

## **(Original-)Referendarexamensklausur – Zivilrecht: Schuldrecht AT und Arbeitsrecht – Athen in Trümmern**

Prof. Dr. Martin Henssler, Akad. Rat Dr. Christian Deckenbrock und Rechtsreferendarin Sophie Kruppa\*

Die Klausur hat besonders examensrelevante Themen aus dem Allgemeinen Schuldrecht zum Gegenstand. Darüber hinaus werden aktuelle praxisrelevante arbeitsrechtliche Fragestellungen behandelt. Die Schwierigkeit der Klausur liegt darin, dass sie den Bearbeitern ein gut strukturiertes und gründliches Vorgehen bei der gutachterlichen Prüfung abverlangt.

### **Sachverhalt**

#### *Ausgangsfall:*

V, der ein Fachgeschäft für Bodenfliesen betreibt, verkauft am 14.10.2018 an K 80 qm Fliesen (20 Paletten à 4 qm zu je 100 Euro) der Serie „Athen“ zum Preis von 2000 Euro. Vereinbart wird, dass V – nach vorheriger Ankündigung – zwischen dem 26.11.2018 und 30.11.2018 K die Fliesen nach Hause liefern soll. Die Zahlung soll bei Lieferung erfolgen. Per Brief vom 6.11.2018 kündigt V die Lieferung für den 28.11.2018 zwischen 10 und 11 Uhr an. K hält diesen Brief, den er am 7.11.2018 in seinem Briefkasten vorfindet, indes für Werbung und wirft ihn ungeöffnet weg.

A, ein Arbeitnehmer des V, erscheint auf Grund einer entsprechenden Weisung des V am 28.11.2018 um 10 Uhr bei K mitsamt den Fliesen. Als A diesen im Vorgarten sieht, beginnt er zunächst, die Fliesenpaletten auszuladen. K offenbart ihm allerdings wenig später, dass er gerade kein Bargeld im Hause habe und auch über keine Girocard verfüge, woraufhin A nach Rücksprache mit V die Paletten wieder auf seinem Transporter verstauen möchte. Durch eine leicht fahrlässige Unaufmerksamkeit rutschen ihm allerdings zwei Paletten (insgesamt 8 qm Fliesen im Wert von 200 Euro) aus der Hand und gehen zu Bruch. Dabei wird auch eine Gartenlampe des K (Wert: 200 Euro) irreparabel beschädigt. Nachdem A die Scherben beseitigt und die übrigen Fliesen wieder verladen hat, ruft er bei V an und fragt, wie er mit den Fliesen nun verfahren solle. V weist A an, die Fliesen X zu liefern, der wenige Minuten zuvor bei V genau 72 qm Fliesen derselben Serie bestellt hat. Auf dem Weg zu X wird A unverschuldet in einen Verkehrsunfall verwickelt. Sämtliche verbliebenen Fliesen werden hierbei zerstört und sind nicht mehr verwendbar.

Als K Anfang Dezember 2018 „Neulieferung“ von 80 qm Fliesen verlangt, lehnt V dies kategorisch mit dem Hinweis auf deren Zerstörung ab, obwohl noch ausreichend Fliesen der Serie „Athen“ vorhanden sind. Im Gegenzug verlangt er von K Zahlung des vollen Kaufpreises, weil die Zerstörung der Fliesen allein auf der „Zahlungsunfähigkeit“ des K beruhe. K ist der Ansicht, zur Zahlung schon deshalb nicht verpflichtet zu sein, weil er weder für die Ungeschicklichkeit des A noch für den Verkehrsunfall „etwas könne“. Zudem erklärt K den Rücktritt vom Vertrag und hält der Forderung des V „die Sache mit der Gartenlampe“ entgegen.

1. Kann V von K Zahlung von 2.000 Euro verlangen?
2. Unterstellen Sie, dass K eine Forderung gegen V wegen „der Sache mit der Gartenlampe“ hat. Kann V sich, nachdem er die Forderung des K durch Zahlung iHv 200 Euro erfüllt hat, gestützt auf den Arbeitsvertrag bei A schadlos halten? Auf § 426 BGB ist nicht einzugehen.

*Fallfortsetzung:*

In der folgenden Zeit häufen sich die Schäden, die A während seiner Tätigkeit für V verursacht. V sieht sich deshalb veranlasst, das Arbeitsverhältnis unter Wahrung der Kündigungsfrist zum 31.1.2019 aufzulösen. Am 14.2.2019 erhebt A per Fax Kündigungsschutzklage vor dem zuständigen ArbG. Dieses leitet das Fax noch am selben Tag an V weiter. Das ArbG bestätigt im April 2019 rechtskräftig die Wirksamkeit der Kündigung und die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.1.2019. Am 20.5.2019 fordert A den V per E-Mail zur Abgeltung des Urlaubs des Jahres 2019 auf, den er – was zutrifft – auf Grund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr nehmen konnte.

V weist das Verlangen des A unter Hinweis auf § 5 des zwischen A und V am 1.1.2017 geschlossenen, von V gestellten und von ihm bereits mehrfach verwendeten Formulararbeitsvertrags zurück. § 5 enthält folgende Regelung:

„Alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis – mit Ausnahme von Ansprüchen, die aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit sowie aus vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzungen einer Vertragspartei oder ihres gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen resultieren – verfallen, wenn sie nicht innerhalb von drei Monaten nach Fälligkeit gegenüber der anderen Vertragspartei in Textform geltend gemacht werden.“

A ist über die ablehnende Haltung des V empört. Er meint, er habe die Frist des § 5 bereits durch die Einreichung der Kündigungsschutzklage gewahrt. Überdies sei die Klausel gem. § 3 S. 1 MiLoG unwirksam, weil sie den gesetzlichen Anspruch auf den Mindestlohn nicht ausdrücklich ausklammere. Zumindest aber sei sie intransparent, da sie dem Arbeitnehmer suggeriere, dass er auch den Anspruch auf Mindestlohn innerhalb von drei Monaten geltend machen müsse. V hingegen meint, im Arbeitsrecht seien kurze Fristen zur Geltendmachung von Rechtspositionen – wie § 4 S. 1 KSchG und § 61 b I ArbGG zeigen würden – verbreitet. Zudem komme angesichts des eindeutigen Wortlauts des § 3 S. 1 MiLoG allenfalls eine teilweise Unwirksamkeit der Klausel in Betracht.

3. Hat A einen Anspruch auf Urlaubsabgeltung gegen V?

*Bearbeitungsvermerk:*

1. Auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen ist – ggf. hilfsgutachterlich – einzugehen.
2. Bezüglich der Fallfortsetzung wird auf §§ 1, 4, 7 BUrlG (Schönfelder Ergänzungsband, Ordnungsnummer 80 b) sowie auf §§ 1, 3 S. 1 MiLoG (Schönfelder Ergänzungsband, Ordnungsnummer 80 c) hingewiesen.

Henssler/Deckenbrock/Kruppa: (Original-)Referendarexamensklausur –  
Zivilrecht: Schuldrecht AT und Arbeitsrecht – Athen in Trümmern (JuS 2020,  
1045)

1046

3. Der Urlaubsabgeltungsanspruch unterfällt als reiner Geldanspruch *nicht* § 13 BUrlG. Er entsteht mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses und ist sofort fällig.

4. Der Mindestlohn steht jedem Arbeitnehmer unabhängig von der vertraglich vereinbarten Vergütung zu.

### **Gliederung**

Frage 1: V gegen K auf 2.000 Euro

A. Anspruch entstanden

B. Anspruch erloschen

I. § 326 I 1 BGB

1.8 qm Fliesen

a) Unmöglichkeit, § 275 I BGB

*Problem:* Konkretisierung der Bringschuld

b) Aufrechterhaltung gem. § 326 II 1 Var. 2 BGB

c) Zwischenergebnis

2.72 qm Fliesen

*Problem:* Möglichkeit einer Entkonkretisierung

3. Zwischenergebnis

II. § 346 I BGB

1. Rücktrittserklärung

2. Rücktrittsgrund

a) Nichterbringung der Leistung

b) Fristsetzung

3. Kein Ausschluss

4. Zwischenergebnis

III. § 389 BGB

1. Aufrechnungserklärung

2. Aufrechnungslage

a) §§ 280 I, 241 II BGB

b) § 831 I BGB

3. Zwischenergebnis

C. Ergebnis

Frage 2: V gegen A auf 200 Euro

A. Schuldverhältnis

B. Pflichtverletzung

C. Vertretenmüssen

D. Schaden

*Problem:* Analogie zu § 254 BGB nach den Grundsätzen zur privilegierten Arbeitnehmerhaftung

I. Herleitung der Grundsätze zur privilegierten Arbeitnehmerhaftung

II. Anwendungsbereich

III. Inhalt des Haftungsprivilegs

IV. Rechtsfolge

E. Ergebnis

Frage 3: A gegen V auf Urlaubsabgeltung

A. Anspruch entstanden

B. Anspruch erloschen

I. Frist

*Problem:* Fristwahrung durch Kündigungsschutzklage

1. Durch die gerichtliche Geltendmachung

2. Geltendmachung per E-Mail

3. Zwischenergebnis

## II. Wirksamkeit der Ausschlussklausel

1. § 3 S. 1 MiLoG

2. §§ 134, 202 I BGB

3. §§ 305 ff. BGB

a) Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB

b) AGB iSd § 305 I BGB

c) Einbeziehung in den Vertrag

d) Auslegung der AGB

e) Inhaltskontrolle

*Problem:* Ausschlussfrist, Transparenzgebot

f) Rechtsfolge

*Problem:* ausnahmsweise geltungserhaltende Reduktion mit Blick auf § 3 S. 1 MiLoG

C. Ergebnis

## Lösung

### Frage 1: V gegen K auf 2.000 Euro

V könnte gegen K einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises iHv 2.000 Euro aus dem Kaufvertrag gem. § 433 II haben.

