

Arbeitsrechtliche Aspekte im Notariat

Rechtsanwalt Dr. Christoph Roos, Bonn

Als Notar trägt man nicht nur Verantwortung als Träger eines öffentlichen Amtes, sondern auch als Arbeitgeber. Dies stellt Notarassessoren bei der Übernahme des ersten eigenen Amtes vor besondere Aufgaben. Doch auch Notare fortgeschrittenen Dienst- und Lebensalters werden es mitunter als Herausforderung empfinden, wenn sie in ihrer Funktion als Arbeitgeber Entscheidungen jenseits des Alltagsgeschäfts treffen müssen. Denn diese sind – gleich ob es sich um die Begründung, die Fortführung, die Modifizierung oder die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses handelt – oft mit psychologischen und rechtlichen Schwierigkeiten verbunden. Über letztere referierte RA Dr. Christoph Roos im Rahmen der Notarassessorenfortbildung der Rheinischen Notarkammer. Da arbeitsrechtliche Beiträge in den notariellen Fachzeitschriften rar sind, soll nachfolgender Beitrag dem Notar als Arbeitgeber die Möglichkeit geben, sich auf den aktuellen Stand der Rechtsprechung zu bringen. Der Beitrag erscheint wegen seines Umfangs in zwei Teilen, wird also im Heft 3/2006 des *notars* fortgesetzt.

A. Einleitung

Jeder Notarassessor wird mit der Übernahme eines Notariats auch Arbeitgeber. Indes werden die Arbeitsverhältnisse mit den Mitarbeitern in der täglichen Praxis durch eine Vielzahl von Vorschriften geprägt, die nicht jedem Arbeitgeber im Einzelnen vertraut sind. Dieser Beitrag soll, soweit erforderlich unter Berücksichtigung der Besonderheiten eines Notariats, die wesentlichen Rechte und Pflichten eines Arbeitgebers im Arbeitsverhältnis, die für die tägliche Praxis von Relevanz sind, darstellen.

Dabei orientiert sich der Beitrag am typischen Ablauf eines Arbeitsverhältnisses.

In Teil 1 behandelt der Beitrag die Anbahnung (Stellenausschreibung, Einstellungsgespräch, Fragerecht des Notars, Erstattung von Vorstellungskosten) und Begründung (Vertragsarten, Abschluss, Wirksamkeit) eines Arbeitsverhältnisses und die wesentlichen Regelungen im Arbeitsverhältnis (Erbringung der Arbeitsleistung, Urlaub, Krankheit, Zahlung des Arbeitsentgelts).

Teil 2 des Beitrages wird die Änderung des Arbeitsverhältnisses (einvernehmliche Änderung, Direktionsrecht, Teilkündigung, Änderungskündigung), die Beendigung des Arbeitsverhältnisses

(mit und ohne Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes, Abwicklungsvertrag, Aufhebungsvertrag, Arbeitszeugnis), deren steuerliche und sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen und die Darstellung zu erwartender Neuerungen im Arbeitsverhältnis zum Gegenstand haben.

B. Arbeitsverhältnis

I. Anbahnung und Begründung

1. Anbahnung

a) Stellenausschreibung

Häufigstes Mittel zur Anwerbung von Mitarbeitern sind Stellenausschreibungen in Tageszeitungen oder im Internet.

Der sie Aufgebende hat zu beachten, dass nach § 611 b BGB bei der Ausschreibung eines Arbeitsplatzes die Stelle geschlechtsneutral zu bezeichnen ist. Nur wenn ein bestimmtes Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die auszuübende Tätigkeit ist (§ 611 a Abs. 1 S. 2 BGB), was im Notariat regelmäßig nicht der Fall ist, darf der Arbeitgeber eine Stelle öffentlich oder innerbetrieblich geschlechtsbezogen ausschreiben. Ansonsten gilt, dass die geschlechtsspezifische Differenzierung in jeder Phase des Einstellungsverfahrens zu unterbleiben hat.

– Tschöpe, Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht, 3. Auflage 2003, Teil 1 C II. 2., Rn. 8 ff, S. 116 ff. –

Erfolgt eine Stellenausschreibung nicht geschlechtsneutral und macht ein abgelehnter Bewerber geltend, der Vertragsabschluss sei allein wegen seines Geschlechts nicht zustande gekommen, muss der Arbeitgeber im Falle einer vom abgelehnten Bewerber eingeleiteten gerichtlichen Auseinandersetzung auf Schadensersatz nachweisen, dass sachliche und nicht auf das Geschlecht bezogene Gründe die Ablehnung des Bewerbers rechtfertigten (vgl. § 611 a Abs. 1 S. 3 BGB). Gelingt dem Arbeitgeber dieses nicht, hat der unterlegene Bewerber zwar keinen Anspruch auf Abschluss des Arbeitsvertrages, jedoch auf Schadensersatz. Die Rechtsgrundlage für den Schadensersatzanspruch des abgelehnten Bewerbers wird in § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 611 b BGB gesehen. Ferner droht bei einer ernsthaften Bewerbung des abgelehnten Bewerbers eine Sanktion nach § 611 a BGB.

– LAG Berlin v. 14.07.2004, NZA-RR 2005, 124; Küttner, Personalhandbuch 2006, 13. Auflage 2006, Stichwort: Ausschreibung, Rn. 2, S. 635 f. –

Wäre ein abgelehnter Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden, dieser Fall wird in § 611 a Abs. 3 BGB ausdrücklich geregelt, ist die angemessene

ne Entschädigung auf höchstens drei Monatsverdienste begrenzt. In den Fällen des § 611 a Abs. 2 BGB gilt diese Begrenzung nicht – hier werden im juristischen Schrifttum für den im Ergebnis benachteiligten Bewerber vier Monatsverdienste als Schadensersatz und für die nur verfahrensmäßig benachteiligten Bewerber zwei Monatsverdienste angerechnet.

– Leinemann/Wagner/Worzalla, Handbuch des Fachanwalts Arbeitsrecht, 4. Auflage, Kapitel 1, D. I. 4. ii), Rn. 320, S. 93 ff. –

Der Monatsverdienst wird in § 611 a Abs. 2 Satz 2 BGB definiert: er beläuft sich auf den Verdienst (Geld- und Sachbezüge), den der jeweilige Bewerber bei regelmäßiger Arbeitszeit im Einstellungsmonat hätte erzielen können.

§ 611 a Abs. 4 Satz 3 BGB enthält für die schriftlich zu erfolgende Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs durch den abgelehnten Bewerber eine gesetzliche Ausschlussfrist von sechs Monaten, es sei denn, das angestrebte Arbeitsverhältnis würde eine kürzere Ausschlussfrist für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch die Parteien vorsehen. In diesem Fall gilt die kürzere Ausschlussfrist, wenn diese dem abgelehnten Bewerber mindestens zwei Monate Zeit geben würde, den Schadensersatzanspruch geltend zu machen. Die Ausschlussfrist beginnt mit dem Zugang der Ablehnung der Bewerbung.

Dem geschlechtsneutralen Ausschreibungsgebot wird Genüge getan, indem z.B. eine möglichst geschlechtsneutrale Bezeichnung der Tätigkeit verwandt wird, z.B. „Schreibkraft“ oder „Bürokraft“. Ebenfalls kommt die Verwendung einer maskulinen Bezeichnung unter Beifügung einer femininen Endung in Betracht, z.B. „Mitarbeiter(in)“ oder umgekehrt „Notariatsfachangestellte(r)“.

– vgl. Tschöpe, a.a.O., Teil 1 C II. 2., Rn. 12, S. 118 –

b) Einstellungsgespräch, Fragerecht

Das Einstellungsgespräch ist gekennzeichnet vom Interesse des Notars, möglichst umfassende Informationen über die Kenntnisse und Fähigkeiten des möglichen Mitarbeiters zu erhalten und dessen Bestreben, ohne übermäßige Preisgabe persönlicher Lebensumstände den ihn interessierenden Arbeitsplatz zu erhalten.

Hieran richtet sich das Frage- und Informationsrecht des Arbeitgebers aus. Auskunft darf dieser unter Berücksichtigung des Persönlichkeitsrechts des Bewerbers und des Diskriminierungsverbotes nur zu den Tatsachen verlangen, die im Zusammenhang mit der in Aussicht gestellten Beschäftigung stehen und deren Nichtbeantwortung für ihn mit erheblichen Risiken verbunden wären.

– Tschöpe, a. a. O., Teil 1 C IV 1., Rn. 64 ff, S. 136 ff. –

Bei Falschbeantwortung der folgenden Fragen kommen für den Arbeitgeber die Anfechtung und eventuell die Kündigung aus wichtigem Grund in Betracht. Die beiden Rechtsinstitute stehen grundsätzlich selbstständig nebeneinander.

aa) Nebentätigkeit

Die Frage nach Nebentätigkeiten ist zulässig, wenn diese Einfluss auf die vertragsgemäße Erfüllung haben können. Dies ist naturgemäß bei Tätigkeiten für einen Konkurrenten der Fall, oder bei Nachtarbeit, z.B. im Gastronomiebereich, wenn diese die Leistungsfähigkeit des Mitarbeiters beeinträchtigen könnte. Sein Informationsrecht ist aus dem Gesichtspunkt des Arbeitszeitrechts, des Sozialversicherungsrechts und des Zutrauens in eine ordnungsgemäße Erledigung der Arbeitsaufgaben begründet. Es empfiehlt sich die Aufnahme einer Regelung im Arbeitsvertrag, die eine Anzeige- und Zustimmungspflicht vorsieht. Verweigern darf der Arbeitgeber die Zustimmung indes nur aus gewichtigen Gründen.

– Tschöpe, a.a.O., Teil 1 C IV, Rn. 85, S. 141 –

bb) Ermittlungs- und Strafverfahren, Vorstrafen

Unzulässig ist die Frage nach einem noch nicht abgeschlossenen Ermittlungs- bzw. Strafverfahren. Dies ergibt sich aus dem in Art. 6 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention enthaltenen allgemeinen Rechtsgedanken der sog. Unschuldsvermutung, es sei denn, bereits ein Ermittlungsverfahren lässt Zweifel an der persönlichen Eignung des möglichen Mitarbeiters entstehen.

– BAG v. 20.05.1999, NZA 1999, 975; Küttner, a. a. O., Stichwort: Auskunftspflichtigen Mitarbeiter, Rn. 28, S. 551 –

Als unbestraft kann sich der Bewerber bezeichnen, wenn die Strafe nach dem Bundeszentralregister nicht in das Führungszeugnis oder nur in ein Führungszeugnis nach § 30 Abs. 3, 4 BZRG aufzunehmen oder gem. §§ 51, 53 BZRG im Register zu tilgen ist.

