



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

Die obligatorische Arbeitsrechtsklausur im bayerischen Assessorexamen (früher fünfter, nun aber vierter Examenstag) zeichnet sich regelmäßig durch Besonderheiten aus, die ein zweiseitiges Schwert darstellen:

- Einerseits setzt diese Klausur oft ein umfangreiches Sonderwissen über aktuelle BAG-Entscheidungen voraus, ohne deren Kenntnis selbst talentierte Jurist\*innen i.d.R. wenig bewegen können.
- 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 allein sei auch im Arbeitsrecht eine gute Note möglich oder gar sicher, stellt aus unserer Sicht eine unverantwortliche Irreführung dar! Diese Aussage und der große Umfang mancher Original-Examensklausuren demonstriert gleichzeitig, wie sehr manchen Fachspezialist\*innen das Gespür dafür abhanden kam, was Referendar\*innen, die sich eben nicht nur mit diesem einen Spezialgebiet befassen können, in Examensvorbereitung und Prüfung zugemutet werden kann.

Die nachfolgende Übersicht soll Ihnen dazu dienen, *sich selbst* ein Bild zu machen von den Anforderungen, die den Examenskandidat\*innen 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 2025:

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

**Materiell-rechtliche Probleme:** Streitgegenstand 1: Kündigungsschutzklage (nur) gegen eine fristlose Kündigung wegen behaupteter Arbeitsverweigerung (ohne hilfsweise ordentliche Beendigungskündigung, denn eine bereits *früher* erklärte ordentliche Änderungskündigung wurde trotz Nichtannahme des Neuangebots nicht angegriffen ⇒ insoweit § 7 KSchG): Ablehnung einer Unwirksamkeit bereits nach § 174 S. 1 BGB wegen Vorliegens eines Falles von § 174 S. 2 BGB – keine Verfristung gemäß § 626 II BGB wegen Vorliegens eines Dauertatbestands, aber Fehlen eines wichtigen Grundes i.S.d. § 626 I BGB: Prüfung, ob der Kläger die zugewiesene, nicht arbeitsvertragskonforme Tätigkeit verweigern durfte ⇒ Begrenzung des Direktionsrechts gemäß § 106 GewO durch Tätigkeitsbeschreibung im Arbeitsvertrag und Frage der ausnahmsweisen Ausweitung über § 241 II BGB (hier wegen Verschuldens des Klägers am Wegfall der bisherigen Beschäftigungsmöglichkeit in Abwägung zum Betriebsrisiko).

Streitgegenstand 2: Entgeltfortzahlungsklage gemäß § 3 I EFZG mit Prüfung des dort geltenden *spezi-fischen* Verschuldensbegriffs: hier Verursachung der Arbeitsunfähigkeit durch waghalsiges und durch eine Wette motiviertes Manöver mit einem Bagger nach Arbeitsende.

Streitgegenstand 3: Zahlung von Urlaubsabgeltung gemäß § 7 IV BUrlG. ⇒ Prüfung des Umfangs der Erfüllung (§ 362 I BGB) des Freistellungsanspruchs vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses:



Möglichkeit der wirksamen Urlaubserteilung durch den Arbeitgeber trotz § 7 I BUrlG auch ohne vorherigen Antrag des Arbeitnehmers, wenn letzterer dem nicht widerspricht (so hier) ⇒ Behandlung der Terminwünsche des Arbeitnehmers durch das BAG eher als Annahmeverweigerungsrecht (vgl. ErFK BUrlG § 7, RN 11 f.) – keine Quotelung nach § 5 I BUrlG bei Ausscheiden in zweiter Jahreshälfte (hier 31. Juli): dies auch bezüglich des vertraglichen Mehrurlaubs, wenn keine anderweitige Regelung mit gleichzeitiger Beachtung des gesetzlichen Mindesturlaubs existiert (BAG NZA 2015, 827; NZA 2019, 1577) – vorrangige Erfüllung des gesetzlichen Mindesturlaubs gemäß §§ 362, 366 BGB bei fehlender Tilgungsbestimmung (BAG NZA 2023, 826; NZA 2022, 911; NZA 2022, 629) – Zulässigkeit von Vertragsklauseln zum einschränkungslosen Urlaubsverfall sowie zur Nichtabgeltung bei Beendigung des Arbeitsvertrags: kein Verstoß gegen § 13 I i.V.m. § 7 III, IV BUrlG wegen klarer Differenzierung von Mindesturlaub und Mehrurlaub, dabei auch kein Verstoß gegen § 307 I, II BGB.

Streitgegenstand 4: Annahmeverzugsentgelt gemäß §§ 611a II, 615 S. 1 BGB: Voraussetzungen des Annahmeverzugs nach § 295 BGB bzw. § 296 BGB bei unwirksamer Kündigung (BAG NZA 2024, 408; BAGE 161, 198 = NZA 2018, 646) – Anrechnung von hypothetischem Verdienst gemäß § 615 S. 2 BGB: Abgrenzung zu § 11 Nr. 2 KSchG und v.a. Begriff der „Böswilligkeit“ des Unterlassens, die auch bei Tätigkeiten beim „Altarbeitgeber“ in Betracht kommt ⇒ Prüfung der Zumutbarkeit der zugewiesenen Tätigkeit, die auch eine *rein tatsächliche* Beschäftigung mit nicht vom Arbeitsvertrag bzw. Direktionsrecht erfassten Tätigkeiten umfassen kann: hier Zumutbarkeit eher zu bejahen, da keine nennenswert „schlechtere“ Arbeit angeboten wurde und Mitverantwortung des Klägers am Wegfall seiner bisherigen Tätigkeit berücksichtigt werden kann.

Streitgegenstand 1 der Widerklage: Schadensersatzforderung wegen Beschädigung des Baggers: Streit um die Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs ⇒ Ablehnung bereits der „betrieblichen Veranlassung“, da die Beschädigung auf der Baustelle Folge einer Wette war und nach Beendigung der Arbeit erfolgte (vgl. BAG NZA 2003, 37 [„Gabelstapler-Spaßfahrt“]) – hilfsweise: wohl Vorliegen grober Fahrlässigkeit, bei der eine Quotelung nur ausnahmsweise in Betracht kommt (hier etwaige Haftungsobergrenze nicht überschritten, da nur Selbstbeteiligung der Kasko eingeklagt).

Streitgegenstand 2 der Widerklage: (unbegründeter) Anspruch auf Erstattung von Fortbildungskosten, da hier (wegen u.a. Unwirksamkeit der fristlosen verhaltensbedingten Kündigung) schon im Wortlaut nicht erfasst – (hilfsweise) Wirksamkeitskontrolle der Erstattungsklausel: (hier beachtete) Unzulässigkeit von Rückzahlungsvereinbarungen über Fortbildungskosten für Fälle der *betriebsbedingten* Kündigung (BAG NZA 2024, 693; NZA 2022, 786; BAGE 164, 316 u.a.), zudem Unwirksamkeit nach § 307 I BGB wegen Unverhältnismäßigkeit der Dauer der auferlegten Bindung (neun Monate) im Verhältnis zur Fortbildungsdauer (fünf Tage).

**Prozessuale Fragen:** Standardschema der Prüfung von Zuständigkeit und Zulässigkeit – Parteifähigkeit und Vertretung bei der GmbH – Klageerweiterung analog §§ 263 ZPO, 46 II S. 1 ArbGG.

### Juni 2025:

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

**Materiell-rechtliche Probleme:** Streitgegenstand 1: Kündigungsschutzklage gegen eine ordentliche Kündigung bei Anwendbarkeit von § 1 II KSchG wegen behaupteter Minderleistungen des Klägers – zulässige Vereinbarung einer ordentlichen Kündigungsmöglichkeit trotz Befristung (vgl. § 15 IV bzw. § 16 S. 1 Hs. 2 TzBfG) – Kündigung wegen Minderleistungen als verhaltensbedingte und zusätzlich als personenbedingte Kündigung ⇒ Darstellung der jeweiligen (sehr hohen) Anforderungen (vgl. etwa BAG NZA 2004, 784; NZA 2004, 1380; NZA 2008, 693): verhaltensbedingt: u.a. Vorliegen einer Pflichtverletzung (Leistungspflicht ist dynamisch und orientiert sich an der *Leistungsfähigkeit* des Arbeitnehmers), dabei Darlegungs- und Beweislast gemäß § 1 II S. 4 KSchG, aber relativiert durch



„gestufte“ Darlegungslast (⇒ substantiierter Vortrag des Arbeitnehmers nötig und erfolgt) – personenbedingte Kündigung mit mehrstufiger Prüfung: *unzumutbare* objektive Unterschreitung der Gleichwertigkeitserwartung, negative Zukunftsprognose, Ultima-ratio-Prinzip (Fehlen von Alternativen wie z.B. Vergütungsreduzierung) und Interessenabwägung.

Streitgegenstand 2: Befristungskontrollklage gemäß § 17 S. 1 TzBfG: zulässige Klageerhebung vor Ende der Vertragslaufzeit (trotz „innerhalb“) – Problem des Verbots einer sachgrundlosen Zweitbefristung gemäß § 14 II S. 2 TzBfG: keine Fiktion des Nichtvorliegens einer Vorbeschäftigung durch Unterzeichnung eines entsprechenden Vordrucks (vgl. §§ 309 Nr. 12b, 310 IV S. 2 BGB), i.d.R. kein Rechtsmissbrauch des klagenden Arbeitnehmers (u.a. wegen Überprüfbarkeit des Arbeitgebers und hier fehlender Frage danach) – grundrechtlich gebotene Begrenzung des sachgrundlosen Zweitbefristungsverbots von § 14 II S. 2 TzBfG, u.a. wenn Vorbeschäftigung „sehr lange“ zurückliegt, eine ganz anders geartete Tätigkeit betrifft oder „sehr kurz“ war: aber jeweils hohe (hier nicht erfüllte) Anforderungen des BAG an diese einschränkende Auslegung (BAG NZA 2019, 700 = Life & Law 2019, 531; NZA 2019, 1271; NZA 2019, 1274; NZA 2019, 1563; NZA 2020, 40; NZA 2021, 338 = Life & Law 2021, 454; NZA 2022, 774; NZA 2024, 1638) – fehlender Vortrag zu einem Sachgrund i.S.d. § 14 I TzBfG.

