ausschluss- /Kürzungs- und Rückzahlungsklauseln – Kontrolle anhand von § 307 BGB.....	260
1. Verfall einer Sonderzahlung mit Entgeltcharakter bei Kündigung („Stichtagsklauseln“).....	261
2. Verfall einer Gratifikation bei Kündigung („Stichtagsklauseln“).....	261
a) Erfordernis einer ausdrücklichen Klausel	261
b) Bedeutung der Klausel „ungekündigtes Arbeitsverhältnis“	262
c) Verfall einer Gratifikation bei betriebsbedingter Kündigung	262
3. Rückzahlungspflicht von „echten“ Gratifikationen.....	263
a) Anspruchsgrundlage für eine Rückforderung	263
b) Grenzen zulässiger Rückzahlungsklauseln: § 307 BGB	264
aa) Kleingratifikationen	264
bb) Gratifikationen unter einem Monatsgehalt.....	265
cc) Gratifikationen von einem Monatsgehalt und mehr	265
dd) Konsequenz eines Verstoßes gegen diese Grundsätze	265
4. Problematik von Anwesenheitsprämien.....	266

D) Anspruch auf Lohnzahlung ohne Arbeitsleistung	267
I. Annahmeverzugslohn, §§ 611a II, 615 S. 1 BGB	268
1. Voraussetzungen des Annahmeverzugs	268
a) Abgrenzung von Unmöglichkeit und Annahmeverzug	269
b) Kein Annahmeverzug bei Arbeitsunfähigkeit bzw. Arbeitsunwilligkeit des AN.....	270
c) Angebot.....	271
2. Rechtsfolge des Annahmeverzugs	273
a) Wirkung des Annahmeverzugs.....	273
b) Anrechnung	273
II. Lehre vom Betriebs- und Wirtschaftsrisiko	276
1. Problematik	277
2. Die Regelung des § 615 S. 3 BGB	277
3. Grundsätze der Lehre vom Betriebs- und Wirtschaftsrisiko	278
a) Betriebsrisiko	278
b) Wirtschaftsrisiko.....	281
4. Abgrenzung zur Lehre vom Arbeitskampfrisiko	281
a) Sphärentheorie	281
b) Materielle Arbeitskampfpärität	282
III. Grundlage des Arbeitskampfrechts	284
IV. Begriff des Arbeitskampfes	284
1. Streik	284
2. Flash-Mob-Aktionen	284
3. Aussperrung.....	285
4. Streikbruchprämie	285
5. Kollektive Ausübung von Individualrechten	286
V. Anforderungen an die Rechtmäßigkeit eines Arbeitskampfes	286
1. Tarifrrechtliche Grenzen.....	286
a) Tarifgesetzwidrigkeit	286
b) Tarifvertragswidrigkeit.....	286
2. Besondere gesetzliche Kampfverbote	286
3. Materielle Arbeitskampfpärität und die Verhältnismäßigkeit.....	287
a) Materielle Arbeitskampfpärität	287
b) Verhältnismäßigkeit	287
VI. Rechtsfolgen des Arbeitskampfes.....	287
1. Rechtmäßiger Arbeitskampf	288
a) Die unmittelbar Kampfbeteiligten.....	288
b) Kampfbeteiligte Verbände	288
c) Drittbetroffene	288
2. Rechtswidriger Arbeitskampf	289
a) Die unmittelbar Kampfbeteiligten.....	289
b) Kampfbeteiligte Verbände	289
c) Drittbetroffene	289
VII. Lohnfortzahlung bei vorübergehender Arbeitsverhinderung aus persönlichen Gründen, § 616 BGB.....	290
VIII. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.....	292
1. §§ 3, 3a EntgeltFZG bzw. §§ 611a II, 326 II S. 1 Alt. 1 BGB	292
2. Anspruchsvoraussetzungen.....	292
a) Krankheitsbegriff.....	292
b) Beweislast.....	294
c) Kausalitätserfordernis	295
d) Fehlendes Verschulden	300
e) Leistungsverweigerungsrecht des AG	301
3. Dauer der Entgeltfortzahlung	302
a) Beginn.....	302
b) Zeitliche Höchstdauer	303
4. Rechtsfolgen des § 3 I EntgeltFZG	304
a) Fortbestehen des Vergütungsanspruchs.....	304

