

§ 10 Unverschuldete Arbeitsausfälle

Weiterführende Literatur: Ehmann, Betriebsrisiko und Kurzarbeit, 1979; Hromadka, Krankheit im Arbeitsverhältnis, 1993; Hunold, Krankheit des Arbeitnehmers, 1994; Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht 2.1 F, 2.2; Lieb, Zum gegenwärtigen Stand der Arbeitskampflehre, NZA 1990, 289; Münchner Handbuch Arbeitsrecht, Band 1 §§ 55 ff.

Die schuldhaftige Verletzung einer Haupt- oder Nebenpflicht aus dem Arbeitsvertrag durch einen Arbeitnehmer oder einen Arbeitgeber und die daraus resultierenden Rechtsfolgen wurden im vorigen Kapitel besprochen. Dieses Kapitel widmet sich den im Regelfall unverschuldeten Arbeitsausfällen, also Fallgruppen, bei denen zwar eine Nicht- oder nicht ordnungsgemäße Leistung erfolgt bzw. erfolgen kann, aber keine schuldhaftige Pflichtverletzung vorliegt.

Bsp(e): Umwelteinflüsse verhindern die Arbeitsaufnahme oder -durchführung; Urlaub, Krankheit oder Schwangerschaft; Gerichtliche Vorladung eines Arbeitnehmers während der Arbeitszeit; Betriebsratstätigkeit.

Die Rechtsgrundlagen für diese Fälle unverschuldeter Arbeitsausfälle sind sehr unterschiedlich: Zum einen lassen sie sich über spezialgesetzliche Normen wie das MuSchG oder durch die Vorschriften des Allgemeinen Schuldrechts wie 275, 280 ff, 311a BGB oder des Besonderen Schuldrechts wie §§ 615, 616 BGB lösen, zum anderen haben Rspr. und Lit. dort, wo Regelungslücken vorhanden waren, entsprechende Regeln entwickelt, bzw. vorhandene Vorschriften den besonderen Bedürfnissen des Arbeitsrechts angepasst. Obwohl bei den Fällen unverschuldeter Arbeitsausfälle weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer die Nichtleistung unmittelbar zu vertreten haben, lassen sich diese Fallgruppen relativ klar entweder der Risikosphäre des Arbeitgebers oder der des Arbeitnehmers zuordnen. Jedoch folgt die Risikoverteilung in verschiedenen Fällen nicht immer der Risikozuordnung: Zum Schutz der Interessen des Gemeinwohls, aus sozialen Gründen oder um den Arbeitnehmer nicht seiner Reproduktionsgrundlage zu entziehen, bleibt die Gegenleistungspflicht häufig beim Arbeitgeber. Zum Schutz des Arbeitgebers vor unvorhersehbar hohen Schäden erhalten Arbeitnehmer andererseits in anderen Fällen dennoch keinen Lohn.

1. Vorübergehende persönliche Verhinderung des Arbeitnehmers, § 616 BGB

Für den einzelnen Arbeitnehmer gibt es unaufschiebbare Termine oder unvermeidliche Anlässe von kurzer Dauer, die er wahrnehmen muss und zu denen ihm die Erbringung seiner Arbeitspflicht unmöglich oder unzumutbar wird. Damit er hierfür keinen bezahlten oder unbezahlten Urlaub nehmen muss, bestimmt § 616 S. 1 BGB, dass der Arbeitnehmer seinen Lohnanspruch behält, wenn er durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden für eine verhältnismäßig unerhebliche Zeit an der Arbeitsleistung verhindert ist.

§ 616 BGB will dabei bewusst nur die Fälle der vorübergehenden Verhinderung der Erbringung der Arbeitsleistung regeln: handelt es sich um eine dauerhafte Verhinderung, finden die allgemeinen Vorschriften der Unmöglichkeit der Leistung (§§ 275, 280 ff, 311a BGB) Anwendung. Nicht anwendbar ist § 616 BGB überdies, wenn die Arbeitsverhinderung auf Krankheit, Urlaub oder Mutterschutz beruht: er wird insofern von den spezialgesetzlichen Regelungen verdrängt.

Die Voraussetzungen des Lohnfortzahlungsanspruchs sind:

- (1) Der **Verhinderungsgrund** für die Arbeitsunfähigkeit muss in der Person des Arbeitnehmers liegen.

Bsp(e): Gerichtliche Vorladung; Teilnahme an Sitzungen als ehrenamtlicher Richter oder als Mitglied sozialversicherungsrechtlicher oder kommunalpolitischer Körperschaften; dringender Arztbesuch; Umzug; Eheschließung; schwere Erkrankung, Tod oder Beerdigung eines nahen Angehörigen; vorübergehende Pflege eines kranken Kindes; Niederkunft der Ehefrau; Vorstellungsgespräche nach erfolgter Kündigung.

Der Verhinderungsgrund darf sich hingegen nicht auf einen größeren Personenkreis erstrecken oder objektiv gegeben sein.

Bsp(e): Allgemeine Verkehrsstörungen, wie Glatteis, Überschwemmungen oder Verkehrsstaus; witterungsbedingte Fahrverbote; Verkehrsverbote wegen Smogs.

Der Grund für diese Einschränkung liegt in der Risikoverteilung des § 616 BGB: mit einem kurzfristigen Ausfall einzelner Arbeitnehmer muss ein Arbeitgeber immer rechnen; die Fortzahlung des Lohnes belastet den Arbeitgeber nicht in dem Maße, als wenn viele oder gar alle seiner Arbeitnehmer davon betroffen sind.

