



**HEMMER / WÜST / KRICK / TYROLLER**

# **ARBEITSRECHT**

**Das Prüfungswissen**

- für Studium
- und Examen

**17. Auflage**

<b>§ 1 EINLEITUNG</b> .....	<b>1</b>
<b>§ 2 ZULÄSSIGKEIT DER ANTRÄGE DES ARBEITNEHMERS (AN)</b> .....	<b>2</b>
<b>A) Ordnungsgemäße Klageerhebung</b> .....	<b>3</b>
<b>B) Rechtswegzuständigkeit der Gerichte für Arbeitsachen</b> .....	<b>4</b>
I. Rechtswegzuständigkeit, § 2 ArbGG .....	4
1. Arbeitnehmerbegriff .....	5
2. Prüfung innerhalb des § 2 ArbGG .....	9
3. Feststellungsanträge .....	9
4. Leistungsanträge .....	10
5. Zuständigkeit in sonstigen Fällen, § 3 ArbGG .....	10
II. Örtliche Zuständigkeit .....	10
1. Allgemeiner Gerichtsstand .....	11
2. Besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsortes, § 29 ZPO .....	11
3. Der besondere Gerichtsstand des Arbeitsortes gem. § 48 Ia ArbGG .....	11
III. Sachliche Zuständigkeit .....	12
<b>C) Zulässigkeitsprobleme der einzelnen Antragsarten</b> .....	<b>12</b>
I. Feststellungsanträge .....	12
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 .....	22
II. Leistungsanträge .....	23
1. Bruttolohnklage .....	23
2. Zulässige unbestimmte Leistungsanträge .....	24
<b>§ 3 VERBINDUNG DER EINZELNEN KLAGEANTRÄGE DES ARBEITNEHMERS</b> .....	<b>25</b>
<b>A) Kumulative objektive Klagehäufung</b> .....	<b>25</b>
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>B) Kumulative subjektive Klagehäufung</b> .....	<b>25</b>
<b>C) Eventuelle Klagehäufung</b> .....	<b>26</b>

