



Ab dem Hauptstudium
bis zum Referendariat

JSR *JURA*
INTENSIV

CRASHKURS

Arbeitsrecht

- ▶ Kompakte Darstellung des materiellen Rechts
- ▶ Prüfungsschemata und Definitionen
- ▶ Aktuelle Rechtsprechungsauswertung
- ▶ Examenstipps

STAND
Januar 2024

9. Auflage

Herr **Dr. Dirk Schweinberger** ist Assessor und Franchisenehmer des Repetitoriums *Jura Intensiv* in Frankfurt, Gießen, Heidelberg, Mainz und Marburg. Er wirkt seit über 22 Jahren als Dozent des Repetitoriums und ist Redakteur der Ausbildungszeitschrift RA – Rechtsprechungs-Auswertung. In den Skriptenreihen von Jura Intensiv ist er Autor bzw. Co-Autor der Skripte: Strafrecht AT I und II, Strafrecht BT I und II, Irrtumslehre, Arbeitsrecht, Crashkurs Strafrecht, Crashkurs Strafrecht Bayern, Crashkurs Sammelausgabe Handels- & Gesellschaftsrecht, Crashkurs Arbeitsrecht, Crashkurs Assex Strafurteil, Kompakt Strafrecht, Basis-Fälle Handelsrecht, Basis-Fälle Strafrecht AT, Basis-Fälle Strafrecht BT I und II.

Autor

Dr. Dirk Schweinberger

Verlag und Vertrieb

Jura Intensiv Verlags UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG
Duisburger Straße 95
46535 Dinslaken
info@verlag.jura-intensiv.de
www.verlag.jura-intensiv.de

Druck und Bindung

Druckerei Busch GmbH, Raiffeisenring 31, 46395 Bocholt

ISBN 978-3-96712-149-0

Dieses Skript oder Teile dieses Skriptes dürfen nicht vervielfältigt, in Datenbanken gespeichert oder in irgendeiner Form übertragen werden ohne die schriftliche Genehmigung des Verlages.

© 2024 Jura Intensiv Verlags UG & Co. KG

Inhaltsverzeichnis

Crashkurs Arbeitsrecht

Die Arbeitnehmereigenschaft

A. Voraussetzungen der Arbeitnehmereigenschaft.....	1
B. Zulässigkeit der Klage: Eröffnung des Rechtswegs.....	2

Der Lohnanspruch – Das MiLoG

Der Lohnanspruch – Das MiLoG.....	5
-----------------------------------	---

Die AGB Kontrolle im Arbeitsrecht

A. Grundlagen.....	7
B. Prüfungsschema.....	8
C. Einzelfälle.....	10

Benachteiligungen nach AGG

Benachteiligungen nach AGG.....	18
---------------------------------	----

Verzug und Unmöglichkeit

Verzug und Unmöglichkeit.....	24
-------------------------------	----

Urlaubsrecht

A. Grundzüge.....	28
B. Der Teilurlaub.....	28
C. Der Abgeltungsanspruch.....	30
D. Schadensersatzanspruch.....	31
E. Der Urlaub des Teilzeitbeschäftigten.....	32

Entgeltfortzahlung (vor allem im Krankheitsfall)

A. Bei Krankheit.....	33
B. Bei Feiertagen.....	38
C. Nach Kündigung, § 8 EFZG.....	38

Haftung im Betrieb

A. Haftung des Arbeitnehmers für Sachschäden.....	39
B. Haftung des Arbeitgebers für Personenschäden.....	40
C. Haftung der Arbeitnehmer untereinander für Personenschäden.....	41
D. Gestörte Gesamtschuld.....	41

Beendigungsstreitigkeiten - Abmahnung als milderer Mittel zur Kündigung

Beendigungsstreitigkeiten - Abmahnung als milderer Mittel zur Kündigung.....	42
--	----

Änderungskündigung als milderer Mittel zur Kündigung

Änderungskündigung als milderer Mittel zur Kündigung.....	45
---	----

Der Streitgegenstand bei Kündigungsschutzklagen

A. Die allgemeine Feststellungsklage nach §§ 256, 495 I ZPO, § 46 II 1 ArbGG.....	47
B. Die Feststellungsklage nach § 4 S. 1 KSchG.....	48
C. Die Feststellungsklage nach § 4 S. 1 KSchG i.V.m. § 256 ZPO („Kombinierter Antrag“).	49

Die Klage des Arbeitnehmers - insbesondere bei Beendigungsstreitigkeiten

A. Zulässigkeit der Klage.....	50
B. Begründetheit der Klage des Arbeitnehmers bei Beendigungsstreitigkeiten.....	53

Kündigung

A. Die personenbedingte Kündigung.....	69
B. Die verhaltensbedingte Kündigung.....	73
C. Die betriebsbedingte Kündigung.....	75
D. Die Druckkündigung.....	80
E. Außerordentliche Kündigung, § 626 BGB.....	81

