



Arbeitsrecht im bayerischen Assessorexamen - Übersicht über die Themen der letzten Jahre -

Die obligatorische Arbeitsrechtsklausur im bayerischen Assessorexamen (fünfter Examenstag) zeichnet sich regelmäßig durch Besonderheiten aus, die ein zweischneidiges Schwert darstellen:

- Einerseits setzt diese Klausur oft umfangreiches Sonderwissen über aktuelle BAG-Entscheidungen voraus, ohne deren Kenntnis selbst ein talentierter Jurist i.d.R. wenig bewegen kann.
- Andererseits wird der „Ertrag“ in dieser Klausur dadurch bei entsprechend guter Vorbereitung *viel kalkulierbarer* als in anderen, weniger speziellen Rechtsgebieten.

Eine gute Vorbereitung muss dementsprechend die Systematik präzise herausarbeiten, muss andererseits aber auch die Details der neuesten Rechtsprechung im Ergebnis *und* den wesentlichen Argumentationsschritten präzise behandeln. – Das erfordert ein hartes, aber auch *ertragreiches* Stück Arbeit. Die nicht selten aufgestellte Behauptung, mit sicherem Grundlagenwissen alleine sei auch im Arbeitsrecht eine gute Note möglich oder gar sicher, stellt aus unserer Sicht eine unverantwortliche Irreführung dar! Diese Aussage und der gigantische Umfang mancher Original-Examenklausuren demonstriert gleichzeitig, wie sehr manchen Fachspezialisten das Gespräch dafür abhandeln kann, was einem Referendar, der sich eben nicht nur mit diesem einen Spezialgebiet befassen kann, in Examenstovorbereitung und Prüfung zugemutet werden kann.

Die nachfolgende Übersicht soll Ihnen dazu dienen, *sich selbst* ein Bild zu machen von den Anforderungen, die dem Prüfling in der Arbeitsrechtsklausur des *bayerischen* Assessorexamens regelmäßig abverlangt werden, und den Themen, die dort schwerpunktmäßig geprüft werden.

Vergleichen Sie diese Themenzusammenstellung mit den Themen unserer Kurse, insbesondere unseres Intensivkurses Arbeitsrecht, und sie werden selbst die hohe Trefferquote feststellen!

November 2017:

Formale Aufgabenstellung: Fertigung eines arbeitsgerichtlichen „Rumpfurteils“ (ohne Rubrum, Tatbestand, Kosten, Vollstreckbarkeit, Streitwertfestsetzung und Rechtsmittelbelehrung).

Materiell-rechtliche Probleme: Fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigung wegen Tätllichkeit bzw. Bedrohung gegen einen Kollegen nach extremen Provokationen, dabei v.a. Erklärungsfrist gemäß § 626 II BGB, Systematik von § 626 I BGB und § 1 I, II KSchG, Vorrang der Abmahnung (Prognoseprinzip und Verhältnisnäbigkeitsprinzip), – Abfindungsanspruch nach § 1a I I KSchG bei ordentlicher betriebsbedingter Kündigung; Anspruchsentstehung erst mit dem Ablauf der Kündigungsfrist mit Folge des Anspruchswegfall bei *früherer* Wirkung der anderen Kündigung (vgl. BAG NZA 2007, 1043), Anspruchsverhinderung durch Klage wg. Gesetzeszweck (frühzeitige Planungssicherheit des Arbeitgebers) trotz Rückwirkungsfiction gemäß §§ 269 III 1 ZPO, 46 II 1 ArbGG auch bei späterer Rücknahme der Kündigungsschutzklage (BAG NZA 2008, 696). – Frage nach Anwendbarkeit der Regeln zur betrieblichen Übung auf jahrelange Zurverfügungstellung einer Parkfläche, Schadensersatzverlangen nach Überbauung der Fläche durch den Arbeitgeber; als „Randbereich der Nebenpflichten“ allenfalls ausnahmsweise denkbar, bloße Duldung schwer vergleichbar mit mehrfachen aktiven Handeln wie bei Zahlungen (vgl. ETK/Preis § 611a, RN 228; LAG Schleswig-Holstein NZA-RR 2001, 488; LAG Baden-Württemberg; Urteil vom 14. Januar 2014).

Prozessuale Fragen: Wirksamkeit einer Teilklagerücknahme nach §§ 54 II 1 ArbGG, 269 ZPO, 46 II 1 ArbGG – Prüfung der Prädiktion wg. Erhebung der Klage gegen die zweite Kündigung erst nach Fristablauf; „Erweitert punktueller“ Streitgegenstand der Kündigungsschutzklage nach § 4 S. 1



KSchG und Wirkung von § 6 S. 1 KSchG analog bei späterer Kündigung mit früherer Wirkung (v.a. BAG NZA 2014, 443; NZA 2014, 1131; NZA 2015, 635; NZA 2015, 1022; NZA 2017, 55), dabei trotz Rückwirkungsfiction nach §§ 269 III 1 ZPO, 46 II 1 ArbGG kein nachträglicher Wegfall der Wirkung von § 6 S. 1 KSchG analog; Abgrenzung des „verdeckten Schleppnetzantrags“ (= Feststellung i.S.d. §§ 256 I ZPO, 46 II 1 ArbGG) zum bloßen „Appendix“:

Juni 2017:

Formale Aufgabenstellung: Fertigung eines arbeitsgerichtlichen „Rumpfurteils“ (ohne Rubrum, Tatbestand, Kosten, Vollstreckbarkeit, Streitwertfestsetzung und Rechtsmittelbelehrung).

Materiell-rechtliche Probleme: Teil 1: Streit um den Umfang der Wochenarbeitszeit (Sachverhalt wörtlich aus BAG NZA 2006, 423!); Wirksamkeitskontrolle einer vertraglichen Abrede zur Arbeitszeit (vertragliche Abrede von 30 Stunden mit Abschluss eines Arbeitnehmeranspruchs auf umfangreichere Beschäftigung und gleichzeitigen Anspruch des Arbeitgebers, mehr Wochenarbeitsstunden verlangen zu können); Abgrenzung von Abrufarbeit i.S.d. § 12 TzBfG zur Überstundenleistungspflicht, Angemessenheitskontrolle gemäß § 307 BGB ⇔ Wirkung des § 306 I BGB und „blue-pencil-Test“ – jahrelange tatsächliche Beschäftigung (und Bezahlung) mit regelmäßig höherer Wochenarbeitszeit. – Teil 2 (Sachverhalt praktisch wörtlich aus BAG NZA 2014, 1333): Anspruch auf Zahlung eines Zuschusses zum Krankentgelt (sozialrechtliche Leistung nach Ablauf der – vorliegend im „Arbeitsvertrag“ vor Betriebsübergang arbeitsvertraglich auf drei Monate verlängerten – Bezugsdauer des Anspruchs aus EFZG); Reichweite einer bei Betriebsübergang gemäß § 613a I BGB beim neuen Arbeitgeber bestehenden Gesamtzusage, die regelmäßig auch für später eintrittende Arbeitnehmer gilt, hier aber ausdrücklich *nur* für dessen Altarbeitnehmer oder nach (hier unterbliebener) Anpassung der Verträge der übernommenen Arbeitnehmer gelten soll (und hier i.V.m. den Vorteilen des Altarbeitsvertrags der übernommenen Klägerin zu einer Art „Rosmentlösung“ führen würde); Anwendbarkeit der §§ 305 ff BGB (u.a. auch auf freiwillige Leistungen), keine überraschende Klausel i.S.d. § 305c I BGB, Auslegung der AGB zum Anwendungsbereich unter Berücksichtigung der Unklartheitsregelung von § 305c II BGB, keine Intransparenz gemäß § 307 I 2 BGB, keine Unangemessenheit gemäß §§ 307 I 1, 310 III Nr. 3 BGB.

November 2016:

Formale Aufgabenstellung: Anwaltschriftsatz für den Arbeitgeber (Klagerwidmung ohne Sachverhaltsdarstellung) mit Mandantenbegleitschreiben und Hilfsgutachten (dreigeteilter Bearbeitervermerk, eine Besonderheit des *bayerischen* Assessorexamens).

Materiell-rechtliche Probleme: Verteidigung des beklagten Arbeitgebers gegen Kündigungsschutzklage nach § 4 S. 1 KSchG; ordentliche Kündigung wegen Alkoholkonsum am Arbeitsplatz; Abgrenzung zwischen verhaltensbedingter und personenbedingter Kündigung; hier bei gefährlicher Tätigkeit (Einsatz von Lkws und Baggern) und chronischer Alkoholabhängigkeit; abgebrochener Therapie und Verweigerung der Durchführung einer erneuten Therapie; letzteres wird nicht als Pflichtverletzung i.S.d. verhaltensbedingten Kündigung geprüft, sondern im Rahmen der Prognose, also auf Stufe 1 der Drei-Stufen-Prüfung der personenbedingten Kündigung (BAG, Urteil vom 20. Dezember 2012, Az. 2 AZR 37/11; NZA 2014, 602). – Prüfung der Wirksamkeit einer nach Zugang der Kündigung getroffenen Klageverzichtsabrede (BAG NZA 2016, 351; NZA 2015, 350; NZA 2007, 1227; NZA 2008, 219): Prüfung des Überraschungseffekts (§ 305c I BGB), Frage der Anwendbarkeit der AGB-Kontrolle wegen § 307 III 1 BGB (Details bei gegenseitiger Hauptleistungsabrede innerhalb des BAG umstritten!), Unwirksamkeit nach § 307 I 1 BGB bei Fehlen einer *angemessenen* Kompensation (hier



aber sechs Monatsgehälter Abfindung) – Vor. der Anwendbarkeit der §§ 623, 126 I, II BGB (beiderseitige Unterschrift) auf die Verzichtserklärung (Einzelfallfrage). – Rückforderung von „Urausgeld“: Abgrenzung der arbeitsleistungsbezogenen Sonderzahlung (steht im Synallagma des Arbeitsvertrags) zur Gratifikation. Auswirkung des Gegenseitigkeitsverhältnisses auf die Wirksamkeitkontrolle (§ 307 BGB) von Stichtagsklauseln: Einbeziehung von Kündigungsgründen aus Arbeitgeber-sphäre (BAG NZA 2012, 620; NZA 2014, 368; NZA 2014, 1136; NZA 2015, 992). – Auswirkung eines nach Zugang der Kündigung und nach Klageerhebung eingetretenen Betriebsübergangs i.S.d. § 613a I BGB: keine Unwirksamkeit der Kündigung nach § 613a IV BGB. Altbearbeiter als richtiger Klagegegner für Kündigungsschutzklage, dabei Wirkungen der §§ 265, 325 ZPO (BAG NZA 2006, 597; NZA 2006, 668). – Gewillkürte Prozessstandschaft infolge der „Rückernächtigung“ zur Geldendmachung des übergegangenen Rückzahlungsanspruchs (insoweit kein Fall von § 265 II 1 ZPO, da Rechtsahngigkeit einer etwaigen Widerklage entscheidend) – hilfsweise Klageerweiterung mit Sinnhaftigkeit eines sofortigen Anerkenntnisses (§§ 307, 93 ZPO) wegen Weiterhaltung nach § 613a II BGB und Bedeutungslosigkeit einer Abrede der Beiden Arbeitgeber im Außenverhältnis (Abgrenzung Schuldenwechsel zur Erfüllungübernahme) – nötige Belehrung über § 12a ArbGG.

