



HEMMER / WÜST / KRICK / TYROLLER

# ARBEITSRECHT

## Das Prüfungswissen

- für Studium
- und Examen

17. Auflage

# E-BOOK SKRIPT ARBEITSRECHT

Autoren: Hemmer/Wüst/Krick/Tyroller

**17. Auflage 2020**

ISBN: 978-3-86193-924-5

# INHALTSVERZEICHNIS

## E-BOOK SKRIPT ARBEITSRECHT

### § 1 EINLEITUNG

### § 2 ZULÄSSIGKEIT DER ANTRÄGE DES ARBEITNEHMERS (AN)

#### A) Ordnungsgemäße Klageerhebung

#### B) Rechtswegzuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen

##### I. Rechtswegzuständigkeit, § 2 ArbGG

1. Arbeitnehmerbegriff
2. Prüfung innerhalb des § 2 ArbGG
3. Feststellungsanträge
4. Leistungsanträge
5. Zuständigkeit in sonstigen Fällen, § 3 ArbGG

##### II. Örtliche Zuständigkeit

1. Allgemeiner Gerichtsstand
2. Besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsortes, § 29 ZPO

##### III. Sachliche Zuständigkeit

#### C) Zulässigkeitsprobleme der einzelnen Antragsarten

##### I. Feststellungsanträge

###### 1. Verschiedene Arten von Feststellungsanträgen

- a) Allgemeiner Feststellungsantrag
- b) Punktuelle Kündigungsschutzklage
- c) Der kombinierte Kündigungsschutzantrag (sog. „Schleppnetzantrag“)
- d) Der „erweiterte“ punktuelle Antrag nach der neueren Rechtsprechung des BAG
- e) Die verbleibende Bedeutung des kombinierten Kündigungsschutzantrages

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

- a) Bei allgemeiner Feststellungsklage
- b) Bei echter Kündigungsschutzklage
- c) Bei kombiniertem Antrag

##### II. Leistungsanträge

1. Bruttolohnklage
2. Zulässige unbestimmte Leistungsanträge

### § 3 VERBINDUNG DER EINZELNEN KLAGEANTRÄGE DES ARBEITNEHMERS

#### A) Kumulative objektive Klagehäufung

- I. Anfängliche kumulative Klagehäufung, § 46 II S. 1 ArbGG, § 495 ZPO i.V.m. § 260 ZPO
- II. Nachträgliche kumulative Klagehäufung, § 46 II S. 1 ArbGG, § 495 ZPO i.V.m. § 263 ZPO

#### B) Kumulative subjektive Klagehäufung

#### C) Eventuelle Klagehäufung

### § 4 BEGRÜNDETHEIT DER FESTSTELLUNGSANTRÄGE

#### A) Beendigungstatbestände

## B) Kündigung

### I. Zugang einer schriftlichen Kündigung, §§ 623, 130 BGB

1. Schriftform, § 623 BGB
2. Zugang der Kündigungserklärung, § 130 BGB
  - a) Zugang während der Urlaubsabwesenheit des AN
  - b) Zugangsvereitelung durch den AN

### II. Überprüfbarkeit der Rechtsunwirksamkeit der Kündigung bzw. Präklusion nach §§ 4, 7 KSchG und § 13 I S. 2 KSchG

1. Geltungsbereich und Reichweite der Präklusionsfrist
  - a) §§ 4, 7 KSchG gelten unabhängig von der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzes gem. §§ 1 I, 23 I KSchG
  - b) Besonderheiten bei Sonderkündigungsschutz, § 4 S. 4 KSchG
2. Fristberechnung

### III. Wirksamkeit der Kündigung nach den Regeln des BGB-AT

1. Grundsatz der Bedingungsfeindlichkeit
2. Stellvertretung bei der Kündigungserklärung
  - a) § 180 BGB
  - b) § 174 BGB

### IV. Außerordentliche Kündigung

1. Erklärungsfrist des § 626 II BGB
  - a) Maßgebliche Person
  - b) Voraussetzungen des Vorliegens ausreichender Tatsachenkenntnis
2. Wichtiger Grund i.S.v. § 626 I BGB
  - a) Grundsätzliches Vorliegen eines als Kündigungsgrund geeigneten Sachverhalts (1. Stufe)
  - b) Interessenabwägung (2. Stufe)
  - c) Zeitpunkt des Vorliegens des wichtigen Grundes

### V. Ordentliche Kündigung

1. Umdeutung
2. Grundsätzliche Entbehrlichkeit eines Kündigungsgrundes
3. Kündigungsfrist
  - a) Regelungsinhalt des § 622 BGB
  - b) Abdingbarkeit der Fristen aus § 622 BGB
  - c) Folgen der Nichteinhaltung einer Kündigungsfrist

### VI. Änderungskündigung

1. Rechtliche Konstruktion
  - a) Abgrenzung zum Direktionsrecht
  - b) Rechtlicher Charakter der Änderungskündigung
2. Reaktionsmöglichkeiten des AN

### VII. Allgemeiner Kündigungsschutz nach dem KSchG

1. Anwendungsbereich des KSchG
  - a) Erforderliche Betriebsgröße (§ 23 I S. 2 und S. 3 KSchG)
  - b) Zeitliche Grenze (§ 1 I KSchG)
2. Soziale Rechtfertigung der ordentlichen Kündigung, § 1 II KSchG
  - a) Verhaltensbedingte Kündigung (§ 1 II KSchG)
  - b) Personenbedingte Kündigung (§ 1 II KSchG)
  - c) Betriebsbedingte Kündigung (§ 1 II und III KSchG):
3. Änderungskündigung, § 2 KSchG

- a) Inhalt des Kündigungsschutzes nach § 2 KSchG
- b) Geltendmachung des Vorbehalts nach § 2 KSchG
- c) Auswirkungen des § 2 KSchG auf den Rechtsschutz
- d) „Überflüssige“ und „vorsorgliche“ Änderungskündigung

#### 4. Auflösungsantrag nach § 9 KSchG

- a) Wesen dieses Antrags
- b) Voraussetzungen des Antrags
- c) Folgen des Antrags