#### A. Anspruch entstanden

Beide Parteien haben am 14.10.2018 einen Kaufvertrag gem. §§ 433, 145, 147 geschlossen, welcher die Lieferung von 80 qm Fliesen zum Preis von 2.000 Euro zum Gegenstand hatte. Damit ist der Kaufpreisanspruch des V entstanden.

#### B. Anspruch erloschen

Der Anspruch könnte im Folgenden jedoch wieder erloschen sein.

##### I. § 326 I 1 BGB

Gemäß § 326 I 1 entfällt der Anspruch auf die Gegenleistung, wenn der Schuldner nach § 275 I-III nicht zu leisten braucht.

##### 1. 8 qm Fliesen

V könnte die Lieferung von 80 qm Fliesen nach § 275 I teilweise unmöglich geworden sein, da A zwei Paletten Fliesen (8 qm) aus der Hand rutschten und zu Bruch gingen.

*Hinweis:* Die Bearbeiter können hier kurz darauf eingehen, dass das Gesetz eine Teilunmöglichkeit grundsätzlich vorsieht (vgl. § 275 I: „soweit“; §§ 326 I 1 Hs. 2, 323 V, 281 I 2: „Teilleistung“).

Voraussetzung ist, dass die Leistung teilbar ist. Das ist vorliegend jedoch unproblematisch.

##### a) Unmöglichkeit, § 275 I BGB

Unmöglichkeit setzt grundsätzlich die endgültige Nichterbringbarkeit der Leistung voraus. Soweit eine Sache nur der Gattung nach bestimmt (§ 243 I) ist, erfordert dies den vollständigen Untergang der Gattung.<sup>2</sup> Bei den Fliesen handelt es sich dem Grunde nach um eine Gattungsschuld. Ausweislich des Sachverhalts ist die Gattung nicht vollständig untergegangen, vielmehr sind noch ausreichend Fliesen der Serie „Athen“ vorhanden.

Etwas anderes gilt nach § 243 II aber dann, wenn der Schuldner das zur Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache seinerseits Erforderliche getan hat. In diesem Fall tritt Konkretisierung ein und die Schuld beschränkt sich auf diese Sache. Was das „seinerseits Erforderliche“ ist, hängt wiederum von der Art der Schuld ab.<sup>3</sup> V und K haben vereinbart, dass V dem K die Fliesen nach Hause liefern, die Leistungshandlung (Erfüllungshandlung) also am Wohnsitz des K vornehmen soll (vgl. § 269). V und K haben daher eine Bringschuld vereinbart. Bei einer Bringschuld hat der

Henssler/Deckenbrock/Kruppa: (Original-)Referendarexamensklausur –  
Zivilrecht: Schuldrecht AT und Arbeitsrecht – Athen in Trümmern (JuS 2020,  
1045)

1047

Schuldner das seinerseits Erforderliche getan, wenn er die Sache in Annahmeverzug begründender Art und Weise tatsächlich angeboten hat.<sup>4</sup>

*Hinweis:* Teilweise wird vertreten, dass es im Rahmen einer Bringschuld ausreicht, wenn der Schuldner die Ware auswählt, aussondert und dem Gläubiger körperlich anbietet.<sup>5</sup> Nach dieser Auffassung können Konkretisierung und Annahmeverzug auseinanderfallen, wenn § 299 einschlägig ist, der Verkäufer also ohne vorherige Ankündigung liefert.<sup>6</sup> Für den Klausuraufbau bedeutet dies, dass der Annahmeverzug erst iRv § 326 II 1 Var. 2 geprüft wird. Da V die Leistung eine angemessene Zeit vorher angekündigt hat, führen beide Ansichten zu demselben Ergebnis.

Zu prüfen sind damit die Voraussetzungen der §§ 293 ff. V hat dem K die Fliesen angeboten und sie ihm damit iSd § 294 tatsächlich offeriert. K dürfte die Fliesen außerdem nicht angenommen haben, vgl. § 293. Hieran könnten Zweifel bestehen, weil er lediglich darauf verwiesen hat, kein Bargeld im Hause zu haben und über keine Girocard zu verfügen. Ist der Schuldner nur gegen eine Leistung des Gläubigers zu leisten verpflichtet, so kommt der Gläubiger nach § 298 auch dann in Verzug, wenn er zwar die angebotene Leistung anzunehmen bereit ist, die verlangte Gegenleistung aber nicht anbietet. Der Kaufvertrag iSd § 433 ist ein gegenseitiger Vertrag, bei dem Leistung und Gegenleistung Zug um Zug zu erbringen sind. K und V hatten zudem ausdrücklich Zahlung bei Lieferung vereinbart. Ob K zur Abnahme der Fliesen bereit war, ist daher nach § 298 unerheblich. K ist dadurch in Verzug geraten, dass er auf die nach § 294 angebotene Übergabe und Übereignung der Fliesen nicht die ihm obliegende Zahlung des Kaufpreises angeboten hat.

Es dürfte ferner keine vorübergehende Annahmeverhinderung iSd § 299 vorliegen. Ist die Leistungszeit nicht bestimmt oder der Schuldner berechtigt, vor der bestimmten Zeit zu leisten, so kommt der Gläubiger nicht dadurch in Verzug, dass er vorübergehend an der Annahme der angebotenen Leistung verhindert ist, es sei denn, dass der Schuldner ihm die Leistung eine angemessene Zeit vorher angekündigt hat. Hier war der Zeitraum vom 26.–30.11.2018 verabredet, die Leistungszeit war also nicht so bestimmt, dass es einer Ankündigung durch V nicht mehr bedurfte. Im Übrigen war das Erfordernis einer Ankündigung sogar ausdrücklich vereinbart. V musste daher K die Lieferung der Fliesen eine angemessene Zeit vorher ankündigen. Bei der Ankündigung handelt es sich um eine geschäftsähnliche Handlung, für die die Regelungen über die Willenserklärung und damit auch § 130 I 1 entsprechend anzuwenden sind.<sup>7</sup> Entscheidend ist danach der Zugang der Ankündigung. Er setzt voraus, dass die Erklärung in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist und dieser unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung die Möglichkeit

der Kenntnisnahme hatte.<sup>8</sup> Unerheblich ist, dass K den Brief des V für Werbung gehalten hat, weil der Zugang davon unabhängig erfolgt ist.

Ob die Leistung eine angemessene Zeit vorher angekündigt wurde, richtet sich nach Art und Umfang der geschuldeten Leistung; der Gläubiger muss entsprechende Vorkehrungen für die Annahme treffen können.<sup>9</sup> K ist der Brief, in welchem die Lieferung der Fliesen für den 28.11.2018 zwischen 10 und 11 Uhr angekündigt wurde, am 7.11.2018 zugegangen. Der Zeitraum von drei Wochen genügt, um Vorkehrungen für den Empfang treffen zu können. K ist somit in Annahmeverzug geraten.

V hat alles seinerseits Erforderliche getan, so dass gem. § 243 II Konkretisierung bezüglich der 80 qm Fliesen eingetreten ist. Mit der Zerstörung von 8 qm dieser Fliesen ist insoweit Unmöglichkeit eingetreten.

*Hinweis:* Im Wiederaufladen der Fliesen allein dürfte noch keine Entkonkretisierung zu sehen sein, da A erst zu einem späteren Zeitpunkt bei V anfragt, wie mit den Fliesen verfahren werden solle. Zu den Anforderungen einer Entkonkretisierung s. u.

### **b) Aufrechterhaltung gem. § 326 II 1 Var. 2 BGB**

Die (Teil-)Unmöglichkeit der Leistung führt nicht zum Erlöschen des Gegenleistungsanspruchs, wenn der Schuldner den zur Unmöglichkeit führenden Umstand, hier die Zerstörung der 8 qm Fliesen, nicht zu vertreten hat und dieser zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist, § 326 II 1 Var. 2. Wie dargelegt, befand sich K zu diesem Zeitpunkt im Verzug der Annahme. Fraglich ist allein, ob V den Umstand – die Zerstörung der Fliesen – zu vertreten hat, weil A, dessen Verschulden sich V gem. § 278 zurechnen lassen muss, fahrlässig die beiden Paletten aus seiner Hand rutschen ließ. Allerdings greift die Haftungsprivilegierung des § 300 I, wonach der Schuldner während des Verzugs des Gläubigers nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat: Da A nur leicht fahrlässig gehandelt hat, muss V demnach die Unmöglichkeit in Bezug auf den zerstörten Teil der Fliesen nicht vertreten.

*Hinweis:* Teilweise wird § 446 S. 3 als gegenüber § 326 II 1 Var. 2 speziellere Vorschrift angesehen.<sup>10</sup>

### **c) Zwischenergebnis**

Der Anspruch auf Kaufpreiszahlung hinsichtlich der 8 qm Fliesen ist nicht gem. § 326 I 1 erloschen.