Juni 2016:

Formale Aufgabenstellung: Anwaltschritsatz für den Arbeitgeber (Klageerwidern) mit Mandantenbegleitschreiben und Hilfsgutachten (dreigeteilter Bearbeitervermerk).

Materiell-rechtliche Probleme: Verteidigung des beklagten Arbeitgebers gegen Klageanträge in vier verschiedenen Streitgegenständen (dabei wegen teilweiser Aussichtslosigkeit [s.u.] sicher Teilanerkennnis oder Vergleichsangebot gewünscht): **Antrag 1:** Kündigungsschutzklage i.S.d. § 4 S. 1 KSchG; Regelmäßig ausreichende Bestimmtheit der Kündigung bei Erklärung „zum nächstmöglichen Zeitpunkt“ (BAG NZA 2013, 1137; NZA 2013, 1197; NZA 2015, 162). – Ordentliche (verhaltens- und v.a. personenbedingte) Kündigung eines Chefarztes eines von einem katholischen Caritas-Verein betriebenen Krankenhauses wegen Scheidung und Wiederheirat. „Schachelpfütze“ von §§ 1, 7 AGG im Rahmen der Sozialwidrigkeit des § 1 II KSchG, nicht über § 134 BGB (= Wirkung von § 2 IV AGG, vgl. BAG NZA 2009, 361; NZA 2010, 280; NiW 2010, 1395), Rechtfertigung der Benachteiligung i.S.d. § 3 I AGG nach § 9 II AGG, dabei (ausnahmsweise) Auswirkung des privaten Verhaltens als Verstoß gegen Loyalitätserwartungen infolge der Privilegierung gemäß Art. 140 GG, 137 III WRV sowie Art. 4 I II GG, Notwendigkeit einer zusätzlichen Einzelfallabwägung (Zwei-Stufen-Prüfung) mit den Grundrechten des Arbeitnehmers aus GG und Art. 9 I, 11 I EMRK (vgl. BAG NZA 2012, 443, aufgehoben vom BVerfG NZA 2014, 1387, sowie die Vorlage an den EuGH durch das BAG; Beschluss vom 28. Juli 2016, Az. 2 AZR 746/14). – Voraussetzungen des Sonderkündigungsschutzes gemäß §§ 85 ff SGB IX, hier keine Aussetzung des Arbeitsrechtsstreit bei Widerspruch des Arbeitnehmers gegen die von der Behörde erteilte und grds. bindende Zustimmung (vgl. § 88 IV SGB IX; BAG NZA 2013, 1373). – **Antrag 2:** Befristungskontrollklage gemäß § 17 S. 1 TzBfG; v.a. Voraussetzungen der „erleichterten Befristung“ gemäß § 14 II 1 TzBfG und Nichtanwendung von § 14 II 2 TzBfG; wenn die frühere Beschäftigung mehr als drei Jahre zurückliegt; verfas-sungskonforme Auslegung gegen den [nur scheinbar] eindeutigen Wortlaut (BAG NZA 2011, 905 = Life & Law 2011, 791; NZA 2012, 255 = Life & Law 2012, 334). – **Antrag 3:** Anspruch auf Zahlung einer in AGB des Arbeitsvertrags geregelten „Bonuszahlung“ (keine Gratifikation, sondern „arbeits-leistungsbezogene Sonderverteilung“ i.S.d. §§ 320 ff BGB); Anforderungen an die Zulässigkeit und inhaltliche Gestaltung von Freiwilligkeitserklärungen, Unwirksamkeit wegen Intransparenz gemäß § 307 I 2 BGB u.a. wegen Formulierung eines Geldanspruchs in konkreter Höhe sowie wegen eines gleichzeitigen Widerrufsvorbehalts (= innerer Widerspruch; vgl. u.a. BAG NZA 2008, 1173; NZA 2012, 81; NZA 2013, 1015). – **Antrag 4:** Entgeltnachforderung gemäß § 611 BGB wegen Kürzung (Aufrechnung i.S.d. §§ 387 ff, 394 BGB), die auf einen Schadensersatzanspruch (§§ 280 I, 241 I BGB) wegen Dienstwagenbeschädigung gestützt wurde; Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs, Haftungswegfall bei „leichtester“ Fahrlässigkeit, Darlegungs- und Beweislast des Arbeit-



gebers auch für *den Grad* des Verschuldens (erweiternde Auslegung des § 619a BGB in Abweichung von § 280 I 2 BGB, vgl. BAG NZA 2011, 406) und v.a.: Behandlung dieser Grundsätze wie ein *zwingendes* Gesetz (⇒ über die §§ 307 ff BGB hinaus gar keine Abdingbarkeit im Arbeitsvertrag, auch nicht für Bagatellschäden; BAG NZA 2004, 649).

November 2015:

Formale Aufgabenstellung: Fertigung eines „Rumpfurteils“ (ohne Rubrum, Tatbestand, Kosten, Streitwertfestsetzung, Berufungszulassungsentscheidung und Rechtsmittelbelehrung).

Materiell-rechtliche Probleme: ergeben sich aus vier verschiedenen Anträgen. Erster Feststellungsantrag: Kündigungsschutzklage nach § 4 S. 1 KSchG gegen eine fristlose Kündigung wegen sehr kritischer Äußerungen über die Arbeitgeberin wg. deren Schlechterfüllung eines privaten Telefonvertrags in einem Internetchat, der privat, aber alleine mit Kollegen erfolgte, also keine Rufschädigung gegenüber Dritten bewirkte – Grundsatz des Vorrangs der Abmahnung – Prüfung einer Behandlung als ordentliche Kündigung (keine „Auslegung“, aber evtl. Umdeutung); ⇒ Prüfung der ordentlichen Kündbarkeit trotz vereinbarter Befristung über Kündigungsfrist hinaus (nur ausnahmsweise möglich; vgl. § 15 III bzw. § 16 S. 1, 2. Hs. und § 16 S. 2 TzBfG ⇒ Schachelpfütze einer Verletzung von §§ 14 I, II TzBfG (dagegen Irrelevanz von § 14 IV TzBfG an *dieser* Stelle!) – Prüfung der Anwendbarkeit des KSchG; Keine Berücksichtigung eigener Vortätigkeit als Lehrlarbeitsnehmer im Rahmen von § 1 I KSchG (BAG NZA 2014, 1083). – Hilfsweise zweiter Feststellungsantrag; Befristungskontrollklage gemäß § 17 S. 1 TzBfG; Verspätete schriftliche Fixierung der Befristungsabrede: i.d.R. keine „Heilung“ des Verstoßes gegen §§ 14 IV TzBfG, 125 S. 1 BGB (weder Bestätigung nach § 14 II BGB noch Neuvertrag); Prüfung möglicher – hier nicht vorhandener – Ausnahmen (vgl. etwa BAG NZA 2005, 575; NZA 2008, 1184 = Life & Law 2008, 805). – Prüfung einer sog. „erleichterten“ Befristung gemäß § 14 II 1 TzBfG; Nichtanwendung von § 14 II 2 TzBfG, wenn die frühere Beschäftigung nur Leiharbeit bei (gemäß AÜG wirksamem) Arbeitsvertrag mit anderem AG (Verteiler) war (BAG NZA 2007, 443; NZA 2011, 1147). – Erster Zahlungsantrag; Aufwendungsersatz analog § 670 BGB bei Schäden am Privat-Pkw in Ausführung der Arbeit mit Anwendung von § 254 BGB analog und „Schachelpfütze“ der Haftungsprivilegierung; Darlegungs- und Beweislast des Arbeitnehmers für Nichtvorliegen eines (ggf. teilweise) anspruchsausschließenden Verschuldens (BAG NZA 2007, 870; NZA 2011, 406 = Life & Law 2011, 384). – AGB-Kontrolle einer zweistufigen Ausschlussfrist gemäß §§ 307, 310 IV 2 BGB; Grds. Zulässigkeit, aber Unangemessenheit bei Unterschriften einer jeweils dreimonatigen Mindestfrist (BAG NZA 2005, 1111; NZA 2013, 1265). Grenzen der Teilbarkeit („blue pencil test“) der zweistufigen Verfallklausel: Unwirksamkeit der ersten Stufe erfasst meist auch die darauf aufbauende zweite Stufe (BAG NZA 2012, 971). – Zweiter Zahlungsantrag; Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall mit Verschuldensbegriff i.S.d. § 3 I EFGZ sowie erneuter Behandlung der AGB-Ausschlussfrist.

Juni 2015:

Formale Aufgabenstellung: Anwaltschritsatz für den Arbeitgeber (Klageerwidern) mit Mandantenbegleitschreiben und Hilfsgutachten (dreigeteilter Bearbeitervermerk).

Materiell-rechtliche Probleme: Verteidigung des beklagten Arbeitgebers gegen zwei Kündigungsschutzklagen i.S.d. § 4 S. 1 KSchG. – Erste Kündigung: Ordentliche Kündigung wegen Schlechtleistungen ⇒ Abgrenzung von personenbedingter und verhaltensbedingter Kündigung; u.a. Vor. des Vorliegens einer Pflichtverletzung; Darlegungs- und Beweislast. – Zweite Kündigung: Verdachtskündigung wegen Aktenmanipulation zur Vertuschung von Schlechtleistungen (leichte Abwandlung des



Falles von BAG NZA 2014, 965 = Life & Law Bayern Spezial 2015, Heft 1): schwere Pflichtverletzung bei vorsätzlichen Vertuschungsmaßnahmen. – Voraussetzungen der Verdachtskündigung und Abgrenzung zur Tatkündigung bzw. Möglichkeit, sich nachträglich auf eine solche zu berufen: *dringender Verdacht einer schweren Pflichtverletzung*, Notwendigkeit der Anhörung des Arbeitnehmers (nur bei Verdachtskündigung, nicht bei Tatkündigung), identische Regeln für § 626 I BGB und ordentliche Kündigung nach KSchG (BAG NZA 2014, 243), Abmahnungserfordernis und typischerweise Ausnahme davon bei Verdachtskündigung. – Entbehrlichkeit des Abwartens der Frist gemäß § 102 II BetrVG bei abschließender Stellungnahme des Betriebsrats. – Berechnung der Kündigungsfrist (hier korrekt gemäß § 622 II 1 Nr. 2 BGB).

Prozessuale Probleme: Problematik der Prälusion (§§ 4, 7 KSchG) bzgl. der zweiten Kündigung: Vorliegen eines „verstreuten Schleppnetzantrags“ (Abgrenzung zum bloßen „Appendix“) bei ungenauem Klageantrag, aber Zielerläuterung bereits in der Klageschrift (vgl. BAG NZA 2014, 443). Überdies neueste Rechtsprechung zu den Auswirkungen des „erweitert punktuellen“ Streitgegenstands nach § 4 S. 1 KSchG: Prüfung der – hier gegebenen – Voraussetzungen, wann mit einem einzigen Antrag nach § 4 S. 1 KSchG eine nachgeschobene Kündigung ertrass und die Prälusion verhindert wird (BAG NZA 2015, 635).