### VIII. Anhörungspflicht nach § 102 BetrVG

#### 1. Voraussetzungen der Anwendbarkeit

- a) Geltungsbereich des BetrVG
- b) Bestehen eines Betriebsrats

#### 2. Form und Inhalt der Anhörung

- a) Formell ordnungsgemäße Anhörung
- b) Inhaltliche Grenzen der Anhörung

#### 3. Klausurrelevante Probleme zur Betriebsratsanhörung

- a) Entbehrlichkeit einer Betriebsratsanhörung
- b) Betriebsratsanhörung und Nachschieben von Kündigungsgründen
- c) Betriebsratsanhörung und Umdeutung einer Kündigung

### IX. Kündigungsschutz in besonderen Situationen

#### 1. Kündigungsschutz anlässlich Betriebsübergang, § 613a IV S. 1 BGB

- a) Begriff des Betriebsübergangs
- b) Zeitpunkt des Vorliegens eines Betriebsübergangs
- c) Abgrenzung: Betriebsübergang – Betriebsstilllegung
- d) Umfang des Kündigungsverbots
- e) Widerspruch des AN gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses

#### 2. Kündigungsschutz anlässlich Schwangerschaft, § 17 I MuSchG

- a) Schutzzweck
- b) Voraussetzungen
- c) Schutzzumfang

#### 3. Kündigungsschutz während der Elternzeit, § 18 BEEG

#### 4. Kündigungsschutz für Betriebsratsmitglieder

- a) § 15 I KSchG
- b) § 103 BetrVG

#### 5. Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen, § 168 SGB IX

- a) Ordentliche Kündigung
- b) Außerordentliche Kündigung
- c) Mitwirkung der Schwerbehindertenvertretung, § 178 II SGB IX

#### 6. Kündigungsschutz aus dem Berufsbildungsgesetz

### X. Kündigung durch den Arbeitnehmer

#### 1. Grundsätzliches

#### 2. Kündigung vor Arbeitsantritt

- a) Grundsätzliche Zulässigkeit
- b) Lauf der Kündigungsfrist

### C) Unwirksamkeit eines Arbeitsverhältnisses

#### I. Grundsätze des fehlerhaften Arbeitsvertrages

## **II. Einzelne Unwirksamkeitsgründe**

- 1. Form**
- 2. Geschäftsfähigkeit**
- 3. Teilnichtigkeit**

## **D) Anfechtung von Arbeitsverträgen**

### **I. Rechtsfolge der Anfechtung im Arbeitsrecht**

### **II. Anfechtung nach § 119 BGB**

- 1. Anfechtungsgrund**
  - a) Krankheit oder Behinderung**
  - b) Schwangerschaft**

- 2. Anfechtungsfrist**

### **III. Anfechtung nach § 123 BGB**

- 1. Anfechtungsgrund**
  - a) Täuschung durch aktives Tun**
  - b) Arglistige Täuschung durch Verschweigen**

- 2. Anfechtungsfrist**

## **E) Befristung von Arbeitsverhältnissen nach dem TzBfG**

- 1. Grundsatz: Vorliegen eines sachlichen Grundes**
- 2. Wirkung**
  - a) Zeitliche Befristung**
  - b) Zweckbefristung**
  - c) Schriftform, § 14 IV TzBfG**
  - d) Geltendmachung der Unwirksamkeit**
- 3. Erste Ausnahme: kalendermäßige Befristung**
  - a) Zulässigkeit**
  - b) Wirkung**
- 4. Zweite Ausnahme: Existenzgründer**
- 5. Dritte Ausnahme: Altersbefristung**
- 6. Prüfungsumfang bei Kettenarbeitsverhältnissen**
- 7. Befristung einzelner Arbeitsbedingungen**

## **F) Aufhebungsvertrag**

### **I. Möglichkeit einer Aufhebungsvereinbarung**

### **II. Schutz des AN**

- 1. Anfechtung nach § 123 BGB**
- 2. Widerruf nach §§ 312g, b i.V.m. § 355 BGB**
- 3. Andere Unwirksamkeitsgründe**
  - a) § 138 BGB**
  - b) § 242 BGB**
  - 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.)**

### **III. Sonderfall: „Verkappte Befristung“**

## **§ 5 BEGRÜNDETHEIT DER LEISTUNGSANTRÄGE DES ARBEITNEHMERS**

### **A) Ansprüche des Arbeitnehmers aus dem vorarbeitsvertraglichen Bereich**

- I. Anspruch auf Ersatz von Vorstellungskosten, § 670 BGB analog**

## **II. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 15 I AGG und angemessene Entschädigung für immaterielle Schäden, § 15 II AGG**

- 1. Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot der §§ 7 I, 1 AGG**
  - a) Benachteiligung wegen des Geschlechts
  - b) Benachteiligung aus nicht-geschlechtsbezogenen Gründen
- 2. Keine Widerlegung des vermuteten Vertretenmüssens, § 15 I S. 2 AGG**
  - a) Geltung der §§ 276 ff. BGB
  - b) Besonderer Verschuldensmaßstab des § 15 III AGG
- 3. Ersatzfähiger materieller (§ 15 I AGG) bzw. immaterieller Schaden (§ 15 II AGG)**
  - a) Ersatz der materiellen Schäden, § 15 I AGG
  - b) Entschädigung für immaterielle Schäden, § 15 II AGG
- 4. Ausschluss der Ansprüche nach § 15 AGG**
  - a) Materielle Ausschlussfrist
  - b) Prozessuale Ausschlussfrist

## **III. Kein Anspruch auf Einstellung – kein Kontrahierungszwang**

## **IV. Weitere Rechte bei AGG-Verstößen**

- 1. Beschwerderecht gemäß § 13 AGG**
- 2. Leistungsverweigerungsrecht, § 14 AGG**
- 3. Organisationspflichten des AG**
  - a) Ausschreibung, § 11 AGG
  - b) Schutzpflichten des AG, § 12 AGG

## **B) Anspruch auf Arbeitslohn**

### **I. Rechtsgrundlage und Bemessung**

- 1. Anspruchsgrundlage und Höhe**
- 2. Lohnarten**
  - a) Geldlohn
  - b) Naturallohn