b) Berechnungsmethode.....	304
c) Abdingbarkeit.....	305
d) Forderungsübergang bei Dritthaftung.....	306
IX. Entgeltfortzahlung an Feiertagen.....	306
1. Vorliegen eines Feiertags.....	306
2. Kausalitätserfordernis.....	306
a) Ausschließliche Kausalität.....	307
b) Problematik von Arbeitskämpfen.....	308
X. Urlaubsentgelt.....	308
E) Anspruch auf Urlaubsabgeltung.....	309
I. Unterscheidung zwischen Urlaubsentgelt, Urlaubsgeld und Urlaubsabgeltung.....	309
1. Urlaubsentgelt.....	309
2. Urlaubsgeld.....	309
3. Urlaubsabgeltung.....	310
II. Differenzierung gesetzlicher Mindesturlaub – vertraglich vereinbarter Urlaub.....	310
III. Wesen des Urlaubsanspruchs.....	311
IV. Voraussetzungen des Urlaubsanspruchs.....	311
1. Arbeitnehmerbegriff.....	311
2. Bestehen eines Arbeitsverhältnisses.....	312
3. Wartezeit.....	312
4. Erteilung des Urlaubs.....	313
V. Dauer des Urlaubs.....	313
1. Voller Urlaubsanspruch.....	313
2. Urlaub von Teilzeitbeschäftigten.....	314
3. Teilurlaub.....	314
a) Zwölfteilungsprinzip.....	314
b) Vorliegen rechnerisch voller Monate.....	315
c) Bedeutung von § 5 II BUrlG.....	315
VI. Vermeidung von Doppelansprüchen.....	316
VII. Befristung des Urlaubsanspruchs.....	317
1. Regelung des § 7 III BUrlG.....	317
a) Übertragungsvoraussetzungen.....	317
b) Aufgabe der Verfallsrechtsprechung des BAG.....	318
aa) Kein Verfall bei Langzeiterkrankten.....	318
bb) Kein Verfall bei Verletzung der Mitwirkungsobliegenheiten des Arbeitgebers.....	320
2. Umwandlung des Urlaubsanspruchs in einen Schadensersatzanspruch seit Aufgabe der Verfallsrechtsprechung nicht mehr denkbar.....	324
VIII. Grundsätzliches Abgeltungsverbot.....	325
IX. Wesen des Urlaubsabgeltungsanspruchs.....	325
X. Voraussetzungen der Urlaubsabgeltung.....	328
XI. Höhe der Abgeltung.....	328
F) Anspruch auf Schadensersatz.....	328
I. Anspruchsgrundlagen.....	328
1. Vertragliche Ansprüche.....	328
2. Deliktische Ansprüche und Ansprüche aus § 15 I, II AGG.....	329
II. Haftungsausschluss.....	329
1. Grund für den Haftungsausschluss.....	330
2. Voraussetzungen des Haftungsausschlusses.....	330
a) Vorliegen eines Versicherungsfalls.....	330
b) Unfallversicherte Person.....	330

3. Umfang und Wirkung des Haftungsausschlusses	331
a) Ausschluss nur bei Personenschäden	331
b) Ausschluss für alle auf Personenschäden abstellenden Ansprüche	331
c) Wirkung des Ausschlusses	332
4. Ausnahmen	333
a) Vorsatz des AG	333
b) Wegeunfälle	333
G) Anspruch auf Aufwendungsersatz	334
I. Ersatz echter Aufwendungen	334
II. Ersatz von Eigenschäden des AN	335
III. Anspruchsvoraussetzungen	336
IV. Anspruchsumfang	337
H) Anspruch auf Weiterbeschäftigung	338
I. Allgemeiner Anspruch auf Beschäftigung	338
II. Anspruch auf Weiterbeschäftigung	339
1. Anspruch aus § 102 V BetrVG	339
2. Allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch	340
a) Rechtsgrundlage	340
b) Voraussetzungen	340
III. Rechtsfolgen der Weiterbeschäftigung	341
1. Fortbestand des bisherigen Arbeitsverhältnisses	341
2. Fehlerhaftes Arbeitsverhältnis	341
3. Rückabwicklung über Bereicherungsrecht	342
a) Tatsächliche Arbeitsleistung	342
b) Ersatz des objektiven Wertes	342
I) Anspruch auf Zeugniserteilung	344
I. Zeugnisarten	344
II. Anforderungen an Arbeitszeugnisse	344
1. Formelle Erfordernisse	345
2. Materielle Erfordernisse	345
III. Rechtsfolgen bei Verstößen gegen diese Grundsätze	346
J) Anspruch auf Karenzentschädigung	346
K) Ausschluss von Arbeitnehmeransprüchen durch Ausgleichsquittung	348
I. Begriff	349
II. Inhalt einer Ausgleichsquittung	349
1. Umfang einer Ausgleichsquittung	349
2. Abdingbarkeit der inhaltlich erfassten Rechte	350
L) Anspruch auf Teilzeitarbeit	352
I. Allgemeines	352
II. Prozessuale Durchsetzung	354
§ 6 ZULÄSSIGKEIT DER GEGENANTRÄGE DES ARBEITGEBERS	360
A) Allgemeines	360
B) Widerklage (§ 33 ZPO)	360
I. Streit um die Rechtsnatur des § 33 ZPO	360
II. Erfordernis der Rechtswegzuständigkeit	361