Streitgegenstand 3: Zahlung von Arbeitsvergütung für unstreitig geleistete Überstunden ⇒ Wirksamkeitsprüfung einer Überstundenabgeltungsabrede (BAG NZA 2011, 575; NZA 2011, 917; NZA 2011, 1335; NZA 2012, 145; NZA 2012, 861; NZA 2012, 1148; NZA 2016, 487), hier mit Angabe einer monatlichen Obergrenze (20 Stunden gegenüber der festgelegten Regelarbeitszeit von 175 Stunden): Streitfrage nach der Anwendbarkeit der Inhaltskontrolle gemäß § 307 I, II, 308, 309, 310 IV S. 2 BGB wegen § 307 III S. 1 BGB (vgl. ErfK/Preis BGB §§ 305 - 309, RN 71) und Frage der Unangemessenheit (streitig: vorgeschlagene Obergrenzen zwischen 10 % und 25 %, vgl. ErfK/Preis BGB §§ 305 - 309, RN 72), zudem Prüfung des (in jedem Fall anwendbaren) Transparenzgebots gemäß § 307 I S. 2 BGB. ⇒ ggf. Folgeproblem der entsprechenden Anwendung von § 612 II BGB: Fehlen einer objektiven Vergütungserwartung i.d.S. nur bei Diensten „höherer Art“: Orientierung an der Beitragsbemessungsgrenze der Rentenversicherung (BAG NZA 2012, 861) ⇒ Nichtangabe im SV als Indiz für gewünschte Klauselwirksamkeit.

Streitgegenstand 4: Zahlung von Arbeitsvergütung für Zeiten einer (unstreitigen) Arbeitsunfähigkeit wegen einer Erkrankung i.S.d. § 3 I EFZG innerhalb einer im Wege eines Teilvergleichs vereinbarten sog. „Prozessbeschäftigung“ ⇒ Abgrenzung zwischen der Tätigkeit auf vertraglicher Basis (⇒ Anwendbarkeit des Arbeitsrechts, u.a. des EFZG) und einer bloßen *erzwungenen* Weiterbeschäftigung (⇒ dann bei – hier ohnehin nicht gegebener – Beendigung des AV Abwicklung nur über die §§ 812 ff BGB mit der Folge von „nichts erlangt“ bei Arbeitsunfähigkeit): Frage der Auslegung bzgl. der Abgabe von Willenserklärungen (vgl. BAGE 170, 311 = NZA 2020, 1169 bzw. BAG NZA 2021, 1092), hier mit klarem Ergebnis eines (dann auflösend bedingten oder zweckbefristeten) Vertragsschlusses. – Zudem Prüfung einer *Unwirksamkeit* dieser Einigung wegen einer unzulässigen (weiteren) Abrede im „Teilvergleich“, nämlich: Urlaubsgewährung für bereits *vergangene* Tage ohne Arbeitsleistung, also letztlich eine Art „nachträgliche Umwidmung“ einer Phase des Annahmeverzugs (⇒ Anspruch gemäß §§ 611a II, 615 S. 1 BGB) in eine Urlaubsphase ⇒ letztlich ein nachträglicher Verzicht auf den Freistellungsanspruch gemäß §§ 1, 7 I BUrtG, was nach § 13 I S. 3 BUrtG für den Mindesturlaub auch in einem individuell ausgehandelten Vergleich nicht wirksam möglich ist. ⇒ Problem des § 139 BGB, hier wohl keine Auswirkung auf übrige Abreden des Teilvergleichs.

Streitgegenstand 5: Klage auf Erteilung einer Entgeltabrechnung nach § 108 GewO: Speicherung in digitalem Mitarbeiterpostfach als Wahrung der Textform i.S.d. § 108 I S. 1 GewO, § 126b S. 1 BGB, Vorliegen einer Holschuld bei Arbeitspapieren (§ 269 II BGB), keine Erforderlichkeit des Zugangs der Entgeltabrechnung gemäß § 130 I S. 1 BGB durch Abruf, da weder Willenserklärung noch rechtsgeschäftsähnliche Handlung, sondern reine Wissenserklärung ⇒ nach BAG hier bereits Erfüllung gemäß § 362 I BGB (BAG, Urteil vom 28. Januar 2025, Az. 9 AZR 48/24 = NZA 2025, 764; anders die bisher wohl h.M.).



Zusätzlich berührte Aspekte: Durch außergerichtlichen Teilvergleich und anschließende Klagerücknahme erledigter Streitgegenstand (⇒ ggf. noch kurz hilfsweise anzusprechen): Voraussetzungen des sog. allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs (BAG NZA 2021, 1625; NZA 2006, 841).

**Prozessuale Fragen:** Standardschema der Prüfung von Zuständigkeit und Zulässigkeit – Parteifähigkeit und Vertretung bei der GmbH – Klageerweiterung analog § 263 ZPO – Teilklagerücknahme nach § 54 II ArbGG (verdrängt teilweise die §§ 269 ZPO, 46 II S. 1 ArbGG).

November 2024:

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

**Materiell-rechtliche Probleme:** Klageantrag 1: Kündigungsschutzklage gegen eine fristlose und eine hilfsweise ordentliche Kündigung i.S.d. § 1 II KSchG wegen Vorwurfs eines Arbeitszeitbetrugs (keine Verdachtskündigung, sondern sog. Tatkündigung wegen angeblich erwiesener Tat). ⇒ Systematik des § 626 I BGB bei verhaltensbedingter Kündigung, hier bei Arbeitszeitbetrug (BAG NZA 2019, 445): Zweistufenprüfung, Entbehrlichkeit einer Abmahnung bei Nachweis der Betrugsvorwürfe, da dann erhebliche Verletzung der Pflicht zur Rücksichtnahme nach § 241 II BGB vorläge ⇒ Hauptproblem des Streits um das Vorliegen von vorsätzlichen Falschangaben des Arbeitnehmers oder des Vorliegens korrekter Angaben wegen (unstreitig oft vom Geschäftsführer veranlasster!) häuslicher Verrichtung von betrieblichen Tätigkeiten ⇒ dabei volle Beweislast des Arbeitgebers für den Kündigungsgrund, also auch die Nichterbringung von Arbeitsleistung (= Unterschied zum Rechtsstreit wegen Vergütung von Überstunden!), relativiert nur um die *substantiierte* Darlegungslast des Arbeitnehmers (hier beachtet, wohingegen die Arbeitgeberseite sich weiteren Aufklärungsversuchen verweigert). – Überdies (wohl nicht mehr entscheidendes) Problem der Prüfung eines Beweisverwertungsverbots wegen heimlicher Überwachung der betrieblichen Anwesenheitszeiten durch zwei Kolleginnen: einerseits Frage der Anwendbarkeit von DSGVO bzw. BDSG auf bloße Beobachtung mit Notizen (Erhebung von Daten, vgl. Art. 4 Nr. 1, Nr. 2 DSGVO), andererseits aber Zulässigkeitsprüfung nach Art. 6 I Buchst. f DSGVO: Erforderlichkeit, zudem kein automatisches Beweisverwertungsverbot bei Verletzung bloß formaler Regeln von DSGVO bzw. BDSG („Datenschutz ist kein Tatenschutz“, vgl. BAG NZA 2023, 1105) sowie Prüfung einer Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gemäß Art. 2 I GG – Verneinung einer Präklusion gemäß § 626 II BGB – Überdies Prüfung der hilfsweisen ordentlichen Kündigung: keine unzulässige Bedingung, ausreichende Bestimmtheit einer Kündigung „zum nächstmöglichen Zeitpunkt“ (BAG NZA 2013, 1137; NZA 2015, 162; NZA 2016, 485), Anwendbarkeit des KSchG gemäß §§ 1 I, 23 I S. 3 KSchG und folglich Prüfung des § 1 II Var. 2 KSchG bei verhaltensbedingter Kündigung mit Ausgang wie oben.

Klageantrag 2 (als sog. *uneigentlicher* Hilfsantrag für den Fall des Erfolgs von Antrag 1 gestellt): Voraussetzungen des Auflösungsantrags durch den Arbeitnehmer gemäß § 9 I KSchG: hier Unzumutbarkeit der Fortsetzung wegen der Betrugsvorwürfe und Bespitzelungsmaßnahmen (die bezeichnenderweise nach Ende einer Elternzeit begannen) – Rückwirkung gemäß § 9 II KSchG auf Termin des § 622 BGB und Abfindungshöhe nach § 10 KSchG.