– BAG vom 21.02.1991, DB 1991, 1934; Dörner/Luczak/Wildschütz, Arbeitsrecht in der anwaltlichen und gerichtlichen Praxis, 2. Aufl., B.II. 3. ee), Rn. 214, S. 196; –

cc) Schwangerschaft

Lange Zeit wurde ausführlich in Rechtsprechung und Schrifttum diskutiert, ob die Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft gestellt werden könne.

Relevant ist sie für alle Arbeitgeber im Hinblick auf den weitestgehenden Kündigungsschutz für schwangere Mitarbeiterinnen gem. § 9 MuSchG, wonach die Kündigung gegenüber einer Frau während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von 4 Monaten nach der Entbindung unzulässig ist, wenn dem Arbeitgeber zurzeit der Kündigung die Schwangerschaft oder Entbindung bekannt war oder innerhalb 2 Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt wird; das Über-

Bestellformular

DNotV GmbH
Kronenstr. 73/74

10117 Berlin

Absender: (Stempel)

DNotV GmbH - Telefax (030) 20 61 57 50

A. Informationsbroschüren

Die bestellte Stückzahl muss pro Titel durch 50 teilbar sein.

Die Broschüren sind auf der Homepage des Deutschen Notarvereins und der DNotV GmbH unter www.dnotv.de im pdf-Format zur Ansicht eingestellt.

	Titel	Preis pro Stück	Stückzahl	Gesamtwarenwert
1.	Grundstückskauf und Finanzierung (2. ergänzte Auflage)	€ 0,25		€
2.	Erbe und Schenkung	€ 0,25		€
3.	Ehe, Partnerschaft und Familie	€ 0,25		€
4.	Unternehmen gründen, erwerben, übertragen	€ 0,25		€
5.	Verein	€ 0,25		€
6.	Streit vermeiden – Streit beilegen	€ 0,25		€
7.	Beizeiten vorsorgen – mit Vollmacht, Betreuungs- und Patientenverfügung	€ 0,25		€

B. Bücher

	Titel	Preis pro Stück	Stückzahl	Gesamtwarenwert
1.	Jiri Brazda, Pitaval eines Notars	€ 12,00		€
2.	Festgabe "Geschichte der Notarvereine"	€ 20,00		€

C. Informationsmaterial

Ich bitte um kostenlose Übersendung

- Informationsmappe Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof Deutscher Notare – SGH
- Empfehlungen des Deutschen Notarvereins für die Vergütung des Testamentsvollstreckers (aus: *notar* 2000, S. 2 ff.)

Alle Preise verstehen sich zuzüglich Versandkosten und gesetzlicher Umsatzsteuer, die in der Rechnung ausgewiesen wird.

Ort, Datum, Unterschrift

schreiten dieser Frist ist unschädlich, wenn es auf einem von der Frau nicht zu vertretenden Grund beruht und die Mitteilung unverzüglich nachgeholt wird.

Nachdem das Bundesarbeitsgericht in seiner ersten einschlägigen Entscheidung zu dieser Thematik festgestellt hatte, dass der Arbeitgeber nur insoweit eine Einschränkung seines Fragerechts unterlag, als er die Frage in einer angemessenen Form zu stellen hatte, dies unabhängig von der Art der auszuübenden Tätigkeit, war zunächst einhellige Meinung, dass jeder Arbeitgeber jede Bewerberin nach einer Schwangerschaft fragen dürfe.

– BAG v. 20.09.1961, AP BGB § 123 Nr. 15 –

Später ging das Bundesarbeitsgericht davon aus, die Frage als zulässig anzusehen, wenn sich nur Frauen um den Arbeitsplatz bewerben würden, da in diesem Fall ein Verstoß gegen § 611 a BGB nicht vorliege. Der Vergleich, ob eine Benachteiligung der Frauen vorliege, könne nicht erfolgen, da nach § 611 a BGB immer der Vergleich eines Mitarbeiters mit dem des anderen Geschlechts in gleicher Situation erforderlich sei.

– BAG v. 20.02.1986, EZA § 123 BGB Nr. 27; Dörner/Luczak/Wildschütz, a. a. O., B. II.3. dd), Rn. 210, S. 195 –

Der Europäische Gerichtshof geht in seiner Entscheidung vom 08.11.1999 davon aus, dass die Frage nach der Schwangerschaft bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen generell unzulässig sei, da in der Verweigerung der Einstellung aufgrund der Schwangerschaft in jedem Falle eine geschlechtsbezogene Diskriminierung gesehen werden müsse. Diese sei auch nicht mit möglichen finanziellen Nachteilen des Arbeitgebers zu rechtfertigen, wenn er eine schwangere Frau einstelle. Auf die Frage, ob durch die Einstellung der schwangeren Frau die betriebliche Tätigkeit in Mitleiden-

schaft gezogen werde, komme es nicht an.

– EuGH v. 08.11.1990 – Rs. C-177/88, AP Nr. 23 in Art. 119 EWG-Vertrag (Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 und 3 Abs. 1 der Richtlinie 76/207/EWG –

Nachdem das Bundesarbeitsgericht in seinen späteren Entscheidungen dazu tendiert hatte, die Frage zu gestatten, wenn sich ausschließlich Frauen um den Arbeitsplatz bewerben würden,

– BAG v. 20.02.1986, AP BGB § 123 Nr. 31 –

gab es diese gesplante Lösung nach der vorgenannten Entscheidung des EuGH vollständig auf und vertritt jetzt gleichfalls die Auffassung, dass die Frage bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen generell unzulässig sei.

– BAG v. 06.02.2003, NZA 2003, 848 –

Ein Fragerecht des Arbeitgebers wird lediglich noch bei kurzzeitigen Arbeitsverhältnissen gesehen, bei denen die Schwangerschaft für die gesamte Dauer der Beschäftigung zu einem Beschäftigungsverbot führt.

– Küttner, a. a. O., Stichwort: Auskunftspflichtigen Mitarbeiter, Rn. 22, S. 550 f. –

dd) Schwerbehinderteneigenschaft

Das Bundesarbeitsgericht hat die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft für uneingeschränkt zulässig erklärt.

– BAG v. 07.06.1984, DB 1984, S. 2706; BAG v. 03.12.1998, NZA 1999, 584 –

Ob sich diese Bewertung nach Inkrafttreten der EG-Gleichbehandlungsrichtlinie (2000/78/EG) vom 27.11.2000, die in § 81 Abs. 2 SGB IX umgesetzt wurde, halten lässt, bleibt indes abzuwarten.

– Küttner, a. a. O., Stichwort: Auskunftspflichtigen Mitarbeiter, Rn. 24, S. 551 f. mit zahlreichen Nachweisen –

Gleichfalls ist der Arbeitgeber be-

nach dem prozentualen Grad der Behinderung (§§ 1 ff. SchwBG) zu fragen, weil hierdurch das gesamte künftige Arbeitsverhältnis erheblich beeinflusst wird.

– Dörner/Luczak/Wildschütz, a. a. O., B. II. 3. Rn. 200; S. 194 –

Diese zeigen sich z.B. im besonderen Kündigungsschutz gem. § 85 SGB IX, wenn das Arbeitsverhältnis länger als 6 Monate bestanden hat, in der häufig längeren Kündigungsfrist gem. § 86 SGB IX (mindestens 4 Wochen) und dem Zusatzurlaub in Höhe von 5 Arbeitstagen (§ 125 SGB IX).

Eine Pflicht des Schwerbehinderten, auf die Schwerbehinderteneigenschaft oder die Gleichstellung hinzuweisen, besteht nicht, es sei denn, für ihn ist erkennbar, dass er wegen der Behinderung die vorgesehene Arbeit nicht zu leisten vermag oder eine deswegen beschränkte Leistungsfähigkeit für den vorgesehenen Arbeitsplatz von ausschlaggebender Bedeutung ist.

– BAG v. 01.08.1985, EZA § 123 BGB Nr. 26 –

ee) Beruflicher Werdegang

Fragen des Arbeitgebers zum beruflichen Werdegang des Bewerbers sind grundsätzlich zulässig; dieser ist verpflichtet, über Entwicklung und Qualifikation vollständig und wahrheitsgemäß Auskunft zu erteilen.

– BAG v. 12.02.1970, AP Nr. 17 zu § 123 BGB –

Besonders betrifft dies Ausbildung, Prüfungen, Fähigkeiten, Kenntnisse und vorangegangene Beschäftigungsverhältnisse, wobei der Arbeitgeber Wert auf eine wahrheitsgemäße Beantwortung der Frage nach dem Bestehen und der Laufzeit früherer Arbeitsverhältnisse legen darf.

– Tschöpe, a. a. O., Teil 1 C IV. Rn. 73, S. 138; LAG Hamm, Urteil v. 08.02.1995, LAGE § 123 BGB Nr. 21 –

ff) Vermögensverhältnisse / Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse

Grundsätzlich besteht kein Recht des Arbeitgebers, nach den Vermögensverhältnissen zu fragen.

Ausnahmen sind denkbar, wenn der Bewerber sich für einen Arbeitsplatz interessiert, der ein besonderes, herausgehobenes Vertrauensverhältnis voraussetzt. Dann ist ein berechtigtes Informationsinteresse zu sehen.

Nach manchen Auffassungen des arbeitsrechtlichen Schrifttums ist der Arbeitgeber berechtigt, nach Pfändungs- und Überweisungsbeschlüssen zu fragen. Dies weil für den Notar als Arbeitgeber je nach Umfang der Pfändungen und des hiermit verbundenen Arbeitsaufwandes ein berechtigtes Interesse gegeben sei.

– vgl. Küttner, a.a.O., Stichwort: Auskunftspflichten Mitarbeiter, Rn. 20, S. 550; a.A. Tschöpe, a.a.O., Teil 1 C IV, Rn. 104, S. 147 –

c) Vorstellungskosten

Fordert der Arbeitgeber den Bewerber zur Vorstellung auf, hat dieser unabhängig vom Zustandekommen des Arbeitsvertrages entweder aufgrund besonderer Vereinbarung oder aus § 670 BGB Anspruch auf Ersatz der Vorstellungskosten (notwendige Auslagen und Verdienstaussfall).

Der Umfang des Erstattungsanspruchs bestimmt sich nach § 670 BGB i.V.m. § 254 BGB und umfasst im Einzelnen die Fahrt-, Übernachtungs- und Verpflegungskosten, nicht jedoch die Abgeltung eines vom Bewerber genommenen Urlaubstages.