§ 7 BEGRÜNDETHEIT DER GEGENANTRÄGE DES ARBEITGEBERS.....	362
A) Anspruch auf Schadensersatz	362
I. Anspruchsgrundlagen	362
1. § 628 II BGB.....	362
2. Mankohaftung	362
a) Mankoabrede	362
b) Beweiserleichterungen	365
3. Allgemeine Anspruchsgrundlagen	365
a) Vertragliche Schadensersatzansprüche	365
b) Deliktische Schadensersatzansprüche.....	366
II. Ältere Rechtsprechung zum sog. innerbetrieblichen Schadensausgleich	367
1. Grundsätze der gefahrgeneigten Arbeit.....	367
2. Problematik dieser Grundsätze.....	367
III. Neuere Rechtsprechung zum innerbetrieblichen Schadensausgleich bzw. die Grundsätze der betrieblichen Veranlassung der Tätigkeit.....	368
1. Voraussetzungen für ihre Anwendbarkeit.....	368
a) Betriebliche Veranlassung	368
b) Grundsätzliche Dreiteilung.....	369
c) Prüfungsstandort in der Klausur	370
d) Modifizierung der Dreiteilung	371
2. Fehlende Außenwirkung dieser Grundsätze	372
a) Keine Haftungskürzung im Verhältnis zu einem außenstehenden Dritten	372
b) Freistellungsanspruch.....	373
c) Gestörter Gesamtschuldausgleich.....	373
3. Unfallversicherung und innerbetrieblicher Schadensausgleich	373
B) Rückforderung von Arbeitgeberleistungen.....	375
I. Rückzahlung von Gratifikationen	375
II. Rückzahlung von Ausbildungskosten	375
III. Rückforderung von Urlaubsentgelt	376
IV. Rückforderung von überzahltem Lohn	377
1. Problematik des § 818 III BGB.....	377
2. Schutz des AN	378
C) Anspruch auf Herausgabe des aus der Arbeitsleistung Erlangten analog § 667 BGB	379
D) Nachvertragliche Unterlassungsansprüche.....	380
I. Unterlassungsanspruch aus einem Wettbewerbsverbot	380
II. Unterlassungsanspruch aus nachvertraglichen Verhaltenspflichten.....	381
III. Unterlassungsanspruch aus dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsrechts	381

§ 1 EINLEITUNG

Arbeitsrecht im Examen

Es gibt im Ersten Staatsexamen regelmäßig zwei Arten von arbeitsrechtlichen Klausuren: I.R.d. ersten Typs werden Ihnen mehrere spezielle Einzelprobleme zur Begutachtung vorgelegt. Bei dieser – insgesamt wohl einfacher zu handhabenden – Aufgabenstellung müssen Sie sich in erster Linie auf solide arbeitsrechtliche Grundkenntnisse verlassen können, die wir Ihnen in unserem Skript umfassend vermitteln. Im Übrigen zählen hier verstärkt Problembewusstsein und ein guter Argumentationsstil.

1

Anders als bei den sonstigen zivilrechtlichen Klausuren des Ersten Staatsexamens begegnen dem Prüfling aber relativ häufig Arbeitsrechtsklausuren mit einer prozessualen Einkleidung: Von den Bearbeitern wird in diesem Fall verlangt, die Erfolgsaussichten eines Rechtsstreits zwischen Arbeitgeber (AG) und Arbeitnehmer (AN) in einem Gutachten zu würdigen. Innerhalb dieses prozessualen Rahmens wird dann häufig eine zeitlich nur schwer zu bewältigende Vielzahl von arbeitsrechtlichen Einzelproblemen zur Lösung gestellt.

2

Diese sich zumeist stereotyp wiederholende Fragestellung und die sich immer wieder stark ähnelnden Sachverhalte in der Arbeitsrechtsklausur bedeuten für Sie zunächst einen gewichtigen Vorteil:

3

Auf die Situation der Arbeitsrechtsklausur können Sie sich so gut vorbereiten wie auf kaum eine andere Klausur Ihres Examens!

Um alle Probleme eines Sachverhalts zu erfassen, muss – ausgehend vom Bearbeitervermerk – die „Codesprache“ des Aufgabenstellers nach dem bewährten „Echo-Prinzip“ (alles, was im Sachverhalt angesprochen ist, hat auch seine Bedeutung) aufgeschlüsselt werden.

Zum Knacken des Codes sind aber zwei Dinge erforderlich:

Zum einen das examensrelevante arbeitsrechtliche Standardwissen, welches in diesem Skript umfassend, aber nicht nur abstrakt-theoretisch, sondern konkret-fallbezogen vermittelt wird. Die Gliederung des Skripts folgt dem Gedanken- und Arbeitsablauf einer arbeitsrechtlichen Klausur.