November 2014:

Formale Aufgabenstellung: Fertigung eines „Rumpfurlaubs“ (ohne Rubrum, Tatbestand, Kosten, Streitwertfestsetzung und Rechtsmittelbelehrung).

Materiell-rechtliche Probleme: Teil 1: Ansprüche auf Urlaubsgewährung nach Arbeitnehmer-Eigenkündigung auf Ende März 2014 mit Schachlehrprüfung eines vorherigen Verfalls: Zunächst kein Verfall (nach per Verweisung einbezogenem TV bzw. § 7 III 3 BUrlG) in Fällen, in denen Urlaub wegen Krankheit nicht genommen werden konnte (EuGH NZA 2009, 135 [Schultz-Hofl]), aber späterer Verfall in zwei Varianten: Verfall nach 15 Monaten (für Urlaub 2011 zum Ende März 2013) auch bei fortdauernder Arbeitsunfähigkeit (BAG NZA 2012, 1216 = Life & Law 2013, 101; EuGH NZA 2011, 1333 [Schulte]). Zum anderen für Urlaub 2012 bei Wiedereingangs im Laufe des Jahres 2013 i.d.R. *am Ende* des Folgejahres, also 2013 (BAG NZA 2011, 1050; NZA 2012, 29). Zudem Prüfung, ob „Geltendmachung“ des Anspruchs auf *Freistellung* auch in Auforderung zur „ordnungsgemäßen Abrechnung des Arbeitsverhältnisses“ liegt. – Überdies Prüfung des Verfalls wegen sechswochiger Ausschlussfrist aus § 14 des per Verweisung einbezogenen Tarifvertrags: Prüfung der Wirksamkeit der Verweisklausel v.a. anhand des Transparenzgebots (§ 307 I 2 BGB), Nichteinhaltung der wegen § 307 I 1 BGB grds. nötigen Mindestfristen von drei Monaten (BAG NZA 2005, 1111; NZA 2006, 324 u.a.), aber Nichtanwendbarkeit der Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 III 1, 310 IV 3 BGB im Falle der Pauschalverweisung auf Tarifvertrag. – Anwendbarkeit von Ausschlussfristen zwar nicht bei Ansprüchen auf Urlaubsgewährung (§ 13 BUrlG), wohl aber u.a. auf Ansprüche auf Urlaubsgewährung (BAG NZA 2011, 1421; NZA 2012, 514 u.a.: Folge der Aufgabe der Surrogatsrechtsprechung). – Teil 2: Lohnklage wegen Mehrarbeit, die aufgrund einer Änderungsvereinbarung zum AV nicht veräußert worden war: Überstunden-Pauschalabgeltungsabrede in der AGB-Kontrolle (BAG NZA 2011, 575; NZA 2012, 908; NZA 2012, 1148 u.a.), mit u.a. Problem (Streitfrage!), ob es sich um eine Kontrollfreie Abrede über die Hauptleistungspflichten i.S.d. § 307 III 1 BGB handelt und Prüfung des gemäß § 307 III 2 BGB in jedem Fall anwendbaren – hier aber wegen Festlegung des Maximumumfangs nicht verletzten – Transparenzgebots des § 307 I 2 BGB, Beweislast des Arbeitnehmers für Tatbestand des § 123 I BGB, also für Drohung mit Kündigung (sehr vager Vortrag [...], möglicherweise mit Kündigung rechnen!) und für Rechtswidrigkeit, die nur bei *offensichtlicher* Unwirksamkeit der „angedrohten“ Kündigung vorläge (vgl. etwa BAG NZA 2008, 348 zur Anfechtung von Aufhebungsverträgen). – Teil 3: Anspruch auf Arbeitsvergütung des Außendienst-Arbeitnehmers, der Aufzeimungen über seine Tätigkeit an diesen Tagen verloren hatte: (Zumindest) bei vereinbartem täglichem Arbeitszeitumfang liegt Beweislast (dann nämlich für eine Leistungsstörung) beim Arbeitgeber, also



keine Beweislast des Arbeitnehmers für konkret erbrachte Leistung; → Prüfung eines Klauselversorbes („Vergütung nur bei Nachweis“) gegen §§ 309 Nr. 12, 310 IV 2 BGB.

Juni 2014:

Formale Aufgabenstellung: Anwaltschriftsatz für den Arbeitgeber (Widerruf eines Gütertermin-Vergleichs, also eine Art „Quasi-Klageerwiderng“) mit Mandantenbegleitschreiben und Hilfspgutachten (dreigeteilter Bearbeitervermerk).

Materiell-rechtliche Probleme: Verteidigung des beklagten Arbeitgebers gegen zwei Kündigungsschutzklagen i.S.d. § 4 S. 1 KSchG. – Erste Kündigung: Ordentliche personenbedingte Kündigung wegen häufiger Fehlzeiten, Drei-Stufen-Prüfung, keine nachträgliche Veränderung der Prognose (Prüfung von AGG wegen etwaiger „Behinderung“, war hier offenbar nicht gewünscht, da keinerlei einschlägiger Vortrag). – Nachfolgende (während der Kündigungsfrist erklärte) außerordentliche und fristlose Kündigung wegen sexueller Belästigung einer „hierarchisch untergeordneten“ Kollegin, hier Leiharbeiterin (BAG NZA 2011, 1342 mit Besprechung in Life & Law, Bayern Spezial 2012, Heft 2): sexuelle Belästigung i.S.v. § 3 IV AGG als Pflichtverletzung i.S.d. § 7 I, III AGG mit „amtlich-Eignung“ als wichtiger Grund i.S.v. § 626 I BGB, Möglichkeit der Annahme einer *schweren* Pflichtverletzung auch bei rein verbalen Belästigungen, Konkretisierung des kündigungserrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch § 12 III AGG mit Folge der Einschränkung des Auswahlermessens des Arbeitgebers (er *muß* „unterbinden“). → Geeignetheit *alleine* von solchen Maßnahmen, die eine Wiederholung ausschließen, notfalls sogar AG-Pflicht zur Kündigung! Abmahnungserfordernis und Ausnahmen davon. Berechnung der Erklärungsfrist des § 626 II BGB, Betriebsratsanhörung gemäß § 102 I BetrVG (Frage der sog. subjektiven Determination), Mandantenschreiben: Hinweis auf – wohl fast immer vorhandenes – gewisses Prozessrisiko bei Vorrang der Abmahnung und Interessenabwägung. – Weiterbeschäftigungsantrag ohne Betriebsratswiderspruch i.S.d. § 102 V BetrVG, also nach §§ 611, 242 BGB (Recht auf Arbeit): Begründetheit nur im Falle des hier gerade zu verhindernen Erfolgs der Kündigungsschutzklage. – Prüfung eines Anspruchs auf Rückzahlung von Ausbildungskosten: AGB-Kontrolle einer arbeitsvertraglichen Rückzahlungsklausel (§ 307 BGB): u.a. Notwendigkeit einer expliziten Ausklammerung der betriebs- und personenbedingten Kündigung. Quotenregelungen für die Rückzahlung, Erfordernis eines dauerhaften und auch bei anderen Arbeitgebern verwertbaren Vorteils für den Arbeitnehmer (vgl. u.a. BAG NZA 2009, 666; NZA 2012, 85; NZA 2012, 738; NZA 2012, 1428; NZA 2013, 1419).

Prozessuale Probleme: zweifacher Streitgegenstand des § 4 S. 1 KSchG mit u.a. Prüfung des (noch bestehenden) Arbeitsverhältnisses mit Streitfrage, ob es insoweit auf den Zugang der ordentlichen Kündigung ankommt oder auf den Beendigungstermin (der von der später erklärten fristlosen Kündigung „überholt“ werden würde). → Je nach Lösung evtl. Abweisung der Klage gegen die *ordentliche* Kündigung, ohne dass es auf deren Kündigungsgründe ankäme.

November 2013:

Formale Aufgabenstellung: Anwaltsklausur in zwei Teilen (zwei Mandanten), eine Klageerwiderng für einen Arbeitgeber sowie eine Replik für einen Arbeitnehmer, beides jeweils mit Mandantenbegleitschreiben und Hilfspgutachten (dreigeteilter Bearbeitervermerk, eine bayerische Besonderheit).

Materiell-rechtliche Probleme / Teil 1: Verteidigung des Arbeitgebers gegen Feststellungsklage nach Kündigung eines GmbH-Geschäftsführerdienstvertrags: Rechtsweg gemäß § 2 ArbGG mit Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerlosigkeit und Geschäftsführerstellung, hier nach Beförderung eines Mitarbeiters zum Geschäftsführer mit dessen ordentlicher Kündigung nach ca. einjähriger Arbeit



– Prüfung eines Zahlungsanspruchs auf Sondervergütung aus § 611 BGB i.V.m. betrieblicher Übung nach viermaliger Zahlung ohne jeweilige Einschränkungserklärung mit Hauptproblem der AGB-Kontrolle eines arbeitsvertraglichen Freiwilligkeitsvorbehalts: Zulässigkeit solcher Vorbehalte (v.a. kein Fall von § 308 Nr. 4 BGB), aber hohe Anforderungen durch Transparenzgebot gemäß § 307 12 BGB (vgl. BAG NZA 2008, 1173; NZA 2011, 628) und Unzulässigkeit von Freiwilligkeitsvorbehalten für laufendes Arbeitsentgelt (vgl. BAG NZA 2007, 853; NZA 2008, 1173; NZA 2012, 81) mit Folgeproblem, ob die AGB zur Vermeidung der Gesamtwirkbarkeit ausdrücklich auf Sondervergütungen (Legaldefinition in § 4a EFZG) beschränkt werden und Individualabreden ausklammern muss (so BAG NZA 2012, 81), ⇒ daher Verbot der geltungserhaltenden Reduktion. – Keine Vergütung (§§ 195, 199 BGB) oder Verwirkung (§ 242 BGB) bei Klage ca. zwei Jahre nach Fälligkeit bzw. erst nach ausgesprochenen Kündigung; erst recht kein konkludenter Verzicht durch bloßes Schweigen.

Prozessuale Probleme / Teil I: Abgrenzung der sog. Statusklage (Feststellung der Arbeitnehmerzugehörigkeit) zur Kündigungsschutzklage gemäß §§ 4, 7 KSchG, Umfang der Rechtswegprüfung gemäß § 2 ArbGG (sog. sic-non-Rechtsprechung), Prüfung eines Teilanerkennnisses (vgl. §§ 307, 93 ZPO i.V.m. § 46 II I ArbGG).

