



**FallSkript**

ALPMANN SCHMIDT

**Arbeitsrecht**



4. Auflage  
**2012**

# **FallSkript**

# **Arbeitsrecht**

**2012**

Günter Marschollek

Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht

Liebe Leserin, lieber Leser,

wir sind stets bemüht, unsere Produkte zu verbessern. Fehler lassen sich aber nie ganz ausschließen. Sie helfen uns, wenn Sie uns über Druckfehler in diesem Skript oder anderen Printprodukten unseres Hauses informieren.

E-Mail genügt an „druckfehlerteufel@alpmann-schmidt.de“

Danke

Ihr AS-Autorenteam

**Marschollek, Günter**

Grundlagen Fälle

Arbeitsrecht

4. Auflage 2012

ISBN: 978-3-86752-231-1

Verlag Alpmann und Schmidt Juristische Lehrgänge  
Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Münster

Die Vervielfältigung, insbesondere das Fotokopieren  
ist nicht gestattet (§§ 53, 54 UrhG) und strafbar (§ 106 UrhG).  
Im Fall der Zuwiderhandlung wird Strafantrag gestellt.

**INHALTSVERZEICHNIS**

■ Übersicht: Prüfung der Zulässigkeit der Klage vor dem Arbeitsgericht .....	1
■ Übersicht: Voraussetzungen für das Vorliegen eines wirksamen Arbeitsvertrages .....	2
<b>1. Teil: Anwendungsbereich und Grundbegriffe des Arbeitsrechts .....</b>	<b>3</b>
Fall 1: Rechtsweg beim Ein-Euro-Job .....	3
Fall 2: Arbeitnehmerbegriff .....	5
Fall 3: Arbeitnehmerähnliche Personen .....	7
■ Übersicht: Rechtsquellen des Arbeitsrechts und die Lösung der Rechtsquellenkonkurrenzen .....	8
<b>2. Teil: Die Rechtsquellen des Arbeitsrechts und die Lösung der Rechtsquellenkonkurrenz .....</b>	<b>9</b>
Fall 4: Anwendbare Rechtsquelle .....	9
Fall 5: Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge .....	11
Fall 6: Betriebsvereinbarung über Verteilung der Arbeitszeit .....	13
Fall 7: Tariflohnerhöhung aufgrund betrieblicher Übung? .....	15
Fall 8: Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz .....	18
Fall 9: Das Direktionsrecht des Arbeitgebers .....	20
<b>3. Teil: Die Begründung und die Rechtsmängel des Arbeitsvertrages .....</b>	<b>22</b>
Fall 10: Fehlerhafter oder nichtiger Arbeitsvertrag .....	22
Fall 11: Falschbeantwortung der Schwangerschaftsfrage .....	24
■ Übersicht: Schutz vor Benachteiligung im Arbeitsrecht.....	26
Fall 12: Benachteiligungsverbot .....	27
■ Übersicht: Pflichten des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers .....	29
<b>4. Teil: Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien .....</b>	<b>31</b>
Fall 13: Umfang der Arbeitspflicht .....	31
Fall 14: Anspruch auf gewünschte Arbeitszeitverkürzung .....	34
Fall 15: Höhe der Vergütung .....	37
■ Übersicht: Der Beschäftigungsanspruch .....	39
Fall 16: Der Beschäftigungsanspruch.....	40
Fall 17: Der Weiterbeschäftigungsanspruch .....	41
Fall 18: Voraussetzungen der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall .....	43
Fall 19: Wartezeiten bei Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall .....	45
Fall 20: Entgeltfortzahlung bei krankheitsbedingter Kündigung .....	47
Fall 21: Unmöglichkeit der Arbeitsleistung, Betriebsrisiko .....	49
Fall 22: Feiertagsvergütung .....	50
Fall 23: Voraussetzungen des Urlaubsanspruchs .....	52
Fall 24: Urlaubsabgeltung .....	55
Fall 25: Annahmeverzug bei streitiger Beendigungserklärung .....	58

Fall 26: Annahmeverzug nach unwirksamer Kündigung .....	60
■ Übersicht: SE-Ansprüche gegen den Arbeitnehmer und gegen den Arbeitgeber .....	63
<b>5. Teil: Innerbetrieblicher Schadensausgleich .....</b>	<b>64</b>
Fall 27: Arbeitnehmerhaftung bei Privatfahrten .....	64
Fall 28: Arbeitnehmerhaftung bei betrieblicher Tätigkeit .....	66
Fall 29: Arbeitnehmerhaftung beim Arbeitsunfall .....	68
Fall 30: Arbeitgeberhaftung bei Eigenschäden des Arbeitnehmers .....	70
<b>6. Teil: Beendigung des Arbeitsverhältnisses .....</b>	<b>72</b>
Fall 31: Unerwarteter Aufhebungsvertrag .....	72
Fall 32: Anfechtung des Aufhebungsvertrages .....	74
Fall 33: Aufklärungspflichten beim Aufhebungsvertrag .....	76
■ Prüfungsschema: Kündigungsschutzklage .....	78
Fall 34: Probezeitkündigung – Kündigungszugang .....	79
Fall 35: Kündigung wegen Schwerbehinderung .....	82
Fall 36: Anwendungsbereich des KSchG .....	85
Fall 37: Betriebsbedingte Kündigung – Festlegung des Anforderungsprofils der Arbeitsplätze .....	87
Fall 38: Stilllegung einer Betriebsabteilung – Soziale Auswahl.....	90
Fall 39: Kündigung bei einem Interessenausgleich mit Namensliste .....	93
Fall 40: Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen .....	96
Fall 41: Kündigung wegen einer langandauernden Erkrankung .....	99
Fall 42: Kündigung wegen Alkoholabhängigkeit .....	102
Fall 43: Verhaltensbedingte Kündigung – Unentschuldigtes Fehlen .....	104
Fall 44: Kündigung wegen verbotener privater Internetnutzung .....	107
Fall 45: Fristlose Kündigung wegen Diebstahls .....	109
Fall 46: Ordentliche Kündigung eines Betriebsratsmitglieds .....	112
Fall 47: Fristlose Kündigung eines Betriebsobmanns .....	115
Fall 48: Kündigung und rückwirkende Anerkennung als schwerbehinderter Mensch .....	116
Fall 49: Verlängerung der Befristung oder Neueinstellung? .....	118
Fall 50: Befristung zur Vertretung oder Dauerbedarf? .....	119
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>120</b>