4

Zum anderen kommt es auf die richtige Einordnung und praktische Umsetzung des erlernten Wissens an! Diesem Ziel dient die hemmer-Methode, welche immer wieder auf die jeweiligen Einzelprobleme und typischen Fallkonstellationen besonders hinweist.

5

Andererseits verstecken sich vor allem hinter den vermeintlich „altbekannteren“ Arbeitsrechtsklausuren mit prozessualem Aufhänger nicht zu unterschätzende Gefahren:

6

Gerade weil der Bearbeiter sich innerhalb dieses Klausurprüfungsabschnittes besonders sicher fühlt, erliegt er nicht selten der Versuchung, die oftmals auswendig gelernte Zulässigkeitsprüfung ohne weitere geistige Reflexion auch dann breit auszuwalzen, wenn die Zulässigkeit der gestellten Anträge an sich völlig unproblematisch ist. Die Folge daraus muss aber jedem klar sein! Zum einen wird der Korrektor durch eine derartige Fehlgewichtung schon ganz zu Beginn der Arbeit verärgert. Zum anderen fehlt dann vor allem im Arbeitsrecht mit ziemlicher Sicherheit die Zeit für eine ausreichende Bearbeitung der eigentlichen Probleme des Falls.

7

§ 2 ZULÄSSIGKEIT DER ANTRÄGE DES ARBEITNEHMERS (AN)

prozessualer Aufhänger

In den weitaus meisten Fällen arbeitsrechtlicher Klausuren sieht der prozessuale Aufhänger so aus:

8

Klagehäufung durch AN

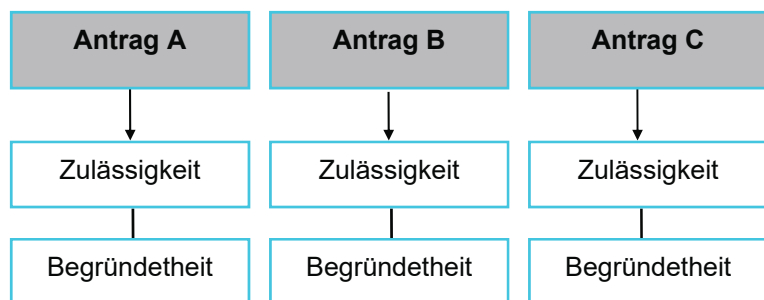
Ein AN wehrt sich zunächst gegen die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses, macht aber gegen seinen AG sofort oder doch zumindest später bestimmte Ansprüche aus diesem Arbeitsverhältnis geltend. Es liegt also von Seiten des AN formell eine Klage vor, die aber verschiedene materielle Klageanträge beinhaltet. Diese Konstellation bezeichnet man als objektive kumulative Klagehäufung.¹

Aufbauvarianten: Zul.1 / Begr.1;
Zul.2 / Begr.2 oder Zul.1 / Zul.2;
Begr.1 / Begr.2

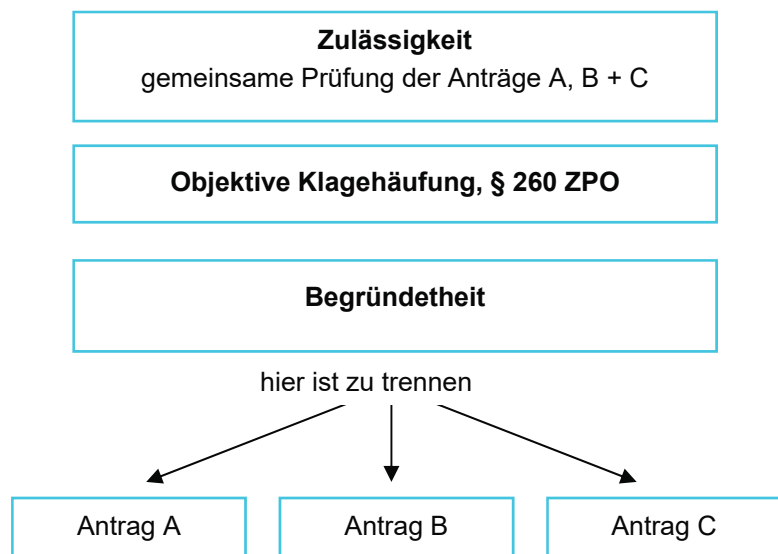
Hier sind zwei verschiedene Aufbauvarianten möglich, die grundsätzlich beide gleichwertig sind. Zum einen ist es möglich, für jeden einzelnen materiellen Klageantrag jeweils gesondert zunächst die Zulässigkeit und dann die Begründetheit zu prüfen. Dieser Weg ist natürlich auch im Arbeitsrecht begehbar. Dennoch sei hier ein anderer Aufbau empfohlen, bei dem in einem ersten einheitlichen Teil die Zulässigkeit aller Anträge der AN geprüft wird. Dabei ist es sinnvoll, innerhalb dieser einheitlichen Zulässigkeitsprüfung die einzelnen Prüfungspunkte entsprechend der vom AN gestellten Anträge numerisch zu untergliedern. Erst in der Prüfung der Begründetheit ist dann zwischen den materiellen Einzelanträgen des AN zu differenzieren.