Teil 2: Replik für Arbeitnehmer nach zuvor erhobener Kündigungsschutzklage: Zugang der Kündigung gemäß § 130 I BGB bei Einwurf während Urlaubsabwesenheit (BAG, Urteil vom 22. März 2012, Az. 2 AZR 224/11), Prüfung des exakten Zugangstags (Einwurf am frühen Nachmittag des Abreisetags, hier konkret nach Aufbruch zum Flughafen) – Nachholung eines Antrags nach § 5 I KSchG (innerhalb der Frist des § 5 III KSchG) – Kündigungsschutz gemäß § 1 II KSchG; hier Fehlen eines Arbeitgebervortrags zur Dringlichkeit des betrieblichen Erfordernisses bei der betriebsbedingten Kündigung; – Auswirkung einer unzutreffend berechneten Kündigungsfrist (§ 622 II 1 Nr. 5 BGB), Auslegbarkeit (statt Umdeutung) zumindest wegen vorsorglicher Erklärung zum „nächstzulässigen“ Termin; ⇒ Detailfestigkeit innerhalb des BAG über Anwendbarkeit der §§ 4, 7 KSchG auf einen solchen Fehler (vgl. einerseits BAGE 116, 336 = Life & Law 2006, 456; NZA 2006, 1405; NZA 2011, 343; BAGE 117, 68 und andererseits BAG NZA 2010, 1409 = Life & Law 2011, 72) hier u.E. aus mehreren Gründen i.E. unerheblich.

Juni 2013:

Formale Aufgabenstellung: Eine Anwaltsklausur mit vier formalen Aufgaben: 1. Gutachten zu notwendigen Maßnahmen bzw. Hinweisen vor dem gerichtlichen Vorgehen, 2. Fertigung einer Klageschrift („ohne Sachverhaltsdarstellung“), 3. Mandantenbegleitschreiben und 4. Hilfsgutachten.

Materiell-rechtliche Probleme: Vor Klageerhebung: Vorgeschriebene anwaltliche Hinweise u.a. nach §§ 12a ArbGG, 49 BRAO (PKH war ausdrücklich nicht gewünscht), Sicherstellung der *Nachweisbarkeit* des „unverzüglichen“ Zugangs einer Zurückweisung i.S.d. § 174 S. 1 BGB (bisher: Anruferantworter des Gegners als unsicheres Beweismittel). – Fertigung einer Kündigungsschutzklage gegen eine ordentliche Kündigung bei Nichtanwendbarkeit des KSchG nach § 23 13 KSchG (§§ 4, 7 KSchG) gelten für Frist und punktuellen Klageantrag trotzdem!): Durchprüfen des „kleinen“ Kündigungsschutzes über § 612a BGB (vorherige Forderung von Überstundenvergütung war aber nicht – schon gar nicht nachweisbar – der Grund der Kündigung) und über § 242 BGB (hier: Verhältnisnäbigkeitsgrundsatz und Vorrang der Abmahnung gilt nicht!) – Zurückweisung nach § 174 S. 1 BGB: hohe Anforderungen an das Inkennensetzen i.S.d. § 174 S. 2 BGB, hier Notwendigkeit eines Handlens des Vollmachtgebers selbst, das es vor Zugang der Kündigung dem Empfänger ermöglicht, die Person des Kündigenden der kündigungsberechtigten Funktion zuzuordnen (BAG NZA 2012, 495 = Life & Law 2012, 398). – Behandlung einer zu kurz erklärten Kündigungsfrist, hier wegen § 622 II 1 Nr. 3 BGB (der BAG-interne Streit um die Anwendbarkeit des § 4 KSchG wirkt sich bei hier un schwer möglicher rechtzeitiger Klage letztlich nicht aus). – Zahlungsansprüche des Arbeitnehmers wegen (unstreitig) geleisteter Überstunden: Überstundenpauschalierungsabrede in der AGB-Kontrolle,



begrenzte Reichweite der Kontrollsperrung des § 307 III 1 BGB, Unangemessenheit gemäß § 307 II BGB und v.a. Verstoß gegen das Transparenzgebot gemäß § 307 12 BGB, Rechtsfolge des § 306 I BGB i.V.m. §§ 611, 612 I BGB entsprechend (vgl. BAG NZA 2011, 575; NZA 2011, 917; NZA 2011, 1335; NZA 2012, 145; NZA 2012, 861; NZA 2012, 908; NZA 2012, 1148). – Prüfung von Urlaubsansprüchen: Zulässigkeit einer Abrede über 23 Tage bei Fünf-Tage-Woche (vgl. § 3 I, II, 13 13 BUrlG), zunächst kein Verfall gemäß § 7 III 3 BUrlG in Fällen, in denen Urlaub wegen Krankheit nicht genommen werden konnte (EuGH NZA 2009, 135 [Schultz-Hoff]; BAG NZA 2009, 538), aber Verfall nach Wiedergesung; i.d.R. am Ende des Folgejahres (BAG NZA 2011, 1050; NZA 2012, 29), Prüfung (nachfolgender) betrieblicher Gründe i.S.d. § 7 III 2 BUrlG (aber jedenfalls § 7 III 3 BUrlG „im zweiten Anlauf“) sowie der Voraussetzungen des Verzugs des Arbeitgebers (für etwaigen Schadensersatzanspruch): kein Fall von § 286 II Nr. 1 BGB. Für Urlaub des laufenden Jahres: Keine Kürzung gemäß § 5 I BUrlG, sondern voller Jahresurlaub, wenn jetzt noch eine wirksame Kündigung des Arbeitgebers nachfolgen und vor Jahresende greifen sollte.

Prozessuale Fragen: Zuständigkeit nach § 48 Ia ArbGG i.V.m. § 35 ZPO mit Arbeitsplatzfestlegung bei einem Außendienstmitarbeiter (Home-Office) – Prüfung der Sinnhaftigkeit eines „Schleppnetzantrags“ (hier: große Gefahr, dass die zu erwartende zweite Kündigung materiell wirksam sein wird!) – Feststellungsinteresse gemäß § 256 I ZPO für Urlaubsansprüche: nach BAG grds. kein Vorrang der Leistungsklage, hier aber Problem, dass Urlaub des laufenden Jahres noch gar nicht in Streit geraten war (bloß abstrakte Gefahr).

November 2012:

Formale Aufgabenstellung: Fertigung eines „Rumpfurteils“ (ohne Rubrum, Tatbestand, Kosten, Streitwertfestsatzung usw.).

Materiell-rechtliche Probleme: Klage (des Arbeitgebers): Arbeitnehmerhaftung aus § 280 I BGB und innerbetrieblicher Schadensausgleich (MRT-Fall des BAG praktisch wortwörtlich nachgestellt: siehe BAG, Urteil vom 28. Oktober 2010, 8 AZR 418/09 mit Besprechung in Bayern Spezial 2011, Heft 5): teure Beschädigung eines Magnetresonanztomographen mit falschem „Retningskopier“: Haftungsbegrenzung für betrieblich veranlassetes Handeln auch in der Freizeit denkbar – Haftungserleichterungen auch bei grober Fahrlässigkeit denkbar (grobes Missverhältnis des Verdienstes zum verwirklichten Schadensrisiko), konkret Begrenzung auf ein Jahresgehalt (bei Schaden von mehr als dem zehnfachen) – Bedeutungslosigkeit einer Privathaftpflicht des Arbeitnehmers für Abwägung. – Widerklage/Streitgegenstand 1: Schadensersatzanspruch aus § 280 I, III i.V.m. § 283 S. 1 BGB wegen entzogener Privatnutzung des Dienstwagens (BAG, Urteil vom 14. Dezember 2010, 9 AZR 631/09 mit Besprechung in Bayern Spezial 2011, Heft 8): Privatnutzung als Teil der Gegenleistung des § 611 BGB, Grenzen der Fortgewähr bei Arbeitsunfähigkeit (Suspensionierung dieser Pflicht gemäß § 3 I EFZG [erst] nach Ablauf von sechs Wochen, dabei im Fall Prüfung einer sog. Fortsetzungserklärung i.S.d. § 3 12 EFZG), Nutzungsentschädigung als materieller Schaden in Höhe der steuerlichen Bewertung (Besonderheit des Arbeitsrechts: keine Anwendung der Nutzungsentschädigungstabelle wie im normalen Zivilrecht!); – Widerklage/Streitgegenstand 2: AGB-Kontrolle eines Widerrufsvorbehalts, der aus der Zeit vor 2002 stammt und keine Angabe von Gründen oder Beschränkungen des Widerrufsrechts enthält: Prüfung von § 308 Nr. 4 i.V.m. § 310 IV 2 BGB (Berücksichtigung der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten), Rechtsfolgen der Unwirksamkeit gemäß § 306 II BGB bei „Altkausal sein“ aus der Zeit vor 2002 (dazu vgl. Art. 229 § 5 EGBGB; Streitfrage innerhalb des BAG): Verbot der geltungserhaltenden Reduktion mit Folge der Totalunwirksamkeit und § 306 I BGB (so u.a. BAG [9. Senat] NZA 2007, 809 [812]) oder ausnahmsweise Möglichkeit einer ergänzenden Auslegung von Altkausal sein wegen Vertrauensschutzes (so der 5. Senat; vgl. etwa BAG NZA 2005, 465 [468] bzw. Urteil vom 20. April 2011 [etwa Az. 5 AZR 191/10 = NJW 2011, 2153]).



Juni 2012:

Formale Aufgabenstellung: Fertigung eines Klagerwiderrungsschriftsatzes für den Arbeitgeber gegen eine Kündigungsschutzklage (⇨ viel Schreibarbeit u.a. beim Tatsachenvortrag wg. Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers!) und gegen eine Zahlungsklage, dazu Mandantenbegleitschreiben und Hilfspgutachten.

Materiell-rechtliche Probleme: Teil 1: Verteidigung einer ordentlichen Kündigung wegen Minderleistungen des Arbeitnehmers: Prüfung von § 1 II KSchG wegen verhaltensbedingter Gründe (wenig erfolgversprechend) und personenbedingter Gründe, die im Laufe der Zeit durch geänderte betriebliche Anforderungen (freie Unternehmensentscheidung!) entstanden: Notwendigkeit schriftliche, auf Kundenvergaben zurückgehende Arbeitsanweisungen zu lesen. Trotz § 2 IV AGG Anwendbarkeit der Diskriminierungsverbote und Rechtfertigungsgründe des AGG auch auf Kündigungen, allerdings nicht über ein „AGG-Sonderkündigungsrecht“, sondern im Rahmen der bisherigen Regelungen, hier also § 1 KSchG (vgl. u.a. BAG NZA 2009, 361 und NZA 2011, 1226 = Bayern Spezial 2011, Heft 12) ⇨ Prüfung einer unmittelbaren oder mittelbaren Benachteiligung wegen der Ethnie (schon zweifelhaft, da Kläger auch Muttersprache spanisch nicht genügend lesen kann!), Darlegung der Rechtfertigungsgründe gemäß §§ 7 ff AGG bzw. im Rahmen des § 3 II AGG selbst, Reichweite der Beweislastverteilung gemäß § 22 AGG – Verhältnismäßigkeitsprüfung der personenbedingten Kündigung, v.a. Prüfung der Zumutbarkeit von Alternativen – Inhalt der Betriebsratsanhörung nach § 102 I BetrVG – Berechnung der Kündigungsfrist. – Teil 2: Prüfung der Entstehung von Zahlungsansprüchen des Arbeitnehmers aus einer Abrede über ein (in diesem Fall stark positives) Arbeitszeitkonto und Prüfung einer zweimonatigen arbeitsvertraglichen Ausschlussfrist auf Anwendbarkeit (kein verfallbarer „Anspruch“ auf Korrektur; vgl. BAG, Urteil vom 26. Januar 2011, Az. 5 AZR 819/09) und Wirksamkeit: u.a. AGB-Kontrolle gemäß § 307 I BGB, Nichtanwendbarkeit der Privilegierung von § 310 IV 3 i. V.m. § 307 III BGB bei Übernahme nur *einzelner* tariflicher Regeln, Totalnichtigkeit gemäß § 306 I BGB u.a. wegen Verbots der geltungserhaltenden Reduktion.