**Arbeitnehmerbegriff:  
Prüfung der Zulässigkeit der Klage vor dem Arbeitsgericht**

**A. Prozessuale Grundlagen**

- Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) als Sonderregelung
- Zivilprozessordnung (ZPO), § 46 Abs. 2 ArbGG grds. anwendbar
- Gerichtsverfassungsgesetz (GVG)

**B. Zulässigkeitsvoraussetzungen**

**I. Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten** im Urteilsverfahren, §§ 2, 3 ArbGG – Ausschließliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte

**II. Örtliche Zuständigkeit des angerufenen Arbeitsgerichts** nach § 46 Abs. 2 ArbGG i.V.m. §§ 12 ff. ZPO nach den Gerichtsständen

**III. Parteifähigkeit**

- § 46 Abs. 2 ArbGG i.V.m. § 50 ZPO
- grds. nur rechtsfähige Personen/Gesellschaften
- gem. § 50 Abs. 2 ZPO: nichtrechtsfähiger Verein nur passiv parteifähig
- § 10 ArbGG: Gewerkschaften und AG-Vereinigungen generell parteifähig

**IV. Prozessvertretung:** § 11 ArbGG ersetzt als Sonderregelung § 78 ZPO

- Beachte: gemäß § 12 a ArbGG in 1. Instanz kein Kostenerstattungsanspruch der obsiegenden Partei bzgl. der Rechtsanwaltskosten

**V. Ordnungsgemäße Klageerhebung** nach § 46 Abs. 2 ArbGG i.V.m. § 253 ZPO – Ggf. Auslegung des Klageantrags

**VI. Statthafte Klageart**

- **Allgemeine Feststellungsklage i.S.d. § 256 ZPO** beim Streit über das Bestehen/Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses, wenn keine Sonderregelung eingreift. Das Feststellungsinteresse muss besonders begründet werden.
- **Sonderregelung bei schriftlicher Kündigung (§ 4 S. 1 KSchG), Befristung bzw. auflösender Bedingung, § 17 TzBfG bzw. § 21 TzBfG** (vgl. dazu Übersicht auf S. 78). Das Feststellungsinteresse muss nicht besonders begründet werden, weil Klageerhebung wegen Fiktionswirkung des § 7 KSchG erforderlich.
- **Leistungsklage**, insb. bei
  - Klage auf Zahlung der Vergütung einschl. Sonderzuwendungen, Prämien u.s.w. – Antrag auf Zahlung des Bruttobetrag als Regelfall, Anspruch auf Zinsen aus dem Bruttobetrag
  - Klage auf Beschäftigung/Weiterbeschäftigung (vgl. dazu Übersicht auf S. 39)
- Verfolgung mehrerer Ansprüche in einem Verfahren grds. möglich – **Klagehäufung** nach § 46 Abs. 2 ArbGG i.V.m. § 260 ZPO

**VII.** Gegebenenfalls **sonstige Zulässigkeitsprobleme**. Es gilt über § 46 Abs. 2 ArbGG die ZPO, sodass auch alle allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen vorliegen müssen.

**C. Begründetheit der Klage**

Hängt davon ab, ob dem Kläger der prozessual geltend gemachte Anspruch nach der materiellen Rechtslage zusteht.

## Voraussetzungen für das Vorliegen eines wirksamen Arbeitsvertrages

### I. Einigung über den Abschluss eines Arbeitsvertrages

#### ■ **Privatrechtlicher Vertrag**

- Hier erfolgt die Abgrenzung zu öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen. Keine AN sind demnach Personen, die aufgrund öffentlich-rechtlicher Rechtsbeziehungen (z.B. Beamte, Richter), ausschließlich auf familiärer Basis (z.B. §§ 1353, 1360 BGB) oder aus religiösen Gründen (z.B. Ordensleute) Tätigkeiten erbringen
- Bedienstete des öffentlichen Dienstes, deren Rechtsbeziehung zu einem Hoheitsträger nicht durch einen Hoheitsakt, sondern durch einen Vertrag begründet werden, sind als Arbeiter und Angestellte im öffentlichen Dienst selbstverständlich Arbeitnehmer.

#### ■ **Tätigkeit aufgrund eines Dienstvertrages für einen Anderen**

- An dieser Stelle erfolgt die Abgrenzung von anderen Vertragstypen, insb. vom Werkvertrag, § 631 BGB (anders als beim Dienstvertrag nicht nur erfolgsorientierte Tätigkeit als solche, sondern der Tätigkeitserfolg geschuldet) und vom Gesellschaftsvertrag (Gesellschafter einer Personengesellschaft und daher Tätigkeit nach § 706 Abs. 3 BGB für sich selbst).