### **II. Lohngleichheit, §§ 7 I, 8 II AGG**

- 1. Grundsätzliches**
- 2. Rechtsfolgen bei Verstoß**

### **III. Verjährung**

## **C) Anspruch auf Gratifikationen**

### **I. Arten von Gratifikationen**

- 1. Rechtsprechung des BAG bis 2011**
  - a) Sonderzahlung mit reinem Entgeltcharakter („arbeitsleistungsbezogene Sonderzahlung“)
  - b) Sonderzahlung ausschließlich für Betriebstreue
  - c) Häufigster Fall: Sonderzahlung mit Mischcharakter
  - d) Rechtsfolge dieser Unterscheidung bis 2011
- 2. Rechtsprechungsänderung des BAG am 18.01.2012**
  - a) Sonderzahlung mit reinem Entgeltcharakter („arbeitsleistungsbezogene Sonderzahlung“)
  - b) Sonderzahlung mit anderer Zweckrichtung („Gratifikationen“)
  - c) Sonderzahlung mit Mischcharakter muss einer der beiden Sonderzuwendungsarten zugeordnet werden

### **II. Rechtsgrundlage und Normenhierarchie im Arbeitsrecht**

- 1. Gesetzliche Vorschriften**
- 2. Tarifvertrag**

- a) Voraussetzungen und Wesen
- b) Anwendbarkeit
- c) Wirkung des normativen Teils
- 3. Betriebsvereinbarung
- 4. AGB-Kontrolle von Formulararbeitsverträgen
  - a) Bedeutung des § 310 III BGB und Verbrauchereigenschaft des AN
  - b) Reichweite der AGB-Kontrolle
  - c) Einzelne Klauselverbote
  - d) Rechtsfolge bei Verstößen gegen §§ 307 bis 309 BGB
- 5. Gesamtzusage
- 6. Betriebliche Übung
  - a) Entstehung eines vertraglichen Anspruches (sog. „Vertragstheorie“)
  - b) Erlöschen des Anspruches durch gegenläufige betriebliche Übung?
- 7. Gleichbehandlungsgrundsatz
  - a) Rechtsgrundlage
  - b) Inhalt
  - c) Das Maßregelungsverbot des § 612a BGB
- 8. Direktionsrecht, § 106 GewO bzw. § 315 BGB
- 9. Zusammenfassender Überblick zur Normenhierarchie
- 10. Regelung im Konfliktfall
  - a) Rangprinzip
  - b) Ordnungsprinzip
- III. Problematik von Ausschluss- /Kürzungs- und Rückzahlungsklauseln – Kontrolle anhand von § 307 BGB
  - 1. Verfall einer Sonderzahlung mit Entgeltcharakter bei Kündigung („Stichtagsklauseln“)
  - 2. Verfall einer Gratifikation bei Kündigung („Stichtagsklauseln“)
    - a) Erfordernis einer ausdrücklichen Klausel
    - b) Bedeutung der Klausel „ungekündigtes Arbeitsverhältnis“
    - c) Verfall einer Gratifikation bei betriebsbedingter Kündigung
  - 3. Rückzahlungspflicht von „echten“ Gratifikationen
    - a) Anspruchsgrundlage für eine Rückforderung
    - b) Grenzen zulässiger Rückzahlungsklauseln: § 307 BGB
  - 4. Problematik von Anwesenheitsprämien
- D) Anspruch auf Lohnzahlung ohne Arbeitsleistung
  - I. Annahmeverzugslohn
    - 1. Voraussetzungen des Annahmeverzugs
      - a) Abgrenzung von Unmöglichkeit und Annahmeverzug
      - b) Angebot
    - 2. Rechtsfolge des Annahmeverzugs
      - a) Wirkung des Annahmeverzugs
      - b) Anrechnung
  - II. Lehre vom Betriebs- und Wirtschaftsrisiko
    - 1. Problematik
    - 2. Die Regelung des § 615 S. 3 BGB
    - 3. Grundsätze der Lehre vom Betriebs- und Wirtschaftsrisiko
      - a) Betriebsrisiko
      - b) Wirtschaftsrisiko



#### **4. Abgrenzung zur Lehre vom Arbeitskampsrisiko**

- a) Sphärentheorie
- b) Materielle Arbeitskampsparität

### **III. Grundlage des Arbeitskampsrechts**

#### **IV. Begriff des Arbeitskampfes**

- 1. Streik
- 2. Flash-Mob-Aktionen
- 3. Aussperrung
- 4. Streikbruchprämie
- 5. Kollektive Ausübung von Individualrechten

#### **V. Anforderungen an die Rechtmäßigkeit eines Arbeitskampfes**

- 1. Tarifrechtliche Grenzen
  - a) Tarifgesetzwidrigkeit
  - b) Tarifvertragswidrigkeit
- 2. Besondere gesetzliche Kampfverbote
- 3. Materielle Arbeitskampsparität und die Verhältnismäßigkeit
  - a) Materielle Arbeitskampsparität
  - b) Verhältnismäßigkeit

#### **VI. Rechtsfolgen des Arbeitskampfes**

- 1. Rechtmäßiger Arbeitskampf
  - a) Die unmittelbar Kampfbeteiligten
  - b) Kampfbeteiligte Verbände
  - c) Drittbetroffene
- 2. Rechtswidriger Arbeitskampf
  - a) Die unmittelbar Kampfbeteiligten
  - b) Kampfbeteiligte Verbände
  - c) Drittbetroffene

#### **VII. Lohnfortzahlung bei vorübergehender Arbeitsverhinderung aus persönlichen Gründen, § 616 BGB**

#### **VIII. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall**

- 1. §§ 3, 3a EntgeltFZG bzw. §§ 611a II, 326 II S. 1 Alt. 1 BGB
- 2. Anspruchsvoraussetzungen
  - a) Krankheitsbegriff
  - b) Beweislast
  - c) Kausalitätserfordernis
  - d) Fehlendes Verschulden
  - e) Leistungsverweigerungsrecht des AG
- 3. Dauer der Entgeltfortzahlung
  - a) Beginn
  - b) Zeitliche Höchstdauer
- 4. Rechtsfolgen des § 3 I EntgeltFZG
  - a) Fortbestehen des Vergütungsanspruchs
  - b) Berechnungsmethode
  - c) Abdingbarkeit
  - d) Forderungsübergang bei Dritthaftung