9

Aufbauvariante 1: Einzelprüfung



Aufbauvariante 2: Teilweise gemischte Prüfung



¹ Zur rechtlichen Behandlung dieser und bestimmter anderer Sonderkonstellationen siehe Rn. 55 ff.

Entschlackung des Prüfungsaufbaus

Der Aufbau nach der zweiten Variante hat zwei Vorteile: Zum einen ist er der in der arbeitsrechtlichen Praxis verwendete; schon im Ersten Staatsexamen sollte die Arbeitsrechtsklausur möglichst praxisorientiert bearbeitet werden.

10

Zum anderen werden durch diesen Aufbau nicht nur überflüssige Doppelprüfungen vermieden, sondern er verringert auch das oben erwähnte Risiko, zu viel Zeit für unproblematische Zulässigkeitspunkte zu verschwenden.

hemmer-Methode: Sachgerechter Lösungsaufbau! Arbeitsrechtliches Detailwissen ist noch nicht einmal die halbe Miete, wenn man dann im Ernstfall erstmals über solchen Aufbaufragen grübelt. Man verliert dadurch unnötig Zeit! Ein ungeschickter Aufbau nimmt darüber hinaus der eigenen Bearbeitung die für eine wirklich gute Bewertung erforderliche Eleganz! Wir geben Ihnen solche praktischen Aufbautipps! Denn aus unserer langjährigen Tätigkeit als Repetitoren wissen wir, an welchen Stellen immer wieder Probleme beim Entwurf eines sachgerechten Lösungsaufbaus auftauchen!

Strukturprinzip

Ihre Prüfung der Zulässigkeit der Anträge des AN sollte im Obersatz daher ungefähr wie folgt aussehen:

11

„Die Klage des AN gegen den AG hat nur dann Aussicht auf Erfolg, wenn die von ihm gestellten Anträge zulässig und begründet sind.“

Zu prüfen ist daher zunächst, inwieweit die einzelnen Anträge des AN jeweils zulässig sind.“

hemmer-Methode: Obersätze formulieren! Derartige Obersätze erscheinen dem einen oder anderen vielleicht als überflüssig und hölzern. Dennoch sollte man im eigenen Interesse nicht darauf verzichten!² Präzise Obersätze dienen der eigenen Gedankenführung und vermindern das Risiko, einzelne Punkte in der Ausarbeitung zu vergessen. Nehmen Sie den Korrektor durch die Bildung von Obersätzen von Anfang an bei der Hand und geleiten Sie ihn sicher durch die eigenen Ausführungen! Machen Sie es dem Korrektor so einfach wie möglich, Ihren Ausführungen zu folgen! Er wird das mit Sicherheit bei der Bewertung Ihrer Klausur honorieren!

A) Ordnungsgemäße Klageerhebung

wirksame Klageerhebung,
§ 46 II S. 1 ArbGG, §§ 495, 253 ZPO

Grundlage jedes Arbeitsgerichtsprozesses ist natürlich zunächst das Vorliegen einer wirksamen Klageerhebung i.S.v. § 46 II S. 1 ArbGG i.V.m. §§ 495, 253 ZPO.³

12

hemmer-Methode: Beachten Sie bitte, dass gem. § 46 II S. 1 ArbGG, § 496 Alt. 2 ZPO die Klage auch mündlich zu Protokoll der Geschäftsstelle erhoben werden kann!

kein Anwaltszwang, § 11 I ArbGG

Dabei stellen sich im Klausurfall keine größeren Probleme, da in erster Instanz vor den Arbeitsgerichten nach § 11 I ArbGG kein Anwaltszwang besteht. Die Parteien können daher – anders als vor den Landesarbeitsgerichten und dem Bundesarbeitsgericht – in erster Instanz vor den Arbeitsgerichten selbst wirksame Prozesshandlungen vornehmen, insbesondere selbst wirksam Klage erheben.

2 **Für Referendare:** Das gilt im Übrigen der Sache nach durchaus auch für die Klausuren des Zweiten Staatsexamens. Nur muss man dort besonderes Augenmerk darauf legen, ob ein Gutachten oder eine Entscheidung verlangt ist. Ist nämlich letzteres der Fall, so muss der jeweilige Obersatz bereits das gefundene Ergebnis beinhalten.