#### ■ **Unselbständigkeit der Dienstleistung** (i.d.R. das Hauptproblem)

- Nicht wirtschaftliche, sondern persönliche Abhängigkeit entscheidend
- **Ausgangspunkt bei der vorzunehmenden Gesamtabwägung der Einzelfallumstände: § 84 Abs. 1 S. 2 HGB**, der insoweit einen allg. Rechtsgedanken enthält. Selbstständig danach, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.
- Wichtige Indizien für die Arbeitnehmereigenschaft
  - Weisungsbindung bzgl. der Art u. Weise, der Zeit und Dauer sowie des Ortes der Tätigkeit
  - Eingliederung in einen fremden Produktionsbereich bzw. fremdbestimmte Arbeitsorganisation
  - Gesamte Arbeitskraft für fremdnützige Arbeit geschuldet
- **Eindeutige Zuordnung anhand der o.g. Kriterien nicht möglich**, dann ergänzende Heranziehung nachfolgender Indizien, deren Vorliegen für ein Arbeitsverhältnis (Ausnahme: unternehmerisches Risiko des Dienstverpflichteten), deren Fehlen grds. nicht dagegen spricht: Festes Gehalt, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, bezahlter Erholungsurlaub, Abführung von Lohnsteuern und Sozialversicherungsbeiträgen, Aushändigung von Arbeitspapieren, Behandlung vergleichbarer Mitarbeiter, Bezeichnung durch Vertragsparteien

### II. Wirksamkeit der Einigung

- 1. Allgemeine Nichtigkeitsgründe**, §§ 104 ff. BGB. Beim Verstoß gegen Arbeitnehmerschutzgesetze abw. von § 139 BGB keine Gesamtnichtigkeit, bei Vertragsnichtigkeit grds. faktisches Arbeitsverhältnis für die Vergangenheit
- 2. Besonderheit bei Anfechtung** nach §§ 119 ff. BGB: Abweichend von § 142 BGB beim Vollzug des Arbeitsverhältnisses grds. nur Wirkung für die Zukunft, faktisches Arbeitsverhältnis für die Vergangenheit
- 3. Schriftform nicht erforderlich**, § 2 NachweisG keine Formvorschrift. Bei befristeten AV nur die Befristungsabrede nach § 14 Abs. 4 TzBfG formbedürftig, beim Verstoß dagegen unbefristeter Arbeitsvertrag, § 16 TzBfG
- 4. Zustimmung des Betriebsrates nach § 99 BetrVG keine Wirksamkeitsvoraussetzung des Arbeitsvertrages**, nur tatsächliche Beschäftigung unzulässig
- 5. Bei Formularverträgen AGB-Kontrolle** nach §§ 305 ff. BGB, Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB nur unter Berücksichtigung arbeitsrechtlicher Besonderheiten

## 1. Teil: Anwendungsbereich und Grundbegriffe des Arbeitsrechts

### Fall 1: Rechtsweg beim Ein-Euro-Job

A, der arbeitsuchend ist und Leistungen nach dem SGB II erhält, schloss am 05.02. mit dem gemeinnützigen Verein V eine schriftliche Vereinbarung über eine Beschäftigung als sog. Ein-Euro-Jobber im Rahmen der Maßnahme „Geschichtswerkstatt“. Als Mehraufwandsentschädigung war 1,50 € pro Stunde vorgesehen. Außerdem regelte die Vereinbarung eine wöchentliche Beschäftigungszeit von 30 Stunden, Urlaubsansprüche und Verpflichtungen des A bei Verhinderung. Am 10.02. schloss A mit dem zuständigen Job-Center eine Eingliederungsvereinbarung über die öffentlich geförderte Beschäftigung bei V ab. Nachdem es in der Folgezeit zwischen dem Vorsitzenden des V und A zu Differenzen gekommen war, erklärte V mit Schreiben vom 23.02., das von dem Vorstandsvorsitzenden eigenhändig unterschrieben und dem A am selben Tag zugestellt wurde, dass die Teilnahme des A an der Maßnahme mit sofortiger Wirkung beendet sei. A erhebt daraufhin am 26.02. beim örtlich zuständigen Arbeitsgericht Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Wie wird das Arbeitsgericht entscheiden?

Das Arbeitsgericht wird der Klage stattgeben, wenn sie zulässig und begründet ist.

### A. Zulässigkeit der Kündigungsschutzklage

#### I. Zulässigkeit d. Rechtsweges zu den Arbeitsgerichten nach § 2 ArbGG

Die Arbeitsgerichte sind u.a. nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 b ArbGG ausschließlich zuständig für Streitigkeiten über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses. Da A die Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung „seines“ Arbeitsverhältnisses geltend macht, sich also darauf beruft, dass zwischen ihm und V ein Arbeitsverhältnis besteht, sind die den Rechtsweg begründenden Tatsachen dieselben, die auch den materiellen Anspruch begründen (sog. sic-non-Fall). Für die Begründung der Zuständigkeit des Arbeitsgerichts genügt daher in solchen Fällen die bloße Behauptung des A, dass er Arbeitnehmer des V sei. Ob das behauptete Arbeitsverhältnis tatsächlich vorliegt, wird erst im Rahmen der Begründetheit der Klage geprüft. Etwas anderes gilt nur dann, wenn nach der Klagebegründung ein Fall des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG vorliegt, also ein Organvertreter eine Kündigungsschutzklage wegen der Kündigung des der Organbestellung zugrunde liegenden Anstellungsvertrages erhebt, weil in diesen Fällen die Arbeitsgerichte nicht zuständig sind, ohne dass es auf die Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses ankommt.<sup>1</sup>

