

Zusatzübersichten zum
"Intensiv-Kurs Arbeitsrecht":
- 2011 / II -

„1.Tag“

Verantwortlich:

RA Michael Tyroller

Arbeitnehmerbegriff

Prüfung beim Rechtsweg oder erst in Begründetheit („sic-non-Fall“ ⇒ letzter Kurstag)

⇒ Abgrenzung zwischen AN und Selbständigem

§ 84 I 2 HGB (Handelsvertreterrecht) enthält eine *allgemeine* gesetzgeberische Wertung!

⇒ **Selbständig** ist, wer im Wesentlichen frei *den Inhalt* seiner Tätigkeit gestalten *und* seine *Tätigkeitszeit* bestimmen kann („Zeitsouveränität“)

⇒ AN-Eigenschaft i.d.R. bereits zu bejahen, wenn Verlust der Zeitsouveränität

1. Zum Verlust der Zeitsouveränität:

- Notwendigkeit von Termineinhaltung reicht hierfür noch nicht aus (auch bei Werkvertrag)
- Entscheidend: Unterwerfung unter zeitliches Weisungsrecht, dessen Details er *bei Vertragsabschluss noch nicht kennt*
- Aufstellung von Dienstplänen als Indiz für Aufgabe der Zeitsouveränität: ⇒ Möglichkeit des Widerspruchs gegen Dienstplan i.d.R. unerheblich

2. Zur sachlichen Weisungsbefugnis:

Bei untergeordneten und einfachen Arbeiten ist eher eine Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation anzunehmen, da hier schon von vornherein *nur geringe* Gestaltungsmöglichkeiten bestehen (⇒ „Zeitungsausträger-Fall“)

Probleme bei Formulararbeitsverträgen¹

- I. Außer § 305 II, III BGB gelten die §§ 305 ff. auch auf Formulararbeitsverträge, vgl. § 310 IV S.2
 - ⇒ § 2 NachwG ist „lex specialis“ zu § 305 II, III BGB²
- II. Keine Kontrolle von Tarifverträgen, § 310 IV S.1
 - ⇒ *ausgewogenes Vertragswerk der Tarifparteien*
 - ⇒ *Schutz der Tarifautonomie, Art. 9 III GG*
- III. Auch keine „mittelbare Kontrolle über die Hintertür“ wegen §§ 310 IV S.3, 307 III S.1
 - ⇒ wegen § 310 IV S.1 gilt diese Ausklammerung aus der AGB-Kontrolle nur für die einzelvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge !
 - ⇒ Nach h.L. gelten §§ 310 IV S.3, 307 III S.1 nicht uneingeschränkt:
 - ⇒ Der in Bezug genommene TarifV muss zumindest bei unterstellter hypothetischer Tarifbindung¹ zeitlich,
 - ² fachlich und
 - ³ räumlich
 - anwendbar sein.

¹ PALANDT, § 310 Rn. 51; Rn. 75b vor § 611

² PALANDT, Rn. 75b vor § 611

a) Globalverweisungen sind der Kontrolle entzogen³

b) Verweisungen auf ausgewogene und selbständige, in sich geschlossene Teilkomplexe eines TarifV sind auch privilegiert⁴

c) Einzelverweisungen unterliegen voller Kontrolle (keine „Rosinen-Pickerei“ !!!)

IV. Inhaltskontrolle nach §§ 307-309 BGB:

1. Problem: Was gilt, wenn ArbG die einmalige Verwendungsabsicht des Arbeitsvertrages beweisen kann?

⇒ wenn AN auf den Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte, soll nach BAG § 310 III Nr. 2 gelten, da AN als Verbraucher anzusehen sei (vgl. auch PALANDT, Rn. 7b vor § 611).

2. Was sind die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten i.S.d. § 310 IV S.2, 1.Hs. ?

a) Anwendbar (gerade) auch auf § 309 ⇒ bei §§ 308, 307 BGB kann ohnehin „gewertet“ werden

b) Gilt nicht nur für bestimmten „Tendenz-ArbV“

c) Es müssen nicht zwingend rechtliche Besonderheiten sein; es genügen auch tatsächliche (so BAG)

³ DIEHN in NZA 2004, 129 [131] mit Hinweis auf Rechtsprechung zur VOB/B; WITTT in NZA 2004, 135 [137]
⁴ BAG, NZA-RR 2009, 593 ff (Urteil vom 06.05.2009, Az. 10 AZR 390/08).