Prozessuale Fragen: Abgrenzung von „Schleppnetzantrag“ und „Appendix“.

November 2011:

Formale Aufgabenstellung: Fertigung von zwei (!) Klagerwiderrungsschriftsätzen in zwei verschiedenen Rechtsstreitigkeiten, davon eine Kündigungsschutzklage (⇨ viel Schreibarbeit u.a. beim Tatsachenvortrag wg. Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers!) und eine Zahlungsklage (die gegen zwei Streitgenossen gerichtet war).

Materiell-rechtliche Probleme: Teil 1: Verteidigung einer fristlosen, hilfsweise ordentlichen Kündigung wegen Betrugsvorwurf gegen Arbeitnehmerin: eine Konstellation, die etwas an die spektakuläre „Emmely“-Entscheidung (BAG NZA 2010, 1227 = LfE & Law 2011, 1 ff) erinnert, aber in einigen entscheidenden Punkten anders gestaltet war und eher dem Fall von BAG NZA 2011, 571 (missbräuchliche Verwendung von Gutscheinen für einen Personaleinkauf) entsprach: Zwei-Stufen-Prüfung mit Erörterung des Grundsatzes der Abmahnung und seiner Ausnahmen, schwere Pflichtverletzung auch bei privater Handlung (Einkauf) und finanziell relativ geringen Auswirkungen (hier 15 €, also ohnehin nicht mehr ganz unerheblich), dabei v.a. notwendige Einwirkung auf richterliche Überzeugungsbildung (§ 286 ZPO) vom Vorliegen einer *vorsätzlichen* Pflichtverletzung (§ 241 II BGB) der Klägerin durch Vortrag und Würdigung entsprechender Indizien (⇨ Ausschluss von bloßem Missverständnis), Durchführung einer Arbeitnehmeranhörung mit der Folge, dass die Kündigung auch auf den schwerwiegenden Verdacht von Vorsatz (statt auf erwiesenen Vorsatz; sog. Taktündigung) gestützt werden kann. – Fristbeginn im Rahmen des § 626 II BGB (nötige Kenntnis, Anlaufnehmung wg. Er-



mittlungen u.a.). – Überprüfung eines Schreibens zur Betriebsratsanhörung nach § 102 I BetrVG auf etwaige Unwirksamkeitsgründe (subjektive Determinierung).

Teil 2: Abwehr von Schadensersatz- bzw. Aufwendungsersatzansprüchen eines Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber und einen Kollegen infolge eines in den Ursachen ungeklärten Wohnwagenbrandes: kein Verschulden des Arbeitgebers, keine Erfüllungsgestaltungseigenschaft i.S.d. § 278 BGB des Kollegen (Verschulden ohnehin zweifelhaft) bei Vorgängen in der Privatsphäre (Übernachtung) – Aufwendungsersatz analog § 670 BGB nur bei Betätigung im betrieblichen Bereich: Wohnwagenbenutzung an der Baustelle ebenso wie Weg zur Arbeit (dazu vgl. BAG NJW 2007, 1486; NZA 2011, 406 = LfE & Law 2011, 384; BAG, Urteil vom 22. Juni 2011, Az. 8 AZR 102/10) als Privatangelegenheit soweit die konkrete Art und Weise der Austübung (hier Übernachtung im Wohnwagen unmittelbar an der Baustelle) nicht vom Arbeitgeber ausdrücklich oder konkludent *angewiesen* worden war (⇨ Einräumung der bloßen Möglichkeit unter Beibehaltung von alternativen Übernachtungsmöglichkeiten genügt daher nicht). – Ansprüche gegen den Kollegen: (keine) typische Betriebsgefahr („bei dem Betrieb“) i.S.d. § 71 StVG eines Wohnwagens bei Brand an einem Standplatz, Frage der Zurechnung der Ausbreitung eines in den Ursachen ungeklärten Brandes zweiter eng zusammenstehender Wohnwagen, Frage der Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht (§ 823 I BGB) durch knappen Abstand, Abgrenzung zwischen der Störungsbeseitigung i.S.d. § 1004 I BGB und dem hiervon nicht erfassen Schadensersatz. – Vorgerichtliche Anwaltskosten als denkbare, hier aber nicht begründeter Folgeschaden i.S.d. § 249 I BGB, zudem Überlagerung durch § 12a ArbGG.

Prozessuale Probleme: Rechtsweg (§ 2 ArbGG) für Schadensersatzansprüche eines Arbeitnehmers gegen einen Kollegen und den Arbeitgeber durch einen Vorgang im Privatbereich mit gewissem Bezug zur gemeinsamen Tätigkeit (Wohnwagen zwecks Übernachtung an der Baustelle, s.o.): Prüfung von § 2 I Nr. 3a, 3d und § 2 I Nr. 9 ArbGG.

Juni 2011:

Formale Aufgabenstellung: Fertigung eines „Rumpfurteils“ (ohne Rubrum, Tatbestand usw.).

Materiell-rechtliche Probleme: Teil 1 (Fall von BAG NZA 2009, 1337 ff): Anspruch des Arbeitgebers auf Zahlung einer Vertragsstrafe wegen Nichteinhaltung der vertraglich verlängerten Kündigungsfrist durch den Arbeitnehmer: Zulässigkeit der Verlängerung i.S.d. § 622 II BGB auch beim Arbeitnehmer („Waffengleichheit“), insbesondere auch kein Verstoß gegen §§ 305c BGB bzw. §§ 307 I 1, 310 IV 2 BGB und im konkreten Fall auch nicht gegen Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB. – Grds. Zulässigkeit von Vertragsstrafen: Auswirkung von § 310 IV 2 auf §§ 307, 309 [Nr. 6] BGB (BAG NZA 2004, 727; NZA 2005, 1111), Prüfung der Unbilligkeit im Einzelfall (§§ 307 I 1, 310 IV 2 BGB) wg. Unverhältnismäßigkeit in der Höhe (hier „doppelte Deckelung“). – Teil 2 (Fall von BAG NZA 2009, 1300): Anspruch des Arbeitgebers auf Zahlung von Schadensersatz (§ 280 I BGB) in Höhe vorauslagter Detektivkosten zur Ermittlung einer nach seiner Ansicht vorgetäuschten Arbeitsunfähigkeit wegen Erkrankung: Mehrfachvoraussetzung: Aufdeckung einer tatsächlichen Pflichtverletzung, Vorliegen eines konkreten Verdachts bereits im Zeitpunkt der Auftragserteilung und Erforderlichkeit („wenn eine vernünftige, wirtschaftlich denkende Person nach den Umständen des Falles solche Aufwendungen gemacht hätte“). ⇨ zum einen regelmäßiger Vorrang des Begutachtungsverfahrens nach § 275 I Nr. 3b i. V.m. § 275 Ia S. 3 SGB V, zum anderen hoher Beweiswert der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (nach BAG keine ernsthafte Erschütterung des Beweiswerts oder gar Widerlegung durch den Besuch einer Heilpraktikerschule. „solange nicht wenigstens der Grund für die attestierte Arbeitsunfähigkeit bekannt ist“).

Prozessuale Probleme: Keine erwähnenswerten.



November 2010:

Formale Aufgabenstellung: Fertigung eines „Rumpfurteils“ (ohne Rubrum, Tatbestand, Kosten).

Materiell-rechtliche Probleme: Angriff auf mehrere Kündigungen mit jeweils kumulativen Kündigungsgründen. – Voraussetzungen der fristlosen Verdachtskündigung, v.a. Abgrenzung zwischen dringendem Verdacht und vagem Verdacht, Prüfung von Verdachtsindizes, Anforderungen an die unverzichtbare vorherige Anhörung, Einbehrlichkeit der Abmahnung, Fristbeginn gemäß § 626 II BGB – Hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung mit Einstiegsproblem, ob KSchG nach § 23 I KSchG überhaupt gilt: Abgrenzung zwischen § 23 I S. 2 und S. 3 KSchG (hier: „Altarbeitnehmer“), Unberühbarkeit kurzfristiger Unterschreitungen der Mindestgröße („regelmäßige“), Fluktationsproblematik: Nichtanwendbarkeit des KSchG gemäß § 23 I 3 2. Hs. KSchG bei Wechsel von Arbeitnehmern, wenn „Altarbeitnehmer“ unter die Mehr-als-Fünf-Schweile fallen (vgl. BAG NZA 2007, 438 = Life & Law 2007, 457; NZA 2008, 944; NZA 2009, 484), Betriebsbegriff i.d.S. bei enger organisatorischer und räumlicher Zusammenarbeit (einheitliche Geschäftsführung und v.a. Personalverwaltung) zweier juristischer Personen (GmbHs) auf Arbeitgeberseite ⇒ Addition der Arbeitnehmerzahl bei Gemeinschaftsbetrieb – Gegenüber § 626 I BGB weitgehend identische Voraussetzungen einer ordentlichen Verdachtskündigung. – Nachgeschobene Kündigungsgründe: Voraussetzungen der ordentlichen Kündigung wegen (angeblicher) Minderleistungen (schwieriger) Abgrenzung zwischen verhaltensbedingter Kündigung (⇒ Darlegung der Steuerbarkeit des Verhaltens, überdies hier kein Ausnahmefall von Vorrang der Abmahnung) und personenbedingter Kündigung. – Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers grds. für alle relevanten Details der Kündigungsgründe. – Voraussetzungen einer (weiteren) ordentlichen betriebsbedingten Kündigung, hier wegen Stillelegung des Betriebs oder (Problem!) eines Betriebszells: Reichweite der Sozialauswahl (Betriebsbezogenheit des § 1 III KSchG ⇒ erneute Bedeutung des Problems des Gemeinschaftsbetriebs; vgl. DStK KSchG § 1, RN 322); Vor. der Vergleichbarkeit und der – im Fall nur geringfügiger – unterschiedlichen Schutzwürdigkeit („nicht ausreichend“ berücksichtigt?). – Voraussetzungen des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs (§§ 611, 242 BGB wg. Persönlichkeitsrecht). – Voraussetzungen des Verzettschlags gemäß §§ 611, 615 BGB: Angebotsbenutzbarkeit nach § 296 BGB, (angebliche) Unzumutbarkeit wg. des Verdachts als Fall des § 297 BGB? – Gestaffelter Zinsanspruch aus § 288 I BGB (wegen § 286 II Nr. 1 BGB) mit Zinshöhe aus Bruttobetrag.