<b>§ 4 BEGRÜNDETHEIT DER FESTSTELLUNGSANTRÄGE .....</b>	<b>28</b>
<b>A) Beendigungstatbestände .....</b>	<b>29</b>
<b>B) Kündigung .....</b>	<b>30</b>
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 .....	52
1. Erklärungsfrist des § 626 II BGB .....	53
a) Maßgebliche Person .....	53
b) Voraussetzungen des Vorliegens ausreichender Tatsachenkenntnis .....	54
2. Wichtiger Grund i.S.v. § 626 I BGB .....	57
a) Grundsätzliches Vorliegen eines als Kündigungsgrund geeigneten Sachverhalts (1. Stufe) .....	57
b) Interessenabwägung (2. Stufe) .....	63
c) Zeitpunkt des Vorliegens des wichtigen Grundes .....	67
V. Ordentliche Kündigung .....	68
1. Umdeutung .....	68
2. Grundsätzliche Entbehrlichkeit eines Kündigungsgrundes .....	71
3. Kündigungsfrist .....	71
a) Regelungsinhalt des § 622 BGB .....	71
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 .....	79
b) Rechtlicher Charakter der Änderungskündigung .....	80
2. Reaktionsmöglichkeiten des AN .....	81
VII. Allgemeiner Kündigungsschutz nach dem KSchG .....	81
1. Anwendungsbereich des KSchG .....	81
a) Erforderliche Betriebsgröße (§ 23 I S. 2 und S. 3 KSchG) .....	81
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 .....	82
cc) Sonderfragen zur Betriebsgröße .....	83
b) Zeitliche Grenze (§ 1 I KSchG) .....	85
2. Soziale Rechtfertigung der ordentlichen Kündigung, § 1 II KSchG .....	86
a) Verhaltensbedingte Kündigung (§ 1 II KSchG) .....	87
aa) Prüfungsschema .....	87
bb) Erfordernis konkreter Betriebsablaufstörungen? .....	89
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).....	98
cc) Sozialauswahl (§ 1 III KSchG).....	101
dd) Wiedereinstellungsanspruch.....	107
ee) Betriebsbedingte Kündigung mit Abfindung, § 1a KSchG.....	109
3. Änderungskündigung, § 2 KSchG.....	110
a) Inhalt des Kündigungsschutzes nach § 2 KSchG.....	110
b) Geltendmachung des Vorbehalts nach § 2 KSchG.....	110
c) Auswirkungen des § 2 KSchG auf den Rechtsschutz.....	112
d) „Überflüssige“ und „vorsorgliche“ Änderungskündigung.....	116
4. Auflösungsantrag nach § 9 KSchG.....	118
a) Wesen dieses Antrags.....	118
b) Voraussetzungen des Antrags.....	119
aa) Unwirksamkeit der Kündigung.....	120
bb) Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses durch den AN.....	120
c) Folgen des Antrags.....	122
aa) Beendigungszeitpunkt.....	122
bb) Abfindungshöhe.....	122
VIII. Anhörungspflicht nach § 102 BetrVG.....	123
1. Voraussetzungen der Anwendbarkeit.....	123
a) Geltungsbereich des BetrVG.....	123
b) Bestehen eines Betriebsrats.....	124
2. Form und Inhalt der Anhörung.....	125
a) Formell ordnungsgemäße Anhörung.....	126
b) Inhaltliche Grenzen der Anhörung.....	128
3. Klausurrelevante Probleme zur Betriebsratsanhörung.....	128
a) Entbehrlichkeit einer Betriebsratsanhörung.....	129
b) Betriebsratsanhörung und Nachschieben von Kündigungsgründen.....	130
c) Betriebsratsanhörung und Umdeutung einer Kündigung.....	131
IX. Kündigungsschutz in besonderen Situationen.....	133
1. Kündigungsschutz anlässlich Betriebsübergang, § 613a IV S. 1 BGB.....	133
a) Begriff des Betriebsübergangs.....	135
b) Zeitpunkt des Vorliegens eines Betriebsübergangs.....	138
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.....	145
cc) Folgen bei fehlerhafter Unterrichtung.....	145
dd) Das Widerspruchsrecht nach § 613a VI BGB.....	146
ee) Rechtsfolgen des Widerspruchs.....	148
2. Kündigungsschutz anlässlich Schwangerschaft, § 17 I MuSchG.....	150
a) Schutzzweck.....	150
b) Voraussetzungen.....	151
c) Schutzzumfang.....	152
3. Kündigungsschutz während der Elternzeit, § 18 BEEG.....	154
4. Kündigungsschutz für Betriebsratsmitglieder.....	154
a) § 15 I KSchG.....	154
b) § 103 BetrVG.....	155
5. Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen, § 168 SGB IX.....	156
a) Ordentliche Kündigung.....	156
b) Außerordentliche Kündigung.....	157
c) Mitwirkung der Schwerbehindertenvertretung, § 178 II SGB IX.....	158
6. Kündigungsschutz aus dem Berufsbildungsgesetz.....	158
X. Kündigung durch den Arbeitnehmer.....	158
1. Grundsätzliches.....	159
2. Kündigung vor Arbeitsantritt.....	159
a) Grundsätzliche Zulässigkeit.....	159
b) Lauf der Kündigungsfrist.....	159