Klageantrag 3: Anspruch auf Urlaubsabgeltung gemäß § 7 IV BUrtG mit entsprechender Schachtelprüfung, wieviel Urlaubsansprüche auf Freistellung im Beendigungstermin (hier § 9 II KSchG, s.o.) noch bestanden. ⇒ Voraussetzungen der Kürzung des Urlaubsanspruchs wegen Elternzeit nach § 17 I S. 1 BEEG, insbesondere Notwendigkeit einer rechtzeitigen Willenserklärung des Arbeitgebers (keine automatische Kürzung; vgl. BAG NZA 2024, 1272; NZA 2022, 1469) – kein Verfall des Urlaubs nach § 7 III BUrtG wegen Eingreifens der vorrangigen Sonderregel in § 17 II BEEG (⇒ Irrelevanz einer Erfüllung der sog. „Mitwirkungsobliegenheiten“ des AG) – *voller* Urlaubsanspruch bei Ausscheiden in der *zweiten* Jahreshälfte wegen Nichtanwendbarkeit von § 5 I BUrtG, gegenteilige Lösung nur möglich



bezüglich des Mehrurlaubs, wenn im AV auch *insoweit* ausdrücklich differenziert wurde (BAG NZA 2022, 1469) – AGB-Kontrolle von arbeitsvertraglichen Regelungen zum Urlaub: Grds. Zulässigkeit der vorrangigen Erteilung des Mindesturlaubs vor dem Mehrurlaub ⇒ Problem der Zulässigkeit einer Klausel zum Ausschluss der Abgeltung des Mehrurlaubs: hier wegen klarer Trennung der Urlaubsansprüche im Vertrag kein Verstoß gegen § 13 I S. 3 BUrlG, daher Diskussion von § 307 I BGB.

Klageantrag 4: Anspruch auf Zeugnisberichtigung: Regelmäßig zwar kein Anspruch auf eine Schlussformulierung bzw. Dankesformel (BAG NZA 2022, 783); anders aber hier bei einem nachträglichem Streichen als Reaktion auf Vorgehen des Arbeitnehmers: Verstoß gegen das Maßregelungsverbot des § 612a BGB (BAG NZA 2024, 194).

**Prozessuale Fragen:** Parteifähigkeit und Vertretung bei der GmbH – Klageerweiterung analog § 263 ZPO – Zulässigkeit eines Mindestantrags trotz § 253 II Nr. 2 ZPO beim Abfindungsanspruch nach §§ 9, 10 KSchG wegen Ermessen des Gerichts.

### Juni 2024:

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

**Materiell-rechtliche Probleme:** Klageantrag 1: Befristungskontrollklage gemäß § 17 S. 1 TzBfG: Voraussetzungen einer erleichterten Befristung nach § 14 II S. 1 TzBfG: Berechnung der Höchstdauer des § 14 II S. 1 TzBfG: Anreismöglichkeit am Vortag führt nicht zur Vorverlagerung des vertraglich festgelegten Beginns des AV (BAG NZA 2021, 1187) – Abgrenzung der „Verlängerung“ zur Zweitbefristung i.S.d. § 14 II S. 2 TzBfG: Bejahung von letzterem, wenn gleichzeitig eine Änderung des Arbeitsvertrags, also nicht nur eine veränderte Ausübung des Direktionsrechts erfolgt (BAG NZA 2021, 1187, NZA 2021, 1637) – hohe Anforderungen an den Befristungsgrund „vorübergehender Bedarf“ i.S.d. § 14 I Nr. 1 TzBfG: bloße *Unsicherheit* der Entwicklung hierfür ungenügend, Irrelevanz des Wegfalls des Arbeitskräftebedarfs nach Vertragsschluss (Grb § 620, RN 18). Ebenfalls nicht Befristung aus in der Person des Arbeitnehmers liegendem Grund i.S.d. § 14 I Nr. 6 TzBfG, bloße Bitte des AN genügt nicht (Grb § 620, RN 23).

Klageantrag 2: Urlaubsabgeltungsanspruch gemäß § 7 IV BUrlG ⇒ Prüfung des Bestehens und Umfangs von Freistellungsansprüchen im Moment der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (hier nicht durch die unwirksame Befristung [s.o.], sondern durch eine etwas später wirkende Eigenkündigung des Arbeitnehmers) ⇒ hier Neuberechnung des vertraglich vereinbarten Urlaubsanspruchs bei „Kurzarbeit Null“ (BAG NZA 2024, 330; NZA 2022, 629; NZA 2022, 634) mit Schachtelprüfung der Wirksamkeit der Stornierung der Arbeitspflichten durch die einseitig angeordnete, aber im Arbeitsvertrag vorbehaltene Anordnung von Kurzarbeit (§§ 95 ff SGB III) – keine gesetzliche Zwölfteilung des Urlaubsanspruchs gemäß § 5 I BUrlG bei Ausscheiden in der zweiten Jahreshälfte, Totalunwirksamkeit einer gegenteiligen Regelung im Arbeitsvertrag wegen § 13 I BUrlG (BAG NZA 2022, 1469; NZA 2015, 827).

Klageantrag 3: Zahlung von Krankheitsentgelt nach § 3 I EFZG: Voraussetzungen der Erschütterung des Beweiswerts der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, hier bei Eigenkündigung wegen „passgenauer“ Übereinstimmung der Daten der Erkrankung mit Dauer der Kündigungsfrist (BAGE 175, 358 = NZA 2022, 39; NZA 2024, 539).

**Prozessuale Fragen:** Streitiges Urteil nach Einspruch gegen ein Versäumnisurteil i.S.d. §§ 330 ZPO, 46 II ArbGG: „dreistufiger“ Aufbau der Entscheidungsgründe nach den Vorgaben von § 59 ArbGG und §§ 338 ff ZPO, 46 II ArbGG, Tenorierung nach §§ 343 ZPO, 46 II ArbGG. – Klageerweiterung entsprechend §§ 263, 267 ZPO. – Im Übrigen nur die üblichen Routine-Prüfungspunkte.



### November 2023:

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

**Materiell-rechtliche Probleme:** Klageantrag 1: Befristungskontrollklage gemäß § 17 S. 1 TzBfG: Zulässigkeit der Klage auch vor Auslaufen der Befristung (trotz des „innerhalb“), Abgrenzung eines „Änderungsvertrags“ oder Aufhebungsvertrags von der nachträglichen Befristung (hier letzteres, v.a. wegen deutlicher Überschreitung der Kündigungsfrist; vgl. BAG NZA 2007, 466; NZA 2008, 348; NZA 2012, 205; Grüneberg vor § 620, RN 5) – Prüfung von § 14 I TzBfG auch bei nachträglicher Befristung eines bisher unbefristeten Vertrags, hier Fehlen von sachlichen Gründen i.d.S. – Reichweite des Gebots der Rücksichtnahme: bloßer Zeitdruck ungenügend (BAGE 165, 315 = NZA 2019, 688 = Life & Law 2019, 456; NZA 2022, 779), hier versteckter Einbau der „Änderung“ bzw. nachträglichen Befristung unter Punkt „Sonstiges“ in eine Vertragsurkunde, die mit ganz anderer Zielrichtung und viel geringerer Bedeutung (Kostenpauschale für Privat-Pkw-Einsatz) besprochen und unterzeichnet wurde (§ 305c BGB) – ggf. hilfsweise: wegen § 307 III S. 1 BGB keine Überprüfung einer Aufhebungsabrede nach § 307 I, II BGB (BAG NZA 2019, 688 = Life & Law 2019, 456).

Klageantrag 2: Kündigungsschutzklage gegen eine fristlose und eine hilfsweise ordentliche Kündigung i.S.d. § 1 II KSchG wegen Verletzung der sich aus § 5 I S. 1 EFZG ergebenden Pflicht zur unverzüglichen Anzeige der Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit als Kündigungsgrund (BAG NZA 2020, 1022): Frage des Einzelfalls, hier Unwirksamkeit schon mangels vorheriger Abmahnung sowie nur leichter Fahrlässigkeit und fehlender Betriebsablaufstörungen – vom AG ausdrücklich angesprochen: Voraussetzungen der Verdachtskündigung (hier wegen des Verdachts des unentschuldigtem Fehlens): evidente Unwirksamkeit mangels Dringlichkeit des Verdachts einer schweren Pflichtverletzung und wegen Fehlens der bei dieser Kündigungsart (nach BAG *personenbedingte!*) unverzichtbaren vorherigen Anhörung des Arbeitnehmers, dabei gleiche strenge Regeln auch für die ordentliche Kündigung (BAG NZA 2019, 893).

Widerklage des Arbeitgebers auf Rückzahlung von Arbeitsentgelt (Abgrenzung von § 812 BGB zu § 326 IV, 346 BGB): Streit um die Höchstdauer der Zahlung bei mehrmaliger Erkrankung ⇒ Abgrenzung zwischen Fortsetzungserkrankung („derselben“) und einer Wiederholungserkrankung bzw. völlig neuer Erkrankung unter Berücksichtigung des Grundsatzes der „Einheit des Verhinderungsfalls“, dabei hier entscheidende Frage nach der konkreten Verteilung der Darlegungslast: trifft nach BAG den (hier völlig schweigenden) Arbeitnehmer, da dies Teil der Anspruchsbegründung des § 3 I EFZG und nicht Einwendung dagegen ist (BAG NZA 2023, 1036; BAGE 169, 117 = NZA 2020, 446; BAGE 155, 196 = NZA 2016, 1076). – AGB-Kontrolle einer arbeitsvertraglichen Ausschlussfrist: Grds. Zulässigkeit, aber dreimonatige Mindestfrist, hier zudem Totalunwirksamkeit wegen Verletzung des Transparenzgebots des § 307 I S. 2 BGB infolge Nichtausklammerns von § 3 MiLoG (BAGE 163, 282 = NZA 2018, 1619 = Life & Law 2019, 162; NZA 2019, 768; NZA 2020, 310), zudem Klauselunwirksamkeit wegen Nichtausklammerns der Fälle von § 202 I BGB (BAG NZA 2021, 702 = Life & Law 2021, 521; NZA 2021, 1257; NZA 2021, 1469; NZA 2022, 1469), Behandlung der Verstöße, wenn diese sich im konkreten Fall *zugunsten des Verwenders* auswirken.