#### **IX. Entgeltfortzahlung an Feiertagen**

- 1. Vorliegen eines Feiertags

## **2. Kausalitätserfordernis**

- a) **Ausschließliche Kausalität**
- b) **Problematik von Arbeitskämpfen**

## **X. Urlaubsentgelt**

### **E) Anspruch auf Urlaubsabgeltung**

#### **I. Unterscheidung zwischen Urlaubsentgelt, Urlaubsgeld und Urlaubsabgeltung**

1. **Urlaubsentgelt**
2. **Urlaubsgeld**
3. **Urlaubsabgeltung**

#### **II. Differenzierung gesetzlicher Mindesturlaub – vertraglich vereinbarter Urlaub**

#### **III. Wesen des Urlaubsanspruchs**

#### **IV. Voraussetzungen des Urlaubsanspruchs**

1. **Arbeitnehmerbegriff**
2. **Bestehen eines Arbeitsverhältnisses**
3. **Wartezeit**
4. **Erteilung des Urlaubs**

#### **V. Dauer des Urlaubs**

1. **Voller Urlaubsanspruch**
2. **Urlaub von Teilzeitbeschäftigten**
3. **Teilurlaub**
  - a) **Zwölfteilungsprinzip**
  - b) **Vorliegen rechnerisch voller Monate**
  - c) **Bedeutung von § 5 II BUrlG**

#### **VI. Vermeidung von Doppelansprüchen**

#### **VII. Befristung des Urlaubsanspruchs**

1. **Regelung des § 7 III BUrlG**
  - a) **Übertragungsvoraussetzungen**
  - b) **Aufgabe der Verfallsrechtsprechung des BAG**
2. **Umwandlung des Urlaubsanspruchs in einen Schadensersatzanspruch seit Aufgabe der Verfallsrechtsprechung nicht mehr denkbar**

#### **VIII. Grundsätzliches Abgeltungsverbot**

#### **IX. Wesen des Urlaubsabgeltungsanspruchs**

#### **X. Voraussetzungen der Urlaubsabgeltung**

#### **XI. Höhe der Abgeltung**

### **F) Anspruch auf Schadensersatz**

#### **I. Anspruchsgrundlagen**

1. **Vertragliche Ansprüche**
2. **Deliktische Ansprüche und Ansprüche aus § 15 I, II AGG**

#### **II. Haftungsausschluss**

1. **Grund für den Haftungsausschluss**
2. **Voraussetzungen des Haftungsausschlusses**
  - a) **Vorliegen eines Versicherungsfalles**
  - b) **Unfallversicherte Person**
3. **Umfang und Wirkung des Haftungsausschlusses**

- a) Ausschluss nur bei Personenschäden
- b) Ausschluss für alle auf Personenschäden abstellenden Ansprüche
- c) Wirkung des Ausschlusses

#### 4. Ausnahmen

- a) Vorsatz des AG
- b) Wegeunfälle

### G) Anspruch auf Aufwendungsersatz

- I. Ersatz echter Aufwendungen
- II. Ersatz von Eigenschäden des AN
- III. Anspruchsvoraussetzungen
- IV. Anspruchsumfang

### H) Anspruch auf Weiterbeschäftigung

- I. Allgemeiner Anspruch auf Beschäftigung
- II. Anspruch auf Weiterbeschäftigung
  - 1. Anspruch aus § 102 V BetrVG
  - 2. Allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch
    - a) Rechtsgrundlage
    - b) Voraussetzungen
- III. Rechtsfolgen der Weiterbeschäftigung
  - 1. Fortbestand des bisherigen Arbeitsverhältnisses
  - 2. Fehlerhaftes Arbeitsverhältnis
  - 3. Rückabwicklung über Bereicherungsrecht
    - a) Tatsächliche Arbeitsleistung
    - b) Ersatz des objektiven Wertes

### I) Anspruch auf Zeugniserteilung

- I. Zeugnisarten
- II. Anforderungen an Arbeitszeugnisse
  - 1. Formelle Erfordernisse
  - 2. Materielle Erfordernisse
- III. Rechtsfolgen bei Verstößen gegen diese Grundsätze

### J) Anspruch auf Karenzentschädigung

### K) Ausschluss von Arbeitnehmeransprüchen durch Ausgleichsquittung

- I. Begriff
- II. Inhalt einer Ausgleichsquittung
  - 1. Umfang einer Ausgleichsquittung
  - 2. Abdingbarkeit der inhaltlich erfassten Rechte

### L) Anspruch auf Teilzeitarbeit

- I. Allgemeines
- II. Prozessuale Durchsetzung

## § 6 ZULÄSSIGKEIT DER GEGENANTRÄGE DES ARBEITGEBERS

### A) Allgemeines

## **B) Widerklage (§ 33 ZPO)**

- I. Streit um die Rechtsnatur des § 33 ZPO
- II. Erfordernis der Rechtswegzuständigkeit

## **§ 7 BEGRÜNDETHEIT DER GEGENANTRÄGE DES ARBEITGEBERS**

### **A) Anspruch auf Schadensersatz**

#### **I. Anspruchsgrundlagen**

1. § 628 II BGB
2. Mankohaftung
  - a) Mankoabrede
  - b) Beweiserleichterungen
3. Allgemeine Anspruchsgrundlagen
  - a) Vertragliche Schadensersatzansprüche
  - b) Deliktische Schadensersatzansprüche

#### **II. Ältere Rechtsprechung zum sog. innerbetrieblichen Schadensausgleich**

1. Grundsätze der gefahrgeneigten Arbeit
2. Problematik dieser Grundsätze

#### **III. Neuere Rechtsprechung zum innerbetrieblichen Schadensausgleich bzw. die Grundsätze der betrieblichen Veranlassung der Tätigkeit**