– LAG Düsseldorf, BB 1956, 817 –

Fahrtkosten sind die Kosten für die Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel als auch des privaten Kfz, wobei sich die Erstattung letztgenannter Kosten nach den steuerrechtlichen Bestim-

mungen für Dienstreisen mit dem privaten Pkw richtet.

– LAG Hessen, DB 1981, 1000 –

Flugkosten dürfen Bahn- oder Pkw-Kosten nicht übersteigen.

Der Anspruch auf Geltendmachung des Ersatzes der Vorstellungskosten verjährt nach 3 Jahren.

Ausgeschlossen ist der Erstattungsanspruch, wenn der Bewerber unaufgefordert erscheint oder der Notar den Ersatz von Vorstellungskosten zusammen mit der Aufforderung zur Vorstellung ausgeschlossen hat.

2. Begründung

a) Vertragsarten

Zu den verschiedenen Arten des Arbeitsverhältnisses zählen neben dem unbefristeten Arbeitsverhältnis im Wesentlichen das befristete Arbeitsverhältnis und das Teilzeitarbeitsverhältnis.

aa) Unbefristetes Arbeitsverhältnis

Zwar wird in § 620 Abs. 1 BGB von dem auf bestimmte Zeit geschlossenen Arbeitsvertrag ausgegangen, jedoch ist der Regelfall die unbefristete Dauer des Arbeitsverhältnisses. Ursache hierfür dürften die von der Rechtsprechung zur Vermeidung der Umgehung des Kündigungsschutzgesetzes aufgestellten Hürden für den Abschluss befristeter Arbeitsverhältnisse sein.

– vgl. Tschöpe, a.a.O., Teil 1 B I Rdnr. 2, S. 68 –

bb) Befristetes Arbeitsverhältnis

Nach § 620 BGB ist der Abschluss befristeter Arbeitsverträge möglich. Sie enden, ohne dass es des Ausspruchs einer Kündigung bedarf. Durch den Abschluss von befristeten Arbeitsverträgen werden mithin Bestands-

streitigkeiten vor den Arbeitsgerichten im Regelfall von vornherein vermieden.

Es ist zunächst zwischen zeit- und zweckbefristeten Arbeitsverhältnissen zu unterscheiden.

Bei der Zeitbefristung endet das Arbeitsverhältnis an einem genauen Kalenderdatum oder nach Ablauf einer bestimmten Vertragsdauer, damit einem kalendermäßig bestimmbar Zeitraum.

Bei der Zweckbefristung tritt die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses ein, wobei dessen genauer Zeitpunkt noch ungewiss ist. Um Härten für den Mitarbeiter zu vermeiden, ist ihm eine Auslaufrfrist zuzubilligen; gemäß § 15 Abs. 2 TzBfG beträgt diese zwei Wochen und beginnt mit dem Zugang einer schriftlichen Unterrichtung des Mitarbeiters durch den Arbeitgeber über den Zeitpunkt der Zweckerreichung. § 22 Abs. 1 TzBfG lässt die vertragliche Vereinbarung längerer oder kürzerer Fristen zu.

Hiervon zu unterscheiden sind auflösend bedingt geschlossene Arbeitsverhältnisse. Sie enden gemäß § 158 Abs. 2 BGB bei Eintritt eines als ungewiss angesehenen Ereignisses. Die Wirksamkeit des Abschlusses derartiger Arbeitsverhältnisse richtet sich nach den Voraussetzungen für den Abschluss befristeter Arbeitsverhältnisse.

– Küttner, a. a. O., Stichwort: Befristetes Arbeitsverhältnis, Rn. 6, S. 654 –

aaa) Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge

Zum 1.01.2001 ist das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) in Kraft getreten, nach dem die Möglichkeit besteht, ein Arbeitsverhältnis ohne sachlichen Grund für die Dauer von bis zu zwei Jahren zu befristen (§ 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG).

Die Befristungsmöglichkeit ohne sachlichen Grund existiert gleichberechtigt neben der Möglichkeit der Befristung eines Arbeitsverhältnisses aus sachlichem Grund (§ 14 Abs. 1 TzBfG). Wird ein Arbeitsverhältnis ohne sachlichen Grund befristet, muss die Dauer des befristeten Arbeitsverhältnisses zwingend kalendermäßig angegeben werden. Zwar enthält die Vorschrift kein Zitiergebot, dennoch ist es sinnvoll, in befristeten Arbeitsverhältnissen darauf hinzuweisen, dass es sich um ein solches nach § 14 Abs. 2 TzBfG handelt. Der Arbeitsvertrag ist schriftlich abzuschließen.

Die Befristung des Arbeitsverhältnisses ohne Sachgrund ist nicht mehr zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Dies führt z. B. dazu, dass ein bislang unbefristet abgeschlossenes Arbeitsverhältnis zwar gekündigt werden kann, es jedoch nicht möglich ist, mit diesem Mitarbeiter zu einem späteren Zeitpunkt ein befristetes Arbeitsverhältnis zu vereinbaren, sofern nicht ein sachlicher Grund nach § 14 Abs. 1 TzBfG für diese Befristung vorliegt. Begründung hierfür ist, dass es sich nicht um eine Neueinstellung handeln würde, da ja bereits zuvor ein unbefristetes Arbeitsverhältnis vereinbart worden war.

Nach der Gesetzesbegründung zu § 14 Abs. 2 TzBfG besteht ein Frage-recht des Arbeitgebers, ob der Mitarbeiter bereits früher bei ihm beschäftigt war. Die Frage nach einer möglichen Befristung in früheren Zeiten sollte im Falle der Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG stets gestellt und die Antwort auch dokumentiert werden. Gibt der Mitarbeiter die Erklärung nicht wahrheitsgemäß ab, kann das Arbeitsverhältnis wegen arglistiger Täuschung angefochten werden.

Die Befristung ohne sachlichen Grund ist bis zu der Gesamtdauer von zwei Jahren möglich, die höchstens dreimalige Verlängerungsmöglichkeit bedeutet, dass die erste Verlängerung

nach Ablauf der ersten Befristung erfolgt. Das Arbeitsverhältnis kann somit rückblickend bei einer Gesamtdauer von bis zu zwei Jahren aus maximal vier aufeinander folgenden befristeten Arbeitsverhältnissen bestehen. Voraussetzung ist jedoch ein nahtloser Anschluss zwischen den einzelnen Arbeitsverhältnissen.

bbb) Befristung wegen sachlichen Grundes

Gemäß § 14 Abs. 1 TzBfG ist die Befristung eines Arbeitsvertrages zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist.

Ein sachlicher Grund liegt insbesondere vor, wenn der betriebliche Bedarf von der Arbeitsleistung nur vorübergehend besteht, die Befristung im Anschluss an eine Ausbildung oder ein Studium erfolgt, um den Übergang des Mitarbeiters in eine Anschlussbeschäftigung zu erleichtern, der Mitarbeiter zur Vertretung eines anderen Mitarbeiters beschäftigt wird, die Eigenart der Arbeitsleistung die Befristung rechtfertigt, die Befristung zur Erprobung erfolgt, in der Person des Mitarbeiters liegende Gründe die Befristung rechtfertigen etc. Diese vom Gesetzgeber vorgenommene Aufzählung ist nicht abschließend. Vielmehr muss festgestellt werden, dass zur Frage der Wirksamkeit eines befristeten Arbeitsvertrages auf Grund sachlichen Grundes eine nahezu unüberschaubare Kasuistik entwickelt wurde.

– Tschöpe, a. a. O., Teil 3 I III. Rn. 38, S. 1506 ff. –

Es ist jedoch festzustellen, dass nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

– BAG GS v. 12.10.1960, AP Nr. 16 zu § 620 BGB, befristeter Arbeitsvertrag –

ein schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers für die Befristung eines Arbeitsvertrages nur vorliegt, wenn die Befristung durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist.

Als sachlicher Grund kommen nur solche Umstände in Betracht, die im Zeitpunkt des Abschlusses des befristeten Arbeitsvertrages vorgelegen haben. Ein wirksam befristetes Arbeitsverhältnis endet mit Ablauf der Zeit, für die es eingegangen worden ist. Zu beachten ist, dass eine ordentliche Kündigung in der Regel während des Laufs der Befristung ausgeschlossen ist, etwas anderes gilt nur dann, wenn die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung ausdrücklich vereinbart worden ist.

– BAG v. 29.06.1989, EzA § 174 BGB Nr. 6 –

Es empfiehlt sich in der Praxis daher stets, die Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung während der Dauer des befristeten Arbeitsverhältnisses im Arbeitsvertrag aufzunehmen.

Die außerordentliche Kündigung gemäß § 626 Abs. 1 BGB ist jederzeit möglich, sie kann nicht ausgeschlossen werden.

– BAG v. 19.06.1980 EzA § 620 BGB Nr. 47 –

Ist eine Befristungsabrede unwirksam, so bleibt der Arbeitsvertrag gültig und gilt als auch unbestimmte Zeit abgeschlossen.

Wird ein befristetes Arbeitsverhältnis mit Wissen des Arbeitgebers fortgesetzt, fingiert § 625 BGB, dass von Beginn an ein unbefristetes Arbeitsverhältnis bestand.

ccc) Echtes Probearbeitsverhältnis

Im Normalfall wird das Probearbeitsverhältnis einem unbefristeten Arbeitsverhältnis vorangestellt, d. h. für den Zeitraum der vorgeschalteten Probezeit gemäß § 622 Abs. 3 BGB ist die Kündigung mit einer Frist von zwei Wochen möglich, es sei denn, abweichende einzelvertragliche Regelungen zu Gunsten des Mitarbeiters wurden getroffen. Üblicherweise wird eine Probezeit von sechs Monaten verein-

bart. Erreicht das Notariat die Betriebsgröße für die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes (Beschäftigung von in der Regel mehr als zehn Mitarbeitern gemäß § 23 Abs. 1 KSchG), ist von einer Verlängerung der Probezeit, die ohnehin von der Rechtsprechung nur in engen Grenzen anerkannt wird, abzuraten, da der Kündigungsschutz nach § 1 KSchG durch einzelvertragliche Vereinbarungen nicht hinausgeschoben werden kann. Folge einer zulässigen Probezeitverlängerung wäre bei Erreichen der Betriebsgröße des § 23 KSchG nur, dass bei einer arbeitgeberseitigen Kündigung die kurzen Kündigungsfristen des § 622 Abs. 3 BGB zur Anwendung kommen würden; die Kündigung müsste dennoch sozial gerechtfertigt i.S.d. § 1 KSchG sein.