II. Das für jede Feststellungsklage nach § 256 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse ist schon deshalb gegeben, weil die Erhebung der Kündi-

<sup>1</sup> Vgl. BAG, Beschl. v. 23.08.2011 – 10 AZB 51/10, DB 2011, 2386 und zur Zuständigkeit des Arbeitsgerichts bei Klagen gegen die Kündigung eines neben dem Anstellungsvertrag bestehenden Arbeitsverhältnisses auch AS-Skript Arbeitsrecht, 18. Aufl., 2011, Rdnr. 42.

gungsschutzklage nach § 4 KSchG erforderlich ist, um den Eintritt der Fiktion der Wirksamkeit der Kündigung nach § 7 KSchG zu verhindern.

**III.** Da A die Kündigungsschutzklage am 26.02., also bereits drei Tage nach Zugang des Schreibens vom 23.02. erhoben hat, ist die 3-wöchige Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG gewahrt. Es kann deshalb vorliegend offen bleiben, ob die Einhaltung der Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG eine Zulässigkeitsvoraussetzung oder entsprechend der ganz h.M. eine Begründetheitsvoraussetzung der Kündigungsschutzklage ist.<sup>2</sup>

**IV.** A konnte gemäß § 11 ArbGG die Kündigungsschutzklage selbst bei dem nach dem Sachverhalt örtlich zuständigen Arbeitsgericht erheben.

**V. Ergebnis zu A.:** Die Kündigungsschutzklage ist zulässig.

### **B. Begründetheit der Kündigungsschutzklage**

Die Kündigungsschutzklage ist nur dann begründet, wenn zwischen A und V ein Arbeitsverhältnis bestand, das nicht durch eine fristlose Kündigung vom 23.02. beendet worden ist.

**I.** Zwischen A und V müsste also ein Arbeitsverhältnis bestanden haben, was voraussetzt, dass A Arbeitnehmer des V war.

**1.** Eine gesetzliche Definition des Arbeitnehmerbegriffs fehlt zwar, Einigkeit besteht jedoch weitgehend darüber, dass Arbeitnehmer derjenige ist, der aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages für einen anderen (in der Regel) gegen Entgelt unselbstständige Dienste leistet.<sup>3</sup>

**2.** Zwischen A und V müsste ein privatrechtlicher Vertrag vorliegen.

A war zwar für den V wegen der am 05.02. abgeschlossenen Vereinbarung tätig. Die rechtliche Grundlage der Tätigkeit des A war jedoch nicht ein privatrechtlicher Vertrag zwischen A und V, sondern die Eingliederungsvereinbarung zwischen A und der zuständigen Job-Agentur nach §§ 15, 16 Abs. 3 S. 2 SGB II, auf die die Vereinbarung vom 05.02. abstellte. Bei dieser Eingliederungsvereinbarung handelt es sich um ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis mit der Folge, dass zwischen V und A kein Arbeitsverhältnis bestand. Etwas anderes ergibt sich auch nicht bei einer möglichen Überschreitung der Zulässigkeitschranken für Arbeitsangelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung nach § 16 Abs. 3 SGB II, weil die Überschreitung der Zulässigkeitschranken allenfalls zur Rechtswidrigkeit des öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses, nicht dagegen zur Entstehung eines privatrechtlichen Vertrages zwischen V und A führt.<sup>4</sup>

**II.** Da zwischen den Parteien bereits kein Arbeitsverhältnis besteht, was zwingende Voraussetzung für den Erfolg der Kündigungsschutzklage ist, ist die vom A erhobene Kündigungsschutzklage schon aus diesem Grund unbegründet. Auf das Vorliegen eines wichtigen Kündigungsgrundes i.S.d. § 626 BGB kommt es nicht an.

**III. Ergebnis zu B.:** Die Kündigungsschutzklage ist unbegründet.

<sup>2</sup> Vgl. dazu Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzrecht, 9. Aufl. 2009 = KR/Friedrich § 4 KSchG Rdnr. 217 ff., auch zu praktischen Konsequenzen des Meinungsstreits.

<sup>3</sup> Vgl. ausführlich zum Arbeitnehmerbegriff AS-Skript Arbeitsrecht, Rdnr. 9 ff.

<sup>4</sup> BAG, Urt. v. 26.09.2007 – 5 AZR 857/06, NZA 2007, 1422.

## Prüfungsschema: Kündigungsschutzklage

### A. Zulässigkeit der Klage

- I. **Allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen** – vgl. dazu Übersicht S. 1
- II. **Statthafte Klageart – Feststellungsklage i.S.d. § 256 ZPO**
  1. Streit über die Wirksamkeit einer nach § 623 BGB formgerechten Kündigung – punktuelle Feststellungsklage, § 4 S. 1 KSchG; Klageantrag: „festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung vom ... aufgelöst wurde“; unerheblich ist, ob KSchG nach §§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 KSchG anwendbar; Feststellungsinteresse schon deshalb gegeben, weil Klage erforderlich, um Fiktion des § 7 KSchG zu verhindern
  2. Streit darüber, ob eine Kündigung vorliegt bzw. die Kündigung der Form des § 623 BGB entspricht – allgemeine Feststellungsklage i.S.d. § 256 ZPO; Klageantrag: „festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien über den ... hinaus fortbesteht“; Feststellungsinteresse zwar nicht aus dem o.g. Grund, weil §§ 4 S. 1, 7 KSchG nicht gelten, aber i.d.R. unproblematisch
- III. **Einhaltung der 3-wöchigen Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG** (bei außerordentlicher Kündigung i.V.m. § 13 Abs. 1 S. 2 KSchG) nach ganz h.M. **keine Zulässigkeitsvoraussetzung**, sondern eine Frage der Begründetheit der Kündigungsschutzklage

### B. Begründetheit der Klage

Kündigungsschutzklage ist begründet, wenn eine unwirksame Kündigung vorliegt.

