

**Lösungsskizze zur Klausur:
„Grundzüge des Arbeitsrechts“ im SS 2011**

Zu Fall 1:

Anspruch des A gegen die B-GmbH auf Zahlung der Vergütung aus §§ 611 I BGB i.V.m. § 615 S. 1 BGB.

A. Grundsätzlich ergibt sich aus dem Arbeitsvertrag ein Anspruch auf Vergütung der ausgefallenen Arbeitstage.

B. Dieser Anspruch könnte allerdings wegen Nichtleistung des A gem. § 326 Abs. 1 Hs. 1 BGB untergegangen sein.

I. Die Arbeitsleistung ist gem. § 275 I unmöglich, weil sie aufgrund des Fixschuldcharakters der Arbeitsleistung nicht mehr nachholbar ist. Der AN ist nicht nur zur Arbeitsleistung im Allgemeinen verpflichtet, sondern hat grds. seine Arbeitsleistung auch zur vereinbarten Zeit zu erbringen. Der Vergütungsanspruch (= Gegenleistungsanspruch) ist deshalb grds. erloschen.

II. Der Entgeltzahlungsanspruch könnte allerdings durch § 615 S. 1 BGB aufrechterhalten werden. Dafür müssten die Voraussetzungen des Annahmeverzugs gem. §§ 294 ff. BGB vorliegen. Diesbezüglich ist zwischen den beiden Konfliktfällen zu differenzieren:

1. Verweigerung der Vertretung in der Weender Filiale:

a) Erfüllbarkeit (+)

b) Ordnungsgemäßes Angebot gem. § 294 BGB

Der Arbeitnehmer muss seine Leistung in eigener Person, am rechten Ort, zur rechten Zeit und in der vereinbarten Art und Weise anbieten. Fraglich ist hier allein, ob es sich bei der Innenstadtfiliale um den richtigen Ort handelt.

Zwar hat A bisher nur in der Innenstadt-Filiale gearbeitet, allerdings kann der AG im Wege seines Direktionsrechts gem. § 106 GewO grds. auch den Ort der Arbeitsleistung bestimmen. Dafür müsste sich die Ausübung des Direktionsrechts als zulässige Konkretisierung des Arbeitsvertrages darstellen. A ist laut Arbeitsvertrag als Ladenhilfe im Raum Göttingen beschäftigt. Eine Beschränkung auf eine bestimmte Filiale ergibt sich daraus nicht. Vielmehr sieht der Arbeitsvertrag eine Beschäftigung „je nach Bedarf“ vor. Daraus ergibt sich eindeutig, dass der Arbeitgeber laut Arbeitsvertrag berechtigt ist, den A je nach Arbeitsanfall auch in den anderen Göttinger Filialen einzusetzen. Obwohl sich sein Arbeitsweg dadurch um 20 min vergrößert, sind die Grundsätze billigen Ermessens (§ 106 S. 1 GewO) dadurch nicht verletzt.

A hätte demzufolge seine Leistung in der Weender Filiale anbieten müssen. Da er das nicht getan hat, liegt auch kein ordnungsgemäßes Angebot gem. § 294 BGB vor. Das Angebot einer Arbeit am falschen Ort genügt nicht. Die B-GmbH wurde demzufolge nicht in Annahmeverzug gesetzt.

c) Zwischenergebnis: A hat keinen Anspruch auf Vergütung des ausgefallenen Arbeitstages in der Weender Filiale.

2. Vergütung für die Arbeitszeit nach Zugang der Kündigung

a) Erfüllbarkeit (+)

b) Das erforderliche **Angebot** könnte hier in der Kündigungsschutzklage zu sehen sein, was gem. § 295 S. 1 BGB wegen der Weigerung der B-GmbH, den A weiter zu beschäftigen, ausreichen würde. Dabei bestünde allerdings das Problem, dass es in der Woche zwischen dem Zugang der fristlosen Kündigung und der Erhebung der Kündigungsschutzklage an die A-GmbH streng genommen an einem Angebot fehlt. Deswegen behilft sich das BAG bei unwirksamen Kündigungen mit **§ 296 S. 1 BGB**. Der Arbeitgeber gerät in Annahmeverzug, wenn er seiner Mitwirkungsobliegenheit nicht nachkommt, die darin besteht, dem Arbeitnehmer einen funktionsfähigen Arbeitsplatz einzurichten und ihm an jedem Arbeitstag Arbeit zuzuweisen. Bei einer unwirksamen Kündigung ist deswegen noch nicht einmal ein wörtliches Angebot des Arbeitnehmers erforderlich. Der Arbeitgeber gerät bereits durch die Kündigung in Annahmeverzug

