

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 322

Entgeltfortzahlung und Konkurrenzen

Von

Daniel David Schneider



Duncker & Humblot · Berlin

DANIEL DAVID SCHNEIDER

Entgeltfortzahlung und Konkurrenzen

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Matthias Jacobs, Hamburg

Prof. Dr. Rüdiger Krause, Göttingen

Prof. Dr. Sebastian Krebber, Freiburg

Prof. Dr. Thomas Lobinger, Heidelberg

Prof. Dr. Markus Stoffels, Heidelberg

Prof. Dr. Raimund Waltermann, Bonn

Band 322

Entgeltfortzahlung und Konkurrenzen

Von

Daniel David Schneider



Duncker & Humblot · Berlin

Die Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft Hamburg
hat diese Arbeit im Jahre 2013 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2014 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin

Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach

Printed in Germany

ISSN 0582-0227

ISBN 978-3-428-14280-4 (Print)

ISBN 978-3-428-54280-2 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84280-3 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ∞

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Frühjahrstrimester 2013 von der Bucerius Law School als Dissertation angenommen. Das Manuskript habe ich im Juli 2012 abgeschlossen. Die mündliche Prüfung fand am 20. März 2013 statt; Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur sind auf dem Stand von diesem Tage. Vereinzelt konnten noch spätere Änderungen berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Professor Dr. Matthias Jacobs, der bereits während des Studiums mein Interesse für das Arbeitsrecht geweckt und gefördert hat. Er war es auch, der mich überhaupt auf den Gedanken gebracht hat, zu promovieren. Während der Promotionszeit stand er mir nicht nur jederzeit mit Rat zur Seite, sondern hat mich vor allem stets darin bestärkt, das Projekt in seinem gesamten Ausmaß zu realisieren. Professor Dr. Jochem Schmitt danke ich herzlich dafür, dass er sich trotz des Umfangs der Arbeit ohne zu Zögern bereit erklärt hat, das Zweitgutachten zu erstellen.

Des Weiteren danke ich der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung sehr für die Übernahme eines wesentlichen Teils der Druckkosten.

Arno Doebert, Martin Hejma, Ingmar Krohm, Isabelle Moog, Max Neeb, Oliver Ramcke, Vincent Rodenbusch, Jan Sturm und Aldo Trentinaglia danke ich für die gemeinschaftliche gewissenhafte Durchsicht des Manuskripts. Darüber hinaus möchte ich besonders Martin Hejma und Jan Sturm für die zahlreichen fruchtbaren Gespräche und wertvollen Anregungen danken.

Ein großer Dank gilt meiner Familie, vor allem meinen Großeltern Jörn und Marianne Ulrich und meiner Großtante Marie-Luise Ulrich. Vor allen anderen aber danke ich meinen Eltern Vera Ulrich und Burghard Schneider. Sie haben mir jede Unterstützung zuteil werden lassen, die sich ein Sohn nur wünschen kann. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Berlin, im Januar 2014

Daniel Schneider

Inhaltsübersicht

1. Teil

Einführung	45
§ 1 „Ohne Arbeit kein Lohn“	45
§ 2 Zusammentreffen mehrerer Arbeitsausfallgründe	48
§ 3 Ziel der Arbeit	50
A. Gang der Untersuchung	50
B. Umfang der Untersuchung	51

2. Teil

Analyse des Entgeltfortzahlungsrechts	53
§ 4 Rechtsnatur und Berechnungsmethode	53
A. Rechtsnatur der Entgeltfortzahlungstatbestände	54
B. Berechnungsmethoden	56
C. Verhältnis von Rechtsnatur und Berechnungsmethode	62
§ 5 Untersuchung von Entgeltfortzahlungstatbeständen	63
A. Gemeinsame Voraussetzungen aller Tatbestände	64
B. Vergütungsanspruch bei alleiniger oder weit überwiegender Verantwortlichkeit des Arbeitgebers für den Arbeitsausfall (vgl. § 326 Abs. 2 S. 1 Var. 1 BGB)	68
C. Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (vgl. § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG)	76
D. Anspruch auf Entgeltfortzahlung an Feiertagen (vgl. § 2 Abs. 1 EFZG)	91
E. Vergütungsanspruch bei vorübergehender Verhinderung (vgl. § 616 S. 1 BGB)	96
F. Anspruch auf Urlaubsentgelt (vgl. § 1 BUrlG)	102
G. Vergütungsansprüche im Zusammenhang mit einer Schwangerschaft	116
H. Vergütungsanspruch bei Annahmeverzug des Arbeitgebers (vgl. § 615 S. 1 BGB)	148
I. Vergütungsanspruch in Fällen des Betriebsrisikos (vgl. § 615 S. 3 i.V.m. S. 1 BGB)	172
J. Vergütungsanspruch bei Geltendmachung von Zurückbehaltungsrechten	179