Checkliste für „Ausschlussfrist-Klauseln“

I. Fundstellen im „PALANDT“:

- § 611, Rn. 72
- vor § 611, Rn. 75c
- § 242 Rn. 63 und Rn. 98
- § 126 Rn. 1

II. Wichtige Normen im Gesetz:

§ 305c I BGB ⇒ Überraschende Klausel, wenn

- ungewöhnlicher Inhalt oder
- Überrumpelungseffekt⁵

§ 307 BGB ⇒ Länge der Frist (vgl. Fall 4)

§ 4 IV S.3 TVG ⇒ Einzelvertragliche Klausel erfasst nicht tarifliche Ansprüche

III. Checkliste:

1. Tariflichvertragliche Ausschlussfrist ?

⇒ auch einseitig zu Lasten des AN zulässig

⇒ keine AGB-Kontrolle, vgl. § 310 IV S.1 BGB

⇒ Aber: Allgemeiner Hinweis auf TV im ArbV gem. § 2 I S.2 Nr. 10 NachwG nötig, sonst SE-Pflicht

2. Arbeitsvertragliche Ausschlussfrist ?

⇒ bei Formularvertrag Kontrolle anhand von §§ 307 ff. (bei Bezugnahme auf TV § 310 IV S.3 beachten)

⇒ nicht einseitig zu Lasten des AN, § 622 VI BGB analog

⇒ erfasst niemals tarifliche Ansprüche, § 4 IV S.3 TVG

⁵ Achtung: Palandt § 305c, Rn. 3 a.E. ungenau

Kapitel A, Fall 3: Die „zwei-stufige“ Verfallfrist

I. Einzelvertraglicher Anspruch ⇒ § 4 IV S.3 TVG gilt nicht !

Exkurs: Verfallfrist erfasst auch zwingende Ansprüche wie z.B. aus dem EFZG (§ 12) oder dem BUrlG (§ 13).

Grund: Zwingend ist nur der Anspruch selbst, aber nicht seine zeitliche Unbegrenztheit!

II. Verstoß gegen § 307 II Nr. 1 i.V.m. § 622 VI BGB analog ?

(-), da Klausel für beide Seiten gilt

III. Keine Unwirksamkeit gem. § 202 I BGB

IV. Evtl. Unwirksamkeit gem. §§ 310 IV S.2, 307 ff. ?

1. Formulararbeitsvertrag = AGB, § 305 BGB

2. Überprüfbarkeit anhand der §§ 307 ff. ?

⇒ (+), da Ausschlussfrist von gesetzlichem Verjährungsrecht abweicht, vgl. § 307 III S.1

3. Schriftformklausel der 1. Stufe

⇒ zulässig, vgl. § 309 Nr. 13 BGB

4. Erfordernis gerichtlicher Geltendmachung (2. Stufe)

⇒ nach h.M. kein Verstoß gegen § 309 Nr. 13⁶, da

- *keine strengere Form als Schriftform*
- *kein Zugangserfordernis (§ 167 ZPO ist anwendbar)*
- *jedenfalls tatsächliche Besonderheit des Arbeitsrechts (§ 310 IV S.2, 1.Hs.) ⇒ Bedürfnis nach rascher Klärung und Bereinigung offener Ansprüche⁷*

5. Kein Verstoß gegen § 309 Nr. 7 BGB (sehr bedenklich; anders jetzt zu Recht BAG, NZA 2007, 1154 [1158])

⁶ Vgl. ROLFS in ZGS 2002, 409 [412]; a.A. DÄUBLER in NZA 2001, 1229 [1236]; HÜMMERICH in NZA 2003, 755 ff.
⁷ So jetzt ausdrücklich das BAG in ZIP 2005, 1699 [1701].

6. Verstoß gegen § 307 II Nr. 1 BGB wegen der Kürze der Frist von einem Monat ?

- a) *Nach bisheriger Rechtsprechung war 1 Monat „O.K.“⁸*
- b) *Wegen § 310 IV S.2 BGB ist nach M.M. Ausschlussfrist nun generell unzulässig⁹*
- c) *Nach h.M. rechtfertigen rechtliche Besonderheiten des Arbeitsrechts auch formularvertragliche Ausschlussfrist*

Arbeitsrechtliche Besonderheiten sind¹⁰:

§ 12 S.1 KSchG ⇒ 1 Woche

§ 626 II BGB; § 9 I S.1, 1.Hs. MuSchG ⇒ 2 Wochen

§§ 4 KSchG, 17 TzBfG ⇒ 3-wöchige Klagfrist

§§ 11 I S.1, 46 II ArbGG, 496 ZPO ⇒ erleichterte Klagemöglichkeit ohne Anwaltszwang

§ 15 IV AGG; 61b I ArbGG ⇒ Geltendmachung innerhalb von 2 Monaten und Klage innerhalb von 3 Monaten nach Geltendmachung (2-stufige Verfallfrist)

- aa) Nach e.A. ist wie früher 1 Monat zulässig¹¹
- bb) Nach a.A. muss Frist 6 Monate lang sein¹²
- cc) Nach a.A. muss Frist 9 Monate lang sein¹³
- dd) Nach BAG darf Ausschluss-Frist auf 1. Stufe und auf 2. Stufe nicht kürzer als 3 Monate sein¹⁴

Achtung: Bei zu kurzer Frist ist keine geltungserhaltende Reduktion möglich !

⁸ Beachten Sie aber, dass es damals aber keine AGB-Kontrolle von Formulararbeitsverträgen gab, § 23 I AGBG.

⁹ **Däubler NZA 2001, 1329 [1335 und 1336 f.]**.

¹⁰ Beachte außerhalb des Arbeitsrechts auch § 202 BGB (Verjährungsverkürzung) und § 651g BGB (Monatsfrist).