Betriebsübergang

Betriebsübergang.....	89
-----------------------	----

Die Anfechtung des Arbeitsvertrages

A. Wirkung der Anfechtung.....	93
B. Anfechtungsfristen.....	93
C. Anfechtungsgründe.....	94

Der befristete Arbeitsvertrag

A. Spannungsverhältnis zwischen § 620 BGB und KSchG.....	98
B. Regelungssystem des TzBfG.....	98
C. Materielle Präklusion, § 17 TzBfG.....	99
D. Schriftform.....	99
E. Die Zeitbefristung ohne Sachgrund.....	100
F. Der sachliche Grund für die Befristung.....	101
G. Der sachliche Grund bei Kettenarbeitsverträgen.....	104

Der Aufhebungsvertrag

A. Zulässigkeit eines Feststellungsantrags.....	105
B. Begründetheit.....	106

Wiedereinstellungsanspruch

Wiedereinstellungsanspruch.....	109
---------------------------------	-----

Weiterbeschäftigungsanspruch im laufenden (Kündigungsschutz-)Prozess

Weiterbeschäftigungsanspruch im laufenden (Kündigungsschutz-)Prozess.....	110
---	-----

Gleichbehandlung/Gratifikation

A. Allgemeine Grundsätze.....	112
B. Betriebliche Übung.....	112
C. Rückzahlungs- und Stichtagsklauseln.....	115
D. Spezielle Gleichbehandlungsansprüche, z.B. TzBfG.....	116

Die Arbeitnehmereigenschaft

A. Voraussetzungen der Arbeitnehmereigenschaft

Grüneberg/Weidenkaff, Einf v § 611 Rn 1 - 15

Für die Klausur: Zunächst ist zu prüfen, ob zwischen den Parteien das Vorliegen eines Arbeitsvertrags explizit vereinbart ist. Erst wenn dies zu verneinen ist, darf auf das Abgrenzungsproblem eingegangen werden.

Ausgangspunkt: Definition in § 611a I BGB. (Kritik am neuen Gesetz z.B. bei: Richardi, NZA 2017, 36 ff.)

Definition: **Arbeitnehmer** ist, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann; der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.

Zur Auslegung ist auf die Rechtsprechung des BAG vor Geltung des § 611a BGB zurückzugreifen (Henssler, ZAP 2017, 357, 359; vgl. auch **RA 2017, 249 f.**):

Maßgebend ist die persönliche Abhängigkeit (Weisungsgebundenheit).

Vgl. ergänzend die Wertungen in § 84 I 2 HGB und § 7 I SGB IV („Tätigkeit nach Weisungen“ und die „Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers“).

Indizien für **persönliche Abhängigkeit**:

- Arbeitnehmer schuldet i.d.R. einem Arbeitgeber seine ganze Arbeitskraft,
- ist in den Betrieb eingegliedert (vgl. § 7 I 2 SGB IV),
- ist weisungsgebunden (vgl. § 7 I 2 SGB IV, § 84 I 2 HGB), auch bzgl. seiner Arbeitszeit (vgl. § 84 I 2 HGB),
- darf die geschuldete Leistung nur in eigener Person erbringen,
- benutzt fremde Arbeitsmittel,
- bezieht ein festes Gehalt,
- führt Lohnsteuer und Sozialabgaben ab und
- erhält bei Urlaub und Krankheit Lohnfortzahlung.

Verpflichtet sich eine **Artistengruppe**, für die Dauer einer Saison gegen Tageshonorar mit einer bestimmten Darbietung in einem Zirkus aufzutreten, so sind die Artisten in der Regel keine Arbeitnehmer des Zirkus. Bei der zugrunde liegenden Vereinbarung handelt sich vielmehr um einen **freien Dienstvertrag** ohne eine Verpflichtung des Zirkus zur Anmeldung der Artisten zur Krankenversicherung oder zur Einhaltung der Vorgaben des Kündigungsschutzgesetzes (BAG, 9 AZR 98/14).

Problem: Abgrenzung zum Werkvertrag

Während Gegenstand eines Werkvertrags ein bestimmter Erfolg und Gegenstand eines Dienstvertrags das Tätigwerden als solches ist, wird bei einem Arbeitsverhältnis die vereinbarte Tätigkeit weisungsgebunden, d.h. in persönlicher Abhängigkeit geleistet. Welches dieser Rechtsverhältnisse vorliegt, ist anhand einer Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalls zu ermitteln. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist letztere maßgebend (BAG, 10 AZR 282/12).

B. Zulässigkeit der Klage: Eröffnung des Rechtswegs**Problem: Muss der Arbeitnehmerstatus zur Eröffnung des Arbeitsrechtsweges tatsächlich vorliegen?****1. „sic-non-Fall“**

Merke: „**sic-non-Fall**“ („wenn nicht, dann nicht“): Geltend gemachter Anspruch kann nur auf arbeitsrechtliche Anspruchsgrundlagen gestützt werden

z.B.: Klage auf Feststellung des Bestehens eines Arbeitsvertrages

Ist Kläger kein Arbeitnehmer, ist Klage **unbegründet**, da andernfalls kein rechtskräftiges Urteil möglich und Verweisung an anderen Rechtsweg sinnlos

Beachte: Prozessual:

Es genügt, wenn der Arbeitnehmer die bloße Rechtsbehauptung aufstellt, er sei Arbeitnehmer.