K. Vergütungsanspruch bei Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts gemäß § 14 S. 1 AGG	194
L. Vergütungsanspruch bei Ausübung des Entfernungsrechts gemäß § 9 Abs. 3 S. 1, 2 ArbSchG	201
M. Vergütungsanspruch bei persönlicher Meldung oder Vorstellung bei den Erfassungsbehörden und Wehersatzbehörden (vgl. § 14 Abs. 1 ArbPISchG) ..	205
N. Vergütungsanspruch bei Arbeitsversäumnis wegen Betriebsratsstätigkeiten ..	207
O. Vergütungsanspruch im Zusammenhang mit Betriebsratswahlen (vgl. § 20 Abs. 3 S. 2 BetrVG)	246
P. Vergütungsanspruch bei Teilnahme an Betriebsversammlungen (vgl. § 44 Abs. 1 S. 2, 3, Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BetrVG)	254
Q. Vergütungsanspruch bei Besuch von Sprechstunden oder sonstiger Inanspruchnahme des Betriebsrats (vgl. § 39 Abs. 3 BetrVG)	272
R. Zwischenfazit	279
§ 6 Untersuchung von Ausschlussgründen	282
A. Gemeinsamkeiten	282
B. Arbeitskampf	283
C. Unbezahlter Urlaub	323
D. Kurzarbeit	323
E. Elternzeit (vgl. § 15 BEEG)	330
F. Sonstige Risiken des Arbeitnehmers (vgl. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB)	340
§ 7 Zwischenfazit	345

3. Teil

Konkurrenzen in der Entgeltfortzahlung	346
§ 8 Meinungsstand	346
A. Ansatz der Rechtsprechung	347
B. Kein Vergütungsanspruch	359
C. Addition aller Ansprüche	360
D. Prioritätsprinzip	361
E. Prinzip des geringsten Risikos des Arbeitgebers	365
F. Vorrang des für den Arbeitnehmer günstigeren Tatbestands	370
G. Hierarchieprinzip	373
H. Zwischenfazit	375
§ 9 Lösung des Problems der Doppelkausalität	375
A. Konkurrenzen als Wertungsfrage	376
B. Dreistufiger Ansatz	378
C. Einzelne Konkurrenzen nach dem dreistufigen Ansatz	418
D. Zwischenfazit	580

Inhaltsübersicht	11
§ 10 Lösung des Problems der Mehrfachkausalität	580
A. Bedeutung der Mehrfachkausalität für den Arbeitsausfall	580
B. Übertragung des dreistufigen Ansatzes	581
C. Behandlung ausgewählter Fallgestaltungen	582
D. Zwischenfazit	588
§ 11 Entwurf einer gesetzlichen Regelung	588
A. Doppel- und Mehrfachkausalität in verschiedenen Entwürfen zu einem Arbeitsvertragsgesetz	589
B. Neuer Gesetzentwurf	592
C. Kommentierung	604
D. Zwischenfazit	627
 <i>4. Teil</i>	
Wesentliche Ergebnisse	628
 Literaturverzeichnis	631
Sachverzeichnis	658

Inhaltsverzeichnis

1. Teil

Einführung	45
§ 1 „Ohne Arbeit kein Lohn“	45
§ 2 Zusammentreffen mehrerer Arbeitsausfallgründe	48
§ 3 Ziel der Arbeit	50
A. Gang der Untersuchung	50
B. Umfang der Untersuchung	51

2. Teil

Analyse des Entgeltfortzahlungsrechts	53
§ 4 Rechtsnatur und Berechnungsmethode	53
A. Rechtsnatur der Entgeltfortzahlungstatbestände	54
B. Berechnungsmethoden	56
I. Lohnausfallprinzip	56
II. Bezugsmethode	57
III. Unterscheidung von Geld- und Zeitfaktor	58
1. Begriffsbestimmungen	58
2. Verhältnis der Faktoren zu den Berechnungsmethoden	59
a) Geldfaktor	60
b) Zeitfaktor	60
C. Verhältnis von Rechtsnatur und Berechnungsmethode	62
§ 5 Untersuchung von Entgeltfortzahlungstatbeständen	63
A. Gemeinsame Voraussetzungen aller Tatbestände	64
I. Arbeitsverhältnis	64
1. Wirksamer Vertrag	64
2. Arbeitsvertrag	64
a) Privatrechtlicher Vertrag	65
b) Verpflichtung zur Leistung von Diensten	65
c) Persönliche Abhängigkeit	66
d) Besondere Personengruppen	67