(a. A. gut vertretbar; denkbar wäre auch ein Abstellen auf § 295 S. 1 BGB in Kombination mit einer ex tunc-Wirkung der Kündigungsschutzklage).

c) Rechtsfolge des Annahmeverzuges ist die Aufrechterhaltung des eigentlich untergegangenen Vergütungsanspruchs. Die Woche zwischen dem Zugang der Kündigungserklärung und der Aufnahme der Ersatztätigkeit ist somit nach dem Lohnausfallprinzip zu vergüten.

Fraglich ist allerdings, wie die darauffolgende Zeit des Kündigungsschutzprozesses (vier Monate) zu beurteilen ist. Zunächst folgt aus **§ 615 S. 2 BGB** bzw. aus der im Falle einer Kündigung spezielleren Regelung des **§ 11 Nr. 1 KSchG**, dass eine anderweitige Tätigkeit den Annahmeverzug nicht ausschließt, sondern (nur) zu einer Anrechnung des Wertes desjenigen führt, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt. Der Arbeitnehmer muss sich allerdings nur diejenigen Einkünfte anrechnen lassen, die er gerade durch die Verwertung derjenigen Arbeitskraft erzielt hat, hinsichtlich derer der Arbeitgeber in Gläubigerverzug geraten ist. Der Annahmeverzug der B-GmbH bezog sich aber hier nur auf eine Halbtagsstelle. Ein Teil der anderweitigen Arbeit ist demnach zu einer Zeit erbracht worden, während der A bei ungestörtem Fortbestand des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses frei gehabt hätte. Die während dieser Zeit erzielten Einnahmen sind somit anrechnungsfrei. Von der Ersatztätigkeit muss sich A demnach nur die Hälfte und damit 2.000 € anrechnen lassen. Da er bei der B-GmbH aber 2.800 € verdient hätte, schuldet diese ihm demnach noch 800 €.

(a. A. noch vertretbar; man könnte hier auch argumentieren, dass A die Ganztätigkeit nur deshalb möglich war, weil er infolge des Gläubigerverzugs der B-GmbH dort keine Halbtätigkeit mehr ausgeübt hat).

C. Im Ergebnis hat A keinen Anspruch auf Verzugslohn für den Tag, an denen er unberechtigterweise die Vertretung in Weende verweigerte. Für die Zeit vom Zugang der Kündigungserklärung bis zur Aufnahme der Ersatztätigkeit hat A hingegen Anspruch auf seinen regulären Lohn. Für die Zeit der Ersatztätigkeit hat er gegen die B-GmbH einen Anspruch i. H. v. 800 €.

Zu Fall 2:

Der Fall ist angelehnt an BAG v. 24.03.2009 - 9 AZR 983/07 - NZA 2009, S. 538-547

A. Ausgangsfall:**Anspruch der A gegen V-AG auf Abgeltung des gesetzlichen Resturlaubs aus § 7 Abs. 4 BUrlG**

I. A könnte gegen V einen Anspruch auf Abgeltung des gesetzlichen Urlaubs aus § 7 Abs. 4 BUrlG haben. Der Abgeltungsanspruch ist ein Ersatz für die wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr mögliche Befreiung von der Arbeitspflicht. Voraussetzung für das Bestehen des Abgeltungsanspruches ist deshalb, dass der Urlaubsanspruch gewährt werden müsste, wenn das - hier unproblematisch wirksam begründete - Arbeitsverhältnis noch fortbestünde.

1. A war bei V im Rahmen einer 5-Tage-Woche tätig. § 3 Abs. 2 BUrlG geht von einer 6-Tage-Woche aus, für die dem Arbeitnehmer mindestens 24 Tage Urlaub zu gewähren sind (4 Wochen). Rechnet man dies auf eine 5-Tage-Woche um, gelangt man zu einem Urlaubsanspruch von 20 Tagen (ebenfalls 4 Wochen). A hat demnach einen gesetzlichen Urlaubsanspruch von 20 Tagen im Jahr.