3 Beachten Sie, dass die Vorschriften der ZPO im arbeitsgerichtlichen Verfahren über § 46 II S. 1 ArbGG anzuwenden sind, soweit das ArbGG keine besonderen Regelungen enthält. Der Vollständigkeit halber müssen Sie hier auch noch § 495 ZPO zitieren, weil § 46 II S. 1 ArbGG auf das Verfahren vor den Amtsgerichten verweist, die §§ 253 ff. ZPO aber unmittelbar das landgerichtliche Verfahren regeln. Zur Problematik der ausreichenden Bestimmtheit des Klageantrags bei Leistungsanträgen siehe Rn. 57 f.

Eine arbeitsrechtliche Spezialität ist die in § 11 II S. 2 Nr. 4 ArbGG vorgesehene Möglichkeit einer Prozessvertretung durch Vertreter von Gewerkschaften oder Arbeitgeberverbänden,⁴ deren Mitglied die jeweilige Partei ist.

Grundsätzlich genügt jedoch der einleitende Satz:

„Mit Schriftsatz vom hat der AN wirksam Klage erhoben (§ 46 II S. 1 ArbGG i.V.m. §§ 495, 253 ZPO).“

für Rechtsanwälte besteht seit dem 01.01.2022 die Pflicht, Schriftsätze elektronisch zu übermitteln

Bei einer anwaltlichen Vertretung müssen Sie beachten, dass seit dem 01.01.2022 für Rechtsanwälte die Pflicht besteht, Schriftsätze elektronisch zu übermitteln. Die nach § 46 II S. 1 ArbGG i.V.m. § 130 Nr. 6 ZPO für Schriftsätze geltende Schriftform wird also durch Übermittlung eines elektronischen Dokuments ersetzt (sog. „aktive Nutzungspflicht“ gem. § 46g ArbGG!).

hemmer-Methode: Im zivilprozessualen Verfahren regelt § 130d ZPO die aktive Nutzungspflicht. Diese aktive Nutzungspflicht war im Ersten Staatsexamen im Termin 2022-I bereits Gegenstand einer Klausur.⁵

Übermittlung über das beA, § 46c IV Nr. 2 i.V.m. III ArbGG, erfüllt die aktive Nutzungspflicht

Rechtsanwälte haben daher eine aktive Nutzungspflicht hinsichtlich ihres besonderen elektronischen Anwaltspostfaches (kurz: beA). Mit einer Übermittlung der Schriftsätze über das beA, einem sicheren Übermittlungsweg i.S.d. § 46c IV Nr. 2 ArbGG⁶, kommen die Rechtsanwälte ihrer aktiven Nutzungspflicht nach.

Wird das elektronische Dokument vom Rechtsanwalt selbst signiert, ist die *qualifizierte* elektronische Signatur nach § 46c III S. 1 Alt. 1 ArbGG entbehrlich, vgl. § 46c III S. 1 Alt. 2 ArbGG⁷. Es genügt die einfache Signatur in Form einer eingescannten Unterschrift.

hemmer-Methode: Die einfache Signatur meint die einfache Wiedergabe des Namens am Ende des Textes. Dies kann der maschinenschriftliche Namenszug unter dem Schriftsatz oder eine eingescannte Unterschrift sein. Für die maschinenschriftliche Unterzeichnung ist weder vorgeschrieben, dass (auch) ein Vorname zu verwenden ist, noch dass die Bezeichnung „Rechtsanwalt“ wiedergegeben wird.⁸

Ein Schriftsatz weist allerdings dann keine einfache Signatur auf, wenn der Name nur im Briefkopf zum Ausdruck kommt, am Ende aber nur das Wort „Rechtsanwalt“ ohne den Namen des/der Prozessbevollmächtigten aufgeführt ist.⁹

Beachten Sie auch, dass die das Dokument signierende Person mit der des tatsächlichen Versenders übereinstimmen muss.¹⁰

B) Rechtswegzuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen

Rechtswegzuständigkeit

Vor der eigentlichen Zulässigkeitsprüfung einer Klage muss zunächst die Frage untersucht werden, ob für die gestellten Anträge überhaupt der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen eröffnet ist und ob das Arbeitsgericht sachlich und örtlich zuständig ist.

13

4 An dieser Stelle besteht daher ein erster Schnittpunkt zum kollektiven Arbeitsrecht: Wird nämlich eine Partei im Prozess durch einen Vertreter einer Vereinigung vertreten, so stellt sich u.U. die Frage, ob diese Vereinigung eine Koalition i.S.v. § 11 I S. 2 ArbGG ist. Kriterien für die Beurteilung dieser Frage sind: auf Dauer angelegte, freiwillige, privatrechtliche Vereinigung von AN oder AG mit überbetrieblicher Organisation zum Zwecke der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, demokratische Willensbildung, Gegnerfreiheit, Gegnerunabhängigkeit, Unabhängigkeit von Staat und Kirche, soziale Mächtigkeit (str.), Tarifwilligkeit (str.), Arbeitskampfbereitschaft (str.); vgl. BVerfGE 58, 233.