Demgegenüber besteht auch die Möglichkeit, das Probearbeitsverhältnis als echtes Probearbeitsverhältnis auszugestalten, d.h. dieses mit Ablauf der Befristung enden zu lassen. Während der Dauer des echten Probearbeitsverhältnisses ist üblicherweise die ordentliche Kündigung ausgeschlossen, es sei denn, dies wird gesondert vereinbart. Das echte Probearbeitsverhältnis endet auch, wenn sich der Mitarbeiter im Arbeitsverhältnis bewährt hat.

– BAG v. 12.12.1970, AP Nr. 23 zu § 611 BGB – Direktionsrecht

Im seinem Anschluss muss ein neues Arbeitsverhältnis gesondert vereinbart werden.

cc) Teilzeitarbeit

Teilzeitbeschäftigung liegt vor, wenn ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis sich von anderen Arbeitsverhältnissen dadurch unterscheidet, dass die vereinbarte regelmäßige Arbeitszeit wesentlich kürzer ist als die regelmäßige betriebliche oder allgemein übliche Arbeitszeit.

– Dörner/Luczak/Wildschütz, a. a. O., A. XI. 1. (3) RN 50, Seite 14 –

Neben der Möglichkeit, Teilzeitbeschäftigung freiwillig zu vereinbaren, gibt § 8 TzBfG Mitarbeitern, deren Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate bestanden hat, einen Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit. Weiterhin ist Voraussetzung, dass der Arbeitgeber, unabhängig von der Anzahl der Personen in Berufsbildung, in der Regel mehr als 15 Mitarbeiter, beschäftigt.

Liegen diese Voraussetzungen vor, muss der Mitarbeiter die Verringerung seiner Arbeitszeit und den Umfang der Verringerung spätestens drei Monate vor deren Beginn geltend machen und dabei die gewünschte Verteilung der Arbeitszeit angeben. Der Arbeitgeber muss dieser Verringerung zustimmen und ihre Verteilung entsprechend den Wünschen des Mitarbeiters festlegen, soweit betriebliche Gründe nicht entgegenstehen. Dies wäre der Fall, wenn die Verringerung der Arbeitszeit die Organisation, den Arbeitsablauf oder die Sicherheit im Notariat wesentlich beeinträchtigt oder unverhältnismäßige Kosten verursachen würde. Seine Entscheidung über die Verringerung der Arbeitszeit und ihre Verteilung hat der Notar dem Mitarbeiter spätestens einen Monat vor dem gewünschten Beginn der Verringerung schriftlich mitzuteilen. Haben sich Notar und Mitarbeiter nicht über die Verringerung der Arbeitszeit geeinigt und hat der Notar die Arbeitszeitverringerung nicht spätestens einen Monat vor deren gewünschten Beginn schriftlich abgelehnt, verringert sich die Arbeitszeit in dem vom Mitarbeiter gewünschten Umfang. Der Mitarbeiter kann eine erneute Verringerung der Arbeitszeit frühestens nach Ablauf von zwei Jahren verlangen, nachdem der Arbeitgeber einer Verringerung zugestimmt oder sie berechtigt abgelehnt hat.

b) Abschluss und Wirksamkeit des Arbeitsvertrages

Der Abschluss eines Arbeitsvertrages ist grundsätzlich formfrei möglich. Er kann demnach mündlich, schriftlich, ausdrücklich oder konkludent ge-

schlossen werden. Für den befristeten Arbeitsvertrag gilt insoweit gemäß § 14 Abs. 4 TzBfG eine Ausnahme, als die dort enthaltene Befristungsabrede der Schriftform bedarf.

Wird kein schriftlicher Vertrag geschlossen, bestimmt § 2 Abs. 4 NachwG, dass der Arbeitgeber die wesentlichen Vertragsbedingungen spätestens einen Monat nach Beginn des Arbeitsverhältnisses schriftlich festhalten muss und die unterzeichnete Niederschrift dem Mitarbeiter auszuhandigen hat.

II. Regelungen im Arbeitsverhältnis

1. Pflichten des Mitarbeiters

Gem. § 611 Abs. 1 BGB ist der Mitarbeiter verpflichtet, den „versprochenen Dienst“ zu leisten, er muss also die im Arbeitsvertrag vorgesehene Tätigkeit ausüben. Diese hat er im Zweifel gem. § 613 Satz 1 BGB persönlich zu erbringen.

Eine Nebentätigkeit darf der Mitarbeiter nur aufnehmen, wenn hierdurch die Fähigkeit zur Erbringung der Arbeitsleistungen im Notariat nicht herabgesetzt oder gestört wird.

2. Pflichten des Arbeitgebers

a) Zahlung des Arbeitsentgelts mit Arbeitsleistung

aa) Grundlagen

Das Arbeitsentgelt ist die Gegenleistung für die Arbeitsleistung des Mitarbeiters. Inhalt der Vergütung können Leistungen aller Art sein: Geldleistungen, Sachleistungen etc.

bb) Gratifikationen, Weihnachtsgeld, 13. Monatsgehalt, Sonderzuwendungen

Ein besonderes Augenmerk ist auf die Behandlung von Sonderzuwen-

dungen zu richten, die aus bestimmten Anlässen zusätzlich zum laufenden Entgelt gezahlt werden und häufig Anlass zu Fragen geben. Hierzu gehören Gratifikationen, etwa Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld.

Die Gratifikation ist eine Zuwendung zu einem bestimmten Anlass, die zusätzlich zur normalen Vergütung gezahlt wird. Der Zweck kann zum einen darin bestehen, Betriebstreue zu belohnen, und zwar sowohl erbrachte Betriebstreue als auch künftige Betriebstreue, zum anderen die Arbeitsleistung zusätzlich zu vergüten. Liegen diese Zweckelemente vor, wird die Gratifikation als Sonderzuwendung mit Mischcharakter bezeichnet.

Wird beim Weihnachtsgeld nur eines der beiden Zweckelemente gewollt, z.B. die Betriebstreue, entsteht ein Anspruch auch trotz umfangreicher Fehlzeiten (Krankheit, Elternurlaub etc.). Soll hingegen die Arbeitsleistung vergütet werden, handelt es sich um ein echtes 13. Monatsgehalt. Die Bezeichnung als 13. Monatsgehalt spricht dafür, dass allein die Arbeitsleistung vergütet werden soll.

Der Gratifikationsanspruch kann sich aus einzelvertraglicher Zusage oder betrieblicher Übung ergeben. Unter einer betrieblichen Übung wird die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen durch den Arbeitgeber verstanden, aus denen der Mitarbeiter schließen kann, dass ihm die aufgrund dieser Verhaltensweise gewährten Leistungen oder Vergünstigungen auch künftig dauerhaft gewährt werden. Sie entsteht allein durch die gleichartige, wiederholte Praktizierung des bestimmten Verhaltens des Arbeitgebers, ohne dass es auf dessen Verpflichtungswillen ankommt. Maßgeblich ist allein, wie der Mitarbeiter als Erklärungsempfänger das Verhalten des Notars nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung sämtlicher Begleitumstände verstehen durfte. Natürlich kann der Arbeitgeber die Bindungswirkung einer betrieblichen Übung für die Zukunft auch aus-

drücklich ausschließen, wenn er z.B. eine Leistung als „freiwillige Leistung unter Ablehnung eines Rechtsanspruchs für die Zukunft“ erbringt.

Der Arbeitgeber kann das einer betrieblichen Übung zugrunde liegende Verhalten einseitig durch eine Kündigung ändern (sog. Änderungskündigung).

Bei der Gratifikationszusage ist der Notar an den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden. Eine Ungleichbehandlung darf nur aus sachlichen Gründen erfolgen. So stellen die unterschiedlichen Arbeitspensen von Teilzeitbeschäftigten zu Vollzeitbeschäftigten keinen sachlichen Grund bei der Gewährung einer Gratifikation dar.

Ein sachlicher Grund liegt vor, wenn ein Arbeitgeber die unterschiedliche Arbeitsbelastung bestimmter Mitarbeitergruppen durch eine höhere Gratifikation ausgleichen möchte.

Die Zahlung der Weihnachtsgratifikation kann an bestimmte Voraussetzungen gebunden werden abhängig von der jeweiligen Rechtsgrundlage. Dies kann insbesondere eine Stichtagsregelung sein, nach der nur diejenigen Mitarbeiter Anspruch auf Weihnachtsgeld haben, die sich am Stichtag in einem ungekündigten oder noch bestehenden Arbeitsverhältnis befinden.

Scheidet der Mitarbeiter vor Ablauf des Kalenderjahres oder dem Stichtag aus, stellt sich die Frage, ob eine anteilige Weihnachtsgeldzahlung entsprechend der zurückgelegten Zeit gefordert werden kann. Dies hängt vom Leistungszweck ab. Wird allein die Zahlung eines Weihnachtsgeldes zugesagt, ist davon auszugehen, dass der Anspruch das Bestehen des Arbeitsverhältnisses zu Weihnachten voraussetzt. Hat das Weihnachtsgeld reinen Entgeltcharakter, kann es für jeden Monat, in dem das Arbeitsverhältnis ruht oder nicht mehr besteht, anteilig um 1/12 gekürzt werden. Der

Anspruch entfällt ganz, wenn das Arbeitsverhältnis das ganze Jahr geruht hat. Das Kürzungsrecht bedarf keiner vertraglichen Vereinbarung, es ergibt sich bereits aus dem zugrunde liegenden reinen Entgeltzweck. Bei Gratifikationen mit Mischcharakter entsteht das Kürzungsrecht nicht automatisch, sondern muss gesondert vereinbart werden. Keine Kürzung ist für Fehlzeiten möglich, die durch Mutterschutzfristen der §§ 3, 6 MuSchG entstehen.