2. Das Arbeitsverhältnis der A endete am 30.6.2011. Für das Jahr 2010 erwarb sie einen Urlaubsanspruch von 20 Tagen. Für das Jahr 2011 erwarb sie grds. auch einen vollen Urlaubsanspruch, da sie die Wartezeit von 6 Monaten gem. § 4 BUrlG bereits überschritten hatte. Wenn der Arbeitnehmer aber nach Erfüllung der Wartezeit in der ersten Hälfte des Kalenderjahres ausscheidet (hierzu zählt auch noch das Ausscheiden am 30.6. um 24:00 h), hat er gem. § 5 Abs. 1 lit. c) BUrlG lediglich einen Anspruch auf ein Zwölftel des Jahresurlaubs für jeden vollen Monat des Bestehens des Arbeitsverhältnisses. A erwarb deshalb nur für die Monate Januar bis Juni einen Urlaubsanspruch. Der Anspruch beläuft sich demnach auf 6/12 des Jahresurlaubs i. H. v. 20 Tagen und damit 10 Tage.

3. Fraglich ist allerdings, wie es sich auswirkt, dass A von Februar 2010 bis über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus arbeitsunfähig erkrankt war.

a) Zunächst ist anerkannt, dass der Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub auch dann entsteht, wenn der Arbeitnehmer den ganzen Bezugszeitraum über arbeitsunfähig erkrankt ist. Für eine andere Sichtweise ergibt sich nichts aus dem Gesetz, da dieses nur das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses und den Ablauf der Wartezeit gem. § 4 BUrlG voraussetzt und nicht etwa an das Erholungsbedürfnis des Arbeitnehmers anknüpft. Dementsprechend werden Krankheitstage gem. § 9 BUrlG nicht auf den Erholungsurlaub angerechnet.

b) Der gesetzlichen Konzeption liegt aber der Gedanke zugrunde, dass der Mindesturlaub grds. auch im Arbeitsjahr angetreten wird. Nur wenn gem. § 7 Abs. 3 S. 2-3 BUrlG dringende betriebliche oder in der Person des AN liegende Gründe dies rechtfertigen, wird der (noch nicht genommene) Urlaub automatisch auf das nächste Jahr übertragen. Die A war den Großteil des Jahres über erkrankt. Eine Übertragung des Urlaubs aus dem Jahr 2010 ins Jahr 2011 ist deswegen durch in der Person der A liegende Gründe gerechtfertigt. Allerdings ist der Urlaub auch bei einer Übertragung in das Folgejahr innerhalb der ersten 3 Monate zu nehmen. Die Frist ist hier um drei Monate verlängert worden, was auch wirksam ist. A war hier aber bis zum Ende dieses (verlängerten) Übertragungszeitraumes und darüber hinaus erkrankt.

c) Nach überkommener Rechtsprechung des BAG sollten sowohl der Urlaubsanspruch an sich als auch der Urlaubsabgeltungsanspruch in diesem Fall erlöschen. Wenn der Arbeitnehmer bei einem hypothetisch fortbestehenden Arbeitsverhältnis keinen Urlaubsanspruch geltend machen könne, stehe ihm auch kein Abgeltungsanspruch zu. A hätte nach dieser Sichtweise keinen Anspruch auf Abgeltung des Jahresurlaubs für 2010.

Nach Auffassung des EuGH verstößt diese Auslegung allerdings gegen die Arbeitszeitrichtlinie (2003/88/EG). Diese ordnet in Art. 7 einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen an. Der EuGH folgert aus dieser Vorschrift, dass der Arbeitnehmer weder seinen Urlaubsanspruch, noch seinen finanziellen Abgeltungsanspruch verlieren dürfe, wenn er aus gesundheitsbedingten Gründen nicht in der Lage war, den Urlaub anzutreten.

Das BAG hat sich dieser Auffassung (gezwungenermaßen) angeschlossen und entschieden, dass die §§ 7 Abs. 3 und 4 BUrlG für den Fall einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende des Übertragungszeitraumes im Wege richtlinienkonformer Fortbildung teleologisch zu reduzieren sind. Sowohl der Urlaubsanspruch an sich als auch der Abgeltungsanspruch gem. § 7 Abs. 4 BUrlG verfallen in dieser Konstellation nicht.