5 Vgl. dazu die Aufgabe 1 im Bayerischen Ersten Staatsexamen im Termin 2022-I, besprochen in **Life&LAW 06/2022, 394 ff.**

6 **Hinweis:** § 46c IV Nr. 2 ArbGG entspricht im zivilprozessualen Verfahren der Vorschrift des § 130a IV Nr. 2 ZPO!

7 **Hinweis:** § 46c III S. 1 ArbGG entspricht im zivilprozessualen Verfahren der Vorschrift des § 130a III ZPO.

8 Bacher, NJW 2015, 2753 ff. = **jurisbyhemmer**; Musielak/Voit/Stadler, § 130a, Rn 6.

9 Vgl. BAG, NZA 2020, 1501 ff. = **jurisbyhemmer**.

10 BAG, NZA 2020, 965 ff. = **jurisbyhemmer**; OLG Oldenburg, NJW 2021, 786 ff. = **jurisbyhemmer**.

hemmer-Methode: Die Eröffnung des Rechtsweges sowie die sachliche und örtliche Zuständigkeit sind keine Zulässigkeitsvoraussetzungen, weil bei fehlender Rechtswegzuständigkeit keine Klageabweisung, sondern gem. § 48 I ArbGG i.V.m. § 17a II S. 1 GVG eine Verweisung von Amts wegen erfolgt.

Sie sollten daher in der Klausur die Eröffnung des Rechtsweges sowie die sachliche und örtliche Zuständigkeit vor der Zulässigkeit der Klage prüfen.

I. Rechtswegzuständigkeit, § 2 ArbGG

Rechtsweg: §§ 2, 48 ArbGG

Die Rechtswegzuständigkeit ist in den §§ 2, 48 ArbGG geregelt.

14

Konsequenz: statt Prozessurteil
Verweisung v.A.w., § 17a GVG

Die praktische Konsequenz der Verweisung auf § 17a GVG ist, dass eine Klageabweisung als unzulässig wegen Fehlens der Voraussetzungen des § 2 ArbGG nicht in Betracht kommt.

15

In derartigen Fällen muss vielmehr nach § 17a II - IV GVG von Amts wegen an das zuständige Gericht verwiesen werden, § 48 I ArbGG.

u.U. Vorabentscheidung, § 17a GVG

Nach § 17a III S. 1 GVG kann das Gericht im Rahmen seines Urteils in jedem Fall, also auch ohne vorherige Rüge durch eine Partei, kurz zur Frage des Rechtsweges Stellung nehmen. Sollte im Sachverhalt einmal ausdrücklich eine Rüge der Rechtswegzuständigkeit geschildert sein, so genügt es im Gutachten, die erforderliche Vorabentscheidung nach § 17a III S. 2 GVG zusätzlich zu erwähnen.¹¹

16

1. Arbeitnehmerbegriff

Anknüpfungspunkt f. Rechtsweg:
Arbeitnehmereigenschaft, §§ 2,
5 ArbGG

Die Frage der Eröffnung des Rechtsweges zu den Arbeitsgerichten entscheidet sich primär danach, ob der Arbeitnehmerbegriff des § 5 ArbGG erfüllt ist. Denn an diesen Begriff knüpft § 2 ArbGG seinerseits die Rechtswegeröffnung an (vgl. vor allem § 2 I Nr. 3 - 5 ArbGG).

17

Ist der Arbeitnehmerstatus des Klägers problematisch, so muss für die Kündigungsschutz- und für die Leistungsanträge unter teilweiser Vorwegnahme der Begründetheitsprüfung bereits an dieser Stelle die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmer und freiem Mitarbeiter vorgenommen werden. Dabei ist an dieser Stelle bezüglich des Prüfungsumfangs zu differenzieren:¹²

„sic-non-Fall“

Kann eine Klage von vornherein nur Erfolg haben, wenn der Kläger tatsächlich Arbeitnehmer ist, so handelt es sich bei der „Arbeitnehmereigenschaft“ um eine „doppelrelevante Tatsache“. In diesen sog. „sic-non-Fällen“ genügt für die Bejahung der Zulässigkeit des Rechtsweges zu den Arbeitsgerichten bereits die bloße Behauptung der Arbeitnehmereigenschaft. Die Prüfung des tatsächlichen Vorliegens dieser Eigenschaft ist dann erst Frage der Begründetheit.

hemmer-Methode: Beachten Sie, dass es auch die Rechtswegzuständigkeit der Arbeitsgerichte kraft Sachzusammenhangs gibt, § 2 III ArbGG.