*Hinweis:* Die Bearbeiter können auch einen Rücktritt in Bezug auf die 8 qm Fliesen oder den ganzen Vertrag erörtern. Ein (Teil-)Rücktritt gestützt auf § 326 V – die Leistungspflicht des V ist insoweit wegen Unmöglichkeit erloschen – dürfte an § 323 VI scheitern, der gem. § 326 V Hs. 2 entsprechend anwendbar ist. Insoweit gelten die vorstehenden Ausführungen entsprechend. Ein Rücktritt vom ganzen Vertrag, gestützt auf § 323 I wegen des Ausbleibens der Lieferung der weiteren 72 qm Fliesen, scheidet auf Grund der Wertung des § 326 II, die in § 323 VI ihren Widerhall findet, aus. Die Preisgefahr hinsichtlich der 8 qm war bereits auf K übergegangen.

Henssler/Deckenbrock/Kruppa: (Original-)Referendarexamensklausur –  
Zivilrecht: Schuldrecht AT und Arbeitsrecht – Athen in Trümmern (JuS 2020,  
1045)

1048

### **2. 72 qm Fliesen**

Der Kaufpreiszahlungsanspruch könnte jedoch in Bezug auf die verbliebenen 72 qm Fliesen gem. § 326 I 1 teilweise erloschen sein.

Dafür müsste die geschuldete Lieferung durch die teilweise Zerstörung der Fliesen im Rahmen des Verkehrsunfalls wiederum gem. § 275 I teilweise unmöglich geworden sein.

Unmöglichkeit kommt lediglich unter dem Aspekt der *Konkretisierung* gem. § 243 II in Betracht. Auf die Ausführungen hierzu (o. I 1 a) wird verwiesen. Die Konkretisierung bezog sich auf die gesamten 80 qm Fliesen.

Hinsichtlich der 72 qm Fliesen könnten die Wirkungen der Konkretisierung mit dem Auftrag an A, die verbliebenen Fliesen an X zu liefern, aber möglicherweise entfallen sein (sog. *De-* bzw. *Entkonkretisierung*). Es ist umstritten, inwieweit der Schuldner an eine einmal erfolgte Konkretisierung gebunden ist:

In erster Linie dient das Gesetz dem Schutz desjenigen Schuldners, der alles seinerseits zur Leistung Erforderliche getan hat. In der Folge eintretende, von ihm nicht zu vertretende Leistungsstörungen sollen daher nicht zu seinen Lasten gehen.<sup>11</sup> Hieraus wird im Schrifttum häufig der Schluss gezogen, der Schuldner könne auf den Schutz der §§ 243 und 300 II auch verzichten, so dass er bis zum Augenblick der Erfüllung in der Lage bleibe, eine eingetretene Konkretisierung rückgängig zu machen und mit anderen Gegenständen zu erfüllen.<sup>12</sup> Beispiele sind die Rückstellung der ausgesonderten und dem Gläubiger angebotenen Gegenstände in den allgemeinen Bestand, die Umlenkung der auf dem Transport befindlichen Ware an andere Gläubiger oder das Angebot von Ersatzsachen bei Untergang der Sachen, auf die sich das Schuldverhältnis zunächst konkretisiert hatte.<sup>13</sup> Die Leistungsgefahr fällt dann auf den Schuldner zurück, der Gläubiger ist über die Verzugsregeln ausreichend geschützt. Danach wäre V an die erfolgte Konkretisierung nicht gebunden.

Eine andere Auffassung betont den durch die Konkretisierung eintretenden Gläubigerschutz. So ermögliche eine bindende Konkretisierung dem Gläubiger, schon vor vollständiger Erfüllung über die Ware zu disponieren, und nehme dem Schuldner die Möglichkeit, auf Kosten des Gläubigers zu spekulieren.<sup>14</sup> Allerdings seien Ausnahmen zuzulassen, wenn der Gläubiger kein Interesse an der konkreten Sache habe oder deren Annahme grundlos ablehne.<sup>15</sup>

Da ein Nachteil des K durch die Rückgängigmachung der Konkretisierung nicht ersichtlich ist, diese ihm vielmehr sogar zugutekommt (vgl. § 326 II 1 Var. 2), gelangen beide Auffassungen hier zu demselben Ergebnis. Eine Entkonkretisierung ist somit möglich, eine Stellungnahme entbehrlich.

*Hinweis:* Im Übrigen ist hier jede Auffassung vertretbar. Die Problematik ist nicht ohne Grund bis heute nicht abschließend geklärt.<sup>16</sup> *Canaris* hält eine Entkonkretisierung in Fällen für unzulässig, in denen die Gegenleistungsgefahr bereits auf den Gläubiger übergegangen ist. Allerdings legt seine Argumentation nahe, dass dem Schuldner, der sich an diese Bindung nicht hält, eine Berufung auf § 326 II (ggf. gem. § 242) zu versagen ist, wenn die Sache im Anschluss an sein (unzulässiges) Umdisponieren untergeht (s. u.).

Da die Entkonkretisierung zum Wegfall der Wirkung des § 243 II führt, lag zum Zeitpunkt des Unfalls keine Konkretisierung im Hinblick auf die 72 qm Fliesen vor.

*Hinweis:* Verneint man – gut vertretbar – die Möglichkeit einer (zulässigen) Entkonkretisierung, kann sich V (gem. § 242) aber bzgl. der 72 qm Fliesen nach (unzulässigem) Entschluss zur Lieferung an X gegenüber K nicht mehr auf § 326 II 1 Var. 2 berufen. Mit der Aufhebung der Konkretisierung entfällt auch der entsprechende Annahmeverzug. Dies muss erst recht gelten, wenn man die Entkonkretisierung für unzulässig hält. Alternativ ließe sich – bei Ablehnung einer Entkonkretisierung – argumentieren, § 326 II 1 Var. 2 bleibe zwar unberührt, in der unzulässigen Umlenkung liege aber bereits eine Pflichtverletzung, die V auch zu vertreten hat, wenn ihn am anschließenden Verkehrsunfall kein Verschulden trifft. V würde K dann – hielte man nicht schon

eine Dolo-agit-Einrede des K für möglich – Schadensersatz nach §§ 280 I, III, 283 schulden, der mit unter eine (konkludente) Aufrechnung des K gefasst werden könnte.

Demnach ist die Lieferung der 72 qm Fliesen durch die Zerstörung bei dem Verkehrsunfall nicht gem. § 275 I unmöglich geworden.

### **3. Zwischenergebnis**

Der Kaufpreisanspruch besteht hinsichtlich der 8 qm Fliesen nach § 326 II 1 Var. 2 fort. Bezogen auf die 72 qm lagen bereits die Voraussetzungen des § 326 I 1 nicht (mehr) vor. Der Kaufpreiszahlungsanspruch des V ist somit nicht gem. § 326 I 1 erloschen.

## **II. § 346 I BGB**

Der Anspruch könnte aber nach § 346 I erloschen sein (Umwandlung des ursprünglichen Kaufvertrags in ein Rückabwicklungsverhältnis). Dafür müsste K wirksam zurückgetreten sein.

*Hinweis:* Wird die Möglichkeit der Entkonkretisierung abgelehnt, sind die Ausführungen zu einem Rücktritt auf Grund des Bearbeitungsvermerks im Hilfsgutachten vorzunehmen.

### **1. Rücktrittserklärung**

K hat gem. § 349 ausdrücklich den Rücktritt erklärt.

### **2. Rücktrittsgrund**

Darüber hinaus müsste ihm ein Rücktrittsrecht zustehen. Ein solches könnte sich aus § 323 I 1 Var. 1 ergeben.

#### **a) Nichterbringung der Leistung**

V müsste eine fällige Leistung nicht erbracht haben. Die Leistungspflicht des V ist in Bezug auf die 8 qm Fliesen nach

Henssler/Deckenbrock/Kruppa: (Original-)Referendarexamensklausur –  
Zivilrecht: Schuldrecht AT und Arbeitsrecht – Athen in Trümmern (JuS 2020, 1049)

§ 275 I bereits erloschen, so dass insoweit eine Nichterbringung mangels Leistungspflicht des V von vornherein ausscheidet. Zur Lieferung der weiteren 72 qm Fliesen war V indes weiterhin verpflichtet, er hat diese Leistung aber innerhalb der vereinbarten Leistungszeit nicht erbracht.

*Hinweis:* Ob die hiesige Konstellation – Eintritt einer Teilunmöglichkeit mit anschließendem Rücktritt – als „Teilrücktritt“ zu bezeichnen ist, kann dahinstehen. Ein solcher wäre jedenfalls, wie sich aus § 323 V ergibt, dem Grunde nach möglich. Leistung und Gegenleistung müssten teilbar sein,<sup>17</sup> insoweit bestehen aber angesichts des Kaufgegenstands keine Bedenken.

#### **b) Fristsetzung**

Grundsätzlich setzt der Rücktritt voraus, dass der Gläubiger dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung gesetzt hat. Mit Blick auf die ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung des V war eine solche Fristsetzung jedoch gem. § 323 II Nr. 1 entbehrlich.

### **3. Kein Ausschluss**

Der Rücktritt darf schließlich nicht ausgeschlossen sein. Bedenken könnten sich diesbezüglich aus § 323 VI Var. 2 ergeben. Danach ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn der vom Schuldner zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist.

Unabhängig davon, ob V die (fortwährende) Nichtleistung zu vertreten hat, fehlt es jedenfalls an einem Annahmeverzug des K. Wie festgestellt, wurden die Wirkungen der Konkretisierung in Bezug auf die 72 qm Fliesen wieder aufgehoben und eine Unmöglichkeit ist insoweit nicht eingetreten. Gleichzeitig wurde dadurch der Annahmeverzug des K beseitigt. § 323 VI käme daher nur bei einem neuen, den Annahmeverzug auslösenden Angebot zum Tragen. Daran fehlt es indes bislang.