- (2) Die **Verhinderungsdauer** darf nur eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit betragen. Dies bezieht sich sowohl auf die Dauer des jeweiligen Verhinderungsgrundes an sich, als auch auf das Verhältnis der Verhinderungszeit auf das Arbeitsverhältnis. Auch bei einem dauerhaften Arbeitsverhältnis werden i.d.R. nur wenige Tage pro Jahr von § 616 BGB gedeckt sein.
- (3) **Kein Verschulden** bezüglich des Verhinderungsgrundes. Schuldhaft ist die Arbeitsverhinderung i.S.d. § 616 BGB lediglich bei einer leichtsinnigen, unverantwortlichen Selbstgefährdung oder einem groben Verstoß gegen das von einem verständigen Menschen in eigenen Interesse zu

erwartende Verhalten (insofern gilt gleiches wie beim Verschulden im Krankheitsfalle vgl. hierzu weiter unten 4.2 (3)).

Zahlreiche Tarifverträge enthalten Konkretisierungen, insbesondere zu den Verhinderungsgründen und zur jeweils ersatzpflichtigen Verhinderungshöchstdauer.

Liegen diese Voraussetzungen vor, bleibt der Vergütungsanspruch bestehen. Der Arbeitgeber hat die Vergütung weiterzuzahlen, die der Arbeitnehmer erhalten hätte, wenn er seine Arbeitsleistung erbracht hätte. Im Falle einer längeren Verhinderung - z.B. wegen einer längeren Pflege eines kranken Kindes - entfällt der Anspruch ganz, §§ 275 Abs. 3, 326 BGB.

2. Beiderseits unverschuldete Unmöglichkeit

Fall: Der plötzliche Kälteeinbruch (nachgebildet BAG 41, 123)

Wirtschaftsinformatiker W war bei dem nicht tarifgebundenen Software-Systemhaus S in C beschäftigt. Da der Arbeitsplatz mit öffentlichen Verkehrsmitteln nur schwer zu erreichen war, reiste W, wie viele seiner Arbeitskollegen auch, allmorgendlich zum festen Arbeitsbeginn um 9.00 h mit dem eigenen Auto an.

Als W eines Morgens zur Arbeit fahren wollte, fand er die Straßen völlig vereist (der Wetterbericht am Vorabend hatte lediglich den Durchzug einer Kaltwetterfront ab dem Nachmittag des Folgetages angekündigt). Das Radio meldete am Morgen für die Region Verkehrschaos, spiegelglatte Fahrbahnen und riet, zu warten oder auf öffentliche Verkehrsmittel umzusteigen.

Wie auch die meisten seiner Arbeitskollegen kam W erst gegen 11.00 h bei S an. Sein disziplinarischer Vorgesetzter meint, W müsse die ausgefallenen 2 Stunden am Abend nacharbeiten. W meint, zur Nachholung nicht verpflichtet zu sein und verlangt vielmehr den Lohn für die ausgefallenen 2 Stunden. Wie ist die Rechtslage?

Aufbauschema:

1. S \Rightarrow W auf Nachholung der Arbeitsleistung
§ 611 i.V.m. Arbeitsvertrag
Einwand: § 275 Abs. 1 [nicht: Abs. 3!] BGB
2. W \Rightarrow S auf Zahlung der Ausfallzeit
 1. § 616 BGB
 2. §§ 611 i.V.m. 615, 293 ff BGB
 3. § 611 i.V.m. Arbeitsvertrag

Einwand: § 326 Abs. 1 BGB

zu 1: Ein Anspruch des S gegen W auf Nachholung der ausgefallenen Arbeitsstunden könnte sich aus § 611 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag ergeben. Da ein Arbeitsvertrag besteht, ist der Anspruch auf Erbringung der Arbeitsleistung grds. gegeben.

Weil es im vorliegenden Fall nur um die Arbeit am besagten Tag in der Zeit zwischen 9.00 Uhr und 11.00 Uhr geht, könnte W den Einwand erheben, der Erfüllungsanspruch sei gem. § 275 Abs. 1 BGB erloschen.

§ 275 Abs. 3 BGB greift hier nicht, da er einen Fall der unechten Unmöglichkeit nämlich die Leistungsunfähigkeit aus persönlichen Gründen (z.B. Sängerin kann zum Konzerttermin wegen einer plötzlichen Erkrankung ihres Kindes nicht auftreten) der Unmöglichkeit gleichstellt.

Dann müsste dem W die Arbeitsleistung nachträglich **unmöglich** geworden sein. Die Unmöglichkeit könnte sich daraus ergeben, dass die ausgefallene Arbeit nicht nachholbar ist. Rspr. und Lehre gehen vom **Fixschuldcharakter der Arbeitspflicht** aus. Da in einem normalen Arbeitsverhältnis jeder Arbeitnehmern jeden Tag seine volle Arbeitskraft zu vorgegebenen Zeiten schuldet, ist die am Dienstag nachmittag erbrachte Arbeit eine andere als am Montag morgen erbrachte. Selbst wenn er am Montag abend Überstunden machte, wäre dies eine andere Arbeit als die Montag morgen ausgefallene. Daraus folgt, dass die ausgefallene Arbeit bei einem normalen Arbeitsverhältnis in der Regel **nicht nachholbar** ist. Allein der Umstand, dass nicht gearbeitet wurde und die Arbeitszeit abgelaufen ist, führt mithin zur Unmöglichkeit während des abgelaufenen Zeitabschnitts.

Ergebnis: S hat keinen Anspruch auf Nachholung der ausgefallenen Arbeitsstunden.

zu 2: W könnte gegen S Anspruch auf Zahlung der Vergütung für die ausgefallenen Stunden haben.

1. Ein Anspruch aus § 616 BGB wegen vorübergehender Verhinderung des Arbeitnehmers scheidet, da der Verhinderungsgrund nicht persönlicher, sondern objektiver Art war und eine Vielzahl von Arbeitnehmern betraf. Solche Formen der Verhinderung sollen gerade nicht über § 616 BGB ersetzt werden (vgl. oben Zif. 1.).
2. Weiterhin könnte W nach §§ 611, 615 S. 1, 293 ff BGB die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein, wenn S sich mit der Annahme der Arbeitsleistung im Annahmeverzug befand. Dabei regelt § 615 BGB nur die Rechtsfolge des Annahmeverzuges, während die §§ 293 ff BGB bestimmen, wann ein Annahmeverzug vorliegt. Ein Arbeitgeber gerät in Annahme-

verzug, wenn er den Arbeitnehmer während eines Arbeitsverhältnisses nicht beschäftigt und dieser ihm seine Leistung angeboten hat.