<b>C) Unwirksamkeit eines Arbeitsverhältnisses</b> .....	<b>160</b>
I. Grundsätze des fehlerhaften Arbeitsvertrages .....	160
II. Einzelne Unwirksamkeitsgründe .....	162
1. Form .....	163
2. Geschäftsfähigkeit .....	163
3. Teilnichtigkeit .....	163
<b>D) Anfechtung von Arbeitsverträgen</b> .....	<b>163</b>
I. Rechtsfolge der Anfechtung im Arbeitsrecht .....	164
II. Anfechtung nach § 119 BGB .....	165
1. Anfechtungsgrund .....	165
a) Krankheit oder Behinderung .....	165
b) Schwangerschaft .....	165
2. Anfechtungsfrist .....	165
III. Anfechtung nach § 123 BGB .....	166
1. Anfechtungsgrund .....	166
a) Täuschung durch aktives Tun .....	166
aa) Frage nach der Schwangerschaft .....	166
bb) Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft .....	167
cc) Weitere problematische Fragen .....	169
b) Arglistige Täuschung durch Verschweigen .....	170
2. Anfechtungsfrist .....	171
<b>E) Befristung von Arbeitsverhältnissen nach dem TzBfG</b> .....	<b>171</b>
1. Grundsatz: Vorliegen eines sachlichen Grundes .....	172
2. Wirkung .....	176
a) Zeitliche Befristung .....	176
b) Zweckbefristung .....	176
c) Schriftform, § 14 IV TzBfG .....	176
d) Geltendmachung der Unwirksamkeit .....	178
3. Erste Ausnahme: kalendermäßige Befristung .....	179
a) Zulässigkeit .....	179
aa) Voraussetzungen .....	179
bb) Verbot der „Zuvor-Beschäftigung“ .....	180
b) Wirkung .....	183
4. Zweite Ausnahme: Existenzgründer .....	184
5. Dritte Ausnahme: Altersbefristung .....	184
6. Prüfungsumfang bei Kettenarbeitsverhältnissen .....	184
7. Befristung einzelner Arbeitsbedingungen .....	185
<b>F) Aufhebungsvertrag</b> .....	<b>187</b>
I. Möglichkeit einer Aufhebungsvereinbarung .....	187
II. Schutz des AN .....	187
1. Anfechtung nach § 123 BGB .....	188
2. Widerruf nach §§ 312g, b i.V.m. § 355 BGB .....	188
3. Andere Unwirksamkeitsgründe .....	190
a) § 138 BGB .....	190
b) § 242 BGB .....	191
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.) .....	191
III. Sonderfall: „Verkappte Befristung“ .....	192

<b>§ 5 BEGRÜNDETHEIT DER LEISTUNGSANTRÄGE DES ARBEITNEHMERS .....</b>	<b>194</b>
<b>A) Ansprüche des Arbeitnehmers aus dem vorarbeitsvertraglichen Bereich .....</b>	<b>194</b>
I. Anspruch auf Ersatz von Vorstellungskosten, § 670 BGB analog .....	195
II. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 15 I AGG und angemessene Entschädigung für immaterielle Schäden, § 15 II AGG .....	195
1. Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot der §§ 7 I, 1 AGG .....	195
a) Benachteiligung wegen des Geschlechts .....	195
aa) Sachlicher Anwendungsbereich des Benachteiligungsverbots, § 2 I AGG .....	196
bb) Vorliegen einer Benachteiligung, § 3 AGG .....	196
cc) Anspruch auf Lohngleichheit, § 8 II AGG i.V.m. §§ 3 I, 7 EntgTranspG .....	201
dd) Zulässigkeit der Ungleichbehandlung .....	202
b) Benachteiligung aus nicht-geschlechtsbezogenen Gründen .....	203
aa) Besonderheiten bei Benachteiligung wegen einer Schwerhinderung .....	205
bb) Besonderheiten bei Benachteiligungen wegen der Religion .....	205
cc) Besonderheiten bei Benachteiligungen wegen des Alters .....	206
2. Keine Widerlegung des vermuteten Vertretenmüssens, § 15 I S. 2 AGG .....	208
a) Geltung der §§ 276 ff. BGB .....	208
b) Besonderer Verschuldensmaßstab des § 15 III AGG .....	209
3. Ersatzfähiger materieller (§ 15 I AGG) bzw. immaterieller Schaden (§ 15 II AGG) .....	209
a) Ersatz der materiellen Schäden, § 15 I AGG .....	209
b) Entschädigung für immaterielle Schäden, § 15 II AGG .....	209
4. Ausschluss der Ansprüche nach § 15 AGG .....	211
a) Materielle Ausschlussfrist .....	211
b) Prozessuale Ausschlussfrist .....	212
III. Kein Anspruch auf Einstellung – kein Kontrahierungszwang .....	212
IV. Weitere Rechte bei AGG-Verstößen .....	212
1. Beschwerderecht gemäß § 13 AGG .....	212
2. Leistungsverweigerungsrecht, § 14 AGG .....	213
3. Organisationspflichten des AG .....	213
a) Ausschreibung, § 11 AGG .....	213
b) Schutzpflichten des AG, § 12 AGG .....	213
<b>B) Anspruch auf Arbeitslohn .....</b>	<b>214</b>
I. Rechtsgrundlage und Bemessung .....	214
1. Anspruchsgrundlage und Höhe .....	214
2. Lohnarten .....	215
a) Geldlohn .....	215
b) Naturallohn .....	216
II. Lohngleichheit, §§ 7 I, 8 II AGG .....	216
1. Grundsätzliches .....	216
2. Rechtsfolgen bei Verstoß .....	217
III. Verjährung .....	217
<b>C) Anspruch auf Gratifikationen .....</b>	<b>218</b>
I. Arten von Gratifikationen .....	218
1. Rechtsprechung des BAG bis 2011 .....	218
a) Sonderzahlung mit reinem Entgeltcharakter („arbeitsleistungsbezogene Sonderzahlung“) .....	219
b) Sonderzahlung ausschließlich für Betriebstreue .....	219
c) Häufigster Fall: Sonderzahlung mit Mischcharakter .....	219
d) Rechtsfolge dieser Unterscheidung bis 2011 .....	219
2. Rechtsprechungsänderung des BAG am 18.01.2012 .....	220
a) Sonderzahlung mit reinem Entgeltcharakter („arbeitsleistungsbezogene Sonderzahlung“) .....	220
b) Sonderzahlung mit anderer Zweckrichtung („Gratifikationen“) .....	221
c) Sonderzahlung mit Mischcharakter muss einer der beiden Sonderzuwendungsarten zugeordnet werden .....	221