**Prozessuale Fragen:** Parteifähigkeit der GbR – zweifache Klageänderung, u.a. Anwendbarkeit von § 264 Nr. 2 ZPO auf den Übergang von einem „großen Schleppnetzantrag“ auf die „erweitert punktuelle“ Klage nach § 4 S. 1 KSchG (hier bei Vorgehen gegen fristlose und hilfsweise ordentliche Kündigung) – Tenorierung nach § 4 S. 1 KSchG und nach § 17 S. 1 KSchG (hier bei vom AG angestrebter Beendigung nach dem Termin der HV) – Hilfsweise: Stellungnahme zum Feststellungsinteresse und etwaigen Wirkung bzgl. des ursprünglichen „Schleppnetzantrags“ (Antrag Ziffer 2) sowie zum verfehlten *ursprünglichen* Klageantrag 1 (hier punktueller Antrag bzgl. eines „Änderungsvertrags“, obwohl allg. Antrag nach § 256 I ZPO einschlägig).



### Juni 2023:

**Formale Aufgabenstellung:** Fertigung eines Antwortschriftsatzes, diesmal eine Replik des Arbeitnehmers, der selbst Kündigungsschutzklage eingereicht hatte (diesmal mit Sachverhaltsdarstellung und Rechtsausführungen) mit Hilfsgutachten, aber ohne Mandantenbegleitschreiben.

**Materiell-rechtliche Probleme:** Kündigungsschutzklage gegen betriebsbedingte Kündigung des Arbeitgebers: Anwendbarkeit des KSchG, dabei v.a. Auswirkung des „regelmäßig“ und Zählweise i.R.d. § 23 I KSchG (hier wechselnde Teilzeitkräfte als Aushilfen) – Voraussetzungen einer betriebsbedingten Kündigung eines Kellners wegen Stellenwegfall: Voraussetzungen des § 1 II Var. 3 KSchG mit Abgrenzung der „freien Unternehmerentscheidung“ bzgl. der wirtschaftlichen Fragen zur Prüfung der notwendigen Dringlichkeit der betrieblichen Gründe ⇒ hier u.a. Unverhältnismäßigkeit wegen Vorrangs einer denkbaren Änderungskündigung auf eine (der Vorbildung des Klägers entsprechenden) Stelle als Reinigungskraft – Durchführung der Sozialauswahl gemäß § 1 III KSchG mit Fragen der [„gestuften“] Darlegungs- und Beweislast bezüglich der Sozialdaten der Kolleg\*innen und der Vergleichbarkeit bestimmter Tätigkeiten – Möglichkeit und Grenzen des Nachschiebens von Kündigungsgründen, hier völliger Austausch des ursprünglichen Kündigungsgrundes (verhaltensbedingt statt betriebsbedingt) und Auswirkung der Anwendbarkeit von § 102 BetrVG (Grüneberg vor § 620, RN 36, RN 57). – Fehler in der Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG, hier zu unbestimmte Angaben, zudem verfrühte Kündigung des Arbeitgebers im Hinblick auf die Mindestfrist des § 102 II S. 1, S. 2 BetrVG (Fiktionseintritt erst mit Ende des konkreten Tages). – Voraussetzungen einer verhaltensbedingten Kündigung nach § 1 II Var. 2 KSchG wegen Beleidigung eines Gastes: Vorrang der Abmahnung und Prüfung der Ausnahmen, „Verbrauch“ des Kündigungsrechts durch Ausspruch einer Abmahnung wegen desselben Vorfalls ohne Hinzukommen weiterer „Verfehlungen“ ⇒ „venire contra factum proprium“ nach § 242 BGB (BAG NZA 2008, 403; NZA 2010, 823; NZA 2022, 1670), Berücksichtigung einer *anders gearteten* (nicht „einschlägigen“) früheren Pflichtverletzung nur im Rahmen der Interessenabwägung, nicht i.R.d. Vorrangs der Abmahnung – Zahlungsklage gemäß §§ 611a II, 615 S. 3 BGB: Reichweite des Betriebsrisikos (§ 615 S. 3 BGB mit Vorrang gegenüber § 615 S. 1 BGB) im Fall einer von Corona bedingten Betriebsschließung: differenzierende Lösung des BAG ⇒ hier Risiko des Arbeitgebers, weil Weiterbetrieb nicht untersagt war, sondern wegen der Auflagen „nur“ unwirtschaftlich gewesen wäre und Schließung [anstelle des Weges über Kurzarbeitergeld] daher letztlich auf eigener Unternehmerentscheidung beruht (BAG NZA 2022, 182 = Life & Law 2022, 235; NZA 2022, 1113). –

**Prozessuale Fragen:** Prozesstaktik (mit Erläuterung) im Hinblick auf die Gefahr angekündigter möglicher weiterer Kündigungen. ⇒ Risiken der bisher gestellten „erweitert punktuellen“ Kündigungsschutzklage nach § 4 S. 1 KSchG. ⇒ nun Ergänzung um einen „großen Schleppnetz-Antrag“ (allgemeine Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO).

### November 2022:

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

**Materiell-rechtliche Probleme:** Klägerantrag 1: Kündigungsschutzklage gegen eine krankheitsbedingte ordentliche Kündigung bei (unproblematischer) Anwendbarkeit des KSchG: Drei-Stufen-Prüfung mit negativer Gesundheitsprognose, dadurch bedingter *erheblicher* Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen des Arbeitgebers sowie der auf den konkreten Einzelfall bezogenen Interessenabwägung. Dabei u.a. 6-Wochen-Regel bei Beeinträchtigungsprüfung (vgl. etwa BAG NZA 2021, 1551), Behandlung der durch einen unverschuldeten (über §§ 278, 241 II BGB sogar der Arbeitgeberseite zurechenbaren) Arbeitsunfall entstandenen Fehlzeiten im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung, Berücksichtigung des Ausheilens einzelner bisheriger Krankheitsgründe, Vorrang der Möglichkeit einer



Versetzung an leidensgerechten Arbeitsplatz mit Fragen der Darlegungs- und Beweislast hierbei (völlig pauschaler Arbeitgebervortrag!) und v.a. Auswirkung der Nichtdurchführung des Eingliederungsmanagements nach § 167 II SGB IX (BAG NZA 2015, 1249; NZA 2022, 253).

Klageantrag 2: Zahlungsantrag wegen Vergütung von Fahrtzeiten eines Außendienstmitarbeiters: Fahrten zum ersten Kunden und vom letzten Kunden zurück bilden mit der übrigen Tätigkeit eine Einheit und sind insgesamt die Dienstleistung i.S.d. §§ 611, 611a BGB und als solche vergütungspflichtig (Unterschied zur „normalen“ Wegezeit in den Betrieb; vgl. BAG NZA 2018, 1211; NZA 2020, 868). Grundsätzliche Zulässigkeit von Abreden über die Höhe der Vergütung hierfür, aber Prüfung von Grenzen derselben: Neben § 1 I MiLoG auch Notwendigkeit der Angemessenheitsprüfung nach § 307 I BGB bei hier gegebener Regelung im vorformulierten Arbeitsvertrag (§ 310 III BGB) ⇒ Frage der Angemessenheit bei Erlaubnis zur Privatnutzung des Dienstwagens als Kompensation: hier wohl Unwirksamkeit wegen Fehlens einer Obergrenze mit der Folge, dass der Umfang der dadurch im Ergebnis unentgeltlich zu leistenden Überstunden unklar ist: „deutschlandweite“ Fahrten zu Kunden (vgl. BAG NZA 2011, 575; NZA 2011, 1335; NZA 2012, 1148; NZA 2016, 487 zu „gewöhnlichen“ Überstundenpauschalierungsabreden). ⇒ Wegen § 306 II BGB entscheidet Frage nach der objektiven Vergütungserwartung i.S.d. § 612 I BGB: nach BAG grds. gegeben, wenn nicht Dienste „höherer Art“ geschuldet sind oder insgesamt eine „deutlich herausgehobene“ Vergütung (= oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung; vgl. BAG NZA 2012, 861) gezahlt wird. ⇒ nach Hinweis im Bearbeitungsvermerk hier keine Überschreitung dieser Grenze. – AGB-Kontrolle einer Ausschlussfrist nach § 307 I BGB: hier Nichtanwendbarkeit der Sperre von § 310 IV S. 3, 307 III BGB bei nur *punktuellem* Verweisung auf eine entsprechende Klausel in einem Tarifvertrag (BAGE 163, 144 = NZA 2018, 1344), aber keine Verletzung von § 305c BGB oder Transparenzgebot des § 307 I S. 2 BGB bei Verweisung auf einen Tarifvertrag. – Unwirksamkeit wegen Unterschreitung der nötigen Mindestlänge von drei Monaten (BAGE 115, 19). Übrige Wirksamkeitsvoraussetzungen aber beachtet: Ausklammern von Ansprüchen i.S.d. § 3 MiLoG (BAG NZA 2018, 1619 = Life & Law 2019, 162; NZA 2019, 768; NZA 2020, 310) sowie von Ansprüchen i.S.d. § 202 I BGB und § 309 Nr. 7 BGB (BAG NZA 2021, 702 = Life & Law 2021, 521; NZA 2021, 1257; NZA 2021, 1469).

Klageantrag 3: verhaltensbedingte Kündigung wegen einer Beleidigung des Geschäftsführers während einer Personalversammlung als „asoziales Arschloch“: Abgrenzung zur freien Meinungsäußerung i.S.d. Art. 5 I S. 1 GG und Prüfung der Verhältnismäßigkeit, v.a. Vorrang der Abmahnung, u.a. im Hinblick auf die Vorgeschichte und eine mehrfach verweigerte Möglichkeit einer Entschuldigung.