W hatte seine Arbeitsleistung zum fraglichen Zeitpunkt überhaupt nicht angeboten, so dass auch diese Anspruchsgrundlage scheitert.

3. Zwar ergibt sich grds. ein Lohnanspruch des W gegen S aus § 611 BGB i.V.m. Arbeitsvertrag. Jedoch ist dieser Lohnanspruch für die ausgefallene Zeit nach § 326 Abs. 1 BGB erloschen, denn auch S hatte den plötzlichen Kälteeinbruch und damit das Glatteis nicht zu vertreten.

Ergebnis: W hat keinen Lohnanspruch für die Zeit des Arbeitsausfalls.

3. Feiertagslohn

Auch die Nichterbringbarkeit der Arbeitsleistung an Feiertagen stellt eigentlich eine Unmöglichkeit der Erfüllung der Arbeitspflicht dar. Denn nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 Weimarer Verfassung sind gesetzlich anerkannte Feiertage Tage der Arbeitsruhe. Für die Arbeit, die an diesen Tagen ausfällt, haben Arbeitnehmer jedoch einen gesetzlichen Lohnanspruch aus § 2 EFZG.

4. Verhinderung der Arbeitsleistung wegen Krankheit oder Kur

Neben der Entgeltfortzahlung an Feiertagen regelt das EFZG - als eigentlichen Kernbereich des Gesetzes - die Fortzahlung des Arbeitslohnes im Krankheitsfall. Dabei sind die Vorschriften des EFZG halbzwingend: von ihnen kann grds. nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden.

4.1 Persönlicher Schutzbereich des EFZG

Vom persönlichen Schutzbereich des Gesetzes erfasst werden Arbeitnehmer (= Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten, § 1 Abs. 2 EFZG) und Heimarbeiter. Dabei ist das Alter, die Staatsangehörigkeit, das Arbeitszeitvolumen oder der Umstand, ob der Arbeitnehmer in der Krankenversicherung versichert ist, ohne Bedeutung.

4.2 Der Entgeltfortzahlungsanspruch sowie der Rückgriffsanspruch

Fall: Die Keilerei in der Kneipe (nachgebildet BAG NJW 1976, 823)

Schlosser S ist schon längere Zeit bei Firma F teilzeitbeschäftigt. Abends und an Wochenenden hilft er in der Gaststätte seiner Ehefrau aus. Eines Abends kam es zu einer Schlägerei zwischen Gästen. Als S schlichtend eingreifen wollte, zog der Beteiligte B überraschend einen Revolver und schoss u.a. S nieder. Aufgrund der Verletzung ist S vier Wochen im Krankenhaus und weitere vier Wochen zur Rehabilitation im Kuraufenthalt.

1. Kann S für die acht Wochen Arbeitsausfall von F Lohnfortzahlung verlangen?
2. Falls ja, hat F Ansprüche gegen B?

zu 1: Als Anspruchsgrundlage für den **Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle** des S gegen F kommt § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG in Betracht.

- (1) Erste Voraussetzung für die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall ist das Bestehen eines **wirksamen Arbeitsverhältnisses** von mindestens vier Wochen ununterbrochener Dauer, § 3 Abs. 3 EFZG (Bei Krankheiten während der Wartezeit erhält der Arbeitnehmer von seiner Krankenkasse Krankengeld gem. § 44 Abs. 1 S. 1 SGB V).
- (2) Weiterhin muss der Arbeitnehmer „**durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit** an seiner Arbeitsleistung verhindert“ sein. Was unter **Krankheit** i.S.d. EFZG zu verstehen ist, lässt das Gesetz bewusst offen. Auszugehen ist zunächst vom medizinischen Krankheitsbegriff, wonach jeder regelwidrige körperliche oder geistige Zustand hierunter fällt. Dieser medizinische Krankheitsbegriff bedarf jedoch verschiedener Einschränkungen: So ist zum einen weder die normal verlaufende Schwangerschaft, noch das gewöhnliche altersbedingte Nachlassen der Leistungsfähigkeit als Krankheit im arbeitsrechtlichen Sinne zu verstehen. Zum anderen wird eine Krankheit i.S.d. EFZG erst bedeutsam, wenn sie den Arbeitnehmer hindert, die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. Demgemäß liegt eine Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit vor, wenn ein Krankheitsgeschehen den Arbeitnehmer in objektiv-medizinischer Sicht außerstande setzt, die ihm nach dem Arbeitsvertrag obliegende Arbeit zu verrichten, oder wenn er die Arbeit nur unter der Gefahr aufnehmen oder fortsetzen könnte, in absehbarer Zeit seinen Zustand zu verschlimmern (Vossen, Kasseler Handbuch 2.2 Rz. 44).
Im vorliegenden Fall liegt diese Voraussetzung eindeutig vor.
- (3) Den Arbeitnehmer darf außerdem **kein Verschulden** an der Krankheit treffen. Ein echtes Verschulden im Sinne einer Pflichtverletzung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger kann damit nicht gemeint sein, weil den Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber keine Schuldnerpflicht trifft, sich gesund zu halten. So sind z.B. Sportarten wie Fußball, Boxen, Bergsteigen, Drachenfliegen, Motorrad fahren aus dem Alltagsleben nicht hinwegzudenken,

obwohl bei ihnen eine erhöhte Verletzungsgefahr besteht. Diese Risiken der Sphäre des Arbeitnehmers anzulasten, wäre ein Eingriff in die freie Entfaltung der Persönlichkeit, wie auch eine Pflicht des Arbeitnehmers, zum Schutze seiner Gesundheit nicht zu rauchen, keinen Alkohol zu trinken oder abends früh zu Bett zu gehen.