II. Rechtsgrundlage und Normenhierarchie im Arbeitsrecht.....	223
1. Gesetzliche Vorschriften .....	223
2. Tarifvertrag.....	224
a) Voraussetzungen und Wesen.....	224
aa) Tariffähigkeit .....	224
bb) Tarifizuständigkeit.....	225
cc) Schriftform, § 1 II TVG .....	225
dd) Inhalt .....	225
b) Anwendbarkeit .....	226
aa) Räumlicher und sachlicher Anwendungsbereich .....	226
bb) Zeitlicher Anwendungsbereich .....	226
cc) Persönlicher Anwendungsbereich .....	227
c) Wirkung des normativen Teils.....	229
aa) Unabdingbarkeit.....	229
bb) Unverbrüchlichkeit .....	230
cc) Grenzen dieser Wirkung .....	230
3. Betriebsvereinbarung .....	230
4. AGB-Kontrolle von Formulararbeitsverträgen.....	230
a) Bedeutung des § 310 III BGB und Verbrauchereigenschaft des AN .....	231
b) Reichweite der AGB-Kontrolle .....	232
c) Einzelne Klauselverbote .....	232
aa) Die Vertragsstrafe im Formulararbeitsvertrag .....	232
bb) Der Änderungs- bzw. Widerrufsvorbehalt .....	236
cc) Verfallfristen im Formulararbeitsvertrag.....	238
dd) Weitere Beispiele aus der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung.....	242
d) Rechtsfolge bei Verstößen gegen §§ 307 bis 309 BGB .....	245
5. Gesamtzusage .....	247
6. Betriebliche Übung.....	248
a) Entstehung eines vertraglichen Anspruches (sog. „Vertragstheorie“).....	248
b) Erlöschen des Anspruches durch gegenläufige betriebliche Übung? .....	250
7. Gleichbehandlungsgrundsatz .....	252
a) Rechtsgrundlage.....	253
b) Inhalt .....	253
aa) Ungleichbehandlung .....	253
bb) Fehlende sachliche Rechtfertigung .....	254
c) Das Maßregelungsverbot des § 612a BGB .....	255
aa) Problem: Streikbruchprämie .....	255
bb) Weitere Beispiele aus der Rechtsprechung für § 612a BGB .....	256
8. Direktionsrecht, § 106 GewO bzw. § 315 BGB.....	257
9. Zusammenfassender Überblick zur Normenhierarchie .....	258
10. Regelung im Konfliktfall.....	258
a) Rangprinzip.....	258
b) Ordnungsprinzip .....	259
III. Problematik von Ausschluss- /Kürzungs- und Rückzahlungsklauseln – Kontrolle anhand von § 307 BGB.....	259
1. Verfall einer Sonderzahlung mit Entgeltcharakter bei Kündigung („Stichtagsklauseln“) .....	260
2. Verfall einer Gratifikation bei Kündigung („Stichtagsklauseln“).....	260
a) Erfordernis einer ausdrücklichen Klausel .....	260
b) Bedeutung der Klausel „ungekündigtes Arbeitsverhältnis“ .....	261
c) Verfall einer Gratifikation bei betriebsbedingter Kündigung .....	261
3. Rückzahlungspflicht von „echten“ Gratifikationen.....	262
a) Anspruchsgrundlage für eine Rückforderung .....	262
b) Grenzen zulässiger Rückzahlungsklauseln: § 307 BGB .....	263
aa) Kleingratifikationen .....	263
bb) Gratifikationen unter einem Monatsgehalt.....	264
cc) Gratifikationen von einem Monatsgehalt und mehr .....	264
dd) Konsequenz eines Verstoßes gegen diese Grundsätze .....	264
4. Problematik von Anwesenheitsprämien.....	265