1. Voraussetzungen für ihre Anwendbarkeit
  - a) Betriebliche Veranlassung
  - b) Grundsätzliche Dreiteilung
  - c) Prüfungsstandort in der Klausur
  - d) Modifizierung der Dreiteilung
2. Fehlende Außenwirkung dieser Grundsätze
  - a) Keine Haftungskürzung im Verhältnis zu einem außenstehenden Dritten
  - b) Freistellungsanspruch
  - c) Gestörter Gesamtschuldausgleich
3. Unfallversicherung und innerbetrieblicher Schadensausgleich

### **B) Rückforderung von Arbeitgeberleistungen**

- I. Rückzahlung von Gratifikationen
- II. Rückzahlung von Ausbildungskosten
- III. Rückforderung von Urlaubsentgelt
- IV. Rückforderung von überzahltem Lohn
  1. Problematik des § 818 III BGB
  2. Schutz des AN

### **C) Anspruch auf Herausgabe des aus der Arbeitsleistung Erlangten analog § 667 BGB**

### **D) Nachvertragliche Unterlassungsansprüche**

- I. Unterlassungsanspruch aus einem Wettbewerbsverbot
- II. Unterlassungsanspruch aus nachvertraglichen Verhaltenspflichten
- III. Unterlassungsanspruch aus dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsrechts

## § 1 EINLEITUNG

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 „altbekanntem“ Arbeitsrechtsklausuren mit prozessualen 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)

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

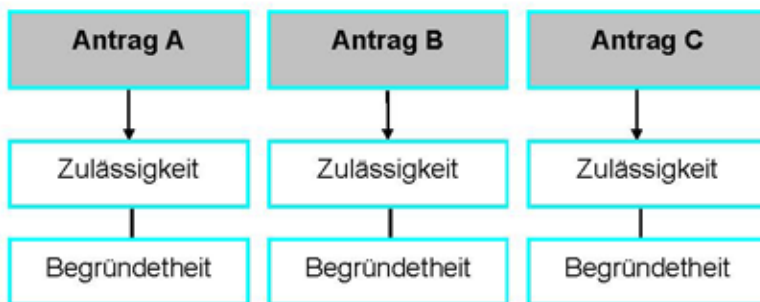
8

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.<sup>1</sup>

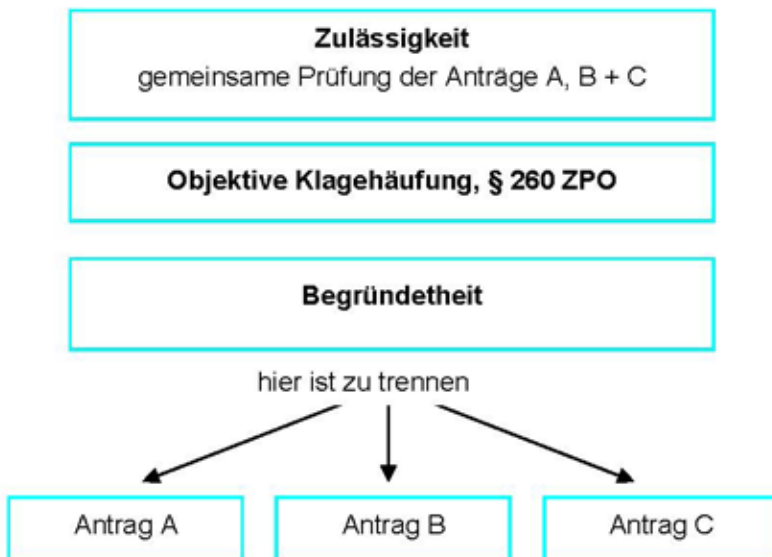
Hier sind zwei verschiedene Aufbauvarianten möglich, die grundsätzlich beide gleichwertig sind. Zum einen ist es möglich, für jeden einzelnen materiellen Klageantrag jeweils gesondert zunächst die Zulässigkeit und dann die Begründetheit zu prüfen. Dieser Weg ist natürlich auch im Arbeitsrecht begehbar. 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



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 ungeschick-**

<sup>1</sup> Zur rechtlichen Behandlung dieser und bestimmter anderer Sonderkonstellationen siehe Rn. 55 ff.

**ter 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!**

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!<sup>2</sup> 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!**

Im Folgenden müssen in erster Linie folgende Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Prüfung unterzogen werden:

- A. Ordnungsgemäße Klageerhebung
- B. Rechtswegzuständigkeit
- C. Örtliche Zuständigkeit
- D. Klagearten und ihre besonderen Voraussetzungen

### **A) Ordnungsgemäße Klageerhebung**

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.<sup>3</sup>

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!**

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.

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

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.

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, Gegenunabhängigkeit, Unabhängigkeit von Staat und Kirche, soziale Mächtigkeit (str.), Tarifwilligkeit (str.), Arbeitskampfbereitschaft (str.); vgl. Brox, Rn. 230 ff., BVerfGE 58, 233.

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).“

## **B) Rechtswegzuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen**

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

**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**

Die Frage des richtigen Rechtsweges ist in den §§ 2, 48 ArbGG geregelt.

14

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.

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.<sup>5</sup>

16

### **1. Arbeitnehmerbegriff**

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 in einem Klausurfall der Arbeitnehmerstatus des Klägers also wirklich einmal 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 Prüfungsumfanges zu differenzieren: 6

Kann eine Klage von vornherein nur unter der Prämisse Erfolg haben, dass 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!<sup>7</sup>**

5 **Für Referendare:** Referendare müssen hingegen an dieser Stelle verstärkt aufpassen. Ist nämlich in Klausuren des Zweiten Staatsexamens eine ausdrückliche Rüge der Rechtswegzuständigkeit enthalten, so müssen Sie wegen § 17a III S. 2 GVG zwingend einen Vorabbeschluss als eigenständige Entscheidung fertigen (vgl. 2. Examen in Bayern, Termin 2003 / I, Klausur 5). Das Fehlen dieser Vorabentscheidung fällt hier relativ stark ins Gewicht!

6 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](http://www.hemmer.de).)

7 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](http://www.hemmer-club.de)) und Entscheidungen der Life&Law lesen und downloaden.



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 Arbeitnehmererschaft 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.

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

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.<sup>8</sup>

18

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

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

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

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.