Ein Verschulden an der Krankheit ist nur dann anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer grob gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartende Verhalten verstößt (BAG, AP Nr. 8, 26 zu § 1 LFZG). Hierunter fällt z.B. die grob fahrlässige Verletzung von Unfallverhütungsvorschriften, der Arbeitsunfall infolge Alkoholkonsums, das grob verkehrswidrige Verhalten im Straßenverkehr oder die Ausübung gefährlicher Sportarten (insbesondere ohne das notwendige Training oder den sporttypischen Schutz).

Im vorliegenden Fall hat S als Mitarbeiter in der Gaststätte einen Streit unter den Gästen zu schlichten wollen. Ihm kann daraus keinesfalls der Vorwurf groben Verschuldens gemacht werden. Folglich hat S die Krankheit nicht verschuldet.

- (4) Ein Sonderproblem des Falles besteht zunächst darin, dass S den Unfall im Rahmen seiner Nebenbeschäftigung in der Gaststätte erlitt. Ähnlich gelagert sind die Fälle, wo ein Arbeitnehmer einen Arbeitsunfall aufgrund unentgeltlicher Tätigkeit, Mithilfe im Erwerbsgeschäft eines Familienangehörigen oder als selbstständiger Unternehmer erleidet.

Weitere Aufmerksamkeit verdient der Umstand, dass S bei F nur teilzeitbeschäftigt war.

Nach dem Wortlaut des § 3 Abs. 1 EFZG kommt es aber weder darauf an, ob die Krankheit oder der Unfall mit der beruflichen Tätigkeit im Zusammenhang stehen, noch ob es sich um eine Voll- oder Teilzeitbeschäftigung handelt. Letzteres entspricht auch den Vorgaben des EuGH, der eine Benachteiligung geringfügig Beschäftigter bei der Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle als mittelbare Diskriminierung betrachtet (EuGH NJW 1992, 1125 ff). Es ist vielmehr von Rspr. und Lehre anerkannt, dass nach dem Schutzzweck des Entgeltfortzahlungsgesetzes der Arbeitnehmer bei unverschuldeter Krankheit so wirtschaftlich sichergestellt werden soll, dass er seine Krankheit ausheilen und seine Arbeitskraft wiederherstellen kann (BAG NJW 1976, 823, 824).

Liegt ausnahmsweise die Ursache für die Arbeitsunfähigkeit alleine im Bereich der Nebentätigkeit, z.B. wenn die Nebentätigkeit verboten, besonders gefährlich ist oder die Kräfte des Arbeitnehmers übersteigt, kann die Krankheit verschuldet, mithin der Lohnfortzahlungsanspruch ausgeschlossen sein.

Ergebnis: Somit ist der Lohnfortzahlungsanspruch des S dem Grunde nach begründet. Der Lohnfortzahlungsanspruch gegen F ist jedoch auf 6

Wochen, also 42 Kalendertage beschränkt, wobei die Maßnahmen der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation nach § 9 EFZG auf die Dauer mit angerechnet werden.

Die Höhe der Entgeltfortzahlung entspricht i.d.R. 100% des normalen Lohnes; er kann unter den Voraussetzungen der §§ 4 Abs. 1a – 4, 4a EFZG um Überstundenlöhne, Sondervergütungen etc. gekürzt werden.

Wegen der überschreitenden 2 Wochen hat S Anspruch auf Krankengeld nach § 44 Abs. 1. S. 1 SGB V gegen die Krankenkasse, sofern er entsprechend krankenversichert ist. Das Krankengeld soll den Entgeltausfall nach Erschöpfung des Anspruchs auf Entgeltfortzahlung in Krankheitsfalle ausgleichen.

zu 2: F könnte gem. § 6 Abs. 1 EFZG ein **Rückgriffsanspruch** gegen B wegen der drittverschuldeten Arbeitsunfähigkeit zustehen. § 6 EFZG enthält eine **gesetzliche Abtretungsfiktion** in der Form, dass die Schadensersatzansprüche des Arbeitnehmers kraft Gesetzes insoweit auf den Arbeitgeber übergehen, als er seinem Arbeitnehmer Leistungen gewährt hat. Der Forderungsübergang ist also abhängig davon, dass

- (1) der Arbeitnehmer von einem Dritten Schadensersatz wegen des Verdienstausfalls verlangen kann,
- (2) ein schadensersatzverpflichteter Dritter vorhanden ist und
- (3) der Arbeitgeber das Arbeitsentgelt fortgezahlt hat.

Diesen abgetretenen Anspruch des S gegen B aus §§ 823 Abs. 1 u. 2 sowie evtl. aus § 826 BGB kann nun F gegen B bezüglich der gewährten Lohn- und Lohnnebenleistungen geltend machen.

Dies hindert natürlich den S nicht daran, seinerseits weitergehende Ansprüche wie Ansprüche aus einer Sachbeschädigung oder auf Schmerzensgeld selbstständig gegen B zu verfolgen.

4.3 Anzeige- und Nachweispflichten im Krankheitsfalle

Nach § 5 Abs. 1 EFZG ist ein Arbeitnehmer verpflichtet, dem Arbeitgeber eine Arbeitsunfähigkeit und ihre voraussichtliche Dauer unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB) mitzuteilen. Damit der Arbeitgeber sich auf den Ausfall einstellen kann, muss die Anzeige i.d.R. am ersten Tag während der ersten Arbeitsstunden bei der zuständigen Stelle des Arbeitgebers eingehen. Eine besondere Form ist für die Krankmeldung nicht vorgeschrieben, so dass sie auch fernmündlich oder per e-mail erfolgen kann. Anzuzeigen sind Arbeitsunfähigkeit und voraussichtliche Dauer, generell jedoch nicht die Art der Krankheit.

Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage, hat der Arbeitnehmer eine ärztliche Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit sowie die voraussichtliche Dauer spätestens am vierten Kalendertag vorzulegen.