Rückzahlungsklauseln müssen gesondert vereinbart werden. Ihr Vorhandensein ist zugleich Anhaltspunkt dafür, dass das Weihnachtsgeld den Zweck hat, die Betriebstreue zu belohnen und zu fördern. Sie unterliegen richterlicher Kontrolle. Unzulässig sind sie bei Klein-Gratifikationen (1978: DM 200,00) und Bindungsfristen über den 30.06. des Folgejahres hinaus. Zulässig sind sie bei Weihnachtsgratifikationen von weniger als einem Monatsgehalt bis zum 31.03. des Folgejahres, bei der Weihnachtsgratifikation in Höhe von einem vollen Monatsgehalt oder mehr bis zum 30.06. des Folgejahres.

b) Zahlung des Arbeitsentgelts ohne Arbeitsleistung

Gemäß § 611 Abs. 1 BGB steht der Pflicht des Mitarbeiters zur Leistung der versprochenen Dienste die Pflicht des Notars zur Gewährung der vereinbarten Vergütung gegenüber. Diese Verpflichtung ist die Hauptpflicht des Notars im Arbeitsverhältnis. Der Zeitpunkt der Zahlung des Arbeitsentgelts und seine Höhe werden regelmäßig im Arbeitsvertrag vereinbart. Wurde kein Arbeitsvertrag abgeschlossen, sind gemäß § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 NachwG vom Notar das Arbeitsentgelt und seine Zusammensetzung detailliert schriftlich niederzulegen. Hierzu zählen die Grundvergütung als auch Zusatzentgelte, die aus Überstunden-, Sonn- und Feiertagszuschlägen, Sonderzahlungen, aber auch entgeltwirksame Leistungen aus betrieblicher Altersversorgung und ver-

mögenswirksamer Leistung bestehen können.

aa) Entgeltfortzahlung

Der Mitarbeiter kann in einigen Ausnahmefällen abweichend von der Regelung in § 611 BGB das Arbeitsentgelt auch verlangen, ohne dass von ihm zuvor eine Arbeitsleistung erbracht wurde.

Hierunter sind im Wesentlichen drei Gruppen zu zählen: Annahmeverzugslohn, vorübergehende Verhinderung und Ansprüche aus dem Entgeltfortzahlungsgesetz.

aaa) Annahmeverzug

§ 615 Satz 1 BGB gibt dem Mitarbeiter das Recht, sein Arbeitsentgelt auch ohne Erbringung der Arbeitsleistung zu verlangen, wenn der Notar im Annahmeverzug ist. Dieser bestimmt sich nach den §§ 293 ff. BGB und tritt ein, wenn der Arbeitgeber die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Der Mitarbeiter ist beim Annahmeverzug des Arbeitgebers nicht zur Nachleistung verpflichtet.

– Dörner/Luczak/Wildschütz, a. a. O. C.II.2.a) aa) (1), Rn. 969, S. 412 –

Gemäß § 275 Abs. 1 BGB wird die Leistungspflicht des Mitarbeiters unmöglich und entfällt damit, sobald die Leistungszeit ungenutzt verstreicht. Demgegenüber bleibt jedoch die Vergütungspflicht des Arbeitgebers erhalten.

Das Bundesarbeitsgericht geht im Hinblick auf die Abgrenzung zwischen Verzug und Unmöglichkeit davon aus, dass Annahmeverzug vorliegt, wenn das Unterbleiben der Arbeitsleistung auf die Weigerung des Arbeitgebers zur Beschäftigung des Mitarbeiters zurückzuführen ist, während Unmöglichkeit vorliegt, falls die Arbeitsleistung trotz Annahmebereitschaft des Arbeitgebers nicht erbracht werden kann.

– BAG v. 21.03.1985, EzA § 615 BGB Nr. 44; BAG v. 30.01.1991, EzA § 615 BGB Betriebsrisiko Nr. 12; zu alledem

auch Dörner/Luczak/Wildschütz, a. a. O., C.II.2.a) aa) (1), Rn. 971 f., S. 412 –

Die Vorschrift ist dispositiv.

– BAG v. 09.03.1983, EzA § 615 BGB Betriebsrisiko Nr. 9 –

Voraussetzung für das Entstehen des Annahmeverzuges ist neben dem Fortbestehen eines erfüllbaren Arbeitsverhältnisses das Angebot der Arbeitsleistung durch den Mitarbeiter gem. §§ 293 ff. BGB. Hierzu besagt § 294 BGB, dass im bestehenden Arbeitsverhältnis grundsätzlich ein tatsächliches Arbeitsangebot erforderlich ist, demnach der Mitarbeiter den Arbeitsort tatsächlich mit der Bereitschaft zur Erbringung der Arbeitsleistung zur üblichen Arbeitszeit aufsuchen muss. Ausnahmsweise genügt ein wörtliches Angebot gem. § 295 BGB, wenn der Arbeitgeber erklärt hat, er werde die Arbeitsleistung nicht annehmen oder wenn zur Erbringung der Arbeitsleistung eine Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers erforderlich ist. Beim wörtlichen Arbeitsangebot muss der Mitarbeiter nicht den Arbeitsort aufsuchen. Anstelle eines wörtlichen Angebots reicht eine konkludente Willenserklärung des Mitarbeiters. Diese ist nach Ausspruch einer ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung durch den Arbeitgeber regelmäßig in der Erhebung der Kündigungsschutzklage zu sehen.

– BAG v. 19.04.1990, BB 1990, S. 2190 –

Ferner ist ein tatsächliches sowie wörtliches Angebot entbehrlich, wenn der Arbeitgeber dem Mitarbeiter eindeutig zu verstehen gegeben hat, er werde die Arbeitsleistung auf keinen Fall annehmen. Dies gilt insbesondere auch nach endgültiger Freistellung von der Arbeit.

– BAG v. 06.02.1964 - 5 AZR 93/63, AP Nr. 24 zu § 615 BGB –

Im Falle der Kündigung ist auf Folgendes zu achten: Wird eine Kündigung ausgesprochen, muss der Mitarbeiter während des Laufes der Kündi-

gungsfrist seine Arbeitsleistung tatsächlich anbieten, nur wenn der Arbeitgeber diese ablehnt, entsteht der Anspruch auf Annahmeverzugslohn. Nach Ausspruch einer fristlosen Kündigung oder nach Ablauf der Kündigungsfrist bei einer ordentlichen Kündigung bedarf es jedoch grundsätzlich keines tatsächlichen oder wörtlichen Angebots des Mitarbeiters, wenn er die Kündigungsschutzklage beim Arbeitsgericht erhoben hat. Will der Arbeitgeber hier das Annahmeverzugslohnrisiko beenden, muss er vielmehr den Mitarbeiter zur Arbeit auffordern.

– BAG v. 24.11.1994, AP Nr. 60 zu § 615 BGB –

Weitere Voraussetzung für den Anspruch auf Annahmeverzug ist die Leistungsfähigkeit und -willigkeit des Mitarbeiters, d. h. er muss rechtlich und tatsächlich in der Lage sein, die Arbeitsleistung zu erbringen. Dies ergibt sich aus § 297 BGB. Erkrankt ein Mitarbeiter im Annahmeverzugszeitraum, hat er Anspruch auf Vergütungsfortzahlung lediglich in Höhe der jeweiligen gesetzlichen Vorschriften.

Entsteht Streit, ob der Mitarbeiter während des Annahmeverzugslohnzeitraums überhaupt arbeitsfähig war, trägt der Arbeitgeber hierfür die Darlegungs- und Beweislast. Die objektive Arbeitsunfähigkeit kann ggf. nach sachverständiger medizinischer Begutachtung geklärt werden.

– BAG v. 29.10.1998, NJW 1999, S. 3432 –

Letzte Voraussetzung ist die Nichtannahme der angebotenen Arbeitsleistung, wobei diese neben der grundsätzlichen Verweigerung der angebotenen Arbeit auch in der Zuweisung einer anderen als der geschuldeten Tätigkeit bestehen kann.

– BAG v. 03.12.1980, BB 1981, S. 1399 –

Auch der Ausspruch einer Beendigungskündigung statt einer gebote-

nen Änderungskündigung und der Zuweisung anderer, als ursprünglich geschuldeter Arbeit, vor Ausspruch einer Änderungskündigung und deren Kündigungsablauf löst Annahmeverzugslohnansprüche aus.

– BAG v. 27.01.1994, BB 1994, S. 1714 –

Folge des Annahmeverzugslohnanspruchs des Mitarbeiters ist die Pflicht des Arbeitgebers, die Vergütung für die Dauer des Annahmeverzugs nachzuzahlen, ohne dass der Arbeitgeber zur Erbringung der Arbeitsleistung verpflichtet wäre. Für die Berechnung gilt das Lohnausfallprinzip.

– Tschöpe, a. a. O., Teil 2 B I.4. a), Rn. 31, S. 469 –

Gemäß § 615 Satz 2 3. Alt. BGB muss sich der Mitarbeiter böswillig unterlassenen Zwischenverdienst anrechnen lassen, d. h., der Mitarbeiter, der in der Lage gewesen wäre, eine andere ihm zumutbare Arbeitsmöglichkeit in Anspruch zu nehmen, muss, wenn er dies böswillig unterlässt, den ihm hierbei entgangenen Lohn auf den Annahmeverzugslohnanspruch anrechnen lassen. Er ist nicht verpflichtet, eine andersgeartete oder geringwertigere Tätigkeit aufzunehmen.

– BAG v. 27.01.1994, BB 1994, S. 1714 –

Eine Pflicht des Mitarbeiters, sich zur Verringerung des Annahmeverzugslohnrisikos arbeitslos zu melden, besteht indes nicht.

– BAG v. 27.01.1994, BB 1994, S. 1714 –

Hingegen muss er sich anrechnen lassen Leistungen der Sozialversicherungsträger, wie z. B. Krankengeld, Arbeitslosengeld etc., wenn er sie tatsächlich bezieht.

Fordert der Arbeitgeber den Mitarbeiter wieder auf, seine Arbeitsleistung

vertragsgemäß zu erbringen, entfällt der Annahmeverzug für die Zukunft. Obsiegt der Mitarbeiter in einem Kündigungsschutzverfahren, kann er ebenfalls abwarten, bis er zur Arbeitsleistung aufgefordert wird.

bbb) Vorübergehende Verhinderung

§ 616 Abs. 1 BGB besagt, dass der Mitarbeiter seinen Anspruch auf Entgelt nicht dadurch verliert, dass er durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit an der Dienstleistung verhindert wird. Liegen hingegen sog. objektive Leistungshindernisse vor, z. B. Ausfall öffentlicher Verkehrsmittel, ungünstige Witterungslage etc., besteht kein Anspruch des Mitarbeiters, es greifen die §§ 323 ff. BGB.

Die subjektiven Leistungshindernisse müssen es dem Mitarbeiter unzumutbar machen, die Arbeitsleistung zu erbringen.

– BAG v. 08.12.1982, AP Nr. 58 zu § 616 BGB –

Diese dürfen sich auch nicht auf einen längeren Zeitraum erstrecken, sondern nur auf eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit.

Weiterhin darf den Mitarbeiter kein Verschulden an der Verhinderung der Erbringung seiner Leistungspflicht treffen.