Prozessuale Fragen: Anwendbarkeit der allgemeinen Feststellungsklage gemäß § 256 I ZPO neben mehreren „punktuellen“ Klagen i.S.d. § 4 KSchG („Schleppnetzantrag“?) mit späterer Änderung in dritten „punktuellen“ Antrag (§§ 264 Nr. 2 ZPO, 46 II 1 ArbGG; kein Fall von § 261 III Nr. 1 ZPO).

Juni 2010:

Formale Aufgabenstellung: Fertigung eines „Rumpfurteils“ (ohne Rubrum, Tatbestand usw.).

Materiell-rechtliche Probleme: Kündigungsschutzklage gegen eine zweifach begründete außerordentliche Kündigung: Prüfung der Wirksamkeit von Klageverzichtshandeln nach Zugang der Kündigung; Formunwirksamkeit nach § 126 II BGB wg. Anwendbarkeit des § 623 BGB (BAG NZA 2007, 1227), Unwirksamkeit nach § 307 I 1 BGB bei Fehlen einer „Kompensation“ (BAG NZA 2008, 219). – Verhaltensbedingte Kündigung wegen privater Internetnutzung am Arbeitsplatz, Abmahnungsferdennis und Ausnahmen davon (vgl. BAG NZA 2006, 98; NZA 2006, 677; NZA 2006, 680; NZA 2007, 922). – Voraussetzungen der Verdachtskündigung, v.a. Konkretisierung des nötigen schwerwiegenden Verdachts mit (bewiesenen oder unsittigen) objektiven Indizien und Notwendigkeit der vorherigen Anhörung des Arbeitnehmers (vgl. etwa BAG NZA 2007, 744; NZA 2008, 809). – Voraussetzungen des Sonderkündigungsschutzes gemäß §§ 85 ff SGB IX, hier Antragstellung auf Anerkennung erst nach Kündigung (§§ 90a II, 69 I 2 SGB IX; dazu BAG NZA 2008, 302), dabei ggf.



auch Auswirkungen der §§ 1, 2 I, IV, 7 AGG anrufen (die Kündigung erfolgte aber nicht wegen „Behinderung“). – Voraussetzungen des allg. Weiterbeschäftigungsanspruchs außerhalb des § 102 V BertVG (vgl. etwa BAG NZA 2006, 841). – Ansprüche aus betrieblicher Übung: Anspruchsentscheidung bei „Naturalleistungen“ (hier: Benzinkostensatz für Privatfahrten mit Dienst-Pkw) und Grenzen der Zulässigkeit einer „doppelten“ Schriftformklausel (BAG NZA 2008, 1233; dies wurde nun zum zweiten Male hintereinander geprüft!).

Prozessuale Fragen: Problematik der Präklusion gemäß §§ 4, 7 KSchG bei zwei wortlautgleichen Kündigungen im Abstand von einem Tag, von denen nur eine punktuell angegriffen wurde: nach BAG (vgl. NJW 2008, 1097 aus zwei Gründen grds. keine Präklusion: Auslegung; dahin, dass gar nicht wirklich zwei Kündigungsgründungen zugehen, sondern lediglich eine einzige „doppelt verlaubte“ Kündigungserklärung, außerdem Auslegung der Klage analog § 133 BGB dahin, dass sie beide Kündigungserklärungen erfassen solle).

November 2009:

Formale Aufgabenstellung: Fertigung eines „Rumpfurteils“ (ohne Rubrum, Tatbestand usw.).

Materiell-rechtliche Probleme: Streit um Übergang des Arbeitsverhältnisses des Klägers bei (insoweit unstrittigem und unproblematischem) Betriebsübergang i.S.d. § 613a I BGB; Widerspruch gegen Betriebsübergang mit fast einjähriger Verzögerung: Nichtanlauf der Frist des § 613a VI BGB wegen (hier extrem) unzureichender Hinweise gemäß § 613a V BGB, Frage der Verwirkung des Widerspruchrecht gemäß § 242 BGB; keine Mindest- oder Maximalfrist für Zeitemoment, bloße Weiterarbeit beim Betriebsverweber begründet noch kein Umstandsmoment (vgl. BAG NZA 2006, 1406 I 1409f.; NZA 2007, 682 [685 f.]; NZA 2007, 793 [797]; NZA 2009, 552 [554 f.]), dann Rückwirkung des Widerspruchs auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs (vgl. etwa BAG NZA 2006, 1268 [1273]; NZA 2008, 1354). – Ansprüche auf Nachzahlung einer Gehaltsdifferenz: Prüfung eines Anspruchs aus §§ 611, 615 S. 1 BGB mit Anrechnung gemäß § 615 S. 2 BGB. ⇒ grds. keine Entbehrlichkeit des Arbeitnehmerangebots gemäß § 296 BGB, aber Anwendung des § 162 BGB, wenn die unterblebene oder fehlerhafte Unterrichtung durch den Arbeitgeber kausal für die Unterlassung des Arbeitnehmerangebots war, Darlegungs- und Beweislast des Arbeitnehmers (vgl. etwa BAG NZA 2006, 1406). Überdies Prüfung eines Anspruchs aus § 280 I BGB, dabei wiederum Darlegungs- und Beweislast des Arbeitnehmers für Kausalität der fehlerhaften Unterrichtung (vgl. etwa BAG 2006, 1406; NZA 2008, 1297). – Wirkung eines Tarifvertrags trotz Austritts (des Betriebsveräußerers) aus Arbeitgeberverband bei Geltung über Bezugnahme im Individualarbeitsvertrag. – Absenkung des Gehalts durch Betriebsverweber wegen geringerer Vergütung in „seinem“ Tarifvertrag, hier bei einem Nicht-Gewerkschaftsmitglied (vgl. § 613a I S. 2 und S. 3 BGB). – Ansprüche aus betrieblicher Übung: Grenzen der Zulässigkeit einer „doppelten“ Schriftformklausel (BAG NZA 2008, 1233) und Bedeutungslosigkeit eines erst nach Anspruchsenscheidung erklärten Freiwilligkeitsvorbehalts: Abschaffung der „umgekehrten“ betriebliche Übung wegen § 308 Nr. 5 BGB (BAG NZA 2009, 601 = Life & Law 2009, 459).

Prozessuale Fragen: Anwendbarkeit der allgemeinen Feststellungsklage gemäß §§ 256 I ZPO statt punktueller Klage i.S.d. § 4 KSchG.

Juni 2009:

Formale Aufgabenstellung: Arbeitsrechtliche Anwaltsklausur aus Sicht des Arbeitgebers: Fertigung einer Erwiderung auf Kündigungsschutz- und Zahlungsklage.



Material-rechtliche Probleme: Prüfung der Anwendbarkeit des KSchG (§ 23 I 3 KSchG): Addition der Arbeitnehmer, wenn bei mehreren Filialen wg. einheitlicher Leitung grds. nur ein Betrieb vorliegt (vgl. BAG NZA 2008, 33), Wegfall dieses Kündigungsschutzes infolge Filialverkauf (= Teilbetriebsübergang i.S.d. § 613a I BGB), wenn Schwelle im neuen Betrieb nicht überschritten wird (BAG Life & Law 2007, 598 = NZA 2007, 739). ⇨ „Verteidigung“ nur gegen sog. „kleinen“ Kündigungsschutz (v.a. über § 242 BGB als Willkürschutz): Trotz § 2 IV AGG Anwendbarkeit der Diskriminierungsverbote und Rechtfertigungsgründe des AGG auch auf Kündigungen, allerdings nicht über ein „AGG-Sonderkündigungsrecht“, sondern im Rahmen der bisherigen Regelungen, also § 1 II KSchG oder – so im Fall – § 242 BGB (vgl. BAG NZA 2009, 361), Beweislastverteilung gemäß § 22 AGG; Beachtung einer „freien Unternehmenscheidung“ (bzgl. Spezialisierung, Kundenorientierung u.a.), keine Bedeutung des Voranrangs der Abmahnung im Rahmen des § 242 BGB (BAG NZA 2001, 951), überdies auch irrelevant, weil Kündigung nicht verhaltensbedingt war. – Beweislast des Arbeitnehmers für eine Kündigung wegen Betriebsübergangs (Kausalität i.S.d. § 613a IV BGB). – Berechnung der Kündigungsfrist: Anwendung von § 622 II Nr. 1 BGB trotz Addition mit Beschäftigung beim Betriebsverwahrer (BAG NZA 2004, 319; vgl. Pal. § 622, RN 14). – Zahlungsklage wegen angeblicher Diskriminierung des Arbeitnehmers durch die Kündigung (vgl. § 15 II AGG): wiederum Frage der Reichweite der Sperrwirkung von § 2 IV AGG (str.) sowie der Rechtfertigung des Arbeitgeberverhaltens. – Enge Auslegung einer Ausgleichsquittung bzgl. Verzichts auf Ansprüche.

Prozessuale Probleme: Anwendbarkeit von § 4 KSchG auch im Kleinbetrieb, Abgrenzung zwischen „Schleppnetzantrag“ und bloßem „Appendix“ zur punktuellen Kündigungsschutzklage („und über den ... hinaus fortestet“). – Auswirkung eines zwischen dem Kläger und dem Betriebsverwahrer nach Betriebsübergang geschlossenen Prozessvergleichs aus einem vor Betriebsübergang begonnenen Kündigungsschutzstreit: gesetzliche Prozessstandschaft des (damals) beklagten Alt-Arbeitgebers nach Betriebsübergang für Betriebsverwerber (BAG NZA 2007, 328 [330]), daher Bindung des Betriebsverwerbers an Einigung über Wirksamkeit der Kündigung gegen Abfindung (h.M.: Wertung des § 325 I ZPO), nach BAG zumindest aber nach Genehmigung durch Betriebsverwerber. Folge: Auswirkung der Beendigungsabrede auf spätere Kündigungserklärung des Betriebsverwerbers und die jetzige Kündigungsschutzklage (Wortlaut des § 4 KSchG setzt für Erfolg Bestand des AV zumindest bis Zugang der angegriffenen Kündigung voraus; vgl. BAG NZA 2008, 1145 mit Besprechung in Life & Law, Bayern Spezial 2008, Heft 12).

November 2008:

Formale Aufgabenstellung: Fertigung einer anwaltlichen Klageschrift (ohne „Sachverhaltsdarstellung“) für den Arbeitnehmer.