Es reicht für den Arbeitnehmerstatus aber in aller Regel nicht aus, dass Arbeiten zu bestimmten einzelnen Terminen zugesagt werden, die zeitlich bereits feststehen. Zeitliche Vorgaben und die Verpflichtung, bestimmte Termine für die Erledigung der übertragenen Aufgaben einzuhalten, sind kein ausreichendes Merkmal für ein Arbeitsverhältnis. Das Versprechen, eine Leistung zu einem bestimmten Zeitpunkt zu erbringen oder zu einem bestimmten Zeitpunkt fertig zu stellen, macht den Leistenden im arbeitsrechtlichen Sinne nicht weisungsabhängig.

In Anwendung dieser Grundsätze hat das BAG zuletzt stark in die Richtung tendiert, dass die Tätigkeit eines Aushilfsmusikers im Orchester den Arbeitnehmerstatus (nur dann) begründet, wenn nicht von vornherein feststeht, wie viele Proben erforderlich werden und auf wie vielen Auftritten gespielt werden muss.<sup>9</sup>

**hemmer-Methode: Maßgeblich ist damit der Verlust der Zeitsouveränität!**

Letztlich bleibt aber häufig die Zuordnung im Einzelfall trotz dieser Kriterien bis zuletzt zweifelhaft. Dann gibt wieder einmal die Klausurtaktik die richtige Weichenstellung vor:

21

Ergibt sich aus dem übrigen Sachverhalt auf Grund der angesprochenen Probleme eine deutliche Zuordnung zum Arbeitsrecht, dann muss man sich natürlich bereits ganz zu Beginn für das Vorliegen eines Arbeitnehmers i.S.v. § 5 ArbGG entscheiden.

8 Brox, Rn. 21 und 9 ff.

9 BAG, NZA 2003, 662 = jurisbyhemmer (lesen!).

**hemmer-Methode:** Wird jemand aufgrund eines „Lizenzvertrages“ angestellt, ist aber in Wahrheit weisungsgebunden, so liegt gem. § 611a I S. 6 BGB ein Arbeitsvertrag vor.

**Auch wenn die Anstellung als Lizenznehmer aus dem Grund erfolgte, den für Arbeitnehmer bestehenden Schutz vor Kündigungen nach § 1 KSchG, die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach §§ 3, 3a EntgeltFZG, den gesetzlichen Urlaubsanspruch nach §§ 1, 3 BUrlG, die Leistung von Sozialversicherungsbeiträgen, der Lohnsteuer usw. zu umgehen, ist der Lizenzvertrag nicht gemäß § 134 BGB unwirksam.**

**Diese Bestimmungen finden vielmehr unabhängig von einer möglichen Umgehungsabsicht der Vertragspartner beim Abschluss eines privatrechtlichen Vertrags Anwendung, wenn deren Voraussetzungen erfüllt sind.<sup>10</sup>**

### Exkurs: Organe von Gesellschaften und juristischen Personen

Nach § 5 I S. 3 ArbGG sind Organe juristischer Personen oder gesetzliche Vertreter von Personengesamtheiten aus dem Geltungsbereich des ArbGG auszunehmen, wenn sie einen Rechtsstreit mit den juristischen Personen oder Personengesamtheiten führen, der nach Zeit, Anlass, Rechtsgrund und Anspruchsträgerschaft von vornherein auf der Repräsentantenstellung der in § 5 I S. 3 ArbGG genannten Personen selbst beruht.

Für solche „Hausstreitigkeiten“ im Arbeitgeberbereich sollen die Gerichte für Arbeitsachen nicht zuständig sein. Die Fiktion des § 5 I S. 3 ArbGG stellt daher sicher, dass die Mitglieder des Vertretungsorgans auch dann nicht Rechtsstreitigkeiten mit der juristischen Person oder der Personengesamtheit vor den Arbeitsgerichten führen, wenn die der Organstellung zugrunde liegende rechtliche Beziehung als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist.

Nach § 5 I S. 3 ArbGG gilt der Geschäftsführer einer GmbH, der einen Anstellungsvertrag zur GmbH hat, unabhängig von der rechtlichen Qualifizierung des Anstellungsvertrages nicht als Arbeitnehmer der GmbH, weil er nach § 35 I GmbHG deren gesetzlicher Vertreter ist. Demzufolge ist für die Klage des GmbH-Geschäftsführers gegen die Kündigung seines Anstellungsvertrages durch die GmbH der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitsachen nicht gegeben.

Nach der Beendigung der Organstellung und damit nach dem Wegfall der Fiktion des § 5 I S. 3 ArbGG sind die Gerichte für Arbeitsachen zur Entscheidung berufen, wenn ein arbeitsrechtlicher Streitgegenstand anzunehmen ist.

Fraglich ist aber, ob dies auch dann gilt, wenn die Beendigung der Organstellung nach Klageerhebung erfolgt. Nach der neueren Rechtsprechung ist auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung abzustellen. Nachträgliche zuständige**begründende** Umstände sind auch dann zu berücksichtigen, wenn ein zum Zeitpunkt der Klageerhebung vor dem Arbeitsgericht noch nicht abberufener Geschäftsführer vor einer rechtskräftigen Entscheidung über die Rechtswegzuständigkeit abberufen wird.

Damit entfällt die Fiktionswirkung des § 5 I S. 3 ArbGG.<sup>11</sup> Käme es allein auf den Zeitpunkt der Klageerhebung an, hätten es die Gesellschafter nach einer Kündigung in der Hand, durch ein Hinausschieben der Abberufungsentscheidung eine Zuständigkeit der Arbeitsgerichte auch in den Fällen auszuschließen, in denen unzweifelhaft ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Der Kläger hat nämlich in einem solchen Fall gemäß § 4 S. 1 KSchG innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung Kündigungsschutzklage zu erheben, um den Eintritt der Fiktionswirkung des § 7 KSchG zu verhindern.