Nach der Rechtsprechung zählen hierzu

– vgl. insgesamt die Übersicht bei Tschöpe, a. a. O., Teil 2 B II. 2. d), Rn. 94, S. 576 –

der Arztbesuch während der Arbeitszeit, wenn der Arztbesuch aus medizinischen Gründen während der Arbeitszeit notwendig ist, wobei dieses auch bejaht werden muss, wenn der Mitarbeiter während der Arbeitszeit bestellt wird und auf die Termingestaltung keinen Einfluss nehmen kann;

– BAG v. 29.02.1984, AP Nr. 22 zu § 1 TVG; BAG v. 27.06.1990, AP Nr. 89 zu § 616 BGB –

Erkrankung von Familienangehörigen,

– BAG v. 08.12.1982, AP Nr. 58 zu § 616 BGB –

die kirchliche Eheschließung,

– BAG v. 27.04.1983, AP Nr. 61 zu § 616 BGB –

die Niederkunft der Ehefrau oder der nichtehelichen Lebenspartnerin, die Ausübung öffentlicher Ehrenämter,

– BAG v. 08.12.1982, AP Nr. 58 zu § 616 BGB –

und die schwere Erkrankung eines nahen Angehörigen.

– BAG v. 11.08.1982, AP Nr. 1 zu § 33 MTL II –

Der Anspruch besteht nicht bei allgemeinen Straßenverkehrsstörungen,

– LAG Hamm v. 06.11.1979, DB 1980, S. 311 –

im Arbeitsgerichtprozess gegen den Arbeitgeber aus dem Arbeitsverhältnis, auch wenn persönliches Erscheinen angeordnet wurde,

– BAG v. 04.09.1985, AP Nr. 1 zu § 29 BMT II. –

bei Naturereignissen,

– BAG v. 08.12.1982, AP Nr. 58 zu § 616 BGB –

bei Eisglätte,

– BAG v. 08.09.1982, NJW 1983, S. 1078 –

und beim Ausfall öffentlicher Verkehrsmittel, Demonstrationen etc.

Folge des § 616 Abs. 1 BGB ist die Verpflichtung des Arbeitgebers, nach dem Entgeltausfallprinzip die

Vergütung fortzuzahlen; die Vorschrift ist dispositiv.

Als Sonderfall sieht § 45 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 SGB V in einer dispositiven Vorschrift für pflichtversicherte Mitarbeiter einen Anspruch gegen den Arbeitgeber bei Betreuung eines erkrankten Kindes auf Freistellung von der Arbeitsleistung vor, wenn die Betreuung durch andere im Haushalt des Mitarbeiters lebende Personen nicht erbracht werden kann.

Dieser Anspruch auf bezahlte Freistellung besteht für bis zu fünf Arbeitstage im Jahr, er unterscheidet sich durch die Regelung von § 616 BGB insoweit, als hier der Vergütungsanspruch nicht gegen den Arbeitgeber zu richten ist, sondern vom Mitarbeiter Krankengeld gem. § 45 Abs. 1 SGB V von der Krankenkasse gefordert werden kann. Neben dem Fehlen weiterer möglicher Betreuer für das erkrankte Kind ist Voraussetzung der Nachweis der Erkrankung des Kindes durch ärztliches Zeugnis sowie ein Lebensalter von bis zu 12 Lebensjahren. Gegenüber § 616 Abs. 1 BGB, bei dem eine Freistellung mit der Pflicht zur Fortzahlung der Vergütung durch den Arbeitgeber für bis zu fünf Tagen besteht, regelt § 45 Abs. 2 Satz 1 SGB V die Dauer des Anspruchs je Kind für längstens zehn Arbeitstage je Kalenderjahr, bei Alleinerziehenden auf bis zu 20 Arbeitstage. Insgesamt sind max. 25 Arbeitstage, für Alleinerziehende 50 Arbeitstage je Kalenderjahr zu gewähren.

ccc) Entgeltfortzahlungsgesetz

Im Entgeltfortzahlungsgesetz ist die Entgeltfortzahlung an Feiertagen und im Krankheitsfall geregelt.

Die wesentlichen Vorschriften zur Entgeltfortzahlung an Feiertagen finden sich in den §§ 2, 4 Abs. 2 und 11 EFZG. Ausführlicher ist auf die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall einzugehen. Hier ist zu unterscheiden zwischen der Pflicht des Arbeitgebers zur Fortzahlung der Vergütung bei krank-

heitsbedingter Arbeitsunfähigkeit in deren ersten sechs Wochen und dem darüber hinaus bestehenden Ansprüchen des Mitarbeiters.

Zunächst ist auf die Ausnahmeregelung in § 3 Abs. 3 EFZG hinzuweisen, wonach ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung nur besteht, wenn das Arbeitsverhältnis mindestens vier Wochen angedauert hat. Erkrankt ein Mitarbeiter in diesem Zeitraum, besteht in dieser Wartefrist kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung, vielmehr entsteht dieser erst mit dem ersten Tag der fünften Woche, dann jedoch für volle sechs Wochen.

– BAG v. 26.05.1999, EzA § 3 EFZG Nr. 7 -

In der Wartezeit hat der Mitarbeiter Anspruch auf Krankengeld von der Krankenkasse. Gemäß § 5 Abs. 1 EFZG ist der Mitarbeiter verpflichtet, dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und ihre voraussichtliche Dauer unverzüglich mitzuteilen, wobei diese Pflicht unabhängig davon besteht, ob der Mitarbeiter im konkreten Fall Anspruch auf Entgeltfortzahlung hat oder nicht. Dies erfasst, auch Mitarbeiter, die innerhalb der vg. Wartefrist erkranken, weiterhin Mitarbeiter, die länger als sechs Wochen arbeitsunfähig sind und ggf. bereits Krankengeld beziehen, als auch Mitarbeiter, die infolge einer Fortsetzungserkrankung keine Entgeltfortzahlung erhalten und zuletzt Mitarbeiter, die im Erholungsurlaub arbeitsunfähig werden.

Für die Mitteilung der Arbeitsunfähigkeit ist keine Form vorgeschrieben, in der Regel wird jedoch eine mündliche Mitteilung wegen des Erfordernisses der Unverzüglichkeit notwendig sein. Es genügt, wenn der Mitarbeiter die Arbeitsunfähigkeit durch Dritte mitteilen lässt, wobei er auch hier darauf achten muss, dass unter unverzüglich gem. § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB ohne schuldhaftes Zögern verstanden wird. Der Mitarbeiter hat daher dafür Sorge zu tragen, dass der Arbeitgeber bereits am ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit

während der ersten üblichen Betriebsstunden informiert wird.

– Leinemann/Wagner/Worzalla, a. a. O., Kap. 1, F. VII. 1. b) aa), Rn. 1368 f., S. 274; –

Inhaltlich muss die Mitteilung zum Ausdruck bringen, auf welchen Zeitraum sich die Arbeitsunfähigkeit voraussichtlich erstrecken wird, wenn sie noch nicht ärztlich festgestellt wurde. Art und Ursache seiner Erkrankung muss der Mitarbeiter nur in Ausnahmefällen mitteilen, z. B. bei der Gefahr der Ansteckung anderer Mitarbeiter.

Neben der unverzüglichen Anzeige der Arbeitsunfähigkeit muss zudem ihr Nachweis erfolgen. Üblicherweise geschieht dies durch die Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, die die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit prognostiziert. Einer ordnungsgemäß ausgestellten ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung kommt ein hoher Beweiswert zu. Entsteht Streit darüber, ob der Mitarbeiter überhaupt arbeitsunfähig war und damit die Voraussetzungen für die Entgeltfortzahlung gegenüber dem Arbeitgeber vorliegen, und hat der Arbeitgeber Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit, kann er gem. § 275 SGB V den Medizinischen Dienst der Krankenkassen beauftragen, eine Untersuchung des Mitarbeiters vorzunehmen. Dies geht jedoch nur bei gesetzlich versicherten Mitarbeitern.

Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung muss dem Notar grundsätzlich innerhalb der Frist des § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG i. S. d. § 130 BGB zugehen, d. h., die Pflicht, eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen, trifft den Mitarbeiter grundsätzlich überhaupt nur dann, wenn die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Tage andauert. Ist sie bis zum 3. Kalendertag beendet, besteht keine Verpflichtung. Der Arbeitgeber bleibt jedoch zur Fortzahlung der Vergütung verpflichtet, es sei denn, er kann erhebliche Zweifel am Vorliegen der Arbeitsunfähigkeit darlegen und beweisen.

Trotz missverständlicher Formulierung des § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG ist nach nahezu einhelliger Auffassung die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung am 4. Tag der Erkrankung vorzulegen, wobei sich die Frist nach Arbeitstagen berechnet.

– Leinemann/Wagner/Worzalla, a. a. O., Kap. I. F. VII.1 b) bb), Rn. 1383 m.w.N. –

Gemäß § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG kann der Arbeitgeber die Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung schon früher verlangen, eine Begründung hierfür muss er nicht geben.

– Schaub, BB 1994, S. 1629 –

Allerdings darf die Aufforderung nicht willkürlich sein, sie ist an den Grenzen des § 315 BGB zu messen und darf nicht den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verletzen.

Eine Folgebescheinigung muss der Mitarbeiter gem. § 5 Abs. 1 Satz 4 EFZG vorlegen, wenn die Arbeitsunfähigkeit länger als in der Erstbescheinigung angegeben dauert. Sie muss erst innerhalb der Fristen des § 5 Abs. 1 Satz 2 und 3 EFZG nach Ablauf der in der Erstbescheinigung genannten Fristen vorgelegt werden.

– BAG v. 29.08.1990, EzA § 6 LFZG Nr. 13 –

Auch bei Erkrankung im Ausland ist der Mitarbeiter verpflichtet, Beginn und Dauer der Arbeitsunfähigkeit sowie die Adresse am Aufenthaltsort dem Arbeitgeber mitzuteilen, wobei er hierfür die schnellstmögliche Art der Übermittlung zu wählen hat. Seine Rückkehr aus dem Erholungsurlaub muss der Mitarbeiter ebenfalls unverzüglich gem. § 5 Abs. 2 Satz 6 EFZG erfüllen. Ihm obliegt die Verpflichtung, im Ausland einen Arzt aufzusuchen und sich unter Hinweis auf die deutsche Rechtslage eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ausstellen zu lassen. Dieser kommt bei Zweifelsfällen der gleiche Beweiswert zu wie

einer in Deutschland ausgestellten Bescheinigung. Insbesondere gilt dies für Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen aus Staaten der Europäischen Union.

– EuGH v. 02.05.1996 - Rs C 206/94 – EzA § 5 EFZG Nr. 1; BAG v. 19.02.1997, EzA § 5 EFZG Nr. 3 –

Erfüllt der Mitarbeiter seine Pflicht zur Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht, hat der Arbeitgeber ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 7 EFZG, d. h., er muss das Arbeitsentgelt erst bei Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, dann jedoch beginnend mit dem ersten Tag der Erkrankung, nachzahlen.