(Anmerkung: Die Kenntnis der methodischen Vorgehensweise des BAG zur Umsetzung der EuGH-Rechtsprechung kann wohl nur von guten bis sehr guten Kandidaten erwartet werden. In ihren groben Zügen sollten die Auffassungen beider Gerichte aber bekannt sein. Eine abweichende Ansicht ist mit der entsprechenden Begründung natürlich vertretbar.)

II. Im Ergebnis hat A demzufolge einen Anspruch auf Abgeltung ihres gesetzlichen Urlaubsanspruches für 2010 (20 Tage) und für 2011 (10 Tage).

B. Abwandlung:

Anspruch der A gegen die V-AG auf Abgeltung des vertraglichen Urlaubs aus § 7 Abs. 4 BUrlG i. V. m. § 10 Abs. 1 AV

I. A könnte gegen V einen Anspruch auf Abgeltung des vertraglichen Urlaubs aus § 7 Abs. 4 BUrlG i. V. m. § 10 Abs. 1 des Arbeitsvertrages (AV) haben.

II. Für 2010 ergibt sich gem. § 10 Abs. 1 AV ein Urlaubsanspruch von insgesamt 30 Tagen (insoweit also 10 Tage mehr als der gesetzliche Mindestanspruch). Da gem. § 10 Abs. 3 AV im Übrigen die gesetzliche Regelung gelten soll, wird der Urlaubsanspruch ebenso wie der gesetzliche Urlaub gem. § 5 Abs. 1 lit. c) berechnet. A hat deswegen für 2011 einen Anspruch auf 6/12 des Jahresurlaubs und damit auf 15 Tage (insoweit also 5 Tage mehr als der gesetzliche Mindestanspruch).

III. Fraglich ist erneut, wie bzgl. des Urlaubsanspruchs für 2010 verfahren werden soll, da A auch hier über das Ende des Übertragungszeitraumes in § 10 Abs. 2 AV arbeitsunfähig erkrankt war. Die Arbeitszeitrichtlinie steht einem individualvertraglich (und auch tarifvertraglich) vereinbarten Verfall eines übergesetzlichen Urlaubs- bzw. Abgeltungsanspruchs nicht entgegen. Sie gewährt lediglich ein Mindestniveau, das durch den gesetzlichen Urlaubsanspruch bereits erfüllt wird. Überdies sind die Adressaten der Richtlinien die Mitgliedstaaten und nicht Privatpersonen. Diese können lediglich mittelbar durch eine mitgliedstaatliche Umsetzungsregelung betroffen werden.

Wenn die Individual- bzw. Kollektivvertragsparteien ausdrücklich den Verfall des übergesetzlichen Urlaubsanspruchs vereinbaren, ist diese Regelung demnach auch europarechtlich zulässig¹. Die jeweilige Vereinbarung ist allerdings aber immer dahingehend zu analysieren, ob die Parteien eine eigenständige, von der gesetzlichen Konzeption abweichende Regelung treffen wollten, oder ob diese sich lediglich an das BUrlG anlehnt. Zwar wurde vorliegend vereinbart, dass gem. § 10 Abs. 3 AV im Übrigen das BUrlG gelten soll. In § 10 Abs. 2 AV wurde aber im Gegensatz zur gesetzlichen Regelung ausdrücklich der Verfall des Urlaubsanspruchs vereinbart. Die Parteien wollten demzufolge eine eigenständige Regelung aufstellen. Diese Verfallklausel erfasst überdies auch den Abgeltungsanspruch als Surrogat des eigentlichen Urlaubsanspruchs.

IV. Im **Ergebnis** ist der über den gesetzlichen Mindestanspruch hinausgehende vertragliche Urlaub für 2010 somit verfallen. A hat gegen die V-AG lediglich einen Anspruch auf Abgeltung des vertraglichen Urlaubs für 2011 in Höhe von 15 Tagen. Aus Vertrag stehen A für 2011 demnach 5 Urlaubstage mehr zu als aus dem BUrlG.

¹ Vgl. BAG a. a. O.