¹¹ **LINGEMANN NZA 2002, 181 [189 f.]**

¹² **ROLFS ZGS 2002, 409 [412]**

¹³ **Hümmerich NZA 2003, 753 [756]**

¹⁴ **BAG NZA 2005, 1111 ff. für 2. Stufe; BAG NZA 2006, 150 ff. für 1. Stufe;** so auch **PALANDT** vor § 611, Rn. 75c; nach **BAG NJW 2006, 2205** muss Ausschlussfrist aber an Fälligkeit des Anspruchs anknüpfen.

Widerruf (+), wenn § 2 S.2 des Muster-ArbV wirksam ist !

I. Unwirksamkeit gem. § 308 Nr. 4 ?

1. Vorliegen von ABGB (+)

2. Änderungsvorbehalt i.S.d. § 308 Nr. 4 (+)

3. Maximal zulässige Höhe der Vergütungsminderung

⇒ Vergütungsminderung über 25% bis 30% der Gesamtvergütung unzulässig (AG trägt Wirtschaftsrisiko!)

Hier: Kürzung nur um ca. 10%

4. Formelle Voraussetzungen des § 308 Nr. 4

⇒ ArbV muss die Widerrufsgründe erkennen lassen (*wirtschaftliche Notlage / Leistung od. Verhalten des AN etc.*)

⇒ hier (-), sodass Klausel unwirksam ist

II. Rechtsfolge der Unwirksamkeit nach § 308 Nr. 4 ?

⇒ ersatzlose Unwirksamkeit gem. § 306 I BGB wegen des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion

III. Ausübungskontrolle gem. § 315 BGB¹⁵

⇒ entspricht noch billigem Ermessen !

¹⁵ Nicht § 106 GewO, da es nicht um die Arbeitsleistung geht

Anspruch auf Entfernung einer Abmahnung (zur Abmahnung Palandt, Rn. 41 vor § 620)

I. Anspruch analog § 1004 I BGB

1. Die Abmahnung in den Akten ist eine Beeinträchtigung des beruflichen Fortkommen und des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (APR)
2. Beim Rahmenrecht APR ist Rechtswidrigkeit positiv festzustellen

Wegen Fürsorgepflicht des AG sind abzuwägen:

- Persönlichkeitsrecht des AN,
- die sich für AN und AG aus Art. 12 I GG ergebenden Rechte und
- das Recht des AG auf freie Meinungsäußerung (Art. 5 I 1 GG)

3. AN hat Anspruch auf Entfernung, wenn:

- die Abmahnung formell nicht ordnungsgemäß zustande kam,
- sie unrichtige Tatsachenbehauptungen
- oder eine unrichtige *rechtliche* Bewertung des Verhaltens des AN enthält,

- sie statt eines konkret bezeichneten Fehlverhaltens nur pauschale Vorwürfe enthält
- sie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt *oder*
- kein schutzwürdiges Interesse des AG am Verbleib der Abmahnung in der Akte mehr besteht

2. Anspruch aus §§ 280 I, 611, 249 I BGB

⇒ rechtswidrige Abmahnung ist Schutzpflichtverletzung gem. §§ 241 II, 242 BGB

⇒ Pflicht zur Entfernung gem. § 249 I, wenn Exkulpation nicht gelingt

⇒ Achtung: Nicht § 619a BGB anwenden!

3. Anspruch aus §§ 823 I, 249 I BGB

⇒ Anspruch (+), wenn Nachweis des Verschuldens gelingt

Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

Anspruchsgrundlage: § 3 I EFZG selbst

1. **Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses am jeweiligen Krankheitstag**
2. **Ausnahme: § 8 I EFZG**, wenn vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses an wenigstens einem Tag ein Anspruch aus § 3 I EFZG bestanden hat
2. **Beginn erst nach 4-wöchiger Karenzfrist, § 3 III EFZG**
3. **Arbeitsunfähig krank** ⇒ Beweislast beim AN
4. **Monokausalität der Krankheit für Ausfall der Arbeit**
5. **Verschulden des Arbeitnehmers**
⇒ *grobes* Verschulden gegen *sich selbst* Einwendung des Arbeitgebers
6. **Dauer der Zahlungspflicht, § 3 I EFZG:**
⇒ bei längerer Arbeitsunfähigkeit infolge mehrerer Erkrankungen ist Abgrenzung zwischen Fortsetzungs- und Wiederholungserkrankung erforderlich
7. **Leistungsverweigerungsrecht, § 7 EFZG**
8. **Höhe des Anspruchs (§ 4 I 1, Ia EFZG):**
9. **Unabdingbarkeit, § 12 EFZG:** ⇒ Verfall aufgrund wirksamer Ausschlussfristen ist möglich

Übersicht zu Kapitel E, Fall 1

1. Woche: Arbeit

⇒ Anspruch aus § 611

**2. bis 4. Woche:
krank**

⇒ kein Anspruch wegen § 3 III EFZG

**5. bis 7. Woche:
krank**

⇒ Anspruch aus § 3 I EFZG (+), da sich Vierwochenfrist des § 3 III *nicht* auf *tatsächliche* Arbeit bezieht (Wortlaut)

**8. bis 10. Woche:
krank**

⇒ Anspruch aus § 3 I EFZG (+), da Beginn der *6-Wochen-Höchstfrist* des § 3 I erst mit Zahlungspflicht, nicht mit Krankheit (BAG; str.)