- I. **Ordnungsgemäße, nach § 623 BGB formgerechte Kündigungserklärung**
- II. **Wirksamkeit der Kündigungserklärung mit Zugang**, § 130 Abs. 1 BGB
- III. **Einhaltung der Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG** (bei außerordentl. Kündigung i.V.m. § 13 Abs. 1 S. 2 KSchG), sonst Wirksamkeitsfiktion nach § 7 KSchG auch bei Nichtanwendbarkeit des KSchG nach §§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 KSchG; bei unverschuldeter Fristversäumung Möglichkeit der nachträglichen Klagezulassung nach § 5 KSchG
  - Diese Prüfungsreihenfolge wird insb. in der Praxis bevorzugt. Die Klagefrist wird oft aber auch nach der Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung geprüft, was in der Klausur dann zu empfehlen ist, wenn sich die zu behandelnden Probleme wegen der Fiktion des § 7 KSchG nicht mehr stellen.
- IV. **Besondere Kündigungsschutzbestimmungen**, z.B. § 9 MuSchG, § 15 KSchG, §§ 85, 91 SGB IX
- V. **Vorherige ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrates** nach § 102 BetrVG

### Weitere Voraussetzungen der ordentlichen Kündigung:

- VI. **Kündigungsschutz nach dem KSchG**
  1. **Anwendbarkeit des KSchG**
    - § 1 Abs. 1 KSchG: Arbeitsverhältnis bei Kündigungszugang länger als 6 Monate
    - § 23 Abs. 1 KSchG: i.d.R. mehr als 10 AN; sog. Alt-AN (Einstellung vor 01.01.2004) haben Kündigungsschutz, wenn und solange mehr als 5 Alt-AN beschäftigt sind
  2. **Soziale Rechtfertigung, § 1 Abs. 2 KSchG**
    - personenbedingt
    - verhaltensbedingt (+ i.d.R. vorherige Abmahnung)
    - betriebsbedingt: richtige soziale Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG erforderlich
- VII. **Bei Nichtanwendbarkeit des KSchG:** Kündigungsfreiheit; nur ausnahmsweise nach §§ 138, 242 BGB unwirksam, aber Wertung des § 7 Abs. 1 AGG beachten
- VIII. **Einhaltung der Kündigungsfrist**, § 622 BGB

### Weitere Voraussetzungen der außerordentlichen Kündigung:

- VI. Voraussetzungen des § 626 BGB
  1. **Wichtiger Grund** i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB
    - Sachverhalt an sich geeignet, einen wichtigen Grund abzugeben
    - auch im konkreten Fall nach einer Interessenabwägung unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips?
      - bei verhaltensbedingten Gründen grds. vorherige Abmahnung erforderlich
      - Außerordentliche Kündigung muss ultima ratio sein, d.h. selbst das Abwarten der ordentlichen Kündigungsfrist nicht zumutbar
  2. **Zweiwöchige Kündigungserklärungsfrist**, § 626 Abs. 2 BGB
    - Zugang innerhalb von 2 Wochen nach Kenntniserlangung, bei schwerbehinderten Menschen: § 91 Abs. 5 SGB IX
- VII. **Kündigungsfrist entfällt**, Regelfall fristlos; soziale Auslaufrfrist möglich)

**Fall 34: Probezeitkündigung – Kündigungszugang**

A ist im betriebsratslosen Betrieb des U seit 2 Monaten aufgrund eines schriftlichen Arbeitsvertrages beschäftigt, der eine dreimonatige Probezeit vorsieht. Am 09.05. legte A dem U eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für eine Woche unter Hinweis darauf vor, dass er sich im Krankenhaus einem Eingriff unterziehen muss. U kündigte daraufhin das Arbeitsverhältnis mit A mit dem eigenhändig unterschriebenen Schreiben vom 10.05., das noch am Vormittag desselben Tages von einem Boten in den Briefkasten des A eingeworfen wurde, zum 24.05. A ist der Ansicht, dass die wegen seiner Erkrankung ausgesprochene Kündigung unwirksam, zumindest aber die gesetzliche Kündigungsfrist nicht eingehalten worden sei, weil er das Kündigungsschreiben erst bei seiner Rückkehr aus dem Krankenhaus am 17.05. vorfand. Ist die am 24.05. beim zuständigen Arbeitsgericht erhobene Kündigungsschutzklage begründet?

Die Kündigungsschutzklage ist begründet, wenn die Kündigung vom 10.05. unwirksam ist.

**I. Eine dem Schriftformzwang des § 623 BGB entsprechende Kündigungserklärung** liegt vor, weil U das Kündigungsschreiben vom 10.05. eigenhändig unterschrieben hat.

**II.** Die Kündigung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, sodass sie erst mit **Zugang beim Kündigungsempfänger** entsprechend § 130 BGB wirksam wird.

Da A das Kündigungsschreiben vom 10.05. bei seiner Rückkehr aus dem Krankenhaus am 17.05. vorgefunden und gelesen hat, ist die Kündigungserklärung spätestens an diesem Tag zugegangen und damit wirksam geworden. Ob die Kündigungserklärung dem A bereits zu einem früheren Zeitpunkt zugegangen ist, kann an dieser Stelle noch offen bleiben.