Material-rechtliche Probleme: Ansprüche gegen den Arbeitgeber zur Verhinderung von „Mobbing“ durch einen Vorgesetzten (arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht gemäß §§ 611, 242 BGB; ggf. §§ 823 I, II BGB durch Unterlassen von Maßnahmen): keine Ansprüche gegen den Arbeitgeber auf Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem mobbenden Vorgesetzten, aber Anspruch auf Einschreiten in angemessener Form, etwa Abmahnung (pflichtgemäßes Ermessen des Arbeitgebers in Anlehnung an den Gedanken des § 12 III AGG; vgl. BAG NZA 2008, 223 [225]) – Verwendung der Benachteiligungs-Definition des § 3 III AGG als „Mobbing-Definition“ bei Benachteiligungen aus anderen Gründen als denen des § 1 AGG – Schadensersatz bzw. Schmerzensgeld wegen des „Mobbing“ der Vergangenheit (§§ 280 I, 241 II, 249 I, 253 II i.V.m. § 278 BGB), Erfüllungsgeldhaftigkeit des Vorgesetzten und Nichtanwendung arbeitsrechtlicher Haftungsprivilegierungen auf diesen. – Ansprüche auf Krankheitsgelt: Abgrenzung von § 3 I EFZG (Sonderregel zu § 326 I BGB) und einem Anspruch aus §§ 611, 326 II i.V.m. § 278 BGB wg. Verursachung der Arbeitsunfähigkeit (Depression) durch den Vorgesetzten: Auswirkung u.a. bzgl. der Sechs-Wochen-Höchstgrenze des § 3 I EFZG (gilt nicht bei §§ 611, 326 II BGB), Unethlichkeit einer vergleichbaren früheren Erkrankung bei § 326 II BGB, vorliegend aber sogar bei Anwendbarkeit von § 3 I EFZG (Frist des § 3 I 2 EFZG; Abgrenzung



zwischen Fortsetzungs- und Wiederholungs(erkrankung). – Fristberechnung (abstellen auf Fälligkeit) und Wirksamkeitsprüfung einer arbeitsvertraglichen „Verfallklausel“ (Ausschlussfrist): Anwendbarkeit der §§ 305 ff BGB auf „Altvertrag“, Unwirksamkeit einer zweimonatigen einstufigen Ausschlussfrist mit Folge des § 306 I, II BGB (vgl. BAG NZA 2005, 1111; NZA 2006, 149), Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, Unethlichkeit des Streits um Ausnahmen von Vollnichtigkeit bei Altverträgen (teilerhaltende Auslegung wg. Vertrauensschutz?; vgl. BAG NZA 2005, 465; NZA 2007, 809; NZA 2008, 293; NZA 2008, 464) weil Anpassung des Arbeitsvertrags nach Schuldrechtsreform.

Juni 2008:

Formale Aufgabenstellung: Mehrteilige Anwaltsklausur aus Sicht des Arbeitgebers: Fertigung einer Erwiderung auf einen Antrag auf einstweilige Verfügung (Kein Widerspruch i.S.d. §§ 924, 936 ZPO) und Fertigung einer Klagerwiderrichtung gegenüber Klage eines anderen Arbeitnehmers.

Material-rechtliche Probleme: Prüfung eines Anspruchs auf Arbeitszeitreduzierung gemäß § 8 TZBfG; Abgrenzung zum Anspruch nach § 15 VI, VII BEEG; v.a. Anforderungen an die entgegenstehenden betrieblichen Gründe i.S.d. § 8 IV TZBfG; Drei-Stufen-Prüfung ohne Abwägung mit den Interessen der Arbeitnehmerin (Kinderbetreuung; vgl. BAG NZA 2004, 921 [922]; NZA 2007, 259 [262]), notwendiges entgegenstehendes „Organisationskonzept“ wg. gewünschter hoher Intensität von Kunden-Verkäufer-Beziehung (problematisch; vgl. BAG NZA 2004, 382 = Life & Law 2004, 460 ff) und Unzumutbarkeit der Arbeitszeitreduzierung wegen hoher laufender Schulungskosten (BAG NZA 2006, 316 [320]). Kündigungsschutzklage gegen eine ordentliche Kündigung bei Anwendbarkeit des KSchG: Kündigungsgrund schriftliche Verunglimpfung des Arbeitgebers gegenüber einem Dritten (Gericht), die der Arbeitgeber „auf Umwegen“ erfährt (BAG NZA 2005, 158 ff; NZA 2006, 917 ff), Grenzen der freien Meinungsäußerung; Frage der „Einschüchternheit“ einer früheren Abmahnung wg. Beledigung eines Kollegen. – Fristberechnung gemäß § 102 I BetrVG bei Schweigen des Betriebsrats. – Voraussetzungen eines Weiterbeschäftigungsanspruchs gemäß §§ 611, 242 BGB. – Streit über Umfang der „abzunehmenden“ Arbeitszeit: Zulässigkeit von flexibler Arbeitszeit in Form von Abrufarbeit in Arbeitsverträgen (⇨ Abgrenzung zu bloßen Überstunden): Auslegung der „Dauer“ in § 12 I 2 TZBfG als „Mindestdauer“ und Grenzen solcher Regelungen; grds. keine Verletzung von § 307 I BGB, wenn maximal 20 % der Arbeitszeit flexibel sind (BAG NZA 2006, 423).

Prozessuale Probleme: Voraussetzungen einer Befriedigungsverfugung (§ 940 ZPO) auf Arbeitszeitreduzierung; strittig, ob überhaupt möglich (die nötige Arbeitgeber-Willenserklärung gilt nach § 894 ZPO mit Rechtskraft der Entscheidung als abgegeben), wg. Vorwegnahme der Hauptsache jedenfalls nur unter extrem hohen Anforderungen an den Verfügungsgrund (Dringlichkeit) zulässig, die natürlich wiederum nichts nützen, wenn der – kumulativ erforderliche – Verfügungsanspruch nicht vorliegt (zum Ganzen vgl. ErtK/Preis TZBfG § 8, RN 52 m.w.N.). – Abgrenzung zwischen „Schleppnetzantrag“ und bloßem „Appendix“ zur punktuellen Kündigungsschutzklage („sondern darüber hinaus fortbesteht“) – Feststellungsinteresse bei Streit um den Umfang der Arbeitszeit.

November 2007:

Formale Aufgabenstellung: Anwaltsklausur zum Vorgehen des Arbeitnehmers gegen zwei Arbeitgeber (bei denen er hintereinander beschäftigt war): Fertigung eines Einspruchs gegen VU i.S.d. § 330 ZPO (= verknappte Replik) gegen den einen sowie einer Klageschrift (Betriebsstillschließungsklage) gegen den anderen Arbeitgeber (jeweils mit Begleitschreiben und ggf. Hilfsgratachten).



Material-rechtliche Probleme: Gegen den früheren Arbeitgeber: Prälusion der Wirksamkeitkontrolle gemäß §§ 4, 7 KSchG wg. verspäteter Erhebung der Kündigungsschutzklage durch den Mandanten (auch kein Fall von § 5 KSchG → insoweit notwendige „Kapitulation“ bzgl. Antrag nach § 4 KSchG). Aber: Nichtgeltung dieser Präklusion, soweit *alleine* die hierzu kurze Kündigungsfrist motiviert wird (BAG NZA 2006, 791 = Life & Law 2006, 456) → eigentliches Mandantziel der Erlangung einer Gehaltsnachzahlung (!) gemäß §§ 611, 615 S. 1 BGB erreichbar mit Klageänderung auf Zahlungsklage (evtl. neben allg. FK gemäß §§ 256 ZPO). Prüfung von §§ 611, 615 BGB unter Berücksichtigung anderweitigen Erwerbs (Vorrang von § 11 Nr. 1 KSchG gegenüber § 615 S. 2 BGB); dabei keine Verrechnung pro rata temporis, sondern der Gesamtbetrag (vgl. etwa BAG NZA 2006, 736 [738]; im Fall bedeutsam, weil der anderweitige Erwerb ein *höheres* Monatsgehalt ergab). Schadensersatz gemäß §§ 280 I, III, 283, 287 S. 2, 249 I BGB wegen Verfalls des Urlaubsabgeltungsanspruchs (hier: Verzug des Arbeitgebers wg. Mahnung und endgültiger Erfüllungsverweigerung, § 286 I, II, IV BGB: → Zeuge vorhanden); keine Kürzung gemäß § 5 I BUrlG bei Ausscheiden in zweiter Jahreshälfte, und zwar mangels anderweitiger Abrede auch nicht bzgl. des arbeitsvertraglichen Mehrurlaubs; Abgrenzung zwischen Freistellung i.S.d. BUrlG und § 615 BGB (hier letzteres, da Arbeitsende nach Ablauf der *erklärten* Kündigungsfrist). – Gegen den jetzigen Arbeitgeber: Befristungskontrollklage gemäß § 17 TzBfG, Anwendbarkeit des TzBfG auch im Kleinbetrieb, „erleichterte Befristung“ gemäß § 14 II TzBfG (kein Sachgrund i.S.d. § 14 I TzBfG erkennbar: Darlegungs- und Beweislast Arbeitgeber), unwirksame „Verlängerung“ i.S.d. § 14 II TzBfG wegen verspäteter Niederlegung und v.a. vorheriger mündlicher Zusage (→ Zeuge vorhanden) der Verlängerung (vgl. §§ 14 IV, 16 TzBfG!), keine „Heilung“ der Unwirksamkeit durch spätere schriftliche Fixierung (u.a. kein Fall von § 141 BGB; vgl. BAG NZA 2005, 575). – Voraussetzungen eines Weiterbeschäftigungsanspruchs gemäß §§ 611, 242 BGB. – Voraussetzungen eines Zeugniserstellungsanspruchs.

Prozessuale Fragen: Zulässigkeit und Rechtsfolgen eines Einspruchs gegen ein VU (vgl. §§ 59 ArbGG bzw. §§ 330 ZPO i.V.m. § 46 II ArbGG): eilt wg. *Einwochenfrist!* – Klageänderung, Erweiterung und Teilrücknahme, dabei Auslegung des bisherigen Antrags (verspätete punktuelle Klage mit Schleppnetz oder nur mit Appendix?). – Gewiss sollten die Bearbeiter auch die nötigen Anwaltsinweise erwähen (v.a. § 12a ArbGG und § 49b V BRAO).

Juni 2007:

Formale Aufgabenstellung: Arbeitsgerichtliches Urteil; dabei Rubrum, Tatbestand und Rechtsmittelbelehrung erfassen.