*Hinweis:* Geht man mangels wirksamer Entkonkretisierung von Unmöglichkeit bzgl. der gesamten Lieferung aus (s. o.), gilt bzgl. § 326 V iVm § 323 VI Var. 2 das zu § 326 II 1 Var. 2 Ausgeführte entsprechend.

#### **4. Zwischenergebnis**

K konnte wirksam von dem mit V geschlossenen Kaufvertrag zurücktreten, soweit V noch zu einer Lieferung und K im Gegenzug zur Zahlung verpflichtet war, dh in Bezug auf 72 qm Fliesen zum Gesamtpreis von 1.800 Euro. Gemäß § 346 I ist der Anspruch des V iHv 1.800 Euro erloschen.

*Hinweis:* Wie ausgeführt, dürfte dieses Ergebnis unabhängig davon überzeugen, welcher Auffassung man zur Frage der Entkonkretisierung folgt.

### **III. § 389 BGB**

Der verbliebene Anspruch des V gegen K iHv 200 Euro könnte infolge einer Aufrechnung des K gem. § 389 erloschen sein.

#### **1. Aufrechnungserklärung**

Mit dem Hinweis der Forderung des V „die Sache mit der Gartenlampe“ entgegenzuhalten, erklärte K konkludent die Aufrechnung, § 388. Dass er nicht explizit von einer Aufrechnung gesprochen hat, ist unschädlich.<sup>18</sup> In dem „Entgegenhalten“ ist keine Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts zu sehen. Sie scheidet vielmehr aus, wenn die beiderseitigen Ansprüche – wie sogleich erörtert wird – gleichartig sind, da sie dann auf eine Aufrechnung hinausliefe.<sup>19</sup>

#### **2. Aufrechnungslage**

Des Weiteren müsste eine Aufrechnungslage nach § 387 bestehen. Das ist der Fall, wenn K seinerseits ein gleichartiger, fälliger und durchsetzbarer Anspruch gegen V zusteht. Fraglich ist insoweit allein, ob ein Gegenanspruch des K wegen der Zerstörung der Gartenlampe besteht.

##### **a) §§ 280 I, 241 II BGB**

Ein solcher Anspruch könnte sich aus §§ 280, 241 II ergeben. Während zum Zeitpunkt der Zerstörung mit dem Kaufvertrag noch ein Schuldverhältnis bestand und auch eine Schutzpflichtverletzung auf Basis von § 241 II ohne Weiteres angenommen werden kann, erscheint das Vertretenmüssen des V fraglich. Da sich K zu dem Schädigungszeitpunkt noch im Annahmeverzug befand, könnte eine Haftungsmilderung iSd § 276 I Hs. 2 Var. 2 auf Grund von § 300 I zu Gunsten des K erwogen werden. § 300 I findet jedoch ausschließlich auf die Hauptleistungspflicht, also den Leistungsgegenstand selbst, Anwendung und erstreckt sich nicht auf die Verletzung von Nebenpflichten.<sup>20</sup> Die Haftungsmilderung des § 300 I will den Schuldner, der erwarten durfte, durch Abgabe des Leistungsgegenstandes von seiner Leistungspflicht frei zu werden, während des Gläubigerverzugs lediglich (teilweise) von der Sorge für den Leistungsgegenstand entbinden. Auch während des Gläubigerverzugs hat der Schuldner aber – wie jeder Dritte – ohne jede Erleichterung die Haftung für eine Verletzung sonstiger Rechtsgüter des Gläubigers zu tragen. V ist das auf leichter Fahrlässigkeit beruhende Verschulden des A, da dieser

mit Wissen und Wollen im Pflichtenkreis und damit als Erfüllungsgehilfe des V tätig wurde, gem. § 278 zuzurechnen.

#### **b) § 831 I BGB**

Darüber hinaus hat K gegen V einen Anspruch aus § 831 I, weil A bei Verletzung des Eigentums des K im Interesse des V weisungsabhängig und somit als dessen Verrichtungsgehilfe und zudem in Ausführung der Verrichtung tätig wurde. Das Verschulden des V wird vermutet; den Entlastungsbeweis nach § 831 I 2 hat er nicht erbracht.

Henssler/Deckenbrock/Kruppa: (Original-)Referendarexamensklausur –  
Zivilrecht: Schuldrecht AT und Arbeitsrecht – Athen in Trümmern (JuS. 2020,  
1045)

1050

### **3. Zwischenergebnis**

K konnte mit seiner Schadensersatzforderung wirksam gegen die verbliebene Forderung des V aufrechnen, so dass diese gem. § 389 iHv 200 Euro erloschen ist.

### **C. Ergebnis**

V hat gegen K keinen Anspruch auf Kaufpreiszahlung gem. § 433 II.

#### **Frage 2: V gegen A auf 200 Euro**

V könnte gegen A einen Anspruch auf Zahlung von 200 Euro gem. §§ 280 I, 241 II, 611 a haben.

#### **A. Schuldverhältnis**

Zwischen A und V wurde nach dem Sachverhalt ein Arbeitsvertrag nach Maßgabe der §§ 611 a, 145, 147 geschlossen.

#### **B. Pflichtverletzung**

A muss eine Pflicht aus dem Arbeitsvertrag verletzt haben. Als solche kommt hier die Nebenpflicht aus § 241 II in Betracht, wonach jeder Vertragsteil Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils zu nehmen hat. Weil die zerstörte Gartenlampe im Eigentum des K stand, hat A jedenfalls kein Rechtsgut des V verletzt. Mit der Zerstörung der Gartenlampe hat A jedoch die Interessen des V beeinträchtigt. Die Rücksichtnahmepflicht erstreckt sich auf das Vermögen des Gläubigers als solches.<sup>21</sup> Dieses ist vor etwaigen Haftungsansprüchen durch geschädigte Dritte zu bewahren.<sup>22</sup> Mit der Zerstörung der Gartenlampe hat A den V einem berechtigten Schadensersatzbegehren des K ausgesetzt, das letztlich über die Aufrechnung bei V zu einer Vermögensminderung geführt hat. Demzufolge hat A seine Nebenpflicht aus § 241 II verletzt.

#### **C. Vertretenmüssen**

Des Weiteren muss A die Pflichtverletzung zu vertreten haben. Während dies auf Grund der Beweislastregel des § 280 I 2 regelmäßig vermutet wird, greift im Arbeitsrecht die Sondervorschrift des § 619 a, welche die Beweislast beim Arbeitgeber belässt. Als Maßstab des Vertretenmüssens ist § 276 I heranzuziehen, wonach der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses zu entnehmen ist.

*Hinweis:* Der Wortlaut der Vorschrift erweckt den Eindruck, die Grundsätze der privilegierten Arbeitnehmerhaftung seien bereits an dieser Stelle zu erörtern. So ging auch der Schuldrechtsreformgesetzgeber davon aus, dass die privilegierte Arbeitnehmerhaftung nunmehr in

§ 276 I Hs. 2 Var. 2 zu verorten sei.<sup>23</sup> Eine am Haftungsgrund anknüpfende Betrachtungsweise wird allerdings dem ausdifferenzierten Haftungsmodell der Rechtsprechung nicht gerecht. Sie erlaubt lediglich eine Alles-oder-nichts-Lösung und bietet damit keinen Raum für die von der Rechtsprechung im Bereich der mittleren Fahrlässigkeit vorgenommenen Schadensteilung.<sup>24</sup> Vorzugswürdig erscheint es deshalb, die Problematik dogmatisch als Bestandteil des haftungsausfüllenden Tatbestands zu behandeln.<sup>25</sup> Da es sich vorliegend um einen Fall der leichten Fahrlässigkeit handelt, fällt die dogmatische Verortung bei § 276 I 1 allerdings nicht weiter ins Gewicht, weil eine Haftung ohnehin ausscheidet.

Da A die Gartenlampe infolge leichter Fahrlässigkeit zerstört hat, trifft ihn ebendieser Verschuldensvorwurf auch im Hinblick auf eine Haftungsbegründung des V gegenüber K. A hat folglich die Pflichtverletzung zu vertreten.

#### **D. Schaden**

Mit der Zerstörung der Gartenlampe seitens des A und der sich anschließenden mittels Aufrechnung erfolgten Inanspruchnahme durch K ist dem V ein Schaden iHv 200 Euro entstanden.

*Hinweis:* Dass V gegenüber K für diesen Schaden haftet, war zu unterstellen.

Fraglich ist, ob V den gesamten Schaden von A ersetzt verlangen kann. Insofern kommt eine Haftungsreduzierung nach Maßgabe des § 254 I in Betracht. Eine direkte Anwendung scheidet allerdings aus, weil V kein originäres Verschulden an der Schadensentstehung trifft. Über den Wortlaut hinaus wird § 254 aber auch dann angewandt, wenn den Geschädigten zwar kein Verschulden trifft, er für den Schaden auf Grund einer von ihm zu vertretenden Sach- oder Betriebsgefahr aber mitverantwortlich ist.<sup>26</sup> Vorliegend könnten die Grundsätze zur privilegierten Arbeitnehmerhaftung eine solche Mitverantwortlichkeit des Arbeitgebers begründen und eine analoge Anwendung des § 254 rechtfertigen.