<b>D) Anspruch auf Lohnzahlung ohne Arbeitsleistung .....</b>	<b>266</b>
I. Annahmeverzugslohn .....	267
1. Voraussetzungen des Annahmeverzugs .....	267
a) Abgrenzung von Unmöglichkeit und Annahmeverzug .....	268
b) Angebot.....	269
2. Rechtsfolge des Annahmeverzugs .....	271
a) Wirkung des Annahmeverzugs.....	271
b) Anrechnung.....	272
II. Lehre vom Betriebs- und Wirtschaftsrisiko .....	274
1. Problematik .....	275
2. Die Regelung des § 615 S. 3 BGB .....	275
3. Grundsätze der Lehre vom Betriebs- und Wirtschaftsrisiko .....	275
a) Betriebsrisiko .....	275
b) Wirtschaftsrisiko.....	277
4. Abgrenzung zur Lehre vom Arbeitskampfrisiko .....	277
a) Sphärentheorie .....	277
b) Materielle Arbeitskampfpärität .....	278
III. Grundlage des Arbeitskampfrechts .....	280
IV. Begriff des Arbeitskampfes .....	280
1. Streik .....	280
2. Flash-Mob-Aktionen .....	280
3. Aussperrung.....	281
4. Streikbruchprämie .....	281
5. Kollektive Ausübung von Individualrechten .....	282
V. Anforderungen an die Rechtmäßigkeit eines Arbeitskampfes .....	282
1. Tarifrechtliche Grenzen.....	282
a) Tarifgesetzwidrigkeit .....	282
b) Tarifvertragswidrigkeit.....	283
2. Besondere gesetzliche Kampfverbote .....	283
3. Materielle Arbeitskampfpärität und die Verhältnismäßigkeit.....	283
a) Materielle Arbeitskampfpärität .....	283
b) Verhältnismäßigkeit .....	284
VI. Rechtsfolgen des Arbeitskampfes.....	284
1. Rechtmäßiger Arbeitskampf.....	284
a) Die unmittelbar Kampfbeteiligten .....	284
b) Kampfbeteiligte Verbände .....	284
c) Drittbetroffene .....	285
2. Rechtswidriger Arbeitskampf .....	285
a) Die unmittelbar Kampfbeteiligten.....	285
b) Kampfbeteiligte Verbände .....	285
c) Drittbetroffene .....	286
VII. Lohnfortzahlung bei vorübergehender Arbeitsverhinderung aus persönlichen Gründen, § 616 BGB.....	286
VIII. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.....	287
1. §§ 3, 3a EntgeltFZG bzw. §§ 611a II, 326 II S. 1 Alt. 1 BGB.....	287
2. Anspruchsvoraussetzungen.....	288
a) Krankheitsbegriff.....	288
b) Beweislast.....	289
c) Kausalitätserfordernis .....	290
d) Fehlendes Verschulden .....	295
e) Leistungsverweigerungsrecht des AG .....	296
3. Dauer der Entgeltfortzahlung .....	297
a) Beginn.....	297
b) Zeitliche Höchstdauer .....	298
4. Rechtsfolgen des § 3 I EntgeltFZG.....	299
a) Fortbestehen des Vergütungsanspruchs.....	299
b) Berechnungsmethode.....	299