**III.** A hat gegen die nach § 623 BGB formgerechte Kündigung vom 10.05. Kündigungsschutzklage am 24.05. erhoben und damit die **3-wöchige Klagfrist des § 4 S. 1 KSchG** auf jeden Fall **gewahrt**, die unabhängig von der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes grds. bei jeder formgerechten Kündigung einzuhalten ist. Die Kündigung gilt deshalb nicht aufgrund der Fiktion des § 7 KSchG als wirksam, sodass A die Unwirksamkeit der Kündigung geltend machen kann.

**IV. Besondere Kündigungsschutzbestimmungen** greifen zugunsten des A nicht ein.

**V.** Eine Unwirksamkeit der Kündigung nach § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG kommt nicht in Betracht, weil im Betrieb des U kein Betriebsrat besteht.

**V. Die Kündigung könnte wegen Fehlens eines Kündigungsgrundes unwirksam sein.**

Grds. kann auch das Arbeitsverhältnis aufgrund der Vertragsautonomie von jedem Vertragspartner ohne besonderen Kündigungsgrund gekündigt werden. Dieser **Grundsatz der Kündigungsfreiheit** ist zwar für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber nach Maßgabe

Teilweise wird die Wahrung der 3-wöchigen Klagfrist des § 4 S. 1 KSchG erst im Anschluss an die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung (bei Wirksamkeit der Kündigung kommt es darauf nicht an) geprüft. Hier wird die in der Praxis übliche Prüfungsreihenfolge gewählt. Es gilt auch der Grundsatz, dass die Prüfungsreihenfolge i.d.R nicht zwingend ist. Wichtig ist nur, dass alle Probleme in zweckmäßiger Reihenfolge geprüft werden.

des Kündigungsschutzgesetzes eingeschränkt, sodass es nur durch eine nach § 1 KSchG sozial gerechtfertigte Kündigung beendet werden kann. Da jedoch das Arbeitsverhältnis zwischen A und U im Zeitpunkt des Kündigungszugangs erst 2 Monate bestand, ist das Kündigungsschutzgesetz bereits nach § 1 Abs. 1 KSchG wegen Nichterfüllung der 6-monatigen Wartezeit nicht anwendbar. Für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch U war daher kein besonderer Kündigungsgrund erforderlich.

**VI. Die Kündigung könnte nach § 134 BGB i.V.m. dem Maßregelungsverbot des § 612 a BGB unwirksam sein, weil U das Arbeitsverhältnis wegen der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit des A gekündigt hat.**

**1.** Nach § 612 a BGB darf der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme nicht deshalb benachteiligen, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt. Damit kann auch eine Kündigung wegen Verstoßes gegen das Maßregelungsverbot des § 612 a BGB unwirksam sein.

**2.** Fraglich ist aber, ob eine krankheitsbedingte Kündigung eine **Maßregelung wegen zulässiger Rechtsausübung i.S.d. § 612 a BGB** ist.

Bei einer bestehenden krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit ist die Arbeitsleistung unmöglich mit der Folge, dass der Arbeitnehmer nach § 275 Abs. 1 BGB von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung kraft Gesetzes befreit ist. Ein Arbeitnehmer, der arbeitsunfähig ist und deswegen nicht arbeitet, übt daher kein Recht i.S.d. § 612 a BGB aus. Etwas anderes kommt zwar dann in Betracht, wenn der Arbeitgeber z.B. wegen Ablehnung der Erbringung der Arbeitsleistung während der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit kündigt.<sup>99</sup> Für einen derartigen Ausnahmefall liegen jedoch keine Anhaltspunkte vor.

**VII. Keine Unwirksamkeit der Kündigung wegen Sittenwidrigkeit i.S.d. § 138 BGB bzw. Treuwidrigkeit i.S.d. § 242 BGB.**

**1.** Eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber kann auch bei Nichtanwendbarkeit des KSchG aufgrund der Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB unwirksam sein. Die vom Gesetzgeber bezweckte Erleichterung der ordentlichen Kündigung in Kleinbetrieben i.S.d. § 23 Abs. 1 KSchG und vor Ablauf der 6-monatigen Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG kann nicht dadurch umgangen werden, dass auf „Umwegen“ über die Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB ein Kündigungsschutz „zweiter Klasse“ eingeführt wird. Dementsprechend kann aufgrund der Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB die Unwirksamkeit einer Arbeitgeberkündigung nur in besonderen Ausnahmefällen angenommen werden. Es muss sich dabei um Gründe handeln, die nicht von § 1 KSchG erfasst sind.<sup>100</sup>

**2.** Da A im Zeitpunkt des Kündigungszugangs erst 2 Monate bei U beschäftigt war und schon aus diesem Grund auf den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses nicht vertrauen durfte, ist die wegen der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit ausgesprochene Kündigung weder sittenwidrig i.S.d. § 138 BGB noch treuwidrig i.S.d. § 242 BGB. Im Übrigen zeigt der Umkehrschluss aus § 8 EFZG, wonach der Arbeitgeber bei einer aus Anlass der

<sup>99</sup> Vgl. BAG, Urt. v. 23.04.2009 – 6 AZR 189/08, NZA 2009, 974.