Material-rechtliche Probleme: Klage mit einem Zahlungsantrag und *mehreren* Bestandsschutzstreitigkeiten: I. Klage gegen eine Anfechtung des Arbeitsvertrags (allg. Feststellungsklage) wegen ver-schwiegener Schwangerschaft: „Recht zur Lüge“ wg. Fremdiskriminierung (vgl. jetzt §§ 1, 2 I Nr. 1, 81 I AGG) jedenfalls bei unbefristetem Arbeitsvertrag auch bei Beschäftigungsschutzklage nach § 4 II (hier Nr. 7) MusSchG (vgl. BAG NZA 2003, 848). – 2. Punktuelle Kündigungsschutzklage gegen eine fristlose (ausnahmsweise einmal nicht hilfsweise ordentliche) Kündigung mit einer Mehrfachbeurteilung zu § 626 I BGB: Unfallverursachung (verhaltensbedingt, Vorrang der Abmahnung) und daraus ange-blich sich ergebende Unmöglichkeit (wäre personenbedingt) einer Busfahrerin für den Beruf und Ver-schwiegen einer Schwangerschaft: Unwirksamkeit jedenfalls nach § 9 I MusSchG wg. Kenntnis von Schwangerschaft (→ Prüfung der Treuwidrigkeit der Kündigung wg. sachwidriger Motive [vgl. §§ 242 BGB, 2 IV AGG] ebenso unethisch wie Umdeutung gemäß § 140 BGB). – 3. Anfechtung eines Aufhebungsvertrags durch die Arbeitnehmerin nach § 123 I BGB (wiedern allg. Feststellungs-klage) wegen Drohungen durch den Arbeitgeber (Rufschädigungen und Karriereminierung, besritten, aber nachgewiesen durch Zeugenbeweis); dabei aber Irrelevanz der Kündigung für Anfechtung (nach BAG begrifflich keine Drohung, da abgeschlossener Vorgang des Vortages). – keine Anwendbarkeit von § 307 I BGB und § 312 I BGB auf arbeitsrechtliche im Betrieb geschlossene Aufhebungsverträge (vgl. BAG NZA 2004, 597 ff) trotz Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers. 4. Zahlungsklage we-



gen Arbeitsentgelt: Abgrenzung von § 11 I MusSchG zu § 611 BGB bzw. §§ 611, 615 S. 1 BGB (vgl. §§ 297 BGB, 4 II Nr. 7 MusSchG). Dabei Prüfung einer „Ausgleichsquittung“ im Aufhebungsvertrag (von Nichtgeltigkeit gemäß § 142 I BGB mitelbar erfasst, vgl. etwa § 139 BGB, Unabdingbarkeit eines künftigen Anspruchs nach § 11 I MusSchG) und Aufrechnung des Arbeitgebers mit Schadensersatzan-spruch wg. Beschädigung eines Busses bei Dienstfahrt. → Prüfung von § 394 BGB i.V.m. § 850 ff ZPO und Prüfung der richterrechtlichen Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs, dabei Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers auch für *den Grad* der Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers bei substantzierter Einlassung des Arbeitnehmers zum Unfallhergang. 5. Grenzen der Nachhaftung eines ausgeschiedenen Gesellschafters (vgl. §§ 128, 160, 15 I HGB): keine Haftung, wenn Arbeitsver-trag erst nach Eintragung des Ausscheidens im HREG *abgeschlossen* wurde.

Prozessuale Probleme: Abgrenzung der allgemeinen Feststellungsklage gemäß § 256 I ZPO zur Klage gemäß §§ 4, 7, 13 I KSchG mit unzutreffendem (aber auslegbarem!) Klageantrag, der u.a. nach „Schleppnetzantrag“ aussah. Einfache Streitgenossenschaft auf Beklagenseite bzgl. des Zahlungsan-trags, Kosten bei unterschiedlicher Beteiligung und unterschiedlichem Ergebnis der Streitgenossen (§§ 92 I, 100 II ZPO) unter Berücksichtigung von § 12a ArbGG (→ Besonderheit gegenüber Baum-bachischer Formel), Arbeitgebergenossenschaft (§ 2 ArbGG) eines Komplementärs (vgl. BAG NJW 2006, 1372).

November 2006:

Formale Aufgabenstellung: Fertigung eines anwaltlichen Klageerwiderrungsschriftsatzes für den Arbeitgeber gegenüber einer Kündigungsschutzklage mit Hilfspgutachten.

Material-rechtliche Probleme: ordentliche Kündigung und hilfsweise außerordentliche (!) Kündi-gung wegen dauerhafter Einschränkung der Leistungsfähigkeit und erheblicher Fehlzeiten (→ Not-wendigkeit des „Arbeitens mit doppeltem Boden“ durch RA, also Stellungnahme zu *beiden* Kündi-gungsarten). Drei-Stufen-Prüfung der ordentlichen personenbedingten Kündigung – Prüfung eines eingeschränkten arbeitsvertraglichen Ausschlusses der ordentlichen Kündbarkeit, v.a. der vereinbarten Ausnahmen von diesem Sonderkündigungsschutz. – Nichtablauf der Präklusionsfrist gemäß § 626 II BGB bei anhaltendem Dauerarbeitsbestand (Erkrankung) – Voraussetzungen (des seltenen Sonderfalls) einer krankheitsbedingten außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslauffrist (vgl. BAG NZA 2000, 141) – Entfallen der grds. vorrangigen Möglichkeit der Versetzung auf leidensgerechten Ar-bbeitsplatz (fehlende Ausbildung dafür) – keine Verletzung von § 623 BGB bei sehr grober Angabe des Kündigungsgrundes, keine Bedeutung von § 626 II 3 BGB für Wirksamkeit der Kündigung. – Son-derkündigungsschutz nach Schwerbehinderterrecht (§§ 85 und § 91 SGB IX) → Verneinung der Schwerbehinderteneigenschaft bei Behinderungsgrad 40 % (§ 2 II SGB IX) und Verneinung der Gleichstellung mit einem Schwerbehinderten (§§ 2 III, 68 II SGB IX) mangels entsprechenden Fest-stellungsbescheids der BfA. – Reichweite des § 102 I BetrVG (keine Notwendigkeit einer Zustim-mung, sondern nur der Anhörung des Betriebsrats). / Frage der Wirksamkeit und Anwendbarkeit einer arbeitsvertraglichen Rückzahlungsklausel bzgl. einer Gratifikation mit Mischcharakter im Falle der personenbedingten Kündigung: Subsumtion einer personenbedingten Kündigung unter „Arbeitsver-hältnis ... ender“ – Abgrenzung zur bloßen „Verfallklausel“ (entscheidend hier: Fälligkeitstermin und Auszahlung *vor* Kündigung). Anwendbarkeit der AGB-Kontrolle (§ 310 III BGB; Arbeitnehmer als Verbraucher). Prüfung von § 307 I, II BGB (anwendbar im Fall seit 2003 gemäß Art. 229 § 5 S. 2 EGBGB) unter zwei Aspekten: zum einen zulässige *Dauer* der Bindung (hier Zulässigkeit der Rück-zahlungspflicht bei Kündigung von den Ablauf des 31. März [= Bindung über den 31. März *hinweis!*], wenn Gratifikation *voller* Monatsgehalt erreicht); zum anderen Problem der Nichtbeschränkung der Rückzahlungsklausel auf Arbeitnehmeretzelkündigung und *verhaltensbedingte* Kündigung.

Prozessuale Fragen: Hinweis auf die Kostenfolgen des § 12a ArbGG; Reaktion auf Klage am örtlich unzuständigen Gericht (sowohl §§ 12, 17 ZPO als auch §§ 29 ZPO, 269 I BGB entfellen).



Mai 2006:

Formelle Aufgabenstellung: Arbeitsgerichtliches Urteil: Rubrum, Tatbestand, Kostenentscheidung, Streitwertsetzung und Rechtsmittelbelehrung erlassen.

Materiell-rechtliche Probleme: Punktuelle Kündigungsschutzklage gegen fristlose, hilfsweise ordentliche verhaltensbedingte Kündigung; Kündigung wegen Diebstahls von (angeblich: ca. 300 €) geringwertigen Sachen. Frage nach ausnahmsweiser Entbehrlichkeit der Abmahnung auf „erster Prüfungsstufe“, Bedeutung von vorhandenen, aber teilweise etwas lang zurückliegenden, teilweise nicht ganz „einschlägigen“ Abmahnungen auf der „zweiten Prüfungsstufe“ (Interessenabwägung), dabei Frage nach Tatsachen- bzw. Rechtsirrtum einerseits bzw. zusätzlich erschwerten Hinweis- bzw. Organisationspflichtverletzungen des Arbeitnehmers andererseits; *mittelbare* Überprüfung der Abmahnung bei Wirksamkeitsprüfung der Kündigung; Fristbeginn gemäß § 626 II BGB mit Kenntnis des zuständigen Organs auch bei Gemeinde als Arbeitgeber. / Antrag auf Weiterbeschäftigung nach Kündigung und außerhalb des Anwendungsbereichs von § 102 V BetrVG: Anspruch gemäß §§ 611, 242 BGB, gestützt v.a. auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Interessenabwägung grds. (nur) zugunsten des AN mit Erfolg der Kündigungsschutzklage in erster Instanz. / Zahlungsklage wegen Entgeltkürzung (Aufrechnung in den Grenzen von § 394 BGB) und Widerklage des Arbeitgebers jeweils wegen Beschädigung eines Dienstfahrzeuges: Unwirksamkeit aber Erstattungsabrede wegen Unabdingbarkeit der richterrechtlichen Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs, dies auch bei „Gegenleistung“ in Form einer erlaubten privaten Minutzug (BAG NZA 2004, 649 ff); dienstliche Veranlassung der schadensbegründenden Handlung, Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers auch für den Grad der Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers bei substantzierter Behauptung leichtester Fahrlässigkeit („Eisplatte unter Schneedecke“) des Arbeitnehmers.

Prozessuale Probleme: Arbeitsrechtliche Prüfungsstandards, Widerklage, Tenor bei Teilerfolg einer Kündigungsschutzklage (nur bzgl. der Frist) also nicht der Rede wert!

November 2005

Formale Aufgabenstellung: Anwaltschriftsatz zugunsten des Klägers in einem bereits länger laufenden, vom Mandanten selbst anhängig gemachten Kündigungsschutzverfahren mit einigen zusätzlichen Aufgaben (gutachtlich bzw. Mandantenbegleitschreiben).

Materiell-rechtliche Probleme: ordentliche Kündigung wegen Weigerung der Leistung weiterer Überstunden ⇒ keine Pflicht zur Leistung von Überstunden ohne entsprechende Vereinbarung (Beweislast Arbeitgeber, da Ausnahmefall). Keine Pflicht zur Angabe der Kündigungsgründe zur Wahrung der Form des § 623 BGB. Nachschreiben von Kündigungsgründen, hier Kündigung wegen Strafanzeige gegen Geschäftsführer des Arbeitgebers („whistle-blower-Problematik“; vgl. BAG NZA 2004, 427). – Prüfung einer Erweiterung auf Verzugslohnansprüche (§§ 611, 615 BGB) für den Fall des Erfolges der Kündigungsschutzklage; dabei u.a. Prüfung von § 297 BGB wegen gleichzeitiger Abturmacholung. – Kein Anspruch auf Arbeitszeitreduzierung gemäß § 8 TzBfG bei Nichtüberschreitung der 15er-Schwelle des § 8 VII TzBfG; „pacta sunt servanda“ auch bei nachvollziehbaren Gründen – Prüfung der Aufhebung des Arbeitsverhältnisses gemäß §§ 9, 10 KSchG (wenig realistisch) bzw. § 12 KSchG (neue Stelle gefunden). – Wettbewerbsverbot während schwebendem Kündigungs-schutzverfahren. – Anspruch auf Zeugnis gemäß § 109 GewO auch im Falle der Unsicherheit (Rechtsstreit), dass das Arbeitsverhältnis wirklich aufgelöst ist.

Prozessuale Fragen: Notwendigkeit des Hinweises auf die Kostenfolgen des § 12a ArbGG; Prüfung eines Antrags auf Gewährung von Prozesskostenhilfe bei (vortüberehender) Geldnot.