c) Abdingbarkeit .....	300
d) Forderungsübergang bei Dritthaftung .....	300
IX. Entgeltfortzahlung an Feiertagen .....	301
1. Vorliegen eines Feiertags .....	301
2. Kausalitätserfordernis .....	301
a) Ausschließliche Kausalität .....	301
b) Problematik von Arbeitskämpfen .....	303
X. Urlaubsentgelt .....	303
<b>E) Anspruch auf Urlaubsabgeltung .....</b>	<b>304</b>
I. Unterscheidung zwischen Urlaubsentgelt, Urlaubsgeld und Urlaubsabgeltung .....	304
1. Urlaubsentgelt .....	304
2. Urlaubsgeld .....	304
3. Urlaubsabgeltung .....	304
II. Differenzierung gesetzlicher Mindesturlaub – vertraglich vereinbarter Urlaub .....	305
III. Wesen des Urlaubsanspruchs .....	305
IV. Voraussetzungen des Urlaubsanspruchs .....	306
1. Arbeitnehmerbegriff .....	306
2. Bestehen eines Arbeitsverhältnisses .....	306
3. Wartezeit .....	306
4. Erteilung des Urlaubs .....	307
V. Dauer des Urlaubs .....	308
1. Voller Urlaubsanspruch .....	308
2. Urlaub von Teilzeitbeschäftigten .....	308
3. Teilurlaub .....	309
a) Zwölfteilungsprinzip .....	309
b) Vorliegen rechnerisch voller Monate .....	309
c) Bedeutung von § 5 II BUrlG .....	309
VI. Vermeidung von Doppelansprüchen .....	311
VII. Befristung des Urlaubsanspruchs .....	311
1. Regelung des § 7 III BUrlG .....	311
a) Übertragungsvoraussetzungen .....	312
b) Aufgabe der Verfallsrechtsprechung des BAG .....	312
aa) Kein Verfall bei Langzeiterkrankten .....	313
bb) Kein Verfall bei Verletzung der Mitwirkungsobliegenheiten des Arbeitgebers .....	314
2. Umwandlung des Urlaubsanspruchs in einen Schadensersatzanspruch seit Aufgabe der Verfallsrechtsprechung nicht mehr denkbar .....	319
VIII. Grundsätzliches Abgeltungsverbot .....	319
IX. Wesen des Urlaubsabgeltungsanspruchs .....	320
X. Voraussetzungen der Urlaubsabgeltung .....	322
XI. Höhe der Abgeltung .....	322
<b>F) Anspruch auf Schadensersatz .....</b>	<b>323</b>
I. Anspruchsgrundlagen .....	323
1. Vertragliche Ansprüche .....	323
2. Deliktische Ansprüche und Ansprüche aus § 15 I, II AGG .....	323
II. Haftungsausschluss .....	324
1. Grund für den Haftungsausschluss .....	324
2. Voraussetzungen des Haftungsausschlusses .....	325
a) Vorliegen eines Versicherungsfalls .....	325
b) Unfallversicherte Person .....	325
3. Umfang und Wirkung des Haftungsausschlusses .....	325
a) Ausschluss nur bei Personenschäden .....	326
b) Ausschluss für alle auf Personenschäden abstellenden Ansprüche .....	326
c) Wirkung des Ausschlusses .....	326