2. „aut-aut-Fall“

Merke: „**aut-aut-Fall**“ („entweder oder“): Anspruch kann auf arbeits- oder bürgerlich-rechtliche Anspruchsgrundlagen gestellt werden, die sich gegenseitig ausschließen.

z.B.: Zahlungsklage und str. ob Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter

Ist Kläger kein Arbeitnehmer, ist Klage unzulässig!

Beachte: Prozessual:

In aut-aut-Fällen muss der Tatsachenvortrag zur Arbeitnehmereigenschaft zumindest **schlüssig** sein. Die Darlegungslast des Prozessgegners (hier des Arbeitgebers) ist in Bestehen und Umfang davon abhängig, wie die darlegungspflichtige Partei vorgetragen hat. Fehlt es bereits an einem schlüssigen Tatsachenvortrag, besteht auch keine Erklärungslast. Wurden zwar alle zur Begründung des behaupteten Rechts erforderlichen Tatsachen vorgetragen, aber nicht näher konkretisiert, so genügt ein einfaches Bestreiten. Hat der Kläger substantiiert vorgetragen, trifft den Gegner die Pflicht zur konkreten Erwidernach § 138 II ZPO. Der Arbeitgeber muss in diesem Fall konkrete Tatsachen vortragen und unter Beweis stellen, welche dafür sprechen, dass ein freier Dienst- oder ein Werkvertrag gegeben ist (LAG Frankfurt, 16 Ta 134/12).

Der Lohnanspruch – Das MiLoG

§ 1 I MiLoG beinhaltet i.V.m. § 611a II BGB die zivilrechtliche Anspruchsgrundlage des Arbeitnehmers für die Zahlung eines Arbeitsentgelts mindestens in Höhe des Mindestlohns. Seit dem 01.10.2022 beträgt er 12 € (vgl. § 1 II MiLoG), seit dem 1.1.24 12,41 €.

Dieser gilt auch für Feiertage und Krankheitszeiten (BAG, 10 AZR 191/14, für einen tariflichen Mindestlohn).

Problem: Verhältnis zum Lohnwucher gem. § 138 BGB

Lohnwucher gem. § 138 II BGB, wenn der Arbeitslohn den in der entsprechenden Branche und Region üblichen Tariflohn um **mehr als ein Drittel unterschreitet** (LAG Mecklenburg-Vorp., 5 Sa 284/21, **RA-Telegramm 2022, 94**).

Beispiel: Tariflohn 21 €. Arbeitgeber zahlt 13 €. Kann ein Lohn über dem Mindestlohn sittenwidrig sein?

Für die Fortgeltung der bisherigen Rechtsprechung zum Lohnwucher spricht, dass der gesetzliche Mindestlohn als eigenständiger Anspruch neben die bisherigen Anspruchsgrundlagen tritt, diese aber nicht verändert. Die Folge des MiLoG kann schwerlich sein, dass bisher sittenwidrige Löhne durch das MiLoG quasi legitimiert werden sollten, sofern sie nur über dem allgemeinen Mindestlohn liegen (MK/Müller-Glöge, § 1 MiLoG Rn 4).

Die für § 138 BGB notwendige *verwerfliche Gesinnung* ist indiziert, wenn der Wert der Arbeitsleistung (mindestens) doppelt so hoch ist wie der Wert der Vergütung (BAG, 5 AZR 814/14).

Problem: Anrechnung anderer Lohnbestandteile

Zulässig, wenn sie mit dem „eigentlichen“ Lohn **funktional gleichwertig** sind.

Mindestlohnwirksam, das heißt geeignet, den Mindestlohnanspruch zu erfüllen, sind alle im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis erbrachten Entgeltzahlungen mit Ausnahme der Zahlungen, die der Arbeitgeber ohne Rücksicht auf eine tatsächliche Arbeitsleistung des Arbeitnehmers erbringt oder die auf einer besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung (z.B. § 6 V ArbZG) beruhen (sog. „Entgelttheorie“, BAG, 5 AZR 135/16). Demgegenüber wird in der Lehre die „Normalleistungstheorie“ vertreten (Däubler, NJW 2014, 1924, 1926; Brors, NZA 2014, 938, 940). Hiernach können auf den Mindestlohn nur Entgelte und Zuschläge angerechnet werden, welche die „normale“ Arbeitsleistung vergüten.