Die Pflicht zur Entgeltfortzahlung gegenüber dem Mitarbeiter ergibt sich aus § 3 EFZG und umfasst die Dauer von sechs Wochen oder 42 Kalendertagen, wobei grundsätzlich Sonn- und Feiertage mitgezählt werden. Die Fristen sind nach §§ 187 ff. BGB zu errechnen, im laufenden Arbeitsverhältnis beginnt sie mit dem Tag, der auf denjenigen folgt, an dem die Arbeitsleistung wegen Arbeitsunfähigkeit nicht möglich war. Erkrankt ein Mitarbeiter während eines Arbeitstages, so bleibt ihm der volle Entgeltanspruch für diesen Tag erhalten.

Er endet gem. § 8 Abs. 2 EFZG auch im Falle fortbestehender Arbeitsunfähigkeit, wenn das Arbeitsverhältnis wirksam endet, z. B. durch Aufhebungsvertrag, bei Ablauf der Kündigungsfrist nach einer wirksamen ordentlichen Kündigung (Ausnahme § 8 Abs. 1 EFZG), bei ordentlicher Eigenkündigung des Mitarbeiters der Ablauf der Frist, bei Ablauf einer Befristung etc.

Bei Wiederholungserkrankungen, also solchen Erkrankungen, bei denen die Arbeitsunfähigkeit auf verschiedenen Erkrankungen bzw. verschiedenen Ursachen beruht, entsteht der Anspruch auf Entgeltfortzahlung jeweils neu. Dies gilt nur dann nicht, wenn der Mitarbeiter zu einem Zeitpunkt neu erkrankt, in dem die zuvor eingetretene

Arbeitsunfähigkeit nicht beendet war. In diesen Fällen läuft die 6-Wochen-Frist weiter.

– BAG v. 18.05.1957, DB 1957, S. 534; BAG v. 12.07.1989, EzA § 616 BGB Nr. 39 –

Eine Fortsetzungserkrankung ist gegeben, wenn dieselbe Krankheit erneut auftritt, damit ein selbes Grundleiden vorliegt. Dann muss der Arbeitgeber im Falle einer Fortsetzungserkrankung für einzelne Phasen der Arbeitsunfähigkeit zusammen Entgeltfortzahlung für insgesamt 6 Wochen gem. § 3 Abs. 1 Satz 2 EFZG entrichten, wobei die Grundsätze nur innerhalb desselben Arbeitsverhältnisses gelten.

– BAG v. 27.01.1972, EzA § 1 LFZG Nr. 17 –

Ausnahme zu diesen Grundsätzen bei Fortsetzungserkrankungen regeln § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 EFZG. Sie liegen vor, wenn 6 Monate zwischen 2 Arbeitsunfähigkeitszeiträumen liegen und nach Ablauf von 6 Monaten seit Beginn der ersten Arbeitsunfähigkeit im Rahmen der Fortsetzungserkrankung. Die Frist beginnt an dem ersten Tag der ersten Arbeitsunfähigkeitsphase der Fortsetzungserkrankung.

– vgl. hierzu Leinemann/Wagner/Worzalla, a. a. O., Kap. I F. VII. 1. e) cc), Rn. 1443 f., S. 293 –

Die Höhe der Entgeltfortzahlung bestimmt sich im Regelfall nach den §§ 3, 4 EFZG, wonach das Ausfallprinzip greift. In den meisten Fällen ist die Vergütung zu entrichten, die der Mitarbeiter bei tatsächlicher Leistungserbringung in der betriebsüblichen Arbeitszeit hätte fertigen können. Fallen Arbeitsunfähigkeit und ein Feiertag zusammen, errechnet sich die Höhe des fort zu zahlenden Entgeltes nach § 2 EFZG.

Bei Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit des Mitarbeiters kann der Arbeitgeber die Krankenkasse einschalten. Diese ist verpflichtet, vom Medizi-

nischen Dienst (§ 275 SGB V) eine Begutachtung einzuholen. Die Vorschrift gilt indes nur für Mitarbeiter, die in der gesetzlichen Krankenkasse oder bei einer Ersatzkasse versichert sind.

bb) Urlaub

Urlaub ist die Befreiung eines Mitarbeiters von seinen Pflichten in einem Arbeitsverhältnis durch den Arbeitgeber für und während einer bestimmten Anzahl von Urlaubstagen.

– Leinemann/Wagner/Worzalla, a. a. O., Kap. I F. IV. 1. a), Rn. 847, S. 187 –

aaa) Begriff und Rechtsgrundlage

Der Urlaubsanspruch des Mitarbeiters besteht aus zwei Komponenten. Dies ist einerseits die Freizeitgewährung und andererseits der Fortzahlung der Vergütung während der Freistellung von der Arbeitspflicht. Beide Komponenten miteinander verbunden ergeben den einheitlichen Urlaubsanspruch des Mitarbeiters.

– vgl. Tschöpe, a. a. O., Teil 2 C I. 1, Rn. 1, S. 525 –

Neben dem im Bundesurlaubsgesetz geregelten Erholungsurlaub ist noch an den Sonderurlaub bei besonderen, meist außerhalb des Arbeitsverhältnisses liegenden Anlässen, den Hausarbeitstag und den Bildungsurlaub zu denken, der bisher in 11 Bundesländern gesetzlich geregelt ist.

Anspruchsberechtigter gem. § 1 BUrlG wird jeder Mitarbeiter. Wer hierzu gerechnet wird, ergibt sich aus § 2 BUrlG. Dieses enthält teilweise zwingende Mindestbestimmungen, so z.B. über die Mindestdauer (24 Werktage), die Bindung des Urlaubs an das Kalenderjahr sowie die Einbeziehung aller Mitarbeiter in den Kreis der Urlaubsberechtigten. Darüber hinausgehende zwingende Regelungen enthält z.B. § 125 SGB IX, das einen Zusatzurlaub von 5 Arbeitstagen im Jahr vorsieht. Auch Jugendliche haben gem. § 19 JArbSchG einen besonderen Ur-

laubsanspruch, der sich nach dem Lebensalter staffelt.

Darüber hinaus ist natürlich die Gewährung weitergehender Urlaubsansprüche einzelvertraglich möglich.

bbb) Entstehen, Befristung, Erfüllung

Der Urlaubsanspruch entsteht, wenn ein Arbeitsverhältnis vorliegt und die Wartezeit nach § 4 BUrlG abgelaufen ist. Danach entsteht der Urlaubsanspruch erstmalig nach Ablauf der 6-monatigen Wartezeit, die als Frist i. S. d. §§ 186 ff. BGB anzusehen ist und regelmäßig mit dem Tag beginnt, für den Arbeitsaufnahme vereinbart ist. Die 6-monatige Wartezeit ist nicht an das Kalenderjahr gebunden, maßgeblich ist allein der rechtliche Bestand des Arbeitsverhältnisses. Das Ruhen des Arbeitsverhältnisses und Krankheiten des Mitarbeiters hindern das Entstehen des Urlaubsanspruchs und das Ende der Wartezeit nicht. Scheidet der Mitarbeiter während oder mit Ablauf der Wartezeit aus dem Arbeitsverhältnis aus, hat er einen Teilurlaubsanspruch.

§ 1 BUrlG befristet den Urlaubsanspruch auf das Kalenderjahr, das als Urlaubsjahr angesehen wird. Danach entsteht der Urlaubsanspruch mit Beginn des Urlaubsjahres und endet mit diesem. Dies ergibt sich aus § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG. Ist ausnahmsweise eine Erfüllung im Kalenderjahr nicht möglich, kommt eine Übertragung auf die ersten 3 Kalendermonate des Folgejahres, im sog. Übertragungszeitraum, gem. § 7 Abs. 3 Satz 2 und 3 BUrlG in Betracht. Der übertragene Urlaub ist auf diesen Übertragungszeitraum befristet und erlischt automatisch mit dem 31.03. des Folgejahres.

Könnte der Urlaub vom Arbeitnehmer wegen Arbeitsunfähigkeit nicht genommen werden oder hat der Arbeitgeber diesen wegen betrieblicher Gründe nicht bewilligt, geht er automatisch ohne eine besondere Hand-

lung von Arbeitgeber oder Mitarbeiter gem. § 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG auf den Übertragungszeitraum über. Ist ein Mitarbeiter während des gesamten Übertragungszeitraums arbeitsunfähig, erlischt der Urlaubsanspruch. Abgeltungsansprüche bestehen nicht.

Der Urlaubsanspruch ist nach der Geltendmachung durch den Mitarbeiter vom Notar zu erfüllen. Unterlässt der Mitarbeiter die Geltendmachung und nimmt er im Urlaubsjahr keinen Erholungsurlaub, erlischt dieser nach § 1 BUrlG mit dem Ende des Kalenderjahres oder bei Vorliegen der Leistungshindernisse nach § 7 Abs. 3 BUrlG mit dem Ende des Übertragungszeitraums am 31.03. des Folgejahres. Die Geltendmachung muss eindeutig, unbeding und hinreichend bestimmt geschehen, ebenfalls ist es erforderlich, das Urlaubsverlangen rechtzeitig zu erklären.

Der Arbeitgeber als Schuldner ist verpflichtet, den Urlaub zu gewähren. Die Bestimmung des Urlaubszeitpunktes obliegt nicht dem billigen Ermessen des Notars, sondern dieser ist als Schuldner des Urlaubsanspruchs verpflichtet, nach § 7 Abs. 1, 1. Halbsatz BUrlG die Urlaubswünsche des Mitarbeiters zu berücksichtigen und so daher auch den Urlaub für den vom Mitarbeiter angegebenen Termin festzusetzen, es sei denn, es sind die Voraussetzungen nach § 7 Abs. 1, 2. Halbsatz BUrlG gegeben. Diese sind gegeben, wenn dringende betriebliche Belange vorliegen oder unter sozialen Gesichtspunkten vorrangige Urlaubsansprüche anderer Mitarbeiter zu erfüllen sind.

Ist der Urlaubstermin festgesetzt, ist ein Widerruf der Urlaubsgewährung vor und während des Urlaubs ausgeschlossen, auch dann, wenn der Notar feststellt, dass z. B. dringende betriebliche Gründe ihn berechtigen würden, nunmehr den Urlaub zu verweigern.