<sup>100</sup> BAG, Urt. v. 22.04.2010 – 6 AZR 828/08, ZTR 2010, 430; Urt. v. 28.08.2008 – 2 AZR 101/07, juris.

krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers erklärten Kündigung für die Dauer von 6 Wochen zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall auch über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus verpflichtet ist (vgl. dazu Fall 20), dass die allein wegen der Krankheit ausgesprochene Kündigung nicht treuwidrig i.S.d. § 242 BGB bzw. sittenwidrig i.S.d. § 138 BGB sein kann. Anderenfalls wäre die Regelung des § 8 EFZG unverständlich.

**3. Zwischenergebnis:** Die von U mit Schreiben vom 10.05. erklärte ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit A ist als solche wirksam.

**VIII.** Fraglich ist, ob die ordentliche Kündigung des U vom 10.05. zum 24.05. fristgerecht erfolgt ist, U also die **maßgebliche Kündigungsfrist eingehalten** hat.

**1.** Während einer vereinbarten **Probezeit**, längstens für die Dauer von sechs Monaten, kann das Arbeitsverhältnis auch ohne besondere Vereinbarung gemäß § 622 Abs. 3 BGB kraft Gesetzes mit einer Kündigungsfrist von 2 Wochen beendet werden. Eine Prüfung der Angemessenheit der im Einzelfall vereinbarten Probezeitdauer, die den Höchststrahmen des § 622 Abs. 3 BGB nicht überschreitet, findet dabei nicht statt.<sup>101</sup> Die Kündigung des U vom 10.05. zum 24.05. ist danach fristgerecht erfolgt, wenn das Kündigungsschreiben dem A noch am 10.05. zugegangen ist.

**2.** Eine **empfangsbedürftige Willenserklärung geht** einem abwesenden Erklärungsempfänger **nach der sog. Empfangstheorie gemäß § 130 Abs. 1 BGB zu**, wenn sie so in seinen Machtbereich gelangt ist, dass bei Annahme gewöhnlicher Umstände damit zu rechnen war, dass er von ihr Kenntnis nehmen kann. Ob und wann er tatsächlich Kenntnis von dem Erklärungsinhalt erlangt hat, ist für den Zugang der Erklärung unerheblich. Dies gilt auch dann, wenn sich der Empfänger (z.B. wegen Urlaubs) vorübergehend nicht an seinem gewöhnlichen Aufenthaltsort aufhält.<sup>102</sup> Da das Kündigungsschreiben vom 10.05. noch am Vormittag desselben Tages durch einen Boten in den Briefkasten des A eingeworfen wurde, konnte A unter gewöhnlichen Umständen noch am 10.05. von dem Inhalt des Kündigungsschreibens Kenntnis nehmen, sodass die Kündigung ihm an diesem Tag zugegangen ist.

**3.** Die ordentliche Kündigung vom 10.05. ist entsprechend § 622 Abs. 3 BGB fristgerecht zum 24.05. erfolgt.

**IX. Ergebnis:** Die Klage ist unbegründet, weil U das Arbeitsverhältnis mit A wirksam mit Schreiben vom 10.05. zum 24.05. gekündigt hat.

Die Zustellung durch einen Boten ist in der Praxis wegen der Möglichkeit des Zustellungsnachweises (Bote als Zeuge) üblich.

<sup>101</sup> BAG, Urt. v. 24.01.2008 – 6 AZR 519/07, NZA 2008, 521.

<sup>102</sup> Vgl. BAG, Urt. v. 09.06.2011 – 6 AZR 687/09, NZA 2011, 847; Urt. v. 24.06.2004 – 2 AZR 461/03, NZA 2004, 1330; a.A. früher noch BAG AP Nr. 11 zu § 130 BGB: Zugang bei bekannter Urlaubsabwesenheit erst nach Rückkehr.