**11. Woche:
krank**

⇒ kein Anspruch, da 6-Wochen-Höchstfrist des § 3 I überschritten

ab 12. Woche: wieder arbeitsfähig

Anspruch aus § 611

Fortsetzungskrankheiten und wiederholte Krankheiten

1. Fortsetzungskrankheit

⇒ = auf selbem Grundleiden beruhend, z.B. Bandscheibenleiden ⇒
§ 3 I S.2 gilt

2. Wiederholungserkrankung

⇒ z.B. erneute Grippe ⇒ *§ 3 I S.2 gilt nicht*

*Pro Jahr sind bei Fortsetzungskrankheiten unter den Vss'en des
§ 3 S.2 EFZG maximal 12 Wochen Entgeltfortzahlung möglich !!!*

Problemfall

Bsp: 7 Wochen am Stück krank, davon die ersten 3 Wochen an Grippe, die letzten 5 Wochen Bandscheibenvorfall; nach einem Monat erneuter Bandscheibenvorfall mit 3 Wochen Krankheit



1. Anspruch für die ersten 6 Wochen Krankheit nach § 3 I S.1 EFZG

⇒ keine Trennung der Krankheiten, da sog. *einheitlicher Verhinderungsfall* (zeitlich fortdauernde Krankheit ohne zwischenzeitliche Beendigung)

2. Anspruch auf 3-wöchige Zahlung für den erneuten Bandscheibenvorfall ?

⇒ volle Zahlung, da bisher für den Bandscheibenvorfall bei dessen ausschließlichem Vorliegen insgesamt erst 3 Wochen abgegolten wurden

Entgeltfortzahlung bei Krankheit, §§ 3, 4 EFZG

⇒ „*modifiziertes Lohnausfallprinzip*“

Überstunden sind komplett ausgeklammert und zwar sowohl vom Zeit- als auch vom Geldfaktor, § 4 Ia EFZG (vgl. BAG NZA 2003, Heft 3, 157 ff.)

Grund: Stellung des Wörtchens „*zusätzlich*“ vor „*für Überstunden*“ statt vor „*gezahlt*“

Urlaubsentgelt, § 611 BGB i.V.m. §§ 1, 11 BUrlG

⇒ „*modifiziertes Referenzprinzip*“

1. Regelmäßige (Prognose!) Überstunden ja

Grund: Der Zeitfaktor des § 1 BUrlG klammert die Überstunden nicht aus

2. Aber nur Grundvergütung ohne Zuschlag

Grund: Der Geldfaktor des § 11 I S.1 BUrlG nimmt Überstunden aus

Annahmeverzugslohn, § 611 i.V.m. § 615 S.1 BGB

⇒ „*reines Lohnausfallprinzip*“

Es wird der Lohn für die ausgefallene Arbeitszeit gezahlt, egal ob Überstunden oder nicht und zwar auch jeder Zuschlag

Entgeltfortzahlung im Mutterschutz

- I. Beschäftigungsverbot (BV) nach §§ 3 I, 4, 6 II, III, 8 I, III, V MuSchG
 1. AG schuldet durchschnittliches Arbeitsentgelt der letzten 3 Monate vor BV

⇒ sog. „Mutterschutzlohn“, § 11 MuSchG
 2. Anspruch auf 100 %-igen Regress bei Krankenkasse gem. § 1 II Nr.2 AAG

- II. 6 Wochen vor (§ 3 II) und 8 Wochen nach der Entbidung, § 6 I MuSchG):

⇒ Anspruch auf „Mutterschaftsgeld“, § 13 I MuSchG i.V.m. §§ 195 I Nr.6, 200 RVO

 1. Krankenkasse zahlt max. 390,- € bzw. 403,- € pro Monat (13,- € pro Tag) ⇒ vgl. § 200 II S.2 RVO
 2. Differenz zum durchschnittliches Arbeitsentgelt der letzten 3 Monate (vgl. § 200 II S.1 RVO) zahlt AG ⇒ §§ 14 I S.1 MuSchG, 200 II S.5 RVO
 3. Anspruch auf 100 %-igen Regress bei Krankenkasse gem. § 1 II Nr.1 AAG

Annahmeverzug

Anspruchsgrundlage: § 611 BGB ⇒ § 615 S.1 BGB selbst ist nur *Anspruchserhaltungsnorm*

1. **Bestehen eines Arbeitsvertrages**
2. **Möglichkeit der Arbeitsleistung**
(vgl. etwa § 297 BGB)
 - a. **Bestehen der Arbeitspflicht**
⇒ (-), bei wirksamer Freistellung
 - b. **Leistungsfähigkeit**
 - c. **Leistungsbereitschaft**
3. **Vorliegen oder Entbehrlichkeit eines Angebots des Arbeitnehmers**
⇒ wörtliches Angebot nach § 295 BGB reicht
 - a. Kündigungsschutzklage genügt für § 295 BGB
 - b. Nach BAG ist im Falle unwirksamer Arbeitgeberkündigungen **§ 296 BGB** anzuwenden, weil der AG nicht einen *vertragsgemäßen* Arbeitsplatz *zuweist*, sondern diesen durch Ausspruch der Kündigung entzieht