Wenn sich die Zuständigkeit für die Zusammenhangsklage allein aus der Verbindung mit einem sic-non-Antrag ergibt, dann findet § 2 III ArbGG aber gerade keine Anwendung!¹³

11 **Für Referendare:** Ist in Klausuren des Zweiten Staatsexamens eine ausdrückliche Rüge der Rechtswegzuständigkeit enthalten, so müssen Sie wegen § 17a III S. 2 GVG zwingend einen Vorababschluss als eigenständige Entscheidung fertigen (vgl. 2. Examen in Bayern, Termin 2003 / I, Klausur 5).

12 BAG, NZA 1996, 1005; 97, 1007 = jurisbyhemmer. (Wenn dieses Logo hinter einer Fundstelle abgedruckt wird, finden Sie die Entscheidung online unter „juris by hemmer“: www.hemmer.de.)

13 BAG, **Life&LAW 01/2004, 24 ff.** = NZA 2003, 1164 ff. = jurisbyhemmer. Unser Service-Angebot an Sie: kostenlos hemmer-club-Mitglied werden (www.hemmer-club.de) und Entscheidungen der Life&LAW lesen und downloaden.

„aut-aut-Fall“

Wenn der Klageanspruch entweder auf eine arbeitsrechtliche oder eine bürgerlich-rechtliche Anspruchsgrundlage gestützt werden kann, sich die entsprechenden Anspruchsgrundlagen aber ausschließen, liegt ein sog. „aut-aut-Fall“ vor.

Für die Begründung der arbeitsgerichtlichen Zuständigkeit genügt in diesen Fällen, in denen die Klage unabhängig von der Arbeitnehmerzugehörigkeit des Klägers Aussicht auf Erfolg haben kann, die bloße Behauptung einer Arbeitnehmerstellung gerade nicht. Vielmehr muss hier bereits i.R.d. Zulässigkeit verbindlich geklärt werden, ob der Kläger zum Beklagten tatsächlich in einem Arbeitsverhältnis steht. Dabei wird das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses dann natürlich immer nach den tatsächlichen Gegebenheiten geprüft, nicht nach den von den Parteien gewählten Bezeichnungen.

„et-et-Fall“

hemmer-Methode: Gleiches gilt in den sog. „et-et-Fällen“, in denen ein einheitlicher Anspruch widerspruchlos sowohl auf eine arbeitsrechtliche als auch auf eine nicht arbeitsrechtliche Anspruchsgrundlage gestützt werden kann.

Def. Arbeitnehmer: persönliche Abhängigkeit maßgeblich

Arbeitnehmer i.S.v. § 5 ArbGG ist also nur, wer auf Grund eines privatrechtlichen Arbeitsvertrages in persönlicher Abhängigkeit tätig wird und damit seine Dienstleistung im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation erbringt.

18

Entscheidendes Unterscheidungsmerkmal zwischen Arbeitnehmer und freiem Mitarbeiter ist demnach also die persönliche Abhängigkeit des Beschäftigten. Auf die wirtschaftliche Abhängigkeit ist hingegen nicht abzustellen.

Abgrenzung zum Selbstständigen, § 611a I S. 3 bis S. 6 BGB

Um aber auch in den wirklich problematischen Fällen zu einer sachgerechten Lösung gelangen zu können, muss die persönliche Abhängigkeit anhand der Einzelkriterien in § 611a I S. 3 bis S. 6 BGB festgestellt werden.

19

⇒ nicht im wesentlichen freie Gestaltung d. Tätigkeit u. Arbeitszeit

Nach § 611a I S. 3 BGB ist unselbstständig, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit selbst bestimmen kann.

in Klausur Einzelkriterien prüfen

Für die Feststellung, ob zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis vorliegt, ist immer eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen, § 611a I S. 5 BGB.

20

⇒ Inwieweit ist der Beschäftigte – auch räumlich – in die betriebliche Organisation des Arbeitgebers eingebunden?

⇒ Kann der Beschäftigte weitgehend frei über seine Dienstzeiten bestimmen oder ist er vielmehr in bestimmten Dienstplänen aufgeführt, sodass ihm eine solche „Zeitsouveränität“ fehlt?

⇒ Kann der Beschäftigte selbst entscheiden, was oder wie er arbeitet oder ist er diesbezüglich Weisungen des Arbeitgebers unterworfen?

Für die Abgrenzung von Bedeutung sind gem. § 611a I S. 6 BGB in erster Linie die tatsächlichen Umstände, unter denen die Dienstleistung zu erbringen ist, **nicht die Bezeichnung**, die die Parteien ihrem Rechtsverhältnis gegeben haben, oder eine von ihnen gewünschte Rechtsfolge. Die Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation zeigt sich insbesondere daran, dass der Beschäftigte einem Weisungsrecht seines Vertragspartners (Arbeitgebers) unterliegt, § 611a I S. 1 BGB. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen, § 611a I S. 2 BGB i.V.m. § 106 GewO.