**Prozessuale Fragen:** Nur Standardprüfungsschema des arbeitsgerichtlichen Urteils, sowie Klageerweiterung analog §§ 263, 267 ZPO (um einen zweiten rechtzeitigen Antrag nach § 4 S. 1 KSchG) und Tenorierung bei zwei „erweitert punktuellen“ Klageanträgen (mit unterschiedlichen Erfolgchancen).

### Juni 2022:

**Formale Aufgabenstellung:** Fertigung eines Antwortschriftsatzes, hier Klageerwidern mit Widerklage des Arbeitnehmers wegen Kündigungsschutz (diesmal mit Sachverhaltsdarstellung und Rechtsausführungen) sowie Mandantenbegleitschreiben und Hilfsgutachten (dreiteiliger Aufbau, eine spezifisch *bayerische* Besonderheit).

**Materiell-rechtliche Probleme:** Klägerforderung 1: Schadensersatzforderung gegen den Buchhalter wegen einer von diesem durchgeführten Überweisung einer Geldsumme (25.000 €) auf ein Konto eines Betrügers, der sich per E-Mail als der Unternehmensinhaber ausgegeben hatte („moderner Enkel-Trick“) ⇒ Haftungsprivilegierung nach den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs wegen „betrieblicher Veranlassung“ (§ 254 I BGB analog), Haftungsstufen mit Diskussion des Grades der Fahrlässigkeit (⇒ etwas entlastende Details im Sachverhalt aufgeführt), ggf. Vor. der ausnahmsweisen Quotelung bei grober Fahrlässigkeit wegen krasser Diskrepanz des Schadens gegenüber dem Einkommen (Haftungsobergrenze), außerdem „echtes“ Mitverschulden gemäß § 254 I BGB des



Arbeitgebers. – Klägerforderung 2: Schadensersatz wegen Ermittlungen zur Schadensabwehr, hier „Compliance-Ermittlungen“ einer Kanzlei (BAG NZA 2021, 1465): zwar keine Sperre durch § 12a ArbGG (nach BAG zumindest einschränkende Auslegung dieser Norm), aber sehr hohe Anforderungen an den Anspruch, nämlich kumulativ: tatsächlicher Nachweis einer *vorsätzlichen* schweren Vertragspflichtverletzung durch die Ermittlung, konkreter Verdacht derselben bereits im Zeitpunkt *der Auftragserteilung* und Erforderlichkeit der konkreten Tätigkeit und des Umfangs aus Sicht einer vernünftigen, wirtschaftlich denkenden Person. ⇒ hier Fehlen *zumindest* der ersten und dritten Voraussetzung.

Widerklage: Kündigungsschutzklage gegen eine ordentliche Kündigung (die offenbar nicht mehr auf *vorsätzliche* schwere Pflichtverletzung gestützt wurde). ⇒ Prüfung einer verhaltensbedingten Kündigung nach § 1 II KSchG wegen *fahrlässiger* Vertragspflichtverletzung (in Praxis wegen Darlegungs- und Beweislast nach § 1 II S. 4 KSchG aber i.d.R. erst in einem *späteren* Schriftsatz!). ⇒ hier Grundsatzeignung für Kündigung wegen Einmaligkeit, wegen der Begleitumstände und v.a. wegen Verhältnismäßigkeit und Prognoseprinzip (⇒ Vorrang der Abmahnung) schon zu verneinen, zumindest aber Interessenabwägung zugunsten des AN. Überdies (zuvor) Prüfung der Wirksamkeit einer in einem „Abwicklungsvertrag“ enthaltenen Klageverzichtsabrede: grds. Möglichkeit (erst) nach Zugang der Kündigung, hier eher keine Anwendbarkeit der §§ 623, 126 BGB (Einzelfallfrage!), wohl auch keine überraschende Klausel i.S.d. § 305c I BGB, aber Unwirksamkeit nach § 307 I S. 1 BGB wegen Fehlens einer Kompensation bzw. Erteilung eines (hier „sehr guten“) Zeugnisses als einziger (vermeintlicher!) Kompensation (BAG NZA 2016, 351; NZA 2015, 350), allerdings keine Anfechtbarkeit nach §§ 123 I Alt. 2 BGB wegen rw Drohung: eine bereits eine Woche *zuvor* ausgesprochene Kündigung ist kein *künftiges* Übel, zudem hier fraglich, ob die Kündigung nicht nur unwirksam, sondern völlig haltlos war [verschärfter Maßstab bei § 123 I Alt. 2 BGB!].

**Prozessuale Fragen:** Erhebung einer korrekt nach § 4 S. 1 KSchG formulierten „erweitert punktuellen“ Kündigungsschutzklage (ggf. ergänzt um „großen Schleppnetzantrag“ nach § 256 I ZPO: trotz prozess-taktischer Sinnhaftigkeit im Examen ohne Signale im Sachverhalt erfahrungsgemäß eher nicht gewollt) – Teilerkenntnis nach § 307 ZPO (bzgl. eines Teils des Überweisungsschadens) mit Prüfung des Klageanlasses i.S.d. § 93 ZPO (im Examen üblicherweise gewollt, obwohl vor den Vergleichsverhandlungen anwaltstaktisch wenig geschickt).

### November 2021:

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

**Materiell-rechtliche Probleme:** Klageantrag 1: Angriff auf eine fristlose Kündigung wegen angeblicher Selbstbeurlaubung (Sonderfall von Arbeitsverweigerung): Unwiderruflichkeit von Urlaub trotz entsprechenden Vorbehalts. – Prüfung der Umdeutung in eine (ausnahmsweise einmal nicht hilfsweise erklärte) ordentliche Kündigung: Betriebsbezogenheit (nicht Unternehmensbezogenheit) des § 23 I KSchG mit Abgrenzung des Betriebsbegriffs zum bloßen (hier wegen einheitlicher Personalverwaltung gegebenen) Teilbetrieb des § 23 I KSchG (BAG NZA 2017, 859; NZA 2016, 1196) ⇒ Rechenschritte des § 23 I KSchG, u.a. der Quotelung nach S. 4 bei Teilzeitbeschäftigten, Irrelevanz von Azubis, regelmäßige Unerheblichkeit des GmbH-Fremdgeschäftsführers (nur ausnahmsweise Arbeitnehmer i.d.S.; hier kein Sonderfall vorgetragen; vgl. BAG NZA 2021, 857), aber Berücksichtigung von dauerhaft eingegliederten Leiharbeitnehmern (BAG NZA 2013, 726 = Life & Law 2013, 658). ⇒ letztlich mehr als 10 AN i.S.d. § 23 I S. 3 KSchG! – zudem Verstoß gegen (auch im Kleinbetrieb zu prüfendes) Verbot der Maßregelung gemäß § 612a BGB – Berechnung der (ersten) Klagefrist: Zugang bei Einwurf in Hausbriefkasten auch bei bekanntem Auslandsaufenthalt (vgl. u.a. BAG NZA 2018, 1157). – nachgeschobene sog. Schriftsatzkündigungen (in der Klageerwidierungsschrift): Empfangsvollmacht und Schriftform der §§ 623, 126 I BGB mit Zugang der Originalunterschrift (bzgl. letzterem hier SV etwas unklar; BAG NZA 2021, 552, ab RN 56 ff). – Hohe Anforderungen an eine – im Fall wegen „Low-performer-Vortrag“ personenbedingten – Änderungskündigung mit dem Ziel einer Gehaltskürzung (BAG NZA 1999, 255; NZA 2003, 147; NZA 2006, 92; NZA 2008, 812; NZA 2013, 1409 u.a.). –



Überprüfung einer wegen des Eingreifens des Direktionsrechts (hier auf Versetzung) „überflüssigen Änderungskündigung“: Begründetheit der im Fall gegebenen Kündigungsschutzklage gemäß § 4 S. 1 KSchG (BAG NZA 2016, 1461; anders als bei Änderungskündigung gemäß § 4 S. 2 KSchG, vgl. BAG 140, 328 = NZA 2012, 856; NZA 2012, 1038). – 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 mehrfachem aktivem Handeln wie bei Zahlungen (vgl. ErfK/Preis § 611a, RN 228; LAG Schleswig-Holstein NZA-RR 2001, 488; LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 14. Januar 2014).

**Prozessuale Fragen:** Klage mit „großem Schleppnetzantrag“ nach § 256 I ZPO neben § 4 S. 1 KSchG: Feststellungsinteresse und (davon unabhängige) Fristhemmung analog § 6 KSchG – Zulassung verspäteter Klage gemäß § 5 KSchG (hier Entschuldigung mit Urlaubsabwesenheit) – Abgrenzung zwischen Änderungskündigung gemäß § 4 S. 2 KSchG zur (hier gegebenen) Kündigungsschutzklage gemäß § 4 S. 1 KSchG gegen die (hilfsweise) Änderungskündigung – Klageerweiterung entspr. § 263 ZPO.

### Juni 2021:

**Formale Aufgabenstellung:** Fertigung eines Anwaltschriftsatzes, hier Replik des Arbeitnehmers (diesmal mit Sachverhaltsdarstellung und Rechtsausführungen) sowie Mandantenbegleitschreiben und Hilfsgutachten (dreiteiliger Aufbau, eine spezifisch *bayerische* Besonderheit).