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

⇒ *bis Genesung* gilt aber § 297 BGB

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

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

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

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

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

a. **Abgrenzung:**

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

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

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

➤ *die sittenwidrige Kündigung, § 13 II KSchG*

bb. § 615 S.2 BGB ist der Auffangtatbestand für aus sonstigen Gründen unwirksame Kündigungen

- *Wichtig v.a. in den Fällen, in denen das KSchG nicht anwendbar ist !!!*
- *zeitlich anwendbar auch bei „Freistellung“ vor Ablauf der ord. Kündigungsfrist [erst danach gilt § 11 KSchG (s.o.)]*

b. Anrechnung hypothetischen Verdienstes bei „böswilligem“ Unterlassen

- ⇒ (+), wenn AN *vorsätzlich* ohne Grund Arbeit ablehnt oder vorsätzlich verhindert, dass ihm Arbeit angeboten wird
- ⇒ Prüfung der *Zumutbarkeit* einer angebotenen oder sonst möglichen Arbeit nach den konkreten Umständen
- ⇒ Anrechnung auch möglich, wenn die Beschäftigungsmöglichkeit bei *demselben* Arbeitgeber besteht

I. Urlaubsabgeltung gemäß § 7 IV BUrlG

⇒ Problem: Wurde Urlaub gewährt?

⇒ §§ 133, 157 BGB (analog)

1. Verhältnis Annahmeverzug zu Urlaub

Ist der Arbeitnehmer von der Arbeitspflicht befreit, schuldet er keine Dienste

⇒ Arbeitsleistung ist i.S.v. § 297 BGB vorübergehend rechtlich unmöglich

2. Voraussetzungen wirksamer Urlaubserteilung

⇒ Erklärung muss deutlich erkennen lassen, dass Befreiung *zur Erfüllung des Anspruchs auf Urlaub* gewährt wird

⇒ andernfalls ist nicht bestimmbar, ob der Arbeitgeber als Schuldner des Urlaubsanspruchs die geschuldete Leistung bewirkt (§ 362 I BGB) oder als Gläubiger der Arbeitsleistung auf deren Annahme verzichtet (§ 615 BGB).

a. Unwiderruflichkeit der Urlaubserteilung

⇒ kann sich auch durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB analog) ergeben

⇒ Fehlen eines Urlaubsantrags steht nicht entgegen

b. Problem: Unklarheit über den genauen Zeitpunkt der Urlaubstage

⇒ AG kann AN die zeitliche Festlegung der Urlaubszeit überlassen

⇒ im Übrigen lehnt er die Annahme der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers ab und gerät gemäß § 293 BGB in Annahmeverzug

II. Entgeltfortzahlung gemäß §§ 611, 615 S. 1 BUrlG

1. Hinsichtlich der über den Urlaub hinausgehenden Zeit ist AG im Annahmeverzug

⇒ AG wollte nicht vollständig, also auch über die noch offenen Ansprüche hinaus, Urlaub erteilen

„Bitte, den Beginn und die Höhe der Vergütung eines neuen Arbeitsverhältnisses mitzuteilen, weil dies für die Ermittlung der Verbindlichkeiten bedeutsam sei“]

⇒ daher auch kein konkludenter Erlassvertrag hinsichtlich der Arbeitsleistungspflicht

2. Anrechnung des anderweitig erzielten Verdienstes nach § 615 S. 2 BGB?

⇒ bei *unwiderruflicher* Freistellung unter Vorbehalt der Anrechnung etwaigen anderweitigen Verdienstes kann der AN gem. § 157 BGB davon ausgehen, in der Verwertung seiner Arbeitsleistung frei und nicht mehr an vertragliche Wettbewerbsverbote (§ 60 HGB) gebunden zu sein

Überblick zu den „Sondervergütungen“

I. Arten der Sondervergütungen bzw. „Sonderzahlungen“:

1. Sonderzahlung mit reinen Entgeltcharakter:

⇒ Zahlungsgrund ist *ausschließlich* die Entlohnung erbrachter Arbeitsleistung (reine Fälligkeitsverschiebung, z.B. 13. Monatsgehalt)

⇒ Sonderzahlung ist Entgelt i.e.S., steht also im Synallagma des Arbeitsvertrages

2. Sonderzahlung nur für Betriebstreue

⇒ seltener (etwa Jubiläumsszuwendung, die auch bei langer Krankheit gezahlt wird)

3. Sonderzahlung mit Mischcharakter (häufigste Variante):

⇒ doppelte Motivation des Arbeitgebers: Es wird vergangene und/oder künftige Betriebstreue belohnt (Bsp.: Zahlung ist von der Dauer der Betriebszugehörigkeit abhängig) und es (kumulativ) geleistete Arbeit honoriert.