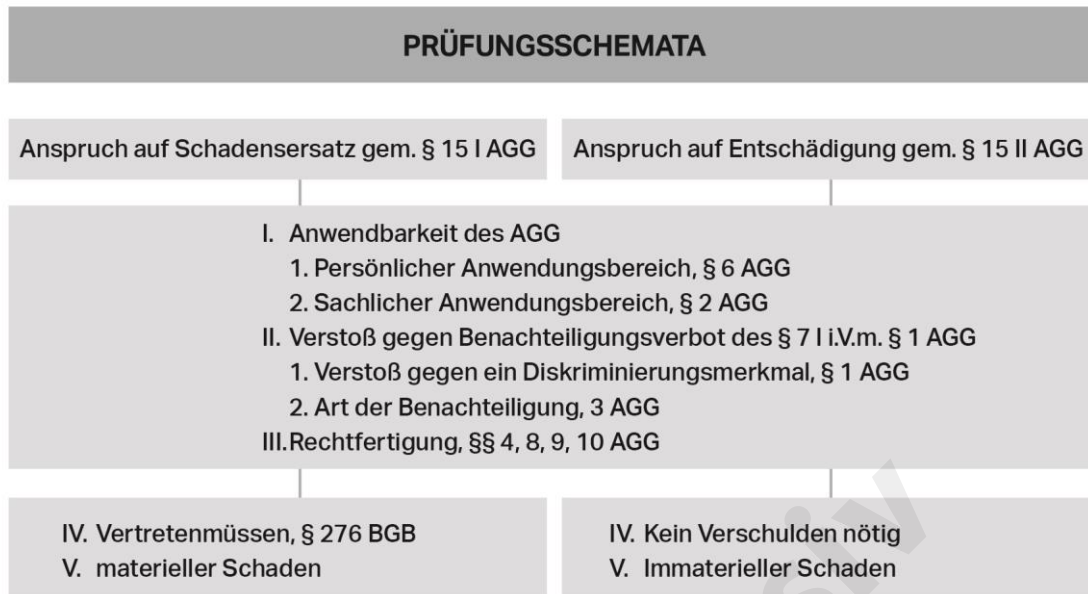
Dieser Streit wirkt sich aus auf **Sonn- und Feiertagszuschläge**. Nach BAG können auch diese angerechnet werden. Dies beruht darauf, dass der Mindestlohn nach § 1 II 1 MiLoG „je Zeitstunde“ festgesetzt ist und das Gesetz den Anspruch nicht von der zeitlichen Lage der Arbeit oder den mit der Arbeitsleistung verbundenen Umständen oder Erfolgen abhängig macht (BAG, 5 AZR 69/17, **RA-Telegramm, 2018, 73**).

Das BAG lehnt es auch ab, den Mindestlohn für jede Arbeitsstunde separat zu berechnen. Maßgeblich ist alleine der **Durchschnittslohn**.

Beispiel: A erhält im Juli '23 an 20 Stunden 11 € Stundenlohn. Wegen Feiertagsarbeit erhält er für 6 Stunden einen „Feiertagszuschlag“ von 4,33 €, also 15,33 €. Ergibt: $20 \times 11 \text{ €} + 6 \times 15,33 \text{ €} = 312 \text{ €}$: 26 Stunden = 12 €, also ist im Juli '23 der Mindestlohnanspruch erfüllt.

Die Kehrseite dieser Rechtsprechung ist also, dass jeglicher finanzieller Anreiz, an Sonn- und Feiertagen besondere Arbeiten zu leisten, verloren geht. Solange ein Differenzvergütungsanspruch besteht, wirken die arbeitsvertraglich vereinbarten Prämien, Zulagen und Zuschläge nicht, oder anders gesagt, auf Feiertagszuschläge und Anwesenheits- oder Sauberkeitsprämie kann der Arbeitnehmer „pfeifen“, solange er nicht mehr als den Mindestlohn erhält (Kock, NJW 2018, 2588, 2589).

Benachteiligungen nach AGG



Grüneberg/Ellenberger, Einl AGG 1 Rn 3; AGG 1 Rn 7; AGG 2 Rn 2 - 4, 14 - 17 (Kündigungsschutz); AGG 3 Rn 9; AGG 5 Rn 2; **Grüneberg**/Weidenkaff, AGG 6 Rn 2 - 5; AGG 7 Rn 2, 6 - 8; AGG 9 Rn 2 - 5; AGG 10 Rn 1 - 3

I. Anwendbarkeit des AGG

1. Persönlicher Anwendungsbereich

a) Geschützter Personenkreis

- aa) Arbeitnehmer, § 6 I 1 Nr. 1 AGG
- bb) Auszubildende, § 6 I 1 Nr. 2 AGG
- cc) Arbeitnehmerähnliche Selbstständige, § 6 I 1 Nr. 3 AGG
- dd) Bewerber und ehemals Beschäftigte
- ee) Selbstständige und Organmitglieder, § 6 III AGG

b) Verpflichtete

- aa) Arbeitgeber, § 6 II 1 AGG
- bb) Entleiher bei Arbeitnehmerüberlassung, § 6 II 2 AGG
- cc) Arbeitnehmer, § 7 III, 12 III AGG