Der Arbeitgeber kann die Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung früher als am ersten Arbeitstag nach Ablauf der drei Kalendertage ohne besondere Begründung verlangen, jedoch darf dieses Begehren nicht rechtsmissbräuchlich sein (näher hierzu Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch § 98 V 3 ff).

Verletzt der Arbeitnehmer schuldhaft seine Anzeige- oder Nachweispflicht, ist dies eine Pflichtverletzung, die der Arbeitgeber durch Abmahnung zunächst rügen, im Wiederholungsfall durch verhaltensbedingte ordentliche, in Ausnahmefällen auch durch eine außerordentliche Kündigung ahnden kann (BAG DB 1990, 790; näher hierzu auch Meub, AR § 12).

5. Mutterschutz und Elternzeit

Über das allgemeine Frauenschutzrecht hinaus räumt das **Mutterschutzrecht** der Frau für die Zeit vor und nach der Entbindung einen besonderen arbeitsrechtlichen Schutz ein. Kernstück des Mutterschutzrechtes ist das MuSchG. Sachlich gilt das MuSchG für alle abhängig beschäftigten Arbeitnehmerinnen und in Heimarbeit Beschäftigten, seien sie verheiratet oder ledig, haupt- oder nebenberuflich, zur Aushilfe, zur Probe oder im Ausbildungsverhältnis beschäftigt oder nur aufgrund eines faktischen Arbeitsverhältnisses tätig. Unanwendbar ist das MuSchG u.a. auf arbeitnehmerähnliche Personen, Organmitglieder, Beamtinnen und Soldatinnen.

Das MuSchG enthält u.a. Beschäftigungsverbote, um Gefährdungen für Leben oder Gesundheit von Mutter und Kind zu vermeiden. So darf nach § 3 Abs. 1 MuSchG die werdende Mutter überhaupt nicht beschäftigt werden, sofern nach einem ärztlichen Zeugnis Mutter oder Kind bei Fortdauer der Beschäftigung gefährdet sind. Nach § 4 MuSchG dürfen Schwangere keine dort näher genannte gefährliche oder gesundheitsgefährdende Arbeiten ausführen. Gemäß § 3 Abs. 2 MuSchG darf die werdende Mutter in den letzten sechs Wochen vor der Entbindung nur mit ihrem ausdrücklichen Einverständnis weiterbeschäftigt werden. Für die ersten acht Wochen - bei Früh- oder Mehrlingsgeburten zwölf Wochen - nach der Entbindung besteht nach § 6 Abs. 1 S. 1 MuSchG sogar ein absolutes Beschäftigungsverbot. Mit Beginn der Mutterschutzfrist werden die gegenseitigen Hauptleistungspflichten aus dem Arbeitsverhältnis vorübergehend suspendiert.

Während der Schutzfristen nach §§ 3 Abs. 1, 6 Abs. 2 MuSchG haben werdende Mütter Anspruch auf Mutterschaftsgeld gegen ihre Krankenkassen, §§ 13 Abs. 1 MuSchG, 200 RVO. Soweit das Mutterschaftsgeld niedriger ist, als das zuletzt gezahlte Arbeitsentgelt, hat der Arbeitgeber nach § 14 MuSchG den Differenzbetrag als lohnähnlichen Ersatzanspruch zu zahlen. Gehören Sachbezüge - wie die Überlassung eines Firmenfahrzeuges zum unbeschränkten persönlichen Gebrauch - zum Arbeitsentgelt, sind diese der Arbeitnehmerin nicht nur während des Beschäftigungsverbotes gemäß §§ 3 Abs. 1, 4 MuSchG, sondern

auch während der Schutzfristen der §§ 3 Abs. 2, 6 Abs. 1 MuSchG weiterzugewähren (so BAG BB 2001, 364, wonach sogar die Benzinkosten für Privatfahrten weiter zu erstatten sind). Bei allen anderen im MuSchG enthaltenen Beschäftigungsverboten behält die Schwangere gemäß § 11 MuSchG ihren vollen Lohnanspruch gegen den Arbeitgeber. Gleiches gilt für Stillzeiten, § 7 Abs. 2 und ärztliche Untersuchungen, § 16 MuSchG. Darüber hinaus enthält § 9 MuSchG ein absolutes Kündigungsverbot (vgl. Meub, Arbeitsrecht § 7, 3. Fall: Eine schlechte Personalentscheidung).

Im Anschluss an die Mutterschutzfrist von 8 oder 12 Wochen nach der Geburt kann ein oder beide Elternteile **Elternzeit** beanspruchen, § 15 Abs. 3 BErzGG. Elternzeit ist ein privatrechtlicher Anspruch gegen den Arbeitgeber auf **unbezahlten Sonderurlaub** zur Betreuung bzw. Erziehung des Kindes bis längstens zur Vollendung des 3. Lebensjahres. Daneben besteht ein öffentlich-rechtlicher Anspruch auf Erziehungsgeld. Der Anspruch auf Elternzeit ist unabdingbar. Während der Elternzeit sind die Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis beiderseits suspendiert. Näheres regelt das Gesetz zum Erziehungsgeld und zur Elternzeit (weiterführend zum BErzGG: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 102 B m.w.N., Leßmann DB 2001, 94).

Kritik am bestehenden System: Laut Art. 6 Abs. 4 GG hat jede (werdende) Mutter Anspruch auf Schutz und Fürsorge der **Gemeinschaft**. Insbesondere das MuSchG, aber auch das BErzGG bürden jedoch dem Arbeitgeber einen erheblichen Teil des Schwangerschaftsrisikos auf. Die hierdurch vorgenommene Risikoverlagerung führt in der Praxis zu einer Benachteiligung von Frauen am Arbeitsmarkt, insbesondere bei Einstellungs-, Vergütungs- und Beförderungsentscheidungen. Zur Förderung der Gleichbehandlung von Mann und Frau wäre es sachgerechter, zumindest die finanziellen Belastungen des Arbeitgebers gänzlich zu beseitigen und sie der Allgemeinheit aufzuerlegen.