Nicht als Arbeitnehmer gilt nach § 5 I S. 3 ArbGG gleichfalls der persönlich haftende Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft.<sup>12</sup> Dies gilt jedenfalls dann, wenn Komplementär der KG eine natürliche Person ist. Dieser vertritt nach §§ 161 II, 125 I, 170 HGB die Kommanditgesellschaft nach außen und führt nach §§ 161, 114, 164 HGB die Geschäfte der KG.

Ist eine GmbH Komplementärin der KG, wird die KG nicht durch eine natürliche Person, sondern durch eine juristische Person vertreten. In diesem Fall ist tatsächlich handelnder Vertreter der GmbH & Co KG das Vertretungsorgan der GmbH, d.h. deren Geschäftsführer.

Umstritten ist nun, ob der **Geschäftsführer der Komplementär-GmbH**, der einen Anstellungsvertrag mit der KG geschlossen hat, gesetzlicher **Vertreter der KG i.S.d. § 5 I S. 3 ArbGG** ist.

Das BAG hat im Anschluss an die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts bislang angenommen, der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH sei lediglich Organvertreter der GmbH, nicht aber zugleich gesetzlicher Vertreter der KG.

§ 5 I S. 3 ArbGG gelte nur, wenn der Vertreter unmittelbarer gesetzlicher Vertreter der juristischen Person oder Personengesamtheit sei. Bei einem Rechtsstreit zwischen dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH und der KG sei § 5 I S. 3 ArbGG daher nicht anzuwenden.<sup>13</sup>

Nach anderer Auffassung ist diese Auslegung vom Wortlaut des Gesetzes nicht zwingend vorgegeben. Sie berücksichtige gesellschaftsrechtliche Zusammenhänge und den Zweck des § 5 I S.3 ArbGG nicht genügend. Diese Vorschrift erfasse auch die mittelbare Vertretung. Der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co KG sei gesetzlicher Vertreter der KG i.S.v. § 5 I S. 3 ArbGG und gelte daher nicht als Arbeitnehmer i.S.d. Arbeitsgerichtsgesetzes.

Das BAG schließt sich nun dieser Ansicht an.<sup>14</sup> Danach ist der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH einer KG kraft Gesetzes zur Vertretung dieser Personengesamtheit berufen und gilt daher nach § 5 I S. 3 ArbGG nicht als Arbeitnehmer i.S.d. ArbGG. Die Komplementärin der KG ist die GmbH und damit nach §§ 161 II, 125, 170 HGB vertretungsberechtigt.

Die GmbH ihrerseits wird nach § 35 I GmbHG durch ihren Geschäftsführer vertreten. Im Unterschied zur GmbH ergibt sich die Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co KG nicht aus einer gesetzlichen Bestimmung, sondern aus einer zweistufigen Prüfung.

10 BGH, Life&Law 03/2019, 175 f. = jurisbyhemmer; Erman, BGB, § 611, Rn. 11; Palandt, BGB, Einf v § 611 Rn. 7a.

11 Vgl. BAG, NZA 2015, 60 = jurisbyhemmer; BAG, NZA 2015, 180 = jurisbyhemmer.

12 Reinecke, ZIP 1997, 1525, 1528.

13 Vgl. z.B. BAGE 39, 16 = jurisbyhemmer.

14 BAG, Life&Law 11/2003, 773 ff. = NJW 2003, 3290 ff. = jurisbyhemmer.

Dem Wortlaut des § 5 I S. 3 ArbGG ist jedoch nicht zu entnehmen, dass nur Personen, die unmittelbar eine juristische Person oder Personengesamtheit kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertrages vertreten, nicht als Arbeitnehmer gelten.

Erforderlich ist allein, dass die betroffene Person kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertrages allein oder als Mitglied eines Vertretungsorgans zur Vertretung der juristischen Person oder Personengesamtheit berufen ist. Das trifft auf den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co KG zu.

Nach Sinn und Zweck des § 5 I S. 3 ArbGG gehört der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH zu den Personen, die nicht als Arbeitnehmer gelten. Er vertritt bei einer GmbH & Co KG den Arbeitgeber und verkörpert ihn im Wortsinne. Er nimmt Arbeitgeberfunktionen für die KG wahr. Der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH ist eine arbeitgebergleiche Person. Insoweit unterscheidet er sich aus Sicht der Arbeitnehmer nicht vom Geschäftsführer einer GmbH, die ihre Arbeitgeberin ist. Ein Rechtsstreit zwischen der KG und dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH ist demzufolge in gleicher Weise ein Streit im Arbeitgeberlager wie ein Rechtsstreit zwischen dem Geschäftsführer einer GmbH und dieser Gesellschaft.

### Exkurs Ende

**Zu beachten** ist aber Folgendes: Der Arbeitnehmerstatus ist nur in ganz wenigen arbeitsrechtlichen Klausuren wirklich problematisch. Hierher gehören beispielsweise immer die Fälle mit freien Mitarbeitern in den Medien.<sup>15</sup>

22

Im Normalfall aber ist die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers so zweifelsfrei gegeben, dass sich jede Erörterung zu § 5 ArbGG von vornherein erübrigt.

## 2. Prüfung innerhalb des § 2 ArbGG

Prüft man § 2 ArbGG in der Klausur durch, so wird man im Ergebnis fast immer zu § 2 I Nr. 3a bzw. 3b ArbGG als die für die Fallbearbeitung einschlägigen Vorschriften gelangen.

23

**hemmer-Methode: Genau zitieren! Eine korrekte Zitierweise gehört zum Grundhandwerkszeug eines jeden Juristen. Ungenauigkeiten hierbei „nerven“ den Korrektor!**

Zwar enthält § 2 I ArbGG an sich innerhalb seiner einzelnen Ziffern keine Rangordnung, trotzdem erfasst § 2 I Nr. 3 ArbGG mit seinem insoweit spezielleren Wortlaut nahezu alle klausurrelevanten Anträge der Parteien.

## 3. Feststellungsanträge

Beantragt der AN die Feststellung, dass sein Arbeitsverhältnis mit dem AG nicht aufgelöst ist, sondern noch fortbesteht, so ergibt sich die Rechtswegzuständigkeit aus § 2 I Nr. 3b ArbGG.