Die Sonderzahlungen 2. und 3. sind „echte Gratifikationen“ und stehen nicht im Synallagma des Arbeitsvertrages

- daher keine automatische Suspendierung nach § 326 I BGB
- Rückzahlungsklauseln aber grds. zulässig
- auch Kürzungsvereinbarungen (vgl. § 4a EFZG)

II. Mögliche Anspruchsgrundlagen:

1. **Kollektivrechtlicher Anspruch:** Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung.

2. Vertraglicher Anspruch:

- Vereinbarung im Einzelarbeitsvertrag;
- Entstehung durch betriebliche Übung
- Entstehung aufgrund einer Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes

Der Gleichbehandlungsgrundsatz

I. Spezielle Regeln des Arbeitsrechts:

II. Allg. Gleichbehandlungsgrundsatz:

1. Rechtsgrundlage:

⇒ Art. 3 I GG bei TarifV (Gesetz, § 4 TVG)

⇒ sonst **arbeitsvertragliche Fürsorgepflicht**, die wie Art. 3 GG auszulegen ist

2. Inhalt: Verbot der *sachfremden* Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer bzw. der sachfremden Differenzierung zwischen Arbeitnehmern in einer bestimmten Ordnung

⇒ Abgrenzung zur Vertragsfreiheit: *Einzelne* AN dürfen besser gestellt werden; dies gilt aber nicht mehr, wenn der AG die Leistungen nach einem *erkennbaren Prinzip* gewährt

3. Rechtsfolge:

⇒ kein SEA, sondern Anspruch *auf Erfüllung* („Freibier für Alle“)

⇒ kein Verschulden erforderlich

Sondervergütungen Fall 1

1. Anspruch aus Individualarbeitsvertrag
2. Art der Sondervergütung:
 - ⇒ 13. Gehalt hatte „reinen Entgeltcharakter“, da weitergehender Zweck nicht erkennbar
 - ⇒ daher synallagmatischer Lohnanspruch
3. Auswirkung de Krankheit:
 - Arbeitsunfähigkeit als Fall von § 275 I BGB.
 - § 3 EFZG verdrängt grds. § 326 I 1 BGB.
 - Aber: Für den Monat *nach* 6. Krankheitswo-
che entfällt die Entgeltfortzahlungspflicht
(§ 3 I EFZG)
 - ⇒ insoweit gilt § 326 I 1 BGB und erfasst
auch die „arbeitsleistungsbezogene Sonder-
zahlung“!
 - ⇒ für diese Zeit *automatische* Kürzung *auch
ohne* Vereinbarung i.S.d. § 4a EFZG

Abwandlung

In der Elternzeit sind die Hauptleistungspflichten *suspendiert*

⇒ *automatische* Kürzung von „arbeitsleistungsbezogener Sonderzahlung“, ohne dass es einer Abrede bedarf (§ 326 I 1)

Sondervergütungen Fall 2

Problem: Zulässigkeit einer Anwesenheitsprämie?

1. Als Anreiz, Fehlzeiten gering zu halten, **grdsl. zulässig**, vgl. § 4a EFZG \Rightarrow daher auch kein Verstoß gegen § 612a BGB

Vorsicht: Bei echtem Entgelt kommt dies wegen § 12 EFZG nicht in Betracht \Rightarrow § 4a EFZG gilt daher nur für echte Gratifikationen und für solche mit Mischcharakter!

2. **Grenze des § 4a EFZG:** (Pal. § 611, RN 84a falsch!)

- maximal zulässige Kürzung: $1.500 \text{ €} \div 20$ (Arbeitstage pro Monat) $\div 4 \Rightarrow$ 18,75 €
(= $\frac{1}{4}$ des täglichen Gehalts)
- Hier aber: $1.500 \text{ €} \div 60 \Rightarrow$ 25,00 €

\Rightarrow Unzulässige Verschärfung (§ 12 EFZG)

\Rightarrow keine geltungserhaltende Reduktion, sondern Kürzungsklausel nichtig

\Rightarrow entgegen § 139 BGB Klausel im Übrigen aber wirksam

Ergebnis: Anspruch auf volle Gratifikation!

Sondervergütungen Fall 3

Vertraglicher Anspruch aus § 611 BGB infolge betrieblicher Übung?

I. Anspruchsentstehung:

1. Begriff:

Regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen durch den AG, woraus der AN den Schluss ziehen kann, eine bestimmte Leistung solle ihm dauerhaft gewährt werden

Vertragstheorie des BAG:

Konkludentes Angebot (⇒ Auslegung nach §§ 133, 157 BGB), Annahme nach § 151 BGB

2. Auslegung hier:

Konkludente Einigung zunächst (+), da weit mehr als *dreimalige* Gewährung ohne jeden (evtl. konkludenten) Vorbehalt.

II. Späterer Anspruchswegfall ?

1. Keine Änderungskündigung (vgl. § 2 KSchG) gewollt bei bloßem Anschlag im Betrieb

⇒ im Übrigen kein Zugang

2. Konkludente Vereinbarung durch (einmaligen) Nichtprotest?

⇒ (-), da widerspruchslöse Entgegennahme („Schweigen“) grdsl. keine Annahme

3. Aber: Abändernde betriebliche Übung ?

⇒ nach neuer Ansicht des BAG ist eine gegenläufige betriebliche Übung nicht mehr möglich, da Verstoß gegen § 308 Nr. 5 BGB

(BAG, Life & LAW 2009, Heft 7, 459 ff. = NZA 2009, 601 ff.)