2. Sachlicher Anwendungsbereich, § 2 AGG (lies vor allem § 2 I AGG)

II. Verstoß gegen Benachteiligungsverbot des § 7 I i.V.m. § 1 AGG

1. Verstoß gegen ein Diskriminierungsmerkmal, § 1 AGG

2. Arten der Benachteiligung

- **Unmittelbare Benachteiligung, § 3 I AGG**

→ weniger günstige Behandlung einer Person gegenüber einer anderen in einer vergleichbaren Situation wegen eines verpönten Merkmals gem. § 1 AGG

Problem: „**AGG-Hopping**“ (Fälle, in denen subjektiv keine ernsthafte Bewerbung vorliegt und der Bewerber objektiv für die Stelle nicht geeignet ist, sondern es nur auf die Entschädigung abgesehen hat.)

Die **objektive Eignung** ist **keine** ungeschriebene Voraussetzung der Bewerbereignung, aber auch kein Kriterium mehr der „vergleichbaren Situation“ i.S.d. § 3 I AGG (BAG, 8 AZR 470/14; unter Aufgabe von BAG, 8 AZR 429/11, Rn 34; bestätigt: BAG, 8 AZR 4/15; vgl. **Grüneberg/Weidenkaff**, § 15 AGG Rn 6 aE).

Die neue Rechtsprechung führt aber nicht dazu, dass die objektive Eignung von Bewerbern und die subjektive Ernsthaftigkeit ihrer Bewerbung für das Durchgreifen von Entschädigungsansprüchen nun völlig belanglos sind. Sie sind künftig beim **Einwand des Rechtsmissbrauchs gem. § 242 BGB** zu berücksichtigen. (**Gutachten:** Prüfung am Ende des Prüfungsschemas, wenn also festgestellt wurde, dass „eigentlich“ ein Entschädigungsanspruch besteht.) Das BAG betont, dass die Ausnutzung der Rechtsstellung als Bewerber unter engen Voraussetzungen rechtsmissbräuchlich ist, wenn die Bewerbung nicht den Zweck hatte, die ausgeschriebene Stelle zu erhalten, sondern es darum ging, den formalen Status als Bewerber zu erlangen mit dem ausschließlichen Ziel, eine Entschädigung geltend zu machen. Nach EuGH, C-423/14, **RA 2016, 473**, stehen dieser Rechtsprechung bei subjektiv nicht ernsthaften Bewerbungen keine unionsrechtlichen Bedenken entgegen (gute Darstellung der Entwicklung der Rspr. bei Krieger/Müller, ArbRAktuell 2017, 57).

In der o.g. Entscheidung hat der EuGH entschieden, dass ein Bewerber, der sich nur bewirbt, um den „formalen Status als Bewerber zu erlangen“ [Rn 29], sich nicht auf den durch die EU-Richtlinien gewährten Schutz berufen könne [Rn 35]. Mithin suche er i.S.d. Richtlinien keinen „Zugang zur Beschäftigung oder zu abhängiger Erwerbstätigkeit“.

Ausreichend ist auch die irrige Annahme eines verpönten Merkmals, § 7 I 2. HS AGG.

Examenstipp:

Bewerbungsverfahren: „Deutsch als Muttersprache“

Ein Arbeitgeber, der in einer Stellenausschreibung „Deutsch als Muttersprache“ verlangt, verstößt gegen das Benachteiligungsverbot aus §§ 7 I, 1 AGG. Dieses Auswahlkriterium meint nicht lediglich eine perfekte Beherrschung der Sprache, sondern soll eine unmittelbare Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft darstellen (LAG Hessen, 16 Sa 1619/14; Revision beim BAG eingelegt: 8 AZR 402/15; dem § 3 II AGG zugeordnet von MK-Thüsing, § 3 AGG Rn 50). Die Anforderung „Muttersprache“ dürfte nur erlaubt sein, wenn der Beruf etwa die Kenntnis von Spracheigentümlichkeiten des jeweiligen Landes voraussetzt, die in der Regel nur ein Muttersprachler kennt, etwa bei einem Dolmetscher oder Übersetzer. Zulässig ist: „sehr gute deutsche Sprachkenntnisse“ oder „verhandlungssicheres Deutsch“.

- **Mittelbare Benachteiligung, § 3 II AGG** (vgl. **Grüneberg**/Ellenberger, § 3 AGG Rn 3)
→ Benachteiligung durch scheinbar neutrale Vorschriften, Maßnahmen, Kriterien oder Verfahren, die sich faktisch diskriminierend auswirken

Examenstipp:

Mindestgrößen bei bestimmten Berufsbildern

Bspl.: Mindestgröße für Cockpit-Personal (LAG Köln, 5 Sa 75/14) oder Mindestgröße für Bundespolizisten (VG Schleswig, 12 A 120/14, **RA 2015, 259**) ist eine mittelbare Benachteiligung von Frauen.