6. Erholungsurlaub

Während des Urlaubs ist der Arbeitgeber von seiner Arbeitspflicht befreit, behält jedoch seinen Lohnanspruch. Näheres regelt das BUrIG (vgl. Meub, Arbeitsrecht, § 5, 2; § 8, 3.2.4).

7. Bildungsurlaub

Die Bundesrepublik hat 1976 das Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation vom 24.06.1974 über den bezahlten Bildungsurlaub ratifiziert. Nach dessen Art. 2 verpflichten sich die Mitgliedsstaaten, eine Politik festzulegen und durchzuführen, die den Bildungsurlaub fördert. Das Übereinkommen über den bezahlten Bildungsurlaub entfaltet jedoch keine eigenständige nationale Wirkung, sondern verpflichtet lediglich den Gesetzgeber, dessen Inhalt

umzusetzen. Hiervon hat die Bundesregierung selbst bisher keinen Gebrauch gemacht, sondern den Standpunkt eingenommen, dass durch Regelungen auf Länderebene oder in Tarifverträgen flexiblere und praxisgerechtere Lösungen gefunden werden können. Bisher haben lediglich die Bundesländer Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, das Saarland und Schleswig-Holstein entsprechende Ländergesetze erlassen; auch einige Tarifverträge enthalten Regelungen zur bezahlten Arbeitnehmerweiterbildung.

Die Bildungsurlaubsgesetze der Länder weichen teilweise erheblich voneinander ab, so dass eine gedrängte Darstellung nur schwer möglich ist. Zweck des Bildungsurlaubs ist die **berufliche** und **politische Weiterbildung**, in einigen Bundesländern aber auch die **allgemeine Weiterbildung**. Mit Ausnahme der Länder Berlin und Saarland sind die jeweiligen Ländergesetze unabdingbar. Die Dauer der bezahlten Freistellung beträgt rund 5 (bis maximal 10) Arbeitstage pro Jahr. Der Arbeitnehmer hat den Anspruch auf Bildungsurlaub innerhalb des jeweiligen gesetzlichen Bezugszeitraums (ein oder zwei Jahre) geltend machen, indem er die Inanspruchnahme, den Zeitraum und die zeitliche Lage i.d.R. 4 bis 6 Wochen vor Beginn des Bildungsurlaubs dem Arbeitgeber mitteilt. Eine Freistellung braucht der Arbeitgeber i.d.R. nur für anerkannte Bildungsveranstaltungen, wofür die Länder unterschiedliche Anerkennungsverfahren entwickelt haben, zu erteilen. Zum Nachweis der Teilnahme genügt in aller Regel eine Bescheinigung des Veranstalters. (weiterführend: Münchner Handbuch Arbeitsrecht § 91 m.w.N.).

8. Die Freistellung für Betriebsratstätigkeiten und als Beauftragte im Bereich des Arbeitsschutzrechtes

Zwar führen die Mitglieder des Betriebsrates ihr Amt unentgeltlich als privates Ehrenamt, § 37 Abs. 1 BetrVG. Das bedeutet jedoch lediglich, dass sie weder unmittelbar noch mittelbar ein zusätzliches Entgelt für ihre Tätigkeit erhalten dürfen. Sie sind nach § 37 Abs. 2 BetrVG andererseits unter Fortzahlung ihres Lohnes für die Betriebsratstätigkeit freizustellen. Abhängig von der Größe des Betriebes können Betriebsratsmitglieder auf die Dauer ihrer Amtszeit sogar gänzlich von ihrer Arbeit freigestellt werden, § 38 Abs. 1 und 2 BetrVG. Daneben haben sie nach § 38 Abs. 4 BetrVG Anspruch auf bezahlte Freistellung zu Berufsbildungsmaßnahmen.

Nicht vorgesehen ist hingegen die Freistellung von der Arbeit für Jugendvertreter §§ 65, 38 BetrVG, da sonst ihre Ausbildung gefährdet würde. Jugend- und Auszubildendenvertreter haben jedoch Anspruch auf Teilnahme an Schulungs- und Bildungsveranstaltungen, §§ 65 Abs. 1, 37 Abs. 6 und 7 BetrVG, die sich vom Inhalt mit der ausgeübten Funktion befassen müssen.

Sicherheitsbeauftragte (§§ 719 f RVO), Datenschutzbeauftragte (§ 36 BDSG), Strahlenschutzbeauftragte (§§ 29, 30, 31 StrahlenschutzVO), Schwerbehindertenbeauftragte (§ 98 SGB IX), Gewässerschutzbeauftragte (§§ 4, 2, 21a – 21 f WasserhaushaltsG), Abfallbeauftragte (§§ 11 a – 11 f AbfallbeseitigungsG), Immissionsschutzbeauftragte (§§ 53 – 58 BimSchG), Störfallbeauftragte (§ 5 der 12. VO zum BimSchG), Gefahrgutbeauftragte (VO über die Bestellung von Gefahrgutbeauftragten und die Schulung der beauftragten Personen in Unternehmen und Betrieben), sowie Gentechnikbeauftragte (GentG) haben ebenfalls Anspruch auf Freistellung von der normalen Arbeit unter Lohnfortzahlung sowie zur Teilnahme an aufgabengezogenen Aus- und Fortbildungsveranstaltungen.

9. Freistellung von Auszubildenden zum Berufsschulbesuch

Nach §§ 7, 12 BBiG hat der Arbeitgeber den Auszubildenden für die Teilnahme am Berufsschulunterricht und an Prüfungen unter Fortzahlung der Vergütung freizustellen.

10. Betriebs- und Wirtschaftsrisiko

Wer trägt das Arbeitsentgeltrisiko, wenn die Arbeitsleistung des arbeitsfähigen und -willigen Arbeitnehmer aus Gründen, die weder vom Arbeitgeber noch vom Arbeitnehmer zu vertreten sind, nicht erbracht werden kann?