Ergebnis: Voller Anspruch (+)

Übersicht zum Urlaubsrecht

I. Allgemeines / Grundbegriffe:

1. Anspruch auf Urlaub gemäß § 1 BUrlG

⇒ bezahlte *Freistellung* von der Arbeit

2. Unterscheide folgende Zahlungen:

- **Urlaubsentgelt:** Entgeltfortzahlung während Urlaub, §§ 611 BGB, 1, 11 BUrlG
- **Urlaubsgeld:** Gratifikation gemäß TarifV, Betriebsvereinbarung oder ArbeitsV
- **Urlaubsabgeltung:** § 7 IV BUrlG ⇒ Zahlungsanspruch, wenn wegen Beendigung des ArbeitsV Urlaub nicht mehr möglich ist

3. Festlegung des Termins durch den Arbeitgeber (vgl. § 7 I BUrlG):

- Kein Recht zur Selbstbeurlaubung; bei rechtswidriger Verweigerung müssen die Gerichte angerufen werden (v.a. eV).
- Selbstbeurlaubung = Arbeitsverweigerung
⇒ i.d.R. droht ao. Kdg. gem. § 626 BGB !
- Grds. aber keine Möglichkeit des AG, die gewährte Freistellung (Konkretisierung gemäß § 243 BGB) durch einseitigen Widerruf wieder rückgängig zu machen

II. Voraussetzungen des (primären) Anspruchs auf Urlaubsgewährung:

1. Arbeitnehmereigenschaft, §§ 1, 2 BUrlG

2. Umfang des Anspruchs / Urlaubstage

a. Gesetzliche Mindestdauer: 24 Werktage

⇒ bei 5-Tage-Woche umzurechnen auf 20 Arbeitstage (vgl. § 3 I, II BUrlG)

b. Zusatzurlaub für Jugendliche und Schwerbehinderte, § 19 JArbSchG, § 125 S.1 SGB IX

c. Behandlung von Mehrurlaub:

- Soweit nichts anderes vereinbart ist, gilt auch hierfür das BUrlG
- Aber: Die Abdingbarkeitssperre des § 13 BUrlG gilt nur für den gesetzlichen Mindesturlaub; *wenn* etwas anderes vereinbart wurde, ist es bezüglich des Mehrurlaubs also grds. wirksam !

d. Evt. nur Teilurlaub gemäß §§ 4, 5 BUrlG

e. Evtl. Kürzung des Anspruchs wegen Anrechnung nach § 6 BUrlG

3. Erfüllbarkeit des Anspruchs:

⇒ „Freistellung *wegen* Urlaub“ kann nicht gewährt werden, wenn die Arbeitspflicht aus anderen Gründen ohnehin entfallen ist

4. Kein Verfall gemäß § 7 III BUrlG:

a. Grundregel zum Verfall:

- *Grds. mit Ablauf des 31.12., § 7 III 1 BUrlG*
- *Der Verfall wird nur bei Vorliegen der gesetzlich definierten Übertragungsgründe auf den 31.03. des Folgejahres verschoben*
- *Automatische Übertragung ⇒ keine Willenserklärung des AN nötig*

b. Sonderfälle:

aa. Bei Teilurlaub nach § 5 Ia BUrlG *zusätzliche* Übertragungsmöglichkeit gem. § 7 III 4 BUrlG

- kein dringender Grund nötig,
- Übertragung auf das *gesamte* nächste Kalenderjahr,
- Notwendigkeit einer Willenserklärung („Verlangen“)

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

c. Rechtsfolge des Verfalls:

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

III. Urlaubsabgeltung gemäß § 7 IV BUrlG:

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

1. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

2. Bestehen eines Anspruchs auf Urlaubsgewährung

⇒ Ende des ArbV muss monokausal für Nichtgewährung des Urlaubs sein

- Ist der Urlaubsanspruch *auf Freistellung* (s.o.) nicht erfüllbar (z.B. wegen Krankheit), besteht auch kein Anspruch auf Abgeltung
- Verfall gemäß § 7 III BUrlG gilt auch für den Anspruch aus § 7 IV BUrlG

Sound: Die Abgeltung ist das Surrogat des Urlaubsanspruchs

IV. Anspruch auf Schadensersatz wegen Verfalls des Urlaubs:

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

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

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

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

3. Rechtsfolge:

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

Anspruchsgrundlage: nicht § 7 IV BUrlG, sondern *Parteivereinbarung*.

1. Wirksamkeit der Abrede ?

- a. § 7 IV BUrlG als Ausnahmefall ⇒ wegen § 13 I BUrlG gilt ansonsten grds. *Abgeltungsverbot*

Aber: § 13 I BUrlG gilt nur für gesetzlichen *Mindesturlaub*.