#### **I. Herleitung der Grundsätze zur privilegierten Arbeitnehmerhaftung**

Eine strikte Anwendung der §§ 249 ff. hätte zur Folge, dass der Arbeitnehmer für jeden wenn auch nur leicht fahrlässig verursachten Schaden in vollem Umfang haften müsste. Dieses Ergebnis wird weithin als unbillig empfunden. Denn eine volle Haftung könnte unter Umständen zu einer Existenzgefährdung des Arbeitnehmers führen, weil nicht selten besonders teure Betriebsmittel zum Einsatz kommen, deren Beschädigung horrende Schadensersatzforderungen nach sich ziehen kann.<sup>27</sup> Es ist zudem auf Grund der auf Dauer angelegten Vertragsbeziehung fast unvermeidbar, dass es zu einem Schadensereignis kommt. Dieses Risiko vollständig auf den Arbeitnehmer abzuwälzen, wäre insbesondere unter dem Aspekt unbillig, dass letztlich der Arbeitgeber über den Arbeitsablauf und das verwendete Material kraft seines Weisungsrechts bestimmt und somit Einfluss auf das Schadensrisiko nimmt.<sup>28</sup> Ob und in welchem Umfang der Ar-

Henssler/Deckenbrock/Kruppa: (Original-)Referendarexamensklausur –  
Zivilrecht: Schuldrecht AT und Arbeitsrecht – Athen in Trümmern (JuS 2020,  
1045)

1051

beitgeber das Schadensrisiko zu tragen hat, ist daher anerkanntermaßen anhand des Einzelfalls und nach Maßgabe der von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze zu beurteilen.

#### **II. Anwendungsbereich**

Die Grundsätze zur privilegierten Arbeitnehmerhaftung kommen nur dann zur Anwendung, wenn der Anwendungsbereich eröffnet ist. A ist zunächst entsprechend dem persönlichen Anwendungsbereich Arbeitnehmer des V. Sodann muss der Schaden im Rahmen einer betrieblich

veranlassten Tätigkeit des Arbeitnehmers entstanden sein. Dafür muss die Tätigkeit A entweder vertraglich übertragen oder von ihm zumindest im Interesse des V ausgeführt worden sein.<sup>29</sup> A erschien bei K auf Anweisung des V. Zwar umfasste sein Auftrag in erster Linie die Anlieferung der Fliesen, doch sollte A nach Rücksprache mit V die Paletten wieder auf seinem Transporter verstauen. Da die Gartenlampe des K zu Bruch ging, als A die Ware in dem Transporter verstauen wollte, ereignete sich der Schaden im Rahmen einer betrieblich veranlassten Tätigkeit des A.

### **III. Inhalt des Haftungsprivilegs**

Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Arbeitnehmer an den Schadensfolgen zu beteiligen ist, richtet sich nach einer Abwägung der Gesamtumstände.<sup>30</sup> Die wichtigste Rolle spielt dabei der Grad seines Verschuldens.<sup>31</sup> Nach dem von der Rechtsprechung entwickelten dreistufigen Haftungsmodell soll der Arbeitnehmer im Fall leichter Fahrlässigkeit gar nicht haften, während bei mittlerer Fahrlässigkeit eine quotale Schadensteilung vorgenommen wird und bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz den Arbeitnehmer regelmäßig die volle Haftung treffen soll.<sup>32</sup> Nach dem Sachverhalt ist A lediglich leichte Fahrlässigkeit vorzuwerfen, so dass er von jeglicher Haftung freigestellt ist.

*Hinweis:* Genau genommen lässt das BAG die Haftung bei „leichtester Fahrlässigkeit“ gänzlich entfallen.<sup>33</sup> Der Begriff „leichte Fahrlässigkeit“ ist hingegen auf die gesetzliche Zweiteilung von grober und leichter Fahrlässigkeit zugeschnitten.<sup>34</sup> Im Ergebnis ist mit beiden Begrifflichkeiten lediglich der Bereich gemeint, der unterhalb der mittleren Fahrlässigkeit liegt.

### **IV. Rechtsfolge**

Der Anspruch des V ist auf Grund der ihn allein treffenden Verantwortlichkeit analog § 254 vollständig zu kürzen.

### **E. Ergebnis**

V hat gegen A keinen Anspruch auf Zahlung von 200 Euro nach §§ 280 I, 241 II, 611 a.

### **Frage 3: A gegen V auf Urlaubsabgeltung**

A könnte gegen V einen Anspruch auf Urlaubsabgeltung gem. §§ 1, 7 IV BUrlG haben.

#### **A. Anspruch entstanden**

Gemäß § 1 BUrlG ist zunächst erforderlich, dass es sich bei A, wie bereits geprüft, um einen Arbeitnehmer handelt. Zudem regelt § 4 BUrlG, dass der volle Urlaubsanspruch erstmalig nach sechsmonatigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses erworben wird. Da A seit dem 1.1.2017 in einem Arbeitsverhältnis steht, ist auch dieses Kriterium erfüllt. § 7 IV BUrlG wandelt den Urlaubsanspruch schließlich in einen Urlaubsabgeltungsanspruch um, sofern der Urlaub wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden kann. Das Arbeitsverhältnis des A wurde durch V mit Wirkung zum 31.1.2019 wirksam beendet. Der ihm zustehende Urlaub konnte auf Grund dessen nicht mehr gewährt werden. Die konkrete Höhe des Urlaubsabgeltungsanspruchs lässt sich dem Sachverhalt zwar nicht entnehmen, dem Grunde nach ist der Anspruch jedoch entstanden.

#### **B. Anspruch erloschen**

Der Anspruch könnte gem. § 5 des Arbeitsvertrags erloschen sein.

#### **I. Frist**

Danach verfallen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, wenn sie nicht innerhalb von drei Monaten nach Fälligkeit in Textform gegenüber der anderen Vertragspartei geltend gemacht werden. „Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis“ sind nach §§ 133, 157 alle gesetzlichen, tariflichen und vertraglichen Ansprüche, welche die Arbeitsvertragsparteien auf Grund ihrer durch den Arbeitsvertrag begründeten Rechtsstellung gegeneinander haben.<sup>35</sup> Zu diesen gehört ua der Anspruch auf Urlaubsabgeltung. Dieser entsteht – worauf der Bearbeitungsvermerk hinweist – grundsätzlich erst mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses und ist sofort fällig.<sup>36</sup> Fraglich ist, ob A die Verfallfrist gewahrt hat.

### 1. Durch die gerichtliche Geltendmachung

Explizit geltend gemacht gegenüber V hat A einen Anspruch auf Urlaubsabgeltung erst am 20.5.2019. A könnte die Frist indes dadurch gewahrt haben, dass er am 14.2.2019 per Fax Kündigungsschutzklage bei dem zuständigen ArbG erhoben hat und diese Klage noch am selben Tag V zugestellt wurde. Unabhängig von der Frage, ob insoweit die Textform gewahrt ist und ob A den Anspruch durch Einreichung der Klage und Weiterleitung derselben durch das ArbG – wie es die Klausel vorschreibt – „gegenüber der anderen Vertragspartei“ geltend gemacht hat, muss berücksichtigt werden, dass der Arbeitnehmer mit einer Kündigungsschutzklage nicht nur den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses, sondern auch die Erhaltung der vom Erfolg der Klage abhängi-

Henssler/Deckenbrock/Kruppa: (Original-)Referendarexamensklausur –  
Zivilrecht: Schuldrecht AT und Arbeitsrecht – Athen in Trümmern (JuS 2020, 1052  
1045)

gen Ansprüche erstrebt.<sup>37</sup> Der Anspruch auf Urlaubsabgeltung knüpft jedoch gerade nicht an den Erfolg der Kündigungsschutzklage, nämlich die Feststellung des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses, an, sondern setzt mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerade das Gegenteil voraus. Mit der Erhebung einer Bestandsschutzklage bringt der Arbeitnehmer somit deutlich zum Ausdruck, dass er das für den Anspruch auf Urlaubsabgeltung maßgebliche Tatbestandsmerkmal der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerade als nicht gegeben ansieht.<sup>38</sup>

A hat folglich mit der Erhebung der Kündigungsschutzklage die Ausschlussfrist des § 5 nicht gewahrt.

*Hinweis:* In der Obliegenheit zur – hilfsweisen oder außergerichtlichen – Geltendmachung des Urlaubsabgeltungsanspruchs während des laufenden Bestandsschutzverfahrens dürfte für den Arbeitnehmer keine unzumutbare Hürde zu sehen sein. Vielmehr besteht sie losgelöst vom Bestandsschutzprozess und trifft gleichermaßen Arbeitnehmer, die keine Kündigungsschutzklage erhoben haben.<sup>39</sup>

### 2. Geltendmachung per E-Mail

A könnte die Frist durch die Geltendmachung per E-Mail am 20.5.2019 gewahrt haben. Zwar genügt die E-Mail dem Erfordernis der Textform.<sup>40</sup> Zum fraglichen Zeitpunkt waren allerdings mehr als drei Monate seit Fälligkeit vergangen, die Geltendmachung war damit verspätet.

### 3. Zwischenergebnis

A hat die Verfallfrist demnach nicht gewahrt.

## II. Wirksamkeit der Ausschlussklausel

Der Anspruch ist nach § 5 des Arbeitsvertrags nur dann ausgeschlossen, wenn die Ausschlussklausel auch wirksamer Vertragsbestandteil geworden ist.