Bsp(e): Ausfall von Betriebs- oder Hilfsstoffen wie Rohmaterial, Strom, Maschinen oder Heizung; Brand; Explosion; Witterungsstörungen, die auf den Betrieb unmittelbar einwirken; behördliche Verbote; Auftragsmangel.

10.1 Lohnzahlungspflicht bei Betriebsrisiko

Fall: Betriebsverbot bei Smog

Chemiefacharbeiter C ist im Chemieunternehmen U beschäftigt. Bereits seit mehreren Tagen belasten hohe Schadstoffwerte die Region. Als C eines Morgens seine Arbeit aufnehmen will, wird ihm mitgeteilt, dass behördlicherseits ein eintägiges Betriebsverbot gegen U verhängt worden ist. Da auch keine andere Arbeit für C anliege, könne man ihn heute nicht beschäftigen. Hat C Anspruch auf Lohn?

Aufbauschema:

1. § 611 BGB i.V.m. Arbeitsvertrag unmittelbar (-)
2. § 616 Abs. 1 BGB (-)

3. §§ 611, 615 S. 1 und 2 BGB (-)
4. §§ 611, 615 S. 3 BGB (sog. „Lehre vom Betriebsrisiko“)

zu 1.: Die allgemeine Anspruchsgrundlage des § 611 Abs. 1 BGB i.V.m. Arbeitsvertrag reicht für sich alleine betrachtet nicht aus, da ein Lohnanspruch ohne Arbeitsleistung einer besonderen Begründung bedarf.

zu 2.: § 616 Abs. 1 BGB ist ebenfalls nicht erfüllt, denn der Grund der Arbeitsverhinderung liegt nicht in der Person des C.

zu 3.: Auch § 611 i.V.m. § 615 S. 1 und 2 BGB kommt nicht in Betracht, da er nur die **Annahmewilligkeit** des Arbeitgebers, nicht hingegen die unverschuldete **Annahmefähigkeit** zum Regelungsgegenstand hat.

zu 4.: C könnte jedoch gegen U einen Anspruch auf Lohnzahlung nach § 611 i.V.m. dem durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz neu eingefügten § 615 S. 3 BGB aus der arbeitgeberseitigen Verantwortlichkeit für das Betriebsrisiko zustehen. Die Voraussetzungen des Anspruchs sind im einzelnen:

- (1) Es muss ein **Arbeitsverhältnis** bestehen. (+)
- (2) Der Arbeitgeber muss sich im **Annahmeverzug** befinden.
Der Arbeitnehmer hat die Arbeitsleistung lediglich anbieten.
Auf ein Verschulden des Arbeitgebers kommt es nach §§ 615, 293 ff BGB nicht an. Es ist also unerheblich, ob die Unmöglichkeit der Arbeitserbringung auf einem sachlichen oder persönlichen Versagen des Unternehmers (sprich einem Verschulden wie einem Dispositionsfehler, dann besteht auch ein Anspruch aus § 326 Abs. 2 BGB) beruht, sie betriebstechnische Ursachen hat (z.B. Maschinenausfall, Brand) oder von außen auf den Betrieb einwirkt (z.B. Witterungseinflüsse, BAG NZA 1991, 67; behördliche Verbote, Richardi NJW 1987, 1231). (+)
- (3) Der Grund des Arbeitsausfalls muss der **betrieblichen Sphäre** zuzurechnen sein. Nach der Lehre vom Betriebsrisiko muss ein Arbeitgeber, da er den Betrieb organisiert, ihm die wirtschaftliche Initiative und das Entscheidungsrecht bezüglich der Betriebsführung zukommt, er die Erträge erhält und er sich gegen Risiken dieser Art versichern kann (Betriebsausfallversicherung), das Entgeltisiko dann tragen, wenn die Entgegennahme der Arbeitsleistung aus Gründen unmöglich wird, die dem Betriebsrisiko zugerechnet werden können. (+)

Ergebnis: Mithin trägt U auch bei der hier vorliegenden unverschuldeten Betriebsstörung die Gegenleistungsgefahr. C hat also Anspruch auf Lohn auch ohne an dem Tag gearbeitet zu haben.

Von diesem Grundsatz müssen mit der bisherigen Lehre **drei Ausnahmen** gemacht werden:

- Die Grundsätze über das Betriebsrisiko sind abdingbar, insbesondere **tarifdispositiv**. Sie finden deshalb keine Anwendung, wenn eine anderweitige Regelung besteht (z.B. Winterausfallgeld; vgl. hierzu unten Zif. 12).
- Trifft die Betriebsstilllegung das Unternehmen so schwer, dass bei Zahlung der vollen Löhne dessen **Existenz gefährdet** ist, müssen sich die Arbeitnehmer eine Minderung des Lohnes gefallen lassen; u.U. entfällt der Lohnanspruch sogar ganz (BAG, AP Nr. 28 zu § 615 BGB).
- Der Arbeitgeber ist nicht zur Lohnzahlung verpflichtet, wenn die Betriebsstörung durch eine **Fernwirkung von Arbeitskampfmaßnahmen** verursacht wurde (hierzu näher unten Zif. 11).

In Fällen länger andauernder Betriebsstörung hat der Arbeitgeber überdies die Möglichkeit, sich durch die Einführung von Kurzarbeit vorübergehend von der vollen Lohnzahlungspflicht zu befreien oder Arbeitsverhältnisse aus dringenden betrieblichen Gründen (§ 1 Abs. 2 KSchG) zu kündigen. Als Rechtsgrundlage für die Einführung von Kurzarbeit kommen Einzelarbeitsvertrag, Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung in Betracht. In der Praxis sind die Voraussetzungen für die Einführung von Kurzarbeit i.d.R. tarifvertraglich vereinbart. Sie bedarf nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG überdies im Einzelfall der Zustimmung des Betriebsrats. Zur Verhinderung von Entlassungen kann gemäß § 19 KSchG auch das Landesarbeitsamt Kurzarbeit unter Lohnkürzung zulassen.