Die Prüfung, ob eine mittelbare Diskriminierung vorliegt, erfolgt in den folgenden **Prüfungsschritten**:

1. Zunächst erfolgt eine Gruppenbildung nach nicht ausdrücklich verbotenen Kriterien. Zum Beispiel unterscheidet der Arbeitgeber bei einer Maßnahme zwischen Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigten.
2. Anschließend wird die eine Gruppe kollektiv und unmittelbar im Sinne von § 3 I AGG benachteiligt. Das kann dadurch geschehen, dass nur die andere Gruppe Vorteile erhält oder dadurch, dass die fragliche Gruppe direkt schlechter behandelt wird. Zum Beispiel wird Teilzeitbeschäftigten keine Gratifikation gewährt.
3. Falls die Benachteiligung der gebildeten Gruppe nun – statistisch betrachtet – in besonderer Weise diejenigen betrifft, die durch Diskriminierungsverbote geschützt werden sollen – also etwa mehr Frauen als Männer – weil diese in der gebildeten und benachteiligten Gruppe im Verhältnis zur anderen Gruppe überrepräsentiert sind, liegt der Tatbestand einer mittelbaren Diskriminierung vor.
4. Eine mittelbare Diskriminierung ist aber ausnahmsweise zulässig, wenn diese statistische „besondere Betroffenheit“ einer vom AGG geschützten Gruppe nur Nebenprodukt eines erlaubten Ziels ist. Wer also etwa das erlaubte Ziel verfolgt, nur die Betriebstreue unbefristet Beschäftigter durch ein Weihnachtsgeld zu belohnen, darf die befristet Beschäftigten von der Zahlung ausnehmen, auch wenn diese Maßnahme ganz überwiegend Frauen trifft.

Achtung: Bei der mittelbaren Benachteiligung ist also bereits bei ihrer tatbestandlichen Feststellung das Vorliegen sachlich gerechtfertigter Gründe für die Ungleichbehandlung zu prüfen!

- **Belästigung, § 3 III AGG**
Entspricht weitgehend „Mobbing“ (Klausur zum Schadensersatz wg. Mobbings: Brose/Ulber, JuS 2012, 721)
- **Sexuelle Belästigung, § 3 IV AGG**

Merke: (Sexuelle) Belästigungen können nicht gerechtfertigt werden!

- **Beweislast, § 22 AGG:** Beweis von Indizien (**Grüneberg**/Grüneberg, § 22 AGG Rn 2)
z.B.: Formulierungen in Stellenanzeigen, auffällig kurzes Vorstellungsgespräch, transsexuelle Bewerberin wird nicht als Frau wahrgenommen (BAG, 8 AZR 421/14); die bloße Verletzung von Verfahrensvorschriften (z.B. aus § 164 I SGB IX) löst für sich alleine jedoch nicht die Vermutungswirkung des § 22 AGG aus, vielmehr ist eine Gesamtbetrachtung nötig (BAG, 8 AZR 547/13)

III. Rechtfertigung, §§ 5, 8, 9, 10 AGG

1. allgemeiner Rechtfertigungsgrund, § 8 AGG

(+), wenn Merkmal für den Arbeitgeber unverzichtbar ist

wenn das verpönte Merkmal nicht bloß erwünschte Nebeneigenschaft ist, sondern der Arbeitnehmer gerade dafür bezahlt wird, es also Bestandteil seiner entgoltenen Leistung ist

Dies ist z.B. der Fall, wenn für ein Mädcheninternat explizit nur eine Mitarbeiterin gesucht wird, weil die zu besetzende Stelle auch mit Nachtdiensten verbunden ist (BAG, 8 AZR 536/08).

2. allg. RFG, § 5 AGG

erfasst vor allem „Frauenquoten“

3. Besonderer RFG für Religion und Weltanschauung, § 9 AGG

kirchliches Selbstbestimmungsrecht

4. Besonderer RFG des Alters, § 10 AGG

Z.B., wenn Großkanzlei einen „Berufseinsteiger mit max. 2 Jahren Berufserfahrung“ sucht, weil die dem Partner bloß „dienende“ Funktion von erfahrenen Anwälten nicht konfliktfrei übernommen wird (BAG, 8 AZR 429/11).

Allein aufgrund des Zusammenspiels mehrerer verpönter Merkmale gibt es jedoch **keine** vom AGG verbotene „**intersektionelle Benachteiligung**“. Nach der Systematik des AGG ist jede Benachteiligung im Hinblick auf jeden in § 1 AGG aufgeführten einzelnen Grund gesondert zu überprüfen. Dies findet seine Bestätigung in § 4 AGG, der die unterschiedliche Behandlung wegen mehrerer Gründe i.S.v. § 1 AGG regelt, dabei allerdings keine neue, aus der Kombination mehrerer dieser Gründe resultierende Diskriminierungskategorie schafft, die sich dann feststellen ließe, wenn eine Diskriminierung wegen dieser Gründe – einzeln betrachtet – nicht nachgewiesen ist (BAG, 8 AZR 604/16, **RA 2018, 309**).