### 1. § 3 S. 1 MiLoG

*Hinweis:* Anhand des im Sachverhalt erwähnten § 3 S. 1 MiLoG sollen vom Bearbeiter nur Verständnis und Arbeitsmethode nachgewiesen werden.

Die Unwirksamkeit der Klausel könnte sich aus § 3 S. 1 MiLoG ergeben. Danach sind Vereinbarungen, die den Anspruch auf den Mindestlohn unterschreiten oder seine Geltendmachung beschränken oder ausschließen, insoweit unwirksam. § 5 des Arbeitsvertrags zufolge sollen grundsätzlich „alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis“ bei nicht fristgerechter Geltendmachung verfallen. Erfasst ist demnach der Anspruch auf den Mindestlohn,<sup>41</sup> der gem. § 1 I MiLoG jedem Arbeitnehmer zusteht und welcher neben den vertraglichen Vergütungsanspruch tritt.<sup>42</sup> Eine Klausel, die den Mindestlohnanspruch nach § 1 MiLoG nicht ausdrücklich herausnimmt, verstößt gegen § 3 S. 1 MiLoG.

*Hinweis:* Anführen lässt sich die Rechtsprechung zur Vereinbarkeit pauschaler Ausschlussklauseln mit § 309 Nr. 7 bzw. § 202 I. Ausschlussklauseln sollen lediglich die von den Parteien für regelungsbedürftig gehaltenen Fälle erfassen, eine Anwendung auf Ausnahmefälle, die durch gesetzliche Verbote oder Gebote geregelt sind, sei von den Parteien nicht gewollt.<sup>43</sup> Da Entgeltansprüche aber den Hauptanwendungsfall von Ausschlussklauseln darstellen, dürfte deren Einbeziehung von den Parteien gerade gewollt sein.<sup>44</sup>

§ 3 S. 1 MiLoG ordnet keine Gesamtnichtigkeit der Klausel an. Wie dem Wortlaut zu entnehmen ist, ist eine Vereinbarung nur „insoweit“ unwirksam, also nur soweit der Mindestlohnanspruch betroffen ist. Dabei handelt es sich um eine gesetzlich angeordnete geltungserhaltende Reduktion, womit die Klausel in Bezug auf andere Ansprüche, die nicht den Mindestlohn betreffen, wirksam bleibt.<sup>45</sup>

*Hinweis:* § 134 tritt hinter dem spezielleren § 3 S. 1 MiLoG zurück.<sup>46</sup>

### 2. §§ 134, 202 I BGB

Da § 5 Ansprüche, die auf einer Vorsatzhaftung beruhen, ausdrücklich ausnimmt, scheidet eine Unwirksamkeit nach §§ 134, 202 I aus.

*Hinweis:* Die Prüfung von §§ 134, 202 I kann von den Bearbeitern nicht erwartet werden.

### 3. §§ 305 ff. BGB

Eine Unwirksamkeit könnte schließlich aus den §§ 305 ff. folgen.

#### a) Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB

Gemäß § 310 IV 2 finden die §§ 305 ff. auf Arbeitsverträge grundsätzlich Anwendung. Die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten sind dabei angemessen zu berücksichtigen.

#### b) AGB iSd § 305 I BGB

Der zwischen A und V geschlossene Vertrag ist ein Formulararbeitsvertrag, den V einseitig gestellt und bereits mehrfach verwendet hat. Es handelt sich folglich um AGB.

Henssler/Deckenbrock/Kruppa: (Original-)Referendarexamensklausur –  
Zivilrecht: Schuldrecht AT und Arbeitsrecht – Athen in Trümmern (JuS 2020,  
1045)

1053

### c) Einbeziehung in den Vertrag

Die AGB müssen wirksam in den Vertrag einbezogen worden sein.

Da die besonderen Voraussetzungen der §§ 305 II, III gem. § 310 IV 2 Hs. 2 nicht anwendbar sind, vollzieht sich die Einbeziehung nach den allgemeinen Regeln. Insofern bedarf es lediglich einer Willenseinigung der Parteien nach Maßgabe der §§ 145, 147. Aus dem Abschluss des Arbeitsvertrags ist auch eine Willenseinigung in Bezug auf die AGB abzuleiten.

Anhaltspunkte für das Vorliegen einer vorrangigen Individualabrede bestehen nicht, § 305 b.

Eine Einbeziehung von § 5 des Arbeitsvertrags könnte jedoch daran scheitern, dass es sich dabei möglicherweise um eine *überraschende Klausel* iSv § 305 c I handelt. Eine Klausel ist überraschend, wenn sie, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich ist, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihr nicht zu rechnen braucht. Voraussetzung ist demnach eine objektiv ungewöhnliche Klausel, mit der der Arbeitnehmer subjektiv nicht zu rechnen braucht.<sup>47</sup>

Die Verwendung von Ausschlussfristen ist allerdings eine im Arbeitsleben weit verbreitete Praxis.<sup>48</sup> Sie dienen der Rechtssicherheit und dem Rechtsfrieden. Mit ihnen sollen Ansprüche möglichst zeitnah geklärt werden.<sup>49</sup> Eine ungewöhnliche Platzierung oder Darstellung lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. § 5 ist demzufolge nicht überraschend nach § 305 c I.

### d) Auslegung der AGB

Eine pauschale Ausschlussklausel, welche alle Ansprüche der Parteien aus dem Arbeitsverhältnis erfasst, ist eindeutig und bedarf keiner weiteren Auslegung.<sup>50</sup>

### e) Inhaltskontrolle

aa) *Kontrollfähigkeit, § 307 III BGB.* Die Inhaltskontrolle ist gem. § 307 III in vollem Umfang nur eröffnet, wenn es sich bei der Ausschlussfrist um eine von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelung handelt. Die Ausschlussklausel weicht von den Regelungen des Verjährungsrechts gem. §§ 195 ff. ab.<sup>51</sup> An die Stelle der dreijährigen Regelverjährung (§§ 195, 199) tritt eine kürzere Frist, die nicht nur die Durchsetzbarkeit eines Anspruchs hemmt, sondern auch zu dessen automatischem Verfall führt.

bb) *§ 307 BGB.* Da ein Verstoß gegen die Klauselverbote der §§ 308, 309 nicht ersichtlich ist, stellt sich die Frage, ob die Klausel nach Maßgabe des § 307 den Vertragspartner des Verwenders entgegen der Gebote von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.

*Hinweis:* Ausführungen zu § 309 Nr. 7 und § 309 Nr. 13 b sind denkbar. Allerdings sind deren Vorgaben eingehalten.

(1) *§ 307 I 1, II BGB.* Die Klausel könnte zunächst mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht vereinbar sein.

Ausschluss- und Verjährungsfristen begrenzen die Möglichkeit, das Recht durchzusetzen, indem sie ein Tätigwerden des Anspruchsinhabers verlangen. Während der Ablauf der Ausschlussfrist rechtsvernichtende Wirkung hat und von Amts wegen zu berücksichtigen ist, gibt die Verjährung dem Schuldner eine Einrede und hindert damit die Durchsetzung der rechtlich fortbestehenden Forderung (§ 214). Damit besitzt die Ausschlussfrist sogar eine stärkere, für den Betroffenen nachteiligere Wirkung.<sup>52</sup> Allerdings lässt sich § 202 I im Umkehrschluss entnehmen, dass eine Verkürzung der regelmäßigen Verjährungsfrist (§§ 195, 199) grundsätzlich möglich ist. Das gilt entsprechend auch für die Vereinbarung von Ausschlussfristen, welche die Verjährungsfrist

unterschreiten.<sup>53</sup> Wie bei den Verjährungsregelungen soll auch bei Verfallklauseln das im Interesse des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit anzuerkennende Klarstellungsinteresse des Schuldners in Einklang gebracht werden mit dem berechtigten Anliegen des Vertragspartners, vor Beschreiten des Rechtswegs die Sach- und Rechtslage abschließend prüfen zu können und nicht zu voreiliger Klageerhebung gezwungen zu sein. Bedenken gegen die Vereinbarung einer Ausschlussfrist *an sich* bestehen somit nicht.

Eine unangemessene Benachteiligung kann sich jedoch aus der *Länge* der Ausschlussfrist ergeben. Zu kurz bemessene Fristen begründen die Gefahr einer nicht zu rechtfertigenden Beschneidung wohlverworbener Ansprüche und stellen deshalb eine unangemessene Benachteiligung dar. Die vereinbarte Ausschlussfrist muss dem Gläubiger eine faire Chance lassen, seine Ansprüche durchzusetzen.<sup>54</sup> Bei der Bestimmung der angemessenen Länge der Frist ist zu berücksichtigen, dass in arbeitsrechtlichen Gesetzen verhältnismäßig kurze Fristen zur Geltendmachung von Rechtspositionen vorgesehen werden.<sup>55</sup> So muss der Arbeitnehmer nach § 4 S. 1 KSchG innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung Kündigungsschutzklage erheben. Die (besonders) kurze Frist des § 4 S. 1 KSchG trägt jedoch dem Sonderfall der Kündigung Rechnung. Eine Klage auf Entschädigung nach dem AGG muss demgegenüber innerhalb von drei Monaten nach Geltendmachung des Anspruchs erhoben werden (§ 61 b I ArbGG).

*Hinweis:* Die Bearbeiter könnten ergänzend auf die ebenfalls dreiwöchige Frist nach § 17 S. 1 TzBfG für Befristungskontrollklagen verweisen.