<b>Ablösungsprinzip</b> .....	10	<b>Klagefrist</b> .....	79
<b>Abmahnung</b> .....	106, 108	<b>Kündigung aus betriebsbedingten Gründen</b> .....	87
<b>Altarbeitnehmer</b> .....	86	<b>Kündigung aus personenbedingten Gründen</b> .....	97, 99, 102
<b>Anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit</b> .....	92	<b>Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen</b> .....	102, 104, 107
<b>Androhungsfunktion der Abmahnung</b> .....	106	<b>Kündigung wegen Alkoholabhängigkeit</b> .....	102
<b>Angebot der Arbeitsleistung</b> .....	58	<b>Kündigung wegen Kurzerkrankungen</b> .....	96
<b>Anlasskündigung</b> .....	48	<b>Kündigung wegen langandauernder Erkrankung</b> .....	99
<b>Annahmeverzug</b> .....	58, 60	<b>Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB</b> .....	111
<b>Anti-Diskriminierungsgesetz</b> .....	27, 84	<b>Kündigungszugang</b> .....	79
<b>Anwendungsbereich des KSchG</b> .....	85	<b>Lohnausfallprinzip</b> .....	44, 46, 51
<b>Anwendungsvorrang des § 87 Abs. 1 BetrVG</b> .....	14	<b>Lohnwucher</b> .....	38
<b>Arbeitgeberhaftung</b> .....	70	<b>Massenentlassungsanzeige</b> .....	91
<b>Arbeitnehmer</b> .....	4, 5	<b>Negative Gesundheitsprognose</b> .....	97, 99
<b>Arbeitnehmerähnliche Person</b> .....	7	<b>Neuarbeitnehmer</b> .....	86
<b>Arbeitnehmerhaftung</b> .....	64, 66, 68	<b>Ordnungsprinzip</b> .....	10
<b>Arbeitsunfall</b> .....	68	<b>Personenbedingte Kündigung</b> .....	97, 99, 102
<b>Arbeitszeit</b> .....	31	<b>Pfändungsfreigrenzen</b> .....	64
<b>Arbeitszeitverkürzung nach § 8 TzBfG</b> .....	35	<b>Probezeitkündigung</b> .....	79
<b>Aufhebungsvertrag</b> .....	72, 74, 76	<b>Prozessbeschäftigung</b> .....	61
<b>Aufrechnung gegen Vergütungsanspruch</b> .....	64	<b>Rangprinzip</b> .....	9
<b>Außerbetriebliche Gründe (Betriebsbedingte Kündigung)</b> .....	88	<b>Rechtsquellen des Arbeitsrechts</b> .....	9
<b>Außerordentliche Kündigung</b> .....	110	<b>Rechtsquellenkonkurrenz</b> .....	9
<b>Beanstandungsfunktion der Abmahnung</b> .....	106	<b>Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten</b> .....	3, 82, 104
<b>Befristung</b> .....	118, 120	<b>Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG</b> .....	9, 14
<b>Beschäftigungsanspruch</b> .....	40	<b>Sachgrund der Vertretung</b> .....	120
<b>Besonderer Kündigungsschutz als Betriebsratsmitglied</b> ..	113, 115	<b>Sachgrundlose Befristung</b> .....	118
<b>Besonderer Kündigungsschutz als Schwerbehinderter</b> .....	116	<b>Schwangerschaftsfrage</b> .....	24
<b>Betriebliche Übung</b> .....	15	<b>Schwerbehinderter (Besonderer Kündigungsschutz)</b> .....	116
<b>Betriebliches Eingliederungsmanagement</b> .....	96	<b>Schwerbehinderung</b> .....	82, 116
<b>Betriebsänderung</b> .....	94	<b>sic-non-Fall</b> .....	3
<b>Betriebsbedingte Kündigung</b> .....	87	<b>Sittenwidrigkeit der Kündigung</b> .....	84, 86
<b>Betriebsobmann</b> .....	115	<b>Soziale Auswahl</b> .....	89, 92, 95
<b>Betriebsratsanhörung</b> .....	93, 96, 109, 113	<b>Sperrzeit nach § 144 SGB III</b> .....	76
<b>Betriebsratsmitglied</b> .....		<b>Spezialitätsprinzip</b> .....	10
<b>(Besonderer Kündigungsschutz)</b> .....	113, 115	<b>Subjektive Determination der Betriebsratsanhörung</b> .....	97
<b>Betriebsrisiko</b> .....	49, 65, 67, 71	<b>Teilzeitverlangen</b> .....	34
<b>Betriebsvereinbarung</b> .....	13	<b>Theorie der sog. doppelten Wirksamkeitsvoraussetzung</b> .....	20
<b>Dauerbedarf (Befristung)</b> .....	120	<b>Treuwidrigkeit der Kündigung</b> .....	86
<b>Direktionsrecht</b> .....	20	<b>Überstundenklausel</b> .....	32
<b>Dringendes betriebliches Erfordernis</b> .....	88, 91	<b>Unmöglichkeit der Arbeitsleistung</b> .....	49
<b>Eigenschäden des Arbeitnehmers</b> .....	70	<b>Unternehmerische Entscheidung</b> .....	91
<b>Ein-Euro-Job</b> .....	3	<b>Urlaubsabgeltung</b> .....	55
<b>Einschlägigkeit der Abmahnung</b> .....	106	<b>Urlaubsanspruch</b> .....	52
<b>Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall</b> .....	43	<b>Verbraucher (Arbeitnehmer)</b> .....	73
<b>Erschütterung des Beweiswertes einer</b> <b>Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung</b> .....	45	<b>Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer</b> .....	89
<b>Feiertagsvergütung</b> .....	50	<b>Verhaltensbedingte Kündigung</b> .....	102, 104, 107
<b>Freikündigung</b> .....	114	<b>Verhältnismäßigkeitsprinzip</b> .....	105, 107, 110
<b>Freistellungsklausel</b> .....	40	<b>Verlängerung der Befristung</b> .....	118
<b>Freiwilligkeitsvorbehalt</b> .....	16	<b>Verringerung der Arbeitszeit nach § 8 TzBfG</b> .....	34
<b>Fristlose Kündigung</b> .....	109	<b>Versetzung</b> .....	20
<b>Gleichbehandlungsgrundsatz</b> .....	18	<b>Versetzungsvorbehalt</b> .....	21
<b>Gleichstellungsabrede</b> .....	11	<b>Vertretung (Befristung)</b> .....	120
<b>Grundsatz der Kündigungsfreiheit</b> .....	79	<b>Warnfunktion der Abmahnung</b> .....	106
<b>Günstigkeitsprinzip</b> .....	9	<b>Wartezeit des § 3 EFZG</b> .....	45, 47
<b>Haustürgeschäft (Aufhebungsvertrag)</b> .....	73	<b>Wegebezogener Unfall</b> .....	68
<b>Innerbetriebliche Gründe</b> <b>(Betriebsbedingte Kündigung)</b> .....	88	<b>Weiterbeschäftigungsanspruch</b> .....	40, 41
<b>Innerbetrieblicher Schadensausgleich</b> .....	64, 66, 69, 70, 71	<b>Wiederholungserkrankung</b> .....	47
<b>Interessenabwägung</b> .....	105, 110	<b>Zulässigkeit der Kündigungsschutzklage</b> .....	82, 104
<b>Interessenausgleich mit Namensliste</b> .....	93		