IV. Verschulden

§ 15 I AGG verlangt Verschulden (vermutet gem. S. 2)

§ 15 II AGG ist verschuldensunabhängig, jedoch können sich der Grad eines etwaigen Verschuldens und die Schwere der Beeinträchtigung auf die Höhe des Entschädigungsanspruchs auswirken (BAG, NZA 2010, 1129 ff.)

V. Rechtsfolgen

1. Primäre Rechtsfolgen

- Benachteiligende Weisungen bzw. Kündigungen sind gem. § 134 BGB unwirksam
- Tatsächliche Maßnahmen (Belästigungen) sind zu unterlassen, § 1004 BGB analog
- Das AGG gewährt niemals einen Anspruch auf Vertragsschluss, also **kein Anspruch auf Begründung des AV oder auf Beförderung**.

2. Diskriminierende Vereinbarungen

gem. § 7 II AGG unwirksam

Folge: Angleichung „nach oben“

3. Sekundäre Rechtsfolgen

a) § 15 I AGG: Schadensersatz auf positives Interesse

Merke: § 15 I AGG ist eigene Anspruchsgrundlage und Spezialvorschrift zu § 280 I BGB.

Andernfalls droht vor allem eine Umgehung der Ausschlussfrist des § 15 IV AGG. Die Formulierung des § 15 V AGG, dass „im Übrigen Ansprüche unberührt bleiben“ bedeutet lediglich, dass die allgemeinen Regelungen nur insoweit zur Anwendung kommen sollen, als § 15 AGG keine eigene Regelung trifft. Hinsichtlich des Anspruchs auf Ersatz materieller Schäden auf (vor-) vertraglicher Grundlage ist dies aber in § 15 I AGG geschehen (BAG, 8 AZR 188/11 Rn 43 ff. m.w.N.; **Grüneberg**/Weidenkaff, AGG, § 15 Rn 10; **a.A.:** KR-Treber, § 15 AGG Rn 8 [sogar ohne Geltung der Ausschlussfrist für § 280 I BGB]; Schaub/Link, ArbR-Hdb, § 36 Rn 102 [Ausschlussfrist des § 15 IV AGG gelte aber auch für § 280 I BGB]).

Die nach § 249 I BGB vorgesehene Naturalrestitution ist aber wegen Abs. 6 weitgehend ausgeschlossen. In Betracht kommt vor allem der Ersatz des entgangenen Gewinns (**§ 252 BGB**). **Haftungsobergrenzen** sind nötig, da z.B. bei Nichteinstellungen oder Kündigungen schwerlich der entgangene Lohn bis zum Renteneintritt im Sinne einer „lebenslangen Sofortrente“ geschuldet sein kann. Bei Nichteinstellung ist der bis zum 1. hypothetischen Kündigungstermin entgangene Lohn anzusetzen; bei Nichtbeförderung gelten die §§ 9, 10 KSchG analog (**Grüneberg**/Weidenkaff, § 15 AGG Rn 5; str.).

b) § 15 II AGG: Entschädigung (immaterieller Schaden)

Neben dem materiellen Schaden wird auch der immaterielle Schaden ersetzt. Die Entschädigung muss dem rechtswidrig und schuldhaft Diskriminierten eine angemessene Genugtuung für die durch die Benachteiligung zugefügte Herabsetzung oder Zurücksetzung verschaffen. Die EG-Richtlinien verlangen ein Schmerzensgeld, das wirksam, verhältnismäßig und abschreckend ist.

Es kann auf die Elemente und Kriterien zurückgegriffen werden, die im Zusammenhang mit **§ 253 II BGB** entwickelt wurden. Die Auswirkungen der Diskriminierung und die subjektiven Momente in der Person des Arbeitgebers spielen eine bedeutsame Rolle. Wenn ein Beschäftigter aus mehreren Gründen unzulässig benachteiligt oder belästigt worden ist, erhöht sich die Ersatzsumme (**Grüneberg**/Weidenkaff, § 15 AGG Rn 6).

Sucht ein Unternehmen ausdrücklich "Mitarbeiter zwischen 25 und 35 Jahren", so liegt hierin eine Benachteiligung älterer Bewerber wegen ihres Alters. Diese können selbst dann eine Entschädigung verlangen, wenn der Arbeitgeber keinen Bewerber eingestellt hat, die Stelle also unbesetzt geblieben ist. Voraussetzung des Entschädigungsanspruchs ist allerdings, dass der ältere Bewerber für die Stelle objektiv geeignet war und eine Einstellung wegen seines Alters unterblieben ist (BAG, 8 AZR 285/11). Fehlt es der Bewerbung hingegen an Ernsthaftigkeit („AGG-Hopper“), so scheidet ein Entschädigungsverlangen wegen Rechtsmissbrauchs aus (LAG Berlin-Brandenburg, 21 Sa 1380/13).