10.2 Wirtschaftsrisiko

Von den Fällen des Betriebsrisikos deutlich zu trennen sind die Fälle des Wirtschaftsrisikos. Bei ihnen ist die Arbeitsleistung zwar praktisch möglich, für den Arbeitgeber jedoch wirtschaftlich nutzlos.

Bsp(e): Auftragsmangel; fehlende Rentabilität; allgemeine Verschlechterung der Wirtschaftslage; dem Unternehmen wird wegen Zahlungsrückstand die Stromzufuhr gesperrt.

Der Arbeitgeber hat hier für die tatsächlich mögliche Arbeitsleistung lediglich (teilweise vorübergehend) keine Verwendung mehr. Es entspricht den allgemeinen Grundsätzen des Schuldrechts, dass der Gläubiger eines vollkommen zweiseitigen Schuldverhältnisses auch dann seine Vertragspflichten noch erfüllen muss, wenn die Durchführung des Vertrages für ihn wirtschaftlich sinnlos geworden ist (Grenze: schwerwiegende Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB, Obergrenze erreicht). Dieser Grundgedanke findet selbstverständlich auch auf Arbeitsverhältnisse Anwendung. Dementsprechend muss der Arbeitgeber immer das Wirtschaftsrisiko selbst tragen, mit der Folge, dass er in solchen Fällen in **Annahmeverzug nach §§ 615, 293 ff BGB** gerät, wenn er die Arbeitsleistung des arbeitsbereiten Arbeitnehmer nicht annimmt. Als Folge hier-

aus bleibt der Arbeitgeber - im Gegensatz zum Betriebsrisiko - zur vollen Lohnzahlung auch im Falle einer Existenzgefährdung verpflichtet.

Dem Arbeitgeber steht weiterhin nicht das Recht zu, Kurzarbeit unter Lohnkürzung einzuführen (es sei denn, der Betriebsrat willigt ein). Sofern er das Unternehmen ganz oder teilweise stilllegen will, hat er die Mitwirkungsrechte des Betriebsrates bezüglich der Betriebsänderung und dem Sozialplan nach §§ 111 ff BetrVG zu beachten.

11. Arbeitskampfisiko

Zwar ist es sinnlogisch möglich, einzelne Ausgestaltungsarten von Arbeitskämpfen dem Betriebsrisiko zuzurechnen. Um jedoch eine interessengerechte Zuordnung des Lohnrisikos bei arbeitskampfbedingten Arbeitsausfällen vornehmen zu können, muss das Arbeitskampfisiko generell als eigenständige Fallgruppe vom Betriebs- und Wirtschaftsrisiko unterschieden werden (grundlegend: BAG AP Nr. 70, 71 zu Art. 9 GG). Ausgehend von zulässigen Arbeitskampfmaßnahmen (Streik und Aussperrung) lassen sich im wesentlichen folgende Arten von arbeitskampfbedingten Arbeitsausfällen unterscheiden:

- **Streik gegen den eigenen Arbeitgeber:** Während eines ordnungsgemäßen Streiks sind die Arbeitsverträge mit den Streikenden suspendiert. Aufgrund des Ruhens der Arbeitsverhältnisse haben die am Streik unmittelbar beteiligten Arbeitnehmer keinen Anspruch auf die Gegenleistung. (Sofern sie gewerkschaftlich organisiert sind, erhalten sie ein sog. Streikgeld von der Gewerkschaft.) Die Arbeitsverhältnisse mit den nicht am Streik beteiligten Arbeitnehmer bleiben von der Arbeitskampfmaßnahme unberührt.
- **Teilstreik gegen den eigenen Arbeitgeber:** Wird nur ein Teil eines Unternehmens bestreikt (oder streiken nur ein Teil der Arbeitnehmer), kann der Arbeitgeber unter bestimmten Voraussetzungen den ganzen Betriebsteil oder sogar den ganzen Betrieb zulässigerweise stilllegen (BAG NJW 1995, 2869). Im Falle einer solchen Abwehraussperrung wird der Arbeitgeber auch solchen Arbeitnehmern gegenüber von seiner Leistungspflicht frei, die bisher nicht am Streik teilgenommen haben, sondern trotz des Streiks ihre Arbeitskraft angeboten haben (BAG NJW 1995, 477 und 2869).
- **Fernwirkung eines Streiks:** Führt eine Arbeitskampfmaßnahme, die gegen einen anderen Betrieb (auch außerhalb des eigenen Tarifgebietes) geführt wird zu einer Betriebsstörung (z.B. infolge von Streikmaßnahmen bei Dritten fallen Materiallieferungen aus oder die eigene Produktion wird wirtschaftlich nutzlos, weil der Abnehmer bestreikt wird), ist darauf abzustellen, ob die Fernwirkung des Streiks bzw. der Aussperrung geeignet ist, das Kräfteverhältnis der kampfführenden Parteien zu beeinflussen, (z.B. dadurch, dass die für die betroffenen Betriebe zuständigen Gewerkschaften oder Verbände identisch oder organisatorisch verbunden sind). Besteht dieser Zusammenhang, entfällt bei Streik und Abwehraussperrung

in den Drittbetrieben der Beschäftigungs- und Vergütungsanspruch (BAG NJW 1981, 937), bei einer Angriffsaussperrung in dem Drittbetrieb bleibt er bestehen.

12. Winter- und Winterausfallgeld

Eine gesetzliche Sonderregelung gilt für Arbeitnehmer in der Bauwirtschaft während der Schlechtwetterzeit. Mit dem Wintergeld sollen witterungsbedingte Mehraufwendungen, mit dem Winterausfallgeld witterungsbedingte Arbeitsausfälle für eine bestimmte Dauer ausgeglichen werden. Die Arbeitgeber der Bauwirtschaft führen hierfür ganzjährig eine Umlage (nach der Wintergeld-UmlageVO) ab. Die Gewährung von Winter- und Winterausfallgeld erfolgt dann entsprechend den §§ 209 – 216 SGB III.