4. Ausnahmen .....	327
a) Vorsatz des AG .....	327
b) Wegeunfälle .....	328
<b>G) Anspruch auf Aufwendungsersatz .....</b>	<b>329</b>
I. Ersatz echter Aufwendungen.....	329
II. Ersatz von Eigenschäden des AN .....	329
III. Anspruchsvoraussetzungen .....	331
IV. Anspruchsumfang .....	332
<b>H) Anspruch auf Weiterbeschäftigung .....</b>	<b>333</b>
I. Allgemeiner Anspruch auf Beschäftigung.....	333
II. Anspruch auf Weiterbeschäftigung.....	333
1. Anspruch aus § 102 V BetrVG .....	334
2. Allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch.....	334
a) Rechtsgrundlage.....	334
b) Voraussetzungen.....	335
III. Rechtsfolgen der Weiterbeschäftigung.....	335
1. Fortbestand des bisherigen Arbeitsverhältnisses .....	336
2. Fehlerhaftes Arbeitsverhältnis .....	336
3. Rückabwicklung über Bereicherungsrecht.....	336
a) Tatsächliche Arbeitsleistung .....	337
b) Ersatz des objektiven Wertes .....	337
<b>I) Anspruch auf Zeugniserteilung .....</b>	<b>338</b>
I. Zeugnisarten .....	339
II. Anforderungen an Arbeitszeugnisse .....	339
1. Formelle Erfordernisse.....	339
2. Materielle Erfordernisse .....	340
III. Rechtsfolgen bei Verstößen gegen diese Grundsätze.....	340
<b>J) Anspruch auf Karenzentschädigung.....</b>	<b>341</b>
<b>K) Ausschluss von Arbeitnehmeransprüchen durch Ausgleichsquittung.....</b>	<b>343</b>
I. Begriff.....	343
II. Inhalt einer Ausgleichsquittung.....	344
1. Umfang einer Ausgleichsquittung .....	344
2. Abdingbarkeit der inhaltlich erfassten Rechte.....	344
<b>L) Anspruch auf Teilzeitarbeit .....</b>	<b>346</b>
I. Allgemeines .....	346
II. Prozessuale Durchsetzung.....	349
<b>§ 6 ZULÄSSIGKEIT DER GEGENANTRÄGE DES ARBEITGEBERS .....</b>	<b>354</b>
<b>A) Allgemeines .....</b>	<b>354</b>
<b>B) Widerklage (§ 33 ZPO) .....</b>	<b>354</b>
I. Streit um die Rechtsnatur des § 33 ZPO .....	354
II. Erfordernis der Rechtswegzuständigkeit .....	355

<b>§ 7 BEGRÜNDETHEIT DER GEGENANTRÄGE DES ARBEITGEBERS</b> .....	<b>356</b>
<b>A) Anspruch auf Schadensersatz</b> .....	<b>356</b>
I. Anspruchsgrundlagen .....	356
1. § 628 II BGB.....	356
2. Mankohaftung .....	356
a) Mankoabrede .....	356
b) Beweiserleichterungen .....	359
3. Allgemeine Anspruchsgrundlagen .....	359
a) Vertragliche Schadensersatzansprüche.....	359
b) Deliktische Schadensersatzansprüche.....	360
II. Ältere Rechtsprechung zum sog. innerbetrieblichen Schadensausgleich .....	361
1. Grundsätze der gefahrgeneigten Arbeit.....	361
2. Problematik dieser Grundsätze.....	361
III. Neuere Rechtsprechung zum innerbetrieblichen Schadensausgleich bzw. die Grundsätze der betrieblichen Veranlassung der Tätigkeit.....	362
1. Voraussetzungen für ihre Anwendbarkeit.....	362
a) Betriebliche Veranlassung .....	362
b) Grundsätzliche Dreiteilung.....	363
c) Prüfungsstandort in der Klausur .....	364
d) Modifizierung der Dreiteilung .....	365
2. Fehlende Außenwirkung dieser Grundsätze.....	366
a) Keine Haftungskürzung im Verhältnis zu einem außenstehenden Dritten .....	366
b) Freistellungsanspruch.....	367
c) Gestörter Gesamtschuldausgleich.....	367
3. Unfallversicherung und innerbetrieblicher Schadensausgleich .....	367
<b>B) Rückforderung von Arbeitgeberleistungen</b> .....	<b>369</b>
I. Rückzahlung von Gratifikationen .....	369
II. Rückzahlung von Ausbildungskosten .....	369
III. Rückforderung von Urlaubsentgelt .....	370
IV. Rückforderung von überzahltem Lohn .....	371
1. Problematik des § 818 III BGB.....	371
2. Schutz des AN .....	372
<b>C) Anspruch auf Herausgabe des aus der Arbeitsleistung Erlangten analog § 667 BGB</b> .....	<b>373</b>
<b>D) Nachvertragliche Unterlassungsansprüche</b> .....	<b>374</b>
I. Unterlassungsanspruch aus einem Wettbewerbsverbot .....	374
II. Unterlassungsanspruch aus nachvertraglichen Verhaltenspflichten.....	375
III. Unterlassungsanspruch aus dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsrechts .....	375