Klausurhinweis:

Aufgrund der Funktion der Entschädigung, eine „wirklich abschreckende Wirkung“ zu erzielen, ist ein Nachweis des exakten Schadensumfangs entbehrlich. Er kann in einem **unbezifferten Klageantrag** geltend gemacht werden, dabei obliegt es dem Kläger lediglich Tatsachen zu benennen, die das Gericht bei der Bestimmung des Betrages heranziehen soll, und die Größenordnung der geltend gemachten Forderung anzugeben.

Examenstipp:**Entschädigung neben Kündigungsschutz**

BAG, 8 AZR 838/12, RA 2014, 81; 6 AZR 190/12

§ 2 IV AGG, wonach für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz gelten, steht einem Entschädigungsanspruch gem. § 15 II AGG nicht entgegen. Wortlaut und Zweck des § 2 IV AGG sprechen dafür, dass lediglich die Überprüfung der Wirksamkeit einer Kündigung nach dem AGG ausgeschlossen sein soll, nicht aber die Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts. Daher **kann im Fall einer diskriminierenden Kündigung auch ohne Erhebung einer Kündigungsschutzklage eine Entschädigung nach § 15 II AGG verlangt werden** (LAG Bremen, 1 Sa 29/10). **Vor allem aber kann der Arbeitnehmer parallel gegen die Kündigung klagen und eine Entschädigung verlangen** (BAG, 8 AZR 838/12, RA 2014, 81; 6 AZR 190/12).

Merkwürdigkeit:

Nichtvermögensschaden (§ 15 II AGG verlangt kein Verschulden) ist leichter ersetzbar als Vermögensschaden (§ 15 I AGG verlangt ein Verschulden).

4. Zweistufige Ausschlussfrist, § 15 IV AGG, § 61b ArbGG**Examenstipp:****§ 15 IV AGG und § 61b ArbGG**

Diese zweistufige Ausschlussfrist ist vielen Prüflingen unbekannt!

1. Stufe: § 15 IV AGG:

Arbeitnehmer können Ansprüche auf Entschädigung oder Schadensersatz nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) gem. § 15 IV 1 AGG nur **innerhalb von zwei Monaten schriftlich** geltend machen. (Zum Fristbeginn lies § 15 IV 2 AGG.)

§ 167 ZPO findet Anwendung (BAG, 8 AZR 662/13). Diese Entscheidung steht im Widerspruch zu oben dargestellter Entscheidung BAG, 4 AZR 421/15, wonach § 167 ZPO keine Anwendung auf (tarifliche) Ausschlussfristen findet (näher hierzu Boemke, JuS 2017, 76, 77 f.).

§ 15 IV 1 AGG ist wirksam und verstößt insbesondere nicht gegen europarechtliche Vorgaben. Bei Ablehnung einer Bewerbung beginnt die Frist zu laufen, sobald der Bewerber von der Benachteiligung Kenntnis erlangt hat (BAG, 8 AZR 160/11; 8 AZR 188/11).

Diese Frist gilt für alle Schadensersatzansprüche wegen Diskriminierung aufgrund von im AGG genannter Merkmale und damit auch für Ansprüche auf anderer Rechtsgrundlage (BAG, 8 AZR 188/11).

2. Stufe: § 61b ArbGG:

Eine Klage auf **Entschädigung nach § 15 II AGG (Grüneberg/Ellenberger, § 15 AGG Rn 7)** muss innerhalb von drei Monaten, nachdem der Anspruch schriftlich i.S.d. § 15 IV AGG geltend gemacht worden ist, erhoben werden.

Wie bei der Kündigungsschutzklage hat die Versäumung der Klagefrist zur Folge, dass die Klage **unbegründet** ist.

Das Crashkursskript richtet sich an Examenskandidaten und Referendare und vermittelt kompakt das materielle Recht. Es dient dem schnellen Wiederholen des Examenswissens und gibt einen Überblick über die essenziellen Examensthemen, die in der Klausur und der mündlichen Prüfung immer präsent sein müssen.

Der Schwerpunkt dieses Skripts liegt auf den Beendigungsstreitigkeiten und den klassischen Zahlungsansprüchen. Die Beendigungsstreitigkeiten sind im klausurtypischen Klageschema (Zulässigkeit und Begründetheit) dargestellt.

In dieser **Crashkurs-Reihe** sind erhältlich:

- ▶ Zivilrecht
- ▶ Strafrecht
- ▶ Arbeitsrecht
- ▶ Handels- & Gesellschaftsrecht – MoPeG
- ▶ Öffentliches Recht (länderspezifisch):
 - Baden-Württemberg
 - Bayern
 - Berlin
 - Brandenburg
 - Hamburg
 - Hessen
 - Niedersachsen
 - Nordrhein-Westfalen
 - Rheinland-Pfalz
 - Saarland
 - Sachsen
 - Sachsen-Anhalt
 - Thüringen

ISBN 978-3-96712-149-0