**Materiell-rechtliche Probleme:** Klageantrag 1: Befristungskontrollantrag gemäß § 17 S. 1 TzBfG (mit nicht ganz gesetzeswortlautkonformem Antrag): keine zulässige sachgrundlose Befristung gemäß § 14 II 1 TzBfG wegen Vorbeschäftigung, dabei Prüfung einer einschränkenden Auslegung des § 14 II 2 TzBfG wegen des zeitlichen Abstands (vgl. BAG NZA 2019, 700 = Life & Law 2019, 531 und andere Urteile!), hier acht Jahre zwischen Ende der früheren Beschäftigung und der erneuten Einstellung (nach BAG zu kurz, da „lange“, aber nicht „sehr lange“!) und der Änderung der Tätigkeit (erst Hilfsarbeiter, dann Anlagenbauer, dabei aber ähnliches „Berufsbild“) ⇒ Sachgründe i.S.d. § 14 I TzBfG nötig, aber nicht vorgetragen – außerdem: Prüfung der Schriftform gemäß §§ 14 IV TzBfG, 126 I, II BGB: § 126 I, II BGB erfordert den *Zugang* der *unterzeichneten* Befristungsabrede bei dem Erklärungsempfänger *vor Vertragsbeginn* (BAG NZA 2018, 507; NZA 2017, 638). ⇒ hier Tätigkeitsaufnahme (= i.d.R. Vertragsbeginn) einen Tag vor Geltungsbeginn des schriftlichen Vertrags, überdies kein Zugang der Unterschrift des Arbeitgebers beim Arbeitnehmer. – Prüfung der Bedeutung eines mündlichen „Ehrenswords“ auf Weiterbeschäftigung (wohl nicht ausreichend für Rechtsmissbrauch nach § 242 BGB, letztlich sowieso unerheblich). – Klageantrag 2: Anspruch auf (erneute) Erteilung eines Arbeitszeugnisses nach § 109 GewO i.V.m. § 630 S. 4 BGB, hier Anspruch trotz des Streits um die tatsächliche Beendigung (BAG NZA 2005, 1237; NZA 2016, 547), Unzulässigkeit der Erwähnung von einzelnen Pflichtverletzungen im Rahmen der geschuldeten Gesamtbewertung.

Erster Widerklageantrag des Arbeitgebers: Schadensersatz wegen einer Beschädigung fremden Eigentums bei Ausführung der Arbeit. ⇒ Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs; „betriebliche Veranlassung“, Haftungsstufen (Pal. § 611, RN 156 ff) ⇒ hier Schriftsatzziel der Annahme einer möglichst geringen Fahrlässigkeit – Zweiter Widerklageantrag des Arbeitgebers (und Klageerweiterung der Replik, s.u.): Streit um Resturlaub aus Vorjahr (2019), und zwar alternativ auf Freistellung bzw. Urlaubsabgeltung gemäß § 7 IV BUrtG: Verfall von Urlaubsansprüchen gemäß § 7 III BUrtG nur noch bei Erfüllung bestimmter Obliegenheiten des Arbeitgebers: europarechtskonforme Auslegung (BAG NZA 2019, 977; NZA 2019, 982; NZA 2019, 1043 u.a. = Life & Law 2019, 641).

**Prozessuale Fragen:** Unschädlichkeit eines „schiefen“ Klageantrags (Missachtung des zweigliedrigen Streitgegenstands, hier bei § 17 S. 1 TzBfG) wegen Auslegbarkeit – Zulässigkeit der Klageerhebung vor Auslaufen der Befristung (trotz des Wortlauts von § 17 S. 1 TzBfG) – Widerklage des Arbeitgebers – Klageerweiterung entspr. § 263 ZPO – Streit um Urlaubsabgeltung: keine Unzulässigkeit eines



nachträglichen (hilfsweisen) Leistungsantrags des Klägers bei identischem Streitgegenstand mit einer Feststellungswiderklage des Arbeitgebers (⇒ letzterer müsste erledigt erklären) – Streit um Alternativantrag Urlaubsgewährung (Freistellung): nach BAG grds. Wahlrecht des AN zwischen Leistungsklage (mit oder ohne Datumsangabe) und positiver Feststellungsklage (BAG NZA 2011, 1032; NZA 2019, 1043), Zulässigkeit der positiven Feststellungsklage aber nur bei umfassenderer Rechtskraft (§ 322 I ZPO) gegenüber der Abweisung der bereits rechtshängigen negativen Feststellungswiderklage des Arbeitgebers (hier wohl nicht zulässig, da auch der Umfang des offenen Urlaubs bereits in dessen Antrag angegeben ist; Wahl der Leistungsklage, wenn Mandant dem Arbeitgeber die Terminbestimmung (entgegen § 7 I BURlG) überlassen will.

### November 2020:

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

**Materiell-rechtliche Probleme:** Klageantrag 1: Angriff auf einen Aufhebungsvertrag: Reichweite und Wirkung des Gebots der Rücksichtnahme (§ 241 II BGB) beim Abschluss eines Aufhebungsvertrages (BAG NZA 2019, 688 = Life & Law 2019, 456; vage Andeutung bei Pal. vor § 620, RN 7) – keine Widerruflichkeit des Aufhebungsvertrages (§ 312g BGB) und Problematik des § 307 BGB (Überprüfungsfreiheit der Hauptleistung, § 307 III BGB) – Vor. des Anspruchs wegen Annahmeverzugs (§§ 611a II, 615 S. 1 BGB), hier über §§ 294, 295 BGB wegen Nichtanwendbarkeit von § 296 BGB (BAG NZA 2006, 435), dabei kein Vortrag zu § 615 S. 2 BGB – Unwirksamkeit einer nur zweimonatigen Ausschlussfrist gemäß § 307 I 1 BGB (⇒ ausnahmsweise einmal keine Auswirkung von § 3 MiLoG auf die Ausschlussfrist; dabei seltsamer Sachverhalt: das MiLoG war im Arbeitsvertrag bereits berücksichtigt, obwohl es erst mehr als zehn Jahre nach Vertragsschluss in Kraft trat!?). – Bestehen eines Anspruchs auf Urlaubsabgeltung gemäß § 7 IV BURlG zugunsten der Erben (§ 1922 BGB) auch bei Beendigung des AV durch den Tod des Arbeitnehmers, Erstreckung auch auf den arbeitsvertraglichen Mehrurlaub, wenn keine ausdrückliche und nur diesen betreffende gegenteilige Abrede vorliegt (BAG NZA 2019, 829, NZA 2019, 832 und NZA 2019, 835 = Life & Law 2019, 641; EuGH NZA 2014, 651 sowie NZA 2018, 1467).

**Prozessuale Fragen:** Klageerhebung an der Rechtsantragsstelle des ArbG – Versäumnisurteil gegen die Klägerin (§ 330 ZPO) im arbeitsgerichtlichen Verfahren (§ 46 II 1 ArbGG i.V.m. §§ 330 ff ZPO, modifiziert durch § 59 ArbGG) – Klageantrag ähnlich § 4 S. 1 KSchG, hier bei Nichtanwendbarkeit dieses punktuellen Streitgegenstands (Angriff auf Aufhebungsvertrag) ⇒ Auslegung als Klage nach § 256 I ZPO mit Feststellungsinteresse wegen Rechtskraftwirkung gemäß § 322 I ZPO – keine Klagefrist analog §§ 4, 7 KSchG – Parteiwechsel kraft Gesetzes gemäß § 1922 BGB auf den Erben der Klägerin (hier bereits vor dem VU) – Prüfung des Fristablaufs gemäß § 339 ZPO: Zustellung des VU nach § 180 ZPO: unwirksam wegen Verlustes der Wohnungseigenschaft durch Tod der Klägerin (vgl. ThP § 180, RN 3a) – hilfsweise Wiedereinsetzungsantrag (§§ 233 ZPO, 46 II 1 ArbGG) – Klageerweiterung entspr. § 263 ZPO durch den Erben.

### Juni 2020:

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

**Materiell-rechtliche Probleme:** Klageantrag 1: Befristungskontrollantrag gemäß § 17 S. 1 TzBfG (mit nicht ganz gesetzestwortlautkonformem Antrag): keine zulässige sachgrundlose Befristung gemäß § 14 II 1 TzBfG wegen Vorbeschäftigung, dabei keine einschränkende Auslegung des § 14 II 2 TzBfG wegen zeitlichen Abstands (vgl. BAG NZA 2019, 700 = Life & Law 2019, 531 und andere Urteile!),



hier vier Jahre zwischen Ende der früheren Beschäftigung und der erneuten Einstellung (= *vorletzte* Befristung im Fall, wobei i.d.R. ohnehin nur *die letzte* Befristungsabrede überprüfbar ist!) ⇒ Prüfung von Sachgründen i.S.d. § 14 I TzBfG: zum einen Vor. für Vergleich als Sachgrund i.S.d. § 14 I 2 Nr. 8 TzBfG (BAG NZA 2015, 379; NZA 2016, 39), dabei v.a. differenzierende Behandlung der beiden Varianten des Vergleichs nach § 278 VI S. 1 ZPO (BAG NZA 2016, 39; NZA 2016, 1485; NZA 2017, 706); zum anderen Befristung bei Theaterschauspieler nach § 14 I 2 Nr. 4 TzBfG (vgl. etwa BAG NZA 2018, 229 [Schauspieler in Krimiserie]). – Klageantrag 2: Nachzahlung von Krankheitsentgelt (§ 3 I EFZG): Abgrenzung zwischen Fortsetzungserkrankung i.S.d. § 3 I 2 EFZG („derselben“) und bloßer Wiederholungserkrankung sowie Unerheblichkeit wegen Abstandsüberschreitung i.S.d. Nr. 1. ⇒ dabei Problem des Ablaufs einer dreimonatigen Ausschlussfrist. ⇒ Auswirkung von § 3 MiLoG auf Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen (BAG NZA 2018, 1619 = Life & Law 2019, 162; NZA 2019, 768), hier nicht nur Teilunwirksamkeit nach § 3 I 2 MiLoG, sondern Unwirksamkeit wegen Intransparenz gemäß § 307 I 2 BGB), da Abschluss des Arbeitsvertrags *nach* Inkrafttreten des MiLoG zum Januar 2015. – Klageantrag 3: Anspruch auf Urlaubsabgeltung gemäß § 7 IV BURlG: Verfall von Urlaubsansprüchen gemäß § 7 III BURlG nur noch bei Erfüllung bestimmter Obliegenheiten des Arbeitgebers: europarechtskonforme Auslegung (BAG NZA 2019, 977; NZA 2019, 982; NZA 2019, 1043 u.a. = Life & Law 2019, 641). – Klageantrag 4: Forderung einer Kostenpauschale, hier materielle Sperrwirkung von § 12a I 1 ArbGG auch gegenüber der Pauschale nach § 288 V 1 BGB (vgl. BAG NZA 2019, 121 mit Besprechung in der kursintegrierten „Bayern Spezial“ 2019, Heft 3).