Derart kurze Fristen wirken sich auf die in der Praxis des Arbeitslebens erwartete Dauer einer Ausschlussfrist aus; sie sind in ihrer Gesamtheit als im Arbeitsrecht geltende Besonderheiten gem. § 310 IV 2 zu berücksichtigen. In An-

Henssler/Deckenbrock/Kruppa: (Original-)Referendarexamensklausur –  
Zivilrecht: Schuldrecht AT und Arbeitsrecht – Athen in Trümmern (JuS 2020,  
1045)

1054

betracht der vorstehenden Umstände ist eine Ausschlussfrist von weniger als drei Monaten als unangemessen kurz zu bewerten.<sup>56</sup> Vorliegend beträgt sie indes (immerhin) genau drei Monate, so dass sie nicht gegen § 307 I 1, II Nr. 1 verstößt.

*Hinweis:* Ausführungen dieses Umfangs werden von den Bearbeitern nicht erwartet. Hier ist mit guter Begründung auch ein anderes Ergebnis vertretbar.<sup>57</sup> Problematisiert werden kann auch der Fristbeginn, der nach § 5 auf den Zeitpunkt der Fälligkeit des Anspruchs abstellt, wohingegen die regelmäßige Verjährungsfrist erst mit dem Schluss des Jahres beginnt, in dem der Anspruch entstanden ist bzw. der Gläubiger Kenntnis erlangt hat (vgl. § 199 I).<sup>58</sup> Auch könnte dahingehend argumentiert werden, dass es dem Betriebsfrieden kaum dienen könne, wenn der Arbeitnehmer kenntnisunabhängig bestehende Ansprüche verliert.

(2) § 307 I 1, II Nr. 2 BGB. Da eine dreimonatige Ausschlussfrist als angemessen zu bewerten ist, scheidet auch ein Verstoß gegen § 307 I 1, II Nr. 2 aus.

*Hinweis:* Die Bearbeiter können die Angemessenheit der Frist auch an dieser Stelle mit dem Hinweis prüfen, dass eine zu kurz bemessene Frist einen angemessenen Leistungsaustausch und somit den Vertragszweck gefährden könnte.<sup>59</sup>

(3) *Transparenzgebot, § 307 I 2 BGB.* Zu guter Letzt könnte die Klausel gegen § 307 I 2 verstoßen. Aus der Norm folgt, dass sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben kann, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Dieses Transparenzgebot schließt das Bestimmtheitsgebot ein.<sup>60</sup> Es müssen die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen so genau beschrieben werden, dass für den Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen. Der Vertragspartner des Klauselverwenders soll ohne fremde

Hilfe Gewissheit über den Inhalt der vertraglichen Rechte und Pflichten erlangen und nicht von der Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten werden.<sup>61</sup> Eine Klausel, die die Rechtslage unzutreffend oder missverständlich darstellt und auf diese Weise dem Verwender ermöglicht, begründete Ansprüche unter Hinweis auf die in der Klausel getroffene Regelung abzuwehren, benachteiligt den Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen.<sup>62</sup>

Da die Klausel entgegen § 3 S. 1 MiLoG suggeriert, der Arbeitnehmer müsse den Mindestlohnanspruch innerhalb der Frist von drei Monaten geltend machen, stellt sie die Rechtslage irreführend dar.<sup>63</sup> Damit besteht die Gefahr, dass bei Verstößen dieser Fristen der Arbeitnehmer den Anspruch auf den Mindestlohn nach § 1 MiLoG nicht mehr durchsetzt, obwohl die Geltendmachung noch nicht ausgeschlossen ist.<sup>64</sup> Der Anspruch auf den Mindestlohn muss daher in einer arbeitsvertraglichen Verfallklausel klar und deutlich ausgenommen werden.<sup>65</sup> Die Klausel ist demzufolge intransparent.

*Hinweis:* AA sehr gut vertretbar. So hielt das LAG Nürnberg eine Klausel, deren Wortlaut ein gesetzliches Verbot nicht wiedergibt, nicht für intransparent, da gesetzliche Verbote für jedermann ersichtlich und auch Arbeitnehmern zugänglich seien.<sup>66</sup>

#### **f) Rechtsfolge**

Während § 306 I den Vertrag im Übrigen für wirksam erklärt, erklärt § 306 II die gesetzlichen Vorschriften für anwendbar, soweit eine Bestimmung unwirksam ist. Insoweit stellt sich die Frage nach der Reichweite der Unwirksamkeit der Klausel. Da die Ausschlussklausel inhaltlich und sprachlich alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis erfasst, scheidet eine Teilbarkeit und folglich die Anwendung des sog. *Blue-Pencil-Tests* aus.

Eine *geltungserhaltende Reduktion* von Klauseln auf den zulässigen Inhalt findet zudem nicht statt und ist mit dem Zweck der §§ 305 ff. auch nicht vereinbar. Andernfalls könnte jeder Verwender von AGB zunächst die Grenze dessen überschreiten, was er zu seinen Gunsten in gerade noch vertretbarer Weise vereinbaren dürfte. Würde dies als zulässig angesehen, hätte das zur Folge, dass der Vertragspartner des Verwenders in der Vertragsabwicklungspraxis mit überzogenen Klauseln konfrontiert würde.<sup>67</sup> Das Ziel des Gesetzes, auf einen angemessenen Inhalt der in der Praxis verwendeten AGB hinzuwirken, würde verfehlt, das Transparenzgebot des § 307 I 2 IIefe leer.<sup>68</sup>

Fraglich ist jedoch, inwieweit diese Wertung von § 3 S. 1 MiLoG überlagert wird. So ließe sich vertreten, dass die Vorschrift als gesetzlich angeordnete geltungserhaltende Reduktion *lex specialis* gegenüber den §§ 305 ff. sei.<sup>69</sup> Allerdings schränken weder der Wortlaut noch der Sinn und Zweck von § 3 S. 1 MiLoG eine Anwendung der §§ 305 ff. ein.<sup>70</sup> § 3 S. 1 MiLoG soll ausschließlich den Mindestlohnanspruch schützen.<sup>71</sup> Geschützt werden soll in erster Linie der Arbeitnehmer, nicht aber der Arbeitgeber als Verwender intransparenter Klauseln.<sup>72</sup> Dass mit § 3 S. 1 MiLoG eine über den Mindestlohnanspruch hinausgehende Aussage in Bezug auf die AGB-rechtliche Wirksamkeit getroffen werden sollte, ist zu bezweifeln.<sup>73</sup> Dies zöge sonst unter Umständen die paradoxe Folge nach sich, dass der durch § 3 S. 1 MiLoG vermittelte Schutz, den durch die §§ 305 ff. bezweckten Schutz des Vertragspartners des Verwenders aushebeln würde.<sup>74</sup> Insofern wird nach hier vertretener Auffassung mit § 3 S. 1 MiLoG keine Ausnahme von dem IRd

Henssler/Deckenbrock/Kruppa: (Original-)Referendarexamensklausur –  
Zivilrecht: Schuldrecht AT und Arbeitsrecht – Athen in Trümmern (JuS 2020,  
1045)

1055

§§ 305 ff. geltenden Verbot der geltungserhaltenden Reduktion gemacht.

*Hinweis:* AA auch hier sehr gut vertretbar. Ausführungen in der vorstehenden Tiefe konnten nicht erwartet werden.

§ 5 ist in Gänze unwirksam. An seine Stelle tritt gem. § 306 II die gesetzliche Regelung und somit die regelmäßige Verjährungsfrist (§§ 195, 199).

### C. Ergebnis

Der Anspruch des A ist somit nicht gem. § 5 des Arbeitsvertrags erloschen. Der Verstoß gegen die dort geregelte Frist wirkt sich auf Grund der Unwirksamkeit der Klausel nicht aus.

A hat gegen V einen Anspruch auf Urlaubsabgeltung iHv 200 Euro gem. §§ 1, 7 IV BUrlG.

---

\* Der Autor *Henssler* ist Geschäftsführender Direktor des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht sowie des Instituts für Anwaltsrecht an der Universität zu Köln; der Autor *Deckenbrock* ist Akad. Rat am Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht und die Autorin *Kruppa* ist Rechtsreferendarin und ehemalige Wiss. Mitarbeiterin an diesem Institut. – Die Aufgabe wurde im Mai 2019 als Pflichtaufgabe in der Ersten Prüfung in Nordrhein-Westfalen gestellt. – §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des BGB. – Zu dieser Klausur gibt es einen Klausurbewertungsbogen auf [www.JuS.de](http://www.JuS.de).

1 *Palandt/Grüneberg*, BGB, 79. Aufl. 2020, § 275 Rn. 7.

2 *MüKoBGB/Ernst*, 8. Aufl. 2019, § 275 Rn. 35.

3 *Palandt/Grüneberg* (o. Fn. 1), § 243 Rn. 5.

4 *BeckOK BGB/Sutschet*, 55. Ed. 2020, § 243 Rn. 17; *Palandt/Grüneberg* (o. Fn. 1), § 243 Rn. 5.

5 *MüKoBGB/Emmerich* (o. Fn. 2), § 243 Rn. 26; *Jauernig/Berger*, BGB, 17. Aufl. 2018, § 243 Rn. 9.

6 S. dazu *BeckOGK BGB/Beurskens*, 15.12.2019, § 243 Rn. 88.

7 *Palandt/Grüneberg* (o. Fn. 1), § 299 Rn. 3.

8 *BGHZ* 67, 271 = *NJW* 1977, 194; *BGHZ* 137, 205 = *NJW* 1998, 976 (977).