- b. Gesetzlicher Mindesturlaub gemäß § 3 I BUrlG: bei Fünf-Tage-Woche wg. § 3 II BUrlG nur 20 Arbeitstage ⇒ hier bereits erfüllt

⇒ Offene Tage sind *vertraglicher Zusatzurlaub*

⇒ Vereinbarung wirksam

2. Höhe des Anspruchs:

Mangels anderweitiger Abrede entsprechend § 11 BUrlG

Urlaubsrecht / Fall 2

1. Anspruch aus §§ 611 BGB, 11 BUrlG?

nur (+), wenn A für alle 11 Tage einen Urlaubsanspruch hatte

- a. Gemäß § 3 I, II BUrlG grds. 20 Tage pro Jahr
- b. Hier wegen Ausscheidens in der ersten Jahreshälfte gem. § 5 Ic BUrlG nur Teilurlaub von 10 Tagen (*mit Ablauf* des 30. Juni gilt als noch „*in der ersten Hälfte*“ des Jahres)
 - ⇒ letzter Tag ohne Rechtsgrund gewährt, daher kein Anspruch auf Urlaubsentgelt

2. Anspruch aus § 5 III BUrlG?

- ⇒ (-); § 5 III BUrlG verhindert nur Kondition des AG, ist aber keine Anspruchsgrundlage
 - ⇒ auch keine Analogie möglich

Abwandlung

Nach § 12 MTV: $\frac{9}{12} \times 25 \text{ Tage} = \underline{18,75 \text{ Tage}}$

Urlaub nach §§ 3, 5 Ic BUrlG: = 20 Tage

Folge: Abweichung von § 5 BUrlG bewirkt in mittelbar Abweichung von § 3 I BUrlG

- ⇒ gem. § 13 I S.1 BUrlG auch in TV unwirksam
- ⇒ Urlaubsentgelt für 20 Tage daher (+)

Anspruch aus § 7 IV BUrlG?

Abgeltungsanspruch ist *Surrogat* für den Urlaubsanspruch

⇒ § 7 IV BUrlG nur (+), wenn – die Beendigung des AV weggedacht – der Urlaubsanspruch *in Natur* verwirklicht werden kann

Hier: dauerhaft Kranker ist schon gemäß § 275 I BGB, § 3 ff EFZG von Arbeitspflicht befreit

⇒ Unmöglichkeit der Freistellung von der Arbeit wegen Urlaub gemäß § 275 I BGB

⇒ Daher grds. Verfall, sodass auch kein Anspruch aus § 7 IV BUrlG

Aber: Ersatzloser Verfall zu Lasten eines kranken AN, der den Verfall gar nicht verhindern kann, verstößt gegen Europarecht

⇒ wegen des Anwendungsvorranges des Europarechts darf § 7 III BUrlG insoweit nicht angewendet werden

1. Originärer Urlaubsanspruch:

⇒ Urlaub ist gemäß § 7 III 1, 2 BUrlG spätestens am 31. März des Folgejahres verfallen

Hinweis: Weitergehende Übertragung möglich nach § 17 II BEEG, § 17 S.2 MuSchG!

Verfall wird auch *nicht* durch rechtzeitige außerprozessuale oder klageweise Geltendmachung verhindert (irreführend: Pal. § 611, RN 151) !

2. Schadensersatzanspruch wegen Verfalls?

a. Schadensersatz *statt der Leistung* i.S.d. §§ 280 I, III, 283 BGB einschlägig

⇒ Verfall bewirkt Unmöglichkeit

b. *Verschulden* unerheblich, da AG mit Urlaubserteilung in Verzug, § 287 S.2 BGB

⇒ Anspruch aus §§ 280 I, III, 283 BGB (+)

c. Rechtsfolge: Gemäß § 249 I BGB Naturalrestitution, d.h. *Freistellung*

Erst nach Beendigung des AV Ersatz in Geld gemäß § 251 I BGB. ⇒ Auch im Rahmen des SE also *kein Wahlrecht* des AN!

Ergebnis: Anspruch auf „Urlaub“ (+)

1. Anspruch aus § 7 IV BUrlG?

a. Beendigung des Arbeitsverhältnisses (+)

b. Offener Urlaubsanspruch: Grds. 25 Arbeitstage, da Ausscheiden in der 2. Jahreshälfte, § 5 I c

⇒ Erfüllung von 18 Urlaubstagen, § 362 I BGB, d.h. offen waren noch 7 Tage beim Ausscheiden am 30.09.

c. Aber: Verfall gem. § 7 III S.1 BUrlG am 31.12., da Übertragungsvoraussetzung nach § 7 III S.2 BUrlG vom AN nicht bewiesen!

2. SEA gemäß § 280 I, III, 283 BGB?

Problem: Vertretenmüssen des AG bezüglich der Unmöglichkeit gem. § 287 S.2 BGB setzt Verzug des AG voraus!

- § 286 II Nr.1 BGB (-), da AG nicht verpflichtet ist, Urlaub *unaufgefordert* zuzuweisen
- Kündigungsschutzklage enthält keine Anmahnung des Urlaubs gemäß § 286 I BGB
- Kündigung keine endgültige Erfüllungsverweigerung i.S.v. § 286 II Nr.3 BGB

Ergebnis: Es besteht kein Anspruch (-)