### November 2019:

**Formale Aufgabenstellung:** Fertigung eines Anwaltsschriftsatzes (Klageerwidern Widerklage) für den Arbeitnehmer plus Hilfspgutachten, also ohne Mandantenbegleitschreiben.

**Materiell-rechtliche Probleme:** Abwehr des Klageantrags 1: Arbeitgeberforderung auf Rückzahlung von Ausbildungskosten für den Fall der (hier bei Erfolg der Kündigungsschutzklage [s.u.] nicht gegebenen) Beendigung des Arbeitsverhältnisses ⇒ hier Einhaltung der meisten Detailregeln des BAG, aber dennoch völlige Unwirksamkeit gemäß § 307 I BGB, weil der Wortlaut alle Arten von Kündigungen (also auch die – im Fall gar nicht gegebene – betriebsbedingte) erfasste: Verbot der geltungserhaltenden Reduktion (BAG NZA 2006, 1042; NZA 2007, 748; NZA 2009, 666; NZA 2013, 1419)! – Zum Klageantrag 2: Arbeitgeberforderung auf Rückzahlung von Arbeitsentgelt: hier Grundsatz „ohne Arbeit kein Entgelt“ bei Nichtanwendbarkeit der gesetzlichen Ausnahmen (hier unverschuldete unberechtigte Untersuchungshaft) ⇒ Abgrenzung zwischen § 812 I BGB (so die Klageschrift) und den §§ 346 I, 326 IV BGB (wegen Unmöglichkeit i.S.d. § 275 I BGB durch Haft und Zeitablauf). ⇒ insoweit Prüfung eines Anerkenntnisses i.S.d. §§ 307, 93 ZPO.

Widerklageantrag 1: Kündigungsschutz gegen eine ordentliche Kündigung, die auf mehrere Gründe gestützt wurde: Begleit Antrag auf Zulassung verspäteter Klage gemäß § 5 KSchG (Haftabwesenheit als Entschuldigungsgrund mit Problem der Vorhersehbarkeit wegen vorheriger Anhörung [= Maßnahmen zur Sicherstellung des Erhalts nach Zugang nötig?]) – verhaltensbedingte Kündigung i.S.d. § 1 II KSchG wegen Nichtanzeige der Verhinderung infolge Untersuchungshaft: Bestehen einer solchen Informationspflicht über § 5 EFZG hinaus (§ 241 II BGB), Grundsatz des Vorrangs der Abmahnung und Verneinung einer Ausnahme wegen bloßer Fahrlässigkeit (BAG NZA 2015, 1180) – personenbedingte Kündigung wegen der Abwesenheit infolge Untersuchungshaft bzw. der Unklarheit über deren Dauer und den Ausgang: Drei-Stufen-Prüfung ähnlich der Krankheitskündigung, also Prognose künftiger Nichterfüllung (inklusive AG-Pflicht zur Aufklärung der Hintergründe der Haft), Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen und Interessenabwägung mit Frage der Zumutbarkeit von Überbrückungsmaßnahmen (BAG NZA 2011, 686; NZA 2011, 1084; NZA 2013, 1211) – Schließlich: ordentliche Verdachtskündigung nach KSchG als *personenbedingte* Kündigung (Problem der Eignung!), aber mit denselben strengen Voraussetzungen wie bei § 626 I BGB ⇒ dringender Verdacht einer schweren Pflichtverletzung sowie vorherige Anhörung (BAG NZA 2014, 243; NZA 2016, 287; NZA 2019, 893). – Dabei vorliegend u.a. Entfallen der Verdachtstatsachen wegen Verwertungsverbot für Ergebnis einer Spind-



Durchsuchung: auch bei Eigentum des AG regelmäßig ein *schwerwiegender* Eingriff in die Privatsphäre, nur unter strengen Vor. gerechtfertigt, nicht bei anlasslosen Kontrollen und/oder Abwesenheit des AN (BAG NZA 2014, 143). – Schwerbehindertenschutz: Prüfung von § 134 BGB i.V.m. § 168 SGB IX: kein Kündigungsverbot bei wirksamer Zustimmungszustellung i.S.d. § 171 II 1 SGB IX alleine an den Arbeitgeber (vgl. ErfK/Rolfs SGB IX § 171, RN 2).

Widerklageantrag 2: Zahlung einer Sondervergütung, die bei Unwirksamkeit der Kündigung fällig wurde (daher evtl. hilfsweise beantragen), dabei Problem des Ablaufs einer dreimonatigen Ausschlussfrist. ⇒ Auswirkung von § 3 MiLoG auf Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen (BAG NZA 2018, 1619 = Life & Law 2019, 162; NZA 2019, 768), hier nicht nur Teilunwirksamkeit nach § 3 I 2 MiLoG, sondern Unwirksamkeit wegen Intransparenz gemäß § 307 I 2 BGB, da Abschluss des Arbeitsvertrags hier nach Inkrafttreten des MiLoG zum Januar 2015.

### June 2019:

**Formale Aufgabenstellung:** Fertigung eines arbeitsgerichtlichen „Rumpfurteils“ (ohne Rubrum, Tatbestand, Kosten, Streitwertfestsetzung u.a.).

**Materiell-rechtliche Probleme:** Klageantrag 1: Kündigungsschutz gegen ordentliche Kündigung. Hier Abgrenzung zwischen „unechter“ Druckkündigung (⇒ personen- oder verhaltensbedingt; hier abzulehnen, wegen Maßgeblichkeit eines Vorfalls in der Privatsphäre) und sog. „echter“ (betriebsbedingter) Druckkündigung; Prüfung der nach BAG *extrem hohen* Wirksamkeitsanforderungen einer „echten“ (betriebsbedingten) Druckkündigung als absoluter ultima ratio (BAG NZA 2014, 109; NZA 2017, 116; NZA 2017, 500). ⇒ Vortrag zu den angedrohten Kündigungen anderer 16 Arbeitnehmer und den Maßnahmen, um diesem Druck entgegen zu treten. – Klageantrag 2: Voraussetzungen des Anspruchs auf Entfernung der Abmahnung aus den Personalakten wegen Rechtmäßigkeit des dem AN vorgeworfenen Verhaltens. ⇒ Auswirkung der Arbeitsunfähigkeit auf bloße Nebenpflichten (nach BAG eine komplizierte Differenzierung). ⇒ hier: nur ganz ausnahmsweise Direktionsrecht zur Anordnung von Personalgesprächen auch während der Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit (§§ 275 I BGB, 3 ff EFZG), erst recht grds. nicht in den Betriebsräumen (BAG NZA 2017, 183). – Klageantrag 3: Anspruch auf Zahlung von Krankheitsentgelt gemäß § 3 I EFZG mit Prüfung der sehr hohen Anforderungen des „Verschuldens gegen sich selbst“, hier bei nächtlicher Motorradfahrt auf geschottertem Gebirgsweg ohne Helm und mit 1,49 % (nach Überredung durch die noch betrunkenere Mitfahrerin) – wohl hilfsweise: Verzugszinsen gemäß § 288 I BGB wegen Kalenderfälligkeit gemäß § 286 II Nr. 1 BGB – Klageantrag 4: Anspruch auf Zahlung einer Weihnachtsgratifikation mit AGB-Kontrolle: formelle und materielle Voraussetzungen der Wirksamkeit von Widerrufsvorbehalten, Auswirkung von § 308 Nr. 4 i.V.m. § 310 IV S. 2 BGB (Angabe zumindest der „Richtung ..“, aus der der Widerruf möglich sein soll“). – zusätzliche Erforderlichkeit einer Ausübungskontrolle gemäß § 315 I BGB ⇒ Vorliegen einer wirtschaftlichen Notlage zum Zeitpunkt der Ausübung des Widerrufsrechts (BAG NZA 2017, 777; NZA 2017, 931); hier sehr unsubstanziierter Vortrag der Arbeitgeberin zu diesen Details, zudem kein Vortrag über Art und Zeitpunkt (vor Fälligkeit?) der Ausübung des Gestaltungsrechts Widerruf (Unterschied zu Freiwilligkeitsklauseln!).

**Prozessuale Fragen:** Bei Kündigungsschutzklage Abgrenzung zwischen unfachmännischem „Schleppnetzantrag“ und bloßem „Appendix“.