9 *MüKoBGB/Ernst* (o. Fn. 2), § 299 Rn. 3.

10 S. etwa *BeckOGK BGB/Herresthal*, 1.6.2019, § 326 Rn. 166, 253.

11 *MüKoBGB/Emmerich* (o. Fn. 2), § 243 Rn. 30.

12 So auch *Jauernig/Berger* (o. Fn. 5), § 243 Rn. 11; iErg auch *BeckOK BGB/Sutschet* (o. Fn. 4), § 243 Rn. 19; *Medicus*, *JuS* 1966, 297 (300 ff.).

13 Vgl. *MüKoBGB/Emmerich* (o. Fn. 2), § 243 Rn. 31.

14 *BeckOGK BGB/Beurskens* (o. Fn. 6), § 243 Rn. 102; *MüKoBGB/Emmerich* (o. Fn. 2), § 243 Rn. 32; *Palandt/Grüneberg* (o. Fn. 1), § 243 Rn. 7.

15 *MüKoBGB/Emmerich* (o. Fn. 2), § 243 Rn. 32 f.

16 Vgl. *Canaris*, *JuS* 2007, 793 ff.

17 *MüKoBGB/Ernst* (o. Fn. 2), § 323 Rn. 203 f.

18 *MüKoBGB/Schlüter* (o. Fn. 2), § 388 Rn. 1.

19 Vgl. *BGH*, *NJW* 1974, 367 (368); *MüKoBGB/Schlüter* (o. Fn. 2), § 388 Rn. 1.

20 *BGH*, *NJW-RR* 1994, 1469 (1470); *NJW* 2010, 2426 Rn. 34 (mAnm *Wittschier*) = *JuS* 2010, 724 (*Faust*); *OLG Saarbrücken*, *NJW-RR* 2002, 528 (529); *BeckOGK BGB/Dötterl*, 15.7.2020, § 300 Rn. 8; *MüKoBGB/Ernst* (o. Fn. 2), § 300 Rn. 2; *Palandt/Grüneberg* (o. Fn. 1), § 300 Rn. 2; aA *RGZ* 57, 105 (107); offengelassen von *OLG Köln*, *NJW-RR* 1995, 52 (54).

21 *MüKoBGB/Bachmann* (o. Fn. 2), § 241 Rn. 103 f.

22 *Krause in Henssler/Willemsen/Kalb*, *ArbR*, 9. Aufl. 2020, BGB § 619 a Rn. 10.

23 *BT-Drs.* 14/6857, 48.

- 24 Krause in *Henssler/Willemsen/Kalb* (o. Fn. 22), BGB 619 a Rn. 18.
- 25 *MüKoBGB/Henssler*, 8. Aufl. 2020, § 619 a Rn. 12.
- 26 *BAGE* 78, 56 (63 f.) = NJW 1995, 210 (211 f.).
- 27 *BAGE* 78, 56 (61 f.) = NJW 1995, 210 (211); *ErfK/Preis*, 20. Aufl. 2020, BGB § 619 a Rn. 9.
- 28 *BAGE* 78, 56 (64 f.) = NJW 1995, 210 (212).
- 29 *BAGE* 78, 56 (67) = NJW 1995, 210 (213).
- 30 *BAGE* 78, 56 (60) = NJW 1995, 210 (211); *BAG*, NZA 2015, 1517 Rn. 49.
- 31 *MüKoBGB/Henssler* (o. Fn. 25), § 619 a Rn. 34.
- 32 *BAG*, NJW 2011, 1096 Rn. 17 ff.; *MüKoBGB/Henssler* (o. Fn. 25), § 619 a Rn. 34.
- 33 *BAGE* 78, 56 (60) = NJW 1995, 210 (211).
- 34 *MüKoBGB/Henssler* (o. Fn. 25), § 619 a Rn. 37.
- 35 *BAG*, NJW 2018, 250 Rn. 12.
- 36 *BAG*, NZA 2014, 545 Rn. 22.
- 37 *BAGE* 143, 119 Rn. 14 = NZA 2013, 101 = JuS 2014, 78 (*Boemke*); *BAGE* 149, 169 Rn. 27 = NZA 2015, 35.
- 38 *BAG*, NZA 2012, 750 Rn. 24; NJW 2018, 250 Rn. 37.
- 39 *BAG*, NJW 2018, 250 Rn. 40.
- 40 Hierzu *Palandt/Ellenberger* (o. Fn. 1), § 126 b Rn. 3.
- 41 *ErfK/Franzen* (o. Fn. 27), *MiLoG* § 3 Rn. 2; *Spielberger/Schilling*, NZA 2014, 414.
- 42 *BAGE* 155, 202 Rn. 22 = NJW 2016, 3323 = JuS 2017, 692 (*Boemke*).
- 43 *BAGE* 115, 19 (23) = NJW 2005, 3305 (3306); *BAG*, NJW 2013, 3741 Rn. 21.
- 44 *BAGE* 163, 282 Rn. 40 = NJW 2019, 456 mAnm *Bruns*, NJW 2019, 462; *BAGE* 156, 150 Rn. 21 = NZA 2016, 1539 = JuS 2017, 1219 (*Boemke*); *Nebel/Kloster*, BB 2014, 2933 (2936); aA *Lingemann/Otte*, NZA 2016, 519 (522).
- 45 *BeckOK ArbR/Hilgenstock*, 56. Ed. 2020, *MiLoG* § 3 Rn. 15.
- 46 *MüKoBGB/Armbrüster*, 8. Aufl. 2018, § 134 Rn. 3.
- 47 *BAGE* 147, 342 Rn. 59 = NZA 2014, 1076 = JuS 2015, 65 (*Boemke*).
- 48 *BAGE* 115, 19 (23) = NJW 2005, 3305 (3306).
- 49 *BAG*, NZA 2016, 1271 Rn. 34.
- 50 *Naber/Schulte*, BB 2018, 2100 (2102).
- 51 *BAGE* 115, 19 (24) = NJW 2005, 3305 (3306).
- 52 *BAGE* 115, 19 (24) = NJW 2005, 3305 (3306); *BAGE* 116, 66 Rn. 29 = NJW 2006, 795 (797).
- 53 *BAGE* 115, 19 (24) = NJW 2005, 3305 (3307); *BAGE* 116, 66 Rn. 30 = NJW 2006, 795 (797).
- 54 *BAGE* 115, 19 (24 f.) = NJW 2005, 3305 (3307); *BAGE* 116, 66 Rn. 30 = NJW 2006, 795 (797).
- 55 *BAGE* 115, 19 (25) = NJW 2005, 3305 (3307).
- 56 *BAGE* 115, 19 (25 f.) = NJW 2005, 3305 (3307); *BAGE* 116, 66 Rn. 32 = NJW 2006, 795 (798).
- 57 Vgl. etwa die Kritik von *Seiwerth*, ZfA 2020, 100.
- 58 Vgl. dazu *BAGE* 115, 19 (26) = NJW 2005, 3305 (3307); *BAGE* 116, 66 Rn. 33 = NJW 2006, 795 (798).
- 59 Vgl. *BAGE* 116, 66 Rn. 31 = NJW 2006, 795 (797).
- 60 *BAGE* 156, 150 Rn. 29 = NZA 2016, 1539 = JuS 2017, 1219 (*Boemke*).
- 61 *BAGE* 139, 44 Rn. 13 = NJW 2012, 552 mAnm *Müller-Bonanni*; *BAGE* 150, 286 Rn. 33 = NJW 2015, 2364.
- 62 *BAGE* 156, 150 Rn. 29 = NZA 2016, 1539 = JuS 2017, 1219 (*Boemke*).

63 BAGE 163, 282 Rn. 46 f. = NJW 2019, 456 mAnm *Bruns*; zum Pflegemindestentgelt BAGE 156, 150 Rn. 30 = NZA 2016, 1539 = JuS 2017, 1219 (*Boemke*).

64 BAGE 163, 282 Rn. 47 = NJW 2019, 456 mAnm *Bruns*; ErfK/*Franzen* (o. Fn. 27), MiLoG § 3 Rn. 3 a; MüKoBGB/*Müller-Glöge* (o. Fn. 25), MiLoG § 3 Rn. 3; *Nebel/Kloster*, BB 2014, 2933 (2936).

65 BAGE 163, 282 Rn. 48 = NJW 2019, 456 mAnm *Bruns*.

66 LAG *Nürnberg*, BeckRS 2017, 114537; sich anschließend LAG *Baden-Württemberg*, BeckRS 2018, 18592.

67 BAGE 118, 36 Rn. 30 = NJW 2006, 3083 mAnm *Grobys*.

68 BAGE 116, 66 Rn. 39 = NJW 2006, 795 (798).

69 So etwa LAG *Baden-Württemberg*, BeckRS 2018, 18592; *Lembke*, NJW 2016, 3617 (3622); *Bayreuther*, NZA 2015, 385 (387); *Sagan*, RdA 2017, 264 (266).

70 BAGE 163, 282 Rn. 61 ff. = NJW 2019, 456 mAnm *Bruns*.

71 S. dazu ErfK/*Franzen* (o. Fn. 27), MiLoG § 3 Rn. 1 a.

72 Ausf. dazu *Naber/Schulte*, BB 2018, 2100 (2104 f.).

73 *Naber/Schulte*, BB 2018, 2100 (2105).

74 BAGE 163, 282 Rn. 73 = NJW 2019, 456 mAnm *Bruns*.