24

## 4. Leistungsanträge

Hingegen ist für die vom AN geltend gemachten Einzelansprüche aus dem streitigen Arbeitsverhältnis § 2 I Nr. 3a ArbGG die maßgebliche Vorschrift.

25

Bei deliktischen Ansprüchen anlässlich des Arbeitsverhältnisses ist für den Prozess zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer § 2 I Nr. 3d ArbGG zu beachten. Für Prozesse zwischen Arbeitnehmern untereinander gilt § 2 I Nr. 9 ArbGG.

**hemmer-Methode: Lesen Sie einfach § 2 I ArbGG einmal komplett durch!**

<sup>15</sup> Das BAG unterscheidet dabei nach der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit, vgl. auch § 611a I S. 4 BGB: Soweit der freie Mitarbeiter programmgestaltende Funktionen erfüllt, ist er kein AN (BAG, NZA 1995, 21); von den Umständen des Einzelfalles abhängig ist die Einordnung bei Zeitungszustellern (BAG, NZA 1998, 368 = jurisbyhemmer). AN sind jedoch Lehrkräfte an Volkshochschulen, soweit sie in den Schulbetrieb eingegliedert sind und nicht bloß stundenweise Unterricht erteilen (BAG, NZA 1996, 477 = jurisbyhemmer), sowie regelmäßig Tankwarte, selbst wenn es sich um unregelmäßige Schichtenteilung von Studenten handelt (BAG, NZA 1997, 191 = jurisbyhemmer). Dazu auch NZA 2000, 1097 ff.

Ist der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten insoweit über § 2 ArbGG eröffnet, so entscheiden die nach § 8 I ArbGG erstinstanzlich zuständigen Arbeitsgerichte gem. § 2 V ArbGG im sog. Urteilsverfahren.

26

**hemmer-Methode: Zeit sparen lässt sich auch durch eine gute Kommentierung des eigenen Gesetzestextes. Zwar sind die §§ 2 V, 8 I ArbGG für die Fallbearbeitung in erster Linie nebensächlich, dennoch freut sich jeder Korrektor, wenn er diese Normen in der Klausur auffinden kann.**

## 5. Zuständigkeit in sonstigen Fällen, § 3 ArbGG

Die Arbeitsgerichte sind auch in den Fällen zuständig, in denen der Rechtsstreit durch einen Rechtsnachfolger oder durch eine Person geführt wird, die kraft Gesetzes an die Stelle des sachlich Berechtigten oder Verpflichteten getreten ist, § 3 ArbGG.

Der Begriff „Rechtsnachfolge“ ist weit auszulegen. Entscheidend ist nicht die durch den Arbeitsvertrag oder seine Vor- und Nachwirkungen begründete Rechtsstellung als Arbeitgeber oder Arbeitnehmer, sondern die durch das Arbeitsverhältnis begründete Rechts- und Pflichtenständigkeit.

Eines förmlichen Wechsels auf Seiten einer der Parteien bedarf es nicht. Es genügt, dass ein Dritter den Rechtsstreit an Stelle der in den §§ 2, 2a ArbGG genannten Prozesspartei führt.

Unter Zugrundelegung dieses weiten Verständnisses der Vorschrift hat das BAG entschieden, dass § 3 ArbGG auch dann gilt, wenn eine Partei des Arbeitsvertrages jemanden als Vertreter ohne Vertretungsmacht auf die Erfüllung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis oder auf Schadensersatz für solche Forderungen in Anspruch (§ 179 BGB) nimmt. Der vollmachtlose Vertreter ist damit Rechtsnachfolger i.S.d. § 3 ArbGG.<sup>16</sup>

## II. Örtliche Zuständigkeit

Da auch bei der örtlichen und/oder sachlichen Unzuständigkeit des Arbeitsgerichts keine Abweisung als unzulässig erfolgt, sondern gem. §§ 48 I ArbGG, 17a II GVG von Amts wegen an das zuständige Gericht verwiesen wird, sollten Sie die Zuständigkeit außerhalb der eigentlichen Zulässigkeit prüfen.

**hemmer-Methode: Diesen Aufbau kennen Sie wegen § 83 VwGO, der dem § 48 I ArbGG entspricht, auch aus dem Öffentlichen Recht.**

**Im Zivilprozess sind die örtliche und die sachliche Zuständigkeit hingegen Zulässigkeitsvoraussetzungen, da bei Unzuständigkeit nur auf Antrag gem. § 281 I S. 1 ZPO eine Verweisung stattfindet. Fehlt dieser Antrag, wird die Klage (als unzulässig) durch Prozessurteil abgewiesen.**

### 1. Allgemeiner Gerichtsstand

Üblicherweise erhebt der Kläger in den arbeitsrechtlichen Klausuren seine Klage von vornherein vor dem Arbeitsgericht, in dessen Bezirk der Beklagte seinen allgemeinen Gerichtsstand i.S.v. §§ 12, 13 ZPO hat: Bei natürlichen Personen bestimmt sich dieser allgemeine Gerichtsstand nach dem Wohnsitz, bei juristischen Personen hingegen nach dem Geschäftssitz.

27

Ist der AG also eine natürliche Person, so ist die örtliche Zuständigkeit regelmäßig über § 46 II S. 1 ArbGG, §§ 12, 13 ZPO zu begründen. Ist er eine juristische Person, über § 46 II S. 1 ArbGG, §§ 12, 17 ZPO.

**hemmer-Methode: Wenn Sie Vorschriften der ZPO zitieren, müssen Sie beachten, dass § 46 II S. 1 ArbGG auf das Verfahren vor den Amtsgerichten verweist, §§ 495 ff. ZPO. Nur wenn sich dort keine Regelungen finden, kann über § 495 ZPO auf die §§ 253 ff. ZPO zurückgegriffen werden. Die Brückennorm des § 495 ZPO ist also mitzuzitieren, bevor Sie die §§ 253 ff. ZPO prüfen.**

**Dies gilt aber nicht für die „ZPO-AT-Vorschriften“ der §§ 1 bis 252 ZPO. Diese finden direkt über § 46 II S. 1 ArbGG Anwendung! Es handelt sich hierbei zwar um eine Kleinigkeit, die allerdings bei der Korrektur im Examen honoriert wird.**