Denkbar ist dann lediglich eine Anfechtung der Erklärung wegen Irrtums

oder arglistiger Täuschung gem. §§ 119 und 123 BGB. Ebenso wenig kommt ein Rückruf aus dem Urlaub in Betracht. Durch die Urlaubsgewährung sind die Arbeitspflichten des Mitarbeiter suspendiert, für ihn besteht keine Verpflichtung, auf Verlangen die Urlaubsanschrift mitzuteilen.

– BAG v. 16.12.1980, BAGE 34, 305 –

Das im Erholungsurlaub zu zahlende Urlaubsentgelt errechnet sich nach § 11 BUrlG unter Berücksichtigung des in den letzten 13 abgerechneten Wochen vor Urlaubsantritt erzielten Arbeitsverdienstes. Das Urlaubsentgelt ist gem. § 11 Abs. 2 BUrlG vor Antritt des Urlaubs auszuzahlen, versehentlich zuviel ausgezahltes Urlaubsentgelt kann gem. §§ 812 ff. BGB zurückgefordert werden.

Erwerbstätigkeit während des Urlaubs darf der Mitarbeiter gem. § 8 BUrlG eigentlich nicht ausüben, wenn sie mit dem Urlaubszweck, nämlich sich von geleisteter Arbeit zu erholen und für künftige Arbeit Kraftreserven zu schaffen, nicht vereinbar ist. Dies wird jedoch stets nach den Umständen des Einzelfalls zu bewerten sein. Übt der Mitarbeiter dennoch eine gegen § 8 BUrlG verstoßende Erwerbstätigkeit aus, begründet dies weder ein Recht des Arbeitgebers, die Urlaubsvergütung zu kürzen, noch entfällt dadurch der Anspruch des Mitarbeiters auf die Urlaubsvergütung. Vielmehr kann der Arbeitgeber lediglich auf Unterlassung klagen, die Vollstreckung erfolgt nach § 890 ZPO, der Unterlassungsanspruch kann auch mit einer einstweiligen Verfügung gem. § 914 ZPO durchgesetzt werden.

Kann der Urlaub wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr als Freizeit verwertet werden, kommt eine Abgeltung nach § 7 Abs. 4 BUrlG in Betracht, hierbei handelt es sich um eine abschließende Ausnahmeregelung im Gesetz. Der Urlaubsabgeltungsanspruch entsteht mit Ausscheiden des Mitarbeiters aus dem Ar-

beitsverhältnis, ohne dass es dafür weitere Handlungen des Arbeitgebers oder des Mitarbeiters bedarf, er ist wie das Urlaubsentgelt nach § 11 BUrlG zu errechnen.

ccc) Geltendmachung des Urlaubsanspruchs

Einigen sich Arbeitgeber und Mitarbeiter nicht über den Urlaubsanspruch, hat der Mitarbeiter die Möglichkeit, gerichtliche Hilfe gem. § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG in Anspruch zu nehmen.

Bei Verweigerung des Urlaubs durch den Arbeitgeber kann der Mitarbeiter Leistungsklage erheben, solange der von ihm begehrte Zeitraum noch nicht verstrichen ist.

Bei erfolgloser Geltendmachung des Urlaubsanspruchs und wegen Zeitablaufs eingetretener Unmöglichkeit tritt an die Stelle des ursprünglichen Urlaubsanspruchs ein Schadenersatzanspruch in Geld.

– BAG v. 26.06.1986, DB 1986, S. 2684 –

Es sei darauf hingewiesen, dass die Angabe der noch offenen Urlaubstage in dem Nachweis über die Brutto-Netto-Bezüge kein Schuldanerkenntnis des Arbeitgebers darstellt.

Besteht Streit über die zeitliche Lage des Erholungsurlaubs, kann der Mitarbeiter Klage auf Gewährung von Urlaub mit dem Ziel, ihm den Urlaub für einen genannten, bestimmten Zeitraum zu erteilen, erheben.

– BAG v. 18.12.1986, DB 1987, S. 1362 –

Ein Selbstbeurlaubungsrecht des Mitarbeiters besteht grundsätzlich nicht, so dass es ihm verweigert ist, durch eigenmächtiges Fernbleiben von der Arbeit seinen Urlaubsanspruch zu verwirklichen.

– BAG v. 18.12.1986, DB 1987, S. 1362 –

Der Mitarbeiter hat die Möglichkeit, Dauer und Festlegung des Urlaubszeitpunktes, Urlaubsentgelt – sowie in Ausnahmefällen – die Urlaubsabgeltung im Wege der einstweiligen Verfügung nach §§ 935, 940 ZPO geltend zu machen.

ddd) Urlaubsanspruch besonderer Beschäftigungsgruppen

Teilzeitbeschäftigte, die an weniger Arbeitstagen einer Woche als Vollzeitbeschäftigte arbeiten, haben entsprechend der Zahl der für sie maßgeblichen Arbeitstage ebenfalls Anspruch auf Erholungsurlaub.

Schwerbehinderte haben gem. § 125 SGB IX einen Anspruch auf zusätzlichen Urlaub von 5 Arbeitstagen im Urlaubsjahr. In dem Jahr, in dem der Schwerbehinderte diese Rechtsstellung erwirbt, besteht nur Anspruch auf anteiligen Zusatzurlaub. Scheidet ein Schwerbehinderter in der ersten Jahreshälfte aus, kommt die Zwölftelbestimmung des § 5 Abs. 1 c BUrlG in Betracht, bei einem Ausscheiden in der zweiten Jahreshälfte behält er seinen Anspruch auf 5 Tage Zusatzurlaub.

eee) Krankheit während des Urlaubs

Gem. § 9 BUrlG können die Tage des Erholungsurlaubs, in denen der Mitarbeiter durch ärztliches Attest nachgewiesen arbeitsunfähig war, nicht auf den Jahresurlaub angerechnet werden. Diese Tage sind vom Arbeitgeber nachzugewähren, ein Selbstbeurlaubungsrecht des Mitarbeiters oder eine Selbstverlängerungsmöglichkeit besteht nicht.

Verdienstkürzungen infolge unverschuldeter Arbeitsversäumnisse bei der Berechnung des Urlaubsentgelts bleiben gem. § 11 Abs. 1 Satz 3 BUrlG außer Betracht, d.h., unverschuldete Krankheitstage vor Urlaubsantritt verringern nicht das Urlaubsentgelt.

Erkrankt der Mitarbeiter während eines unbezahlten Urlaubs, besteht kein Lohnfortzahlungsanspruch mit Ausnahme, wenn sich an einen längeren bezahlten Erholungsurlaub ein unbezahlter Urlaub ebenfalls zu Erholungszwecken anschließt. Dann ist der Mitarbeiter berechtigt, seinen bezahlten Urlaub abzubrechen und den unbezahlten Urlaub nicht zu nehmen.

fff) Erlöschen des Urlaubsanspruchs

Der Urlaubsanspruch erlischt durch Erfüllung gem. § 362 Abs. 1 BGB. Er verfällt grundsätzlich kraft Gesetzes, wenn er nicht während des Urlaubsjahres oder des Übertragungszeitraums, also bis zum 31.03. des Folgejahres, vom Mitarbeiter geltend gemacht wird. Der Urlaub muss in der Übertragungszeit so zeitig geltend gemacht werden, dass er auch bis zum 31.03. genommen werden kann.

Ist der Mitarbeiter lang anhaltend erkrankt, und hindert ihn dies, den Urlaub vor Ablauf des Kalenderjahres bzw. des Übertragungszeitraums zu nehmen, dann verfällt dieser, es sei denn, die Arbeitsunfähigkeit ist vom Arbeitgeber zu vertreten. Auch eine Abgeltung des Urlaubsanspruchs kommt dann nicht in Betracht.

Wird gerichtlich über einen Urlaubsanspruch gestritten, dann verfällt ein rechtzeitig gerichtlich geltend gemachter Urlaubsanspruch auch bei einer Prozessdauer von mehreren Jahren nicht. Solange das Arbeitsverhältnis besteht, ist er in natura zu gewähren, anderenfalls wandelt er sich um Abgeltungsanspruch.

– BAG v. 28.07.1992, DB 1993, 642 –

Urlaubsansprüche verjähren nach 3 Jahren, die Verjährungsfrist beginnt gem. § 199 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch zu erfül-

len war. Die Frage wird nur bei der Forderung nach Urlaubsentgelt bzw. Abgeltung bedeutsam. Ansonsten greift die Regelung über die Bindung an das Urlaubsjahr und über den Verfall bei nicht rechtzeitiger Geltendmachung.

Ein Verzicht auf den Mindesturlaub ist gem. § 13 Abs. 1 Satz 3 BUrlG ausgeschlossen.

Gem. § 5 Abs. 3 BUrlG kann der Arbeitgeber von einem Mitarbeiter, der nach erfüllter Wartezeit in der ersten Hälfte des Kalenderjahres ausscheidet und Urlaub über den ihm zustehenden Umfang erhalten hat, das Urlaubsentgelt nicht zurückfordern (§ 5 Abs. 1 c) BUrlG).

Der Beitrag wird im
notar 3/2006 fortgesetzt!

!!! Nur noch Restexemplare vorhanden !!!

Zum 150-jährigen Bestehen des Vereins für das Rheinische Notariat hat die DNotV GmbH eine Festgabe herausgegeben mit dem Titel

Geschichte der Notarvereine

Gegliedert nach Gründungsjahren wird erstmalig die Geschichte der Notarvereine in Deutschland erzählt. Angefangen mit dem Jahr 1855, dem Gründungsjahr des Vereins für das Rheinische Notariat, bis zum heutigen Tag beschreiben unterschiedliche Autoren jeweils die Geschicke „ihres“ Vereins. Dabei entsteht ein buntes, lebendiges und von den einzelnen Autoren auch persönlich gefärbtes Bild der Notarvereine in Deutschland. Altherwürdige Organisationen wie die süddeutschen Notarvereine aus Bayern, Baden und Württemberg stehen neben den vergleichsweise jungen Notarbünden der neuen Bundesländer. Eine interessante Lektüre nicht nur für den historisch interessierten Notar, sondern auch ein schönes Geschenk für Familienmitglieder, Freunde, Bekannte oder andere dem Notarstand verbundene Personen.

Geschichte der Notarvereine

2005, 228 Seiten, blauer Leineneinband
20,- Euro zzgl. Umsatzsteuer und Versandkosten

Zu beziehen nur (solange der Vorrat reicht) über:
DNotV GmbH, Kronenstraße 73/74, 10117 Berlin
Tel. (030) 20 61 57 40, Fax (030) 20 45 42 90
e-mail: kontakt@dnotv.de

Bitte verwenden Sie das **Bestellformular** in diesem Heft auf S. 138