### November 2018:

**Formale Aufgabenstellung:** Fertigung eines arbeitsgerichtlichen „Rumpfurteils“.



**Materiell-rechtliche Probleme:** Klageantrag 1: Kündigungsschutz gegen außerordentliche fristlose Kündigung gemäß § 626 I BGB wegen Beleidigung des Geschäftsführers der Arbeitgeberin: v.a. Grundsätze zum Vorrang der Abmahnung (Wertung von § 314 II 3 BGB, hier bereits auf erster Stufe der zwingenden Zwei-Stufen-Prüfung). – evtl. Umdeutung gemäß § 140 BGB in ordentliche Kündigung (keine „hilfsweise“ Erklärung) mit Prüfung von § 1 II KSchG und §§ 15 III, 16 S. 1 2. Hs. TzBfG (letztere wären hier zeitlich keine zusätzliche Beschränkung) – Klageantrag 2: Befristungskontrollklage gemäß § 17 S. 1 TzBfG gegen die letzte von elf Befristungen mit Gesamtdauer von 6 ½ Jahren: Anforderungen an Befristungsgrund „vorübergehender betrieblicher Bedarf“ i.S.d. § 14 I 2 Nr. 1 TzBfG: Ungeeignetheit der bloßen *Unsicherheit* über die künftige Entwicklung und Notwendigkeit der *hinreichend sicheren* Erwartung bei Vertragsschluss, dass die Arbeitskraft nach Vertragsende nicht mehr benötigt wird (vgl. u.a. BAG NZA 2017, 711; NZA 2017, 631). – (zumindest hilfsweise) Prüfung von institutionellem Rechtsmissbrauch. ⇒ sog. „Ampelrechtsprechung“ des BAG (v.a. BAGE 157, 125 = NZA 2017, 382; NZA 2017, 706; NZA 2017, 1253). – Klageantrag 3: Weiterbeschäftigung, hier nach den Regeln des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs (= außerhalb des § 102 V BetrVG): BAG-Regeln der Interessenabwägung im Rahmen der §§ 611, 241, 242 BGB mit regelmäßigem Anspruch nach erstinstanzlichem Erfolg der Bestandsschutzklage. – Klageantrag 4: Zahlung von Vergütung für als solche unstreitige Überstunden gemäß § 611a II, i.V.m. § 612 BGB entspr.: Überstundenpauschalierungsabrede in der AGB-Kontrolle, hier zumindest Verstoß gegen Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB mangels Regelung einer Obergrenze der Überstunden im Arbeitsvertrag ⇒ Rechtsfolge gemäß § 306 I BGB: Anspruch entspr. § 612 BGB nur bei (objektiv berechtigter) Vergütungserwartung. ⇒ I.d.R. gegeben, es sei denn es ginge (anders als im Fall) um Dienste „höherer Art“ (BAG NZA 2011, 575; NZA 2011, 917; NZA 2011, 1335; NZA 2012, 145; NZA 2012, 861; NZA 2012, 1148; NZA 2016, 487). – Klageantrag 5: Erstattung eines Schadens als Aufwendungsersatz in (doppelt) analoger Anwendung von § 670 BGB infolge dienstlicher Nutzung von Eigentum der Arbeitnehmerin (Greifvogel für Flugshow). ⇒ dabei analoge Anwendung von § 254 BGB mit „Schachtelprüfung“ der Haftungsprivilegierungen nach den Regeln des innerbetrieblichen Schadensausgleichs (BAG NZA 2007, 870; NZA 2011, 406 = Life & Law 2011, 384) und grds. Unabdingbarkeit dieser Regelungen.

**Prozessuale Fragen:** Unsachgemäß formulierter Antrag der Befristungskontrollklage gemäß § 17 S. 1 TzBfG (⇒ Korrektur durch klägerfreundliche Auslegung) – Auslegung des Weiterbeschäftigungsantrags, ob nur sog. Prozessbeschäftigung bis zur Rechtskraft der Kündigungsschutzklage gemeint ist oder darüber hinaus (⇒ im letzteren Fall würden die hohen Anforderungen des dann für die Zeit danach einschlägigen § 259 ZPO fehlen!), überdies Auslegung, ob der Antrag unter einer *konkludenten* Bedingung des Erfolgs der Kündigungsschutzklage steht (so i.d.R. das BAG).

### June 2018:

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

**Materiell-rechtliche Probleme: Klageantrag 1 (Hauptantrag):** Klage auf Zahlung einer Abfindung aus einem Abwicklungsvertrag mit der Option vorzeitigen Ausscheidens durch Erklärung des Arbeitnehmers (gegen Zahlung dieser Zusatzabfindung): Zulässigkeit der Abkürzung der vereinbarten Ankündigungsfrist gegenüber § 622 BGB in teleologischer Reduktion von § 622 V 1 BGB, aber Notwendigkeit der Beachtung der gesetzlichen Schriftform der §§ 623, 126 I BGB für die Ausübung nötig (BAG NZA 2016, 361), daher keine Formwirksamkeit bei Erklärung durch Email: eine BAG-Entscheidung an der absoluten Schaltstelle der Klausur, da auch fast alle anderen Fragen dieser Klausur hiervon abhängen – (i.E. bedeutungslose) Hilfsüberlegungen zu diesem Anspruch (siehe Arbeitgebervortrag): Prüfung von konkludenter auflösender Bedingung des Nichteintritts einer fristlosen Kündigung vor dem Endtermin (Auslegungsfrage) und Rücktritt. – **Klageantrag 2:** Klage auf Zahlung eines Jahresbonus, der in das Ermessen des Arbeitgebers gestellt worden war. BAG: Arbeitnehmeranspruch auch ohne Höhenangabe denkbar, Bestimmung dann nach billigem Ermessen gemäß § 315 III BGB (BAG NZA 2017, 1595), Fehlen einer korrekten Ermessensausübung bei einer nicht aktuell betrieblich



verlassten Kürzung auf Null, überdies Frage der Ermessensreduzierung wegen bisher gleicher Handhabung (betriebliche Übung). – **Hilfsantrag 1** (Bedingungseintritt erfolgt): Kündigungsschutzklage gegen fristlose Kündigung wegen Verletzung des Wettbewerbsverbots (nach BAG §§ 60 ff HGB bei allen Arbeitnehmern), dabei im Fall tatsächlich Vorliegen einer Pflichtverletzung infolge des Formfehlers bei Ausübung des „Lösungsrechts“ (s.o.) und infolge einer Auslegung des Auflösungsvertrags: Vereinbarung des Sonderkündigungsrechts des AN zeigt Parteiwillen zur Fortgeltung des Wettbewerbsverbots bis zur *wirksamen* Vollbeendigung – Zweistufenprüfung des § 626 I BGB mit Wettbewerbsverstoß als tauglichem „Kündigungsgrund an sich“ (BAG NZA 2015, 429: dort sogar während laufenden Kündigungsschutzprozesses), aber sehr zweifelhafter Verhältnismäßigkeit aus folgenden Gründen: Rechtsirrtum des Arbeitnehmers über die Formwirksamkeit des eigenen Ausscheidens nach Einholung eines (unzutreffenden) anwaltlichen Rates (in einer lange umstrittenen Rechtsfrage), Gedanke des rechtmäßigen Alternativverhaltens (Arbeitgeber zielte nach der Abrede gerade auf die Beendigung des AV und damit auch des Wettbewerbsverbots!), recht geringe zeitliche Wirkung des Wettbewerbsverstoßes (Beginn nur zwei Monate vor der längst vereinbarten spätesten Beendigung des Arbeitsverhältnisses).

**Hilfsantrag 2:** Klage auf Zahlung des Entgelts für die Restlaufzeit bis Endtermin der Aufhebungsabrede: Abgrenzung zwischen § 611a II BGB wegen Erlasses (§ 397 BGB) der Arbeitsleistung und Verzugslohn gemäß §§ 611a II, 615 S. 1 BGB (nur letzteres wäre grds. widerruflich, im Fall keine ausdrückliche Abrede zur Frage der Unwiderruflichkeit): Voraussetzungen des Annahmeverzugs (hier nach Freistellungserklärung im Auflösungsvertrag und zusätzlicher Kündigungserklärung (bei Unwirksamkeit i.d.R. ein Fall von § 296 BGB) und v.a. Auswirkung der anderweitigen Tätigkeit des Arbeitnehmers: Abgrenzung zwischen Fall der Arbeitsunwilligkeit (⇔ wäre Fall von § 297 BGB, vgl. BAG NZA 2012, 1432; Pal./Weidenkaff § 615, RN 7) und bloßer Anrechenbarkeit des sog. Zwischenverdienstes des Arbeitnehmers gemäß §§ 615 S. 2 BGB, 11 KSchG (Problem bei letzterem wäre: kein Vortrag des insoweit darlegungspflichtigen Arbeitgebers für die Höhe dieses Verdienstes, Leistungsverweigerungsrecht wegen nicht erteilter Auskunft hierüber [nach BAG § 320 BGB i.V.m. § 74c II HGB analog] war nicht geltend gemacht): hier Fall von § 297 BGB zu befürworten, da kein Wille zur etwaigen Weiterarbeit beim Beklagten mehr [= Unterschied zum Normalfall der §§ 615 S. 2 BGB, 11 KSchG]).

### November 2017:

**Formale Aufgabenstellung:** Fertigung eines arbeitsgerichtlichen „Rumpfurteils“.

**Materiell-rechtliche Probleme:** Fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigung wegen Tötlichkeit 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 Verhältnismäßigkeitsprinzip). – Abfindungsanspruch nach § 1a I 1 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 wegen Gesetzeszweck (frühzeitige Planungssicherheit des Arbeitgebers) trotz Rückwirkungsfiktion 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 mehrfachem aktivem Handeln wie bei Zahlungen (vgl. ErfK/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 Präklusion wegen 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 Rückwirkungsfiktion 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 u.a.).

**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 Ausschluss eines Arbeitnehmeranspruchs auf umfangreichere Beschäftigung und gleichzeitigem 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 Krankengeld (sozialrechtliche Leistung nach Ablauf der – vorliegend im „Altarbeitsvertrag“ 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 eintretende 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 „Rosinenlösung“ 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 Unklarheitenregelung von § 305c II BGB, keine Intransparenz gemäß § 307 I 2 BGB, keine Unangemessenheit gemäß §§ 307 I 1, 310 III Nr. 3 BGB.