**§ 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

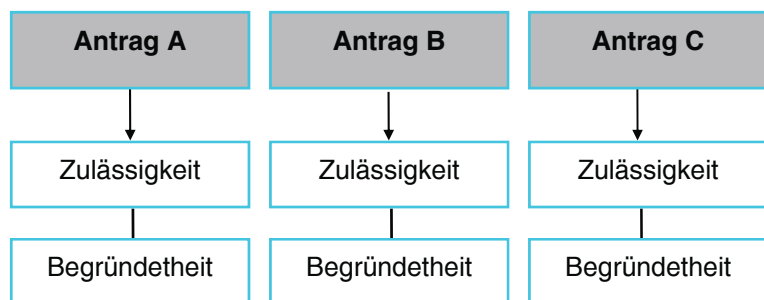
Ein AN wehrt sich zunächst gegen die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses, macht aber gegen seinen AG sofort oder doch zumindest später bestimmte Ansprüche aus diesem Arbeitsverhältnis geltend. Es liegt also von Seiten des AN formell eine Klage vor, die aber verschiedene materielle Klageanträge beinhaltet.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

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

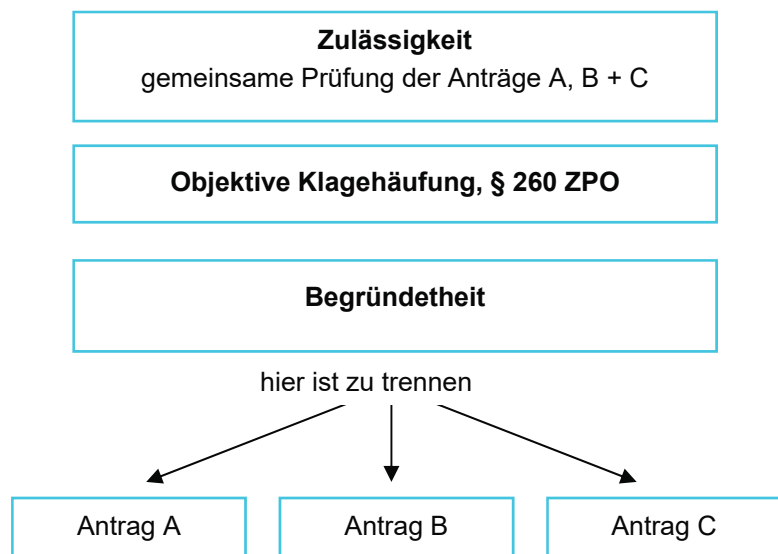
Hier sind zwei verschiedene Aufbauvarianten möglich, die grundsätzlich beide gleichwertig sind. Zum einen ist es möglich, für jeden einzelnen materiellen Klageantrag jeweils gesondert zunächst die Zulässigkeit und dann die Begründetheit zu prüfen. Dieser Weg ist natürlich auch im Arbeitsrecht begehbar.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



<sup>1</sup> 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!<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

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.<sup>3</sup>

12

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.

**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.

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.

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 Arbeitsachen

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 Arbeitsachen 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

Rechtsweg: §§ 2, 48 ArbGG

Die Frage des richtigen Rechtsweges 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.<sup>5</sup> 16

<sup>4</sup> 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. Brox, Rn. 230 ff., BVerfGE 58, 233.

<sup>5</sup> **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!



## 1. Arbeitnehmerbegriff

17

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).

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:<sup>6</sup>

„sic-non-Fall“

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>

„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 Arbeitnehmereigenschaft 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 widerspruchslos 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.<sup>8</sup>

18

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.

8 Brox, Rn. 21 und 9 ff.

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.

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!**

im Zweifel Klausurtaktik  
entscheidend

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

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.

**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

§ 5 I S. 3 ArbGG

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 Arbeitssachen 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.

**Problem:** GmbH-Geschäftsführer,  
§ 5 S. 3 GmbHG

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 Arbeitssachen nicht gegeben.

Nach Abberufung sind Gerichte für  
Arbeitssachen zuständig

Nach der Beendigung der Organstellung und damit nach dem Wegfall der Fiktion des § 5 I S. 3 ArbGG sind die Gerichte für Arbeitssachen 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 zuständigkeitsbegründende 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.