II.	Kausalität für den Arbeitsausfall	68
B.	Vergütungsanspruch bei alleiniger oder weit überwiegender Verantwortlichkeit des Arbeitgebers für den Arbeitsausfall (vgl. § 326 Abs. 2 S. 1 Var. 1 BGB)	68
I.	Systematische Einordnung	68
II.	Telos	69
III.	Tatbestand	70
	1. Gegenseitiger Vertrag und synallagmatische Leistungspflichten	70
	2. Ausschluss der Leistungspflicht nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB ..	70
	3. Alleinige oder weit überwiegende Verantwortlichkeit des Gläubigers	71
	a) Maßstab zur Bestimmung der Verantwortlichkeit	71
	b) Allein oder weit überwiegend	73
	c) Bezugspunkt bei alternativer Kausalität	73
	aa) Problemstellung	73
	bb) Keine isolierte Betrachtung	74
IV.	Rechtsfolgen	76
C.	Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (vgl. § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG)	76
I.	Systematische Einordnung	76
	1. Historische Entwicklung	76
	2. Anspruchserhaltende Norm	77
II.	Telos	79
III.	Tatbestand	80
	1. Arbeitnehmer im Sinne des EFZG	80
	2. Krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit	80
	a) Krankheit des Arbeitnehmers	80
	b) Durch die Krankheit bedingte Arbeitsunfähigkeit	81
	aa) Grundlagen	81
	bb) Qualitative Teilunmöglichkeit	82
	cc) Quantitative Teilunmöglichkeit	83
	3. Kein Verschulden des Arbeitnehmers	84
	a) Keine Anwendung des § 276 Abs. 1 BGB	84
	b) Kein Abstellen auf Sphären Gesichtspunkte	85
	c) „Verschulden gegen sich selbst“	85
	d) Modifikation bei ausdrücklich normierten Pflichten	87
	e) Behandlung von Mitverschulden Dritter oder des Arbeitgebers	87
	4. Verstreichen der Wartefrist	88
	5. Kein Verweigerungsrecht des Arbeitgebers gemäß § 7 EFZG ...	88
IV.	Rechtsfolgen	89

D. Anspruch auf Entgeltfortzahlung an Feiertagen (vgl. § 2 Abs. 1 EFZG) ...	91
I. Systematische Einordnung	91
II. Telos	92
III. Tatbestand	92
1. Arbeitnehmer im Sinne des EFZG	92
2. Arbeitsausfall infolge des gesetzlichen Feiertags	92
3. Kein unentschuldigtes Fernbleiben vor oder nach dem Feiertag .	93
a) Letzter Arbeitstag vor oder erster Arbeitstag nach einem Feiertag	93
b) Unentschuldigtes Fernbleiben	93
c) Umfang des Ausschluss	95
IV. Rechtsfolgen	95
E. Vergütungsanspruch bei vorübergehender Verhinderung (vgl. § 616 S. 1 BGB)	96
I. Systematische Einordnung	96
II. Telos	96
III. Tatbestand	97
1. In der Person des Arbeitnehmers liegender Grund	97
2. Verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit	99
a) Begriff der „Verhältnismäßigkeit“	99
b) Rechtsfolgen bei verhältnismäßig erheblichem Arbeitsaus- fall	101
3. Kein Verschulden des Arbeitnehmers	101
4. Kein vertraglicher Ausschluss	101
IV. Rechtsfolgen	102
F. Anspruch auf Urlaubsentgelt (vgl. § 1 BUrlG)	102
I. Systematische Einordnung	102
II. Telos	104
III. Tatbestand	106
1. Grundsätzlicher Anspruch auf Urlaub nach dem BUrlG	106
a) Persönlicher Anwendungsbereich des BUrlG	106
b) Bedeutung des Kalenderjahrs	106
c) Ablauf der Wartefrist	107
2. Konkreter Tag als Urlaubstag	108
a) Keine Ausschöpfung des Urlaubskontingents	108
b) Kein Sonn- oder gesetzlicher Feiertag	108
c) Gewährung durch den Arbeitgeber	109
aa) Willenserklärung des Arbeitgebers	109
bb) Dringende betriebliche Belange	110
cc) Vorrangige Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer	111
d) Sonderproblem: Kein Kausalitätserfordernis?	112

IV.	Rechtsfolgen	113
1.	Grundlagen	113
2.	Berechnung des Geldfaktors	114
3.	Berechnung des Zeitfaktors	115
G.	Vergütungsansprüche im Zusammenhang mit einer Schwangerschaft	116
I.	Anspruch auf Zuschuss zum Mutterschaftsgeld (vgl. § 14 Abs. 1 S. 1 MuSchG)	116
1.	Systematische Einordnung	116
a)	Akzessorietät zu § 13 MuSchG	116
b)	Rechtsnatur	117
2.	Telos	118
a)	Wirtschaftliche Sicherung	118
b)	Die Umsetzung europarechtlicher Vorgaben als Normzweck	119
c)	Europarechtswidrigkeit der Umsetzung	119
aa)	Anforderungen des Art. 11 RL 92/85/EWG	119
(1)	Zulässigkeit einer Absenkung des Vergütungs- niveaus	119
(2)	Maßstab für die Angemessenheit	120
bb)	Folgerungen für die Zulässigkeit der Umsetzung	120
3.	Tatbestand	122
a)	Anspruch auf Mutterschaftsgeld	122
b)	Durchschnittliches tägliches Nettoeinkommen von mehr als € 13,-	123
c)	Sonderproblem: Kein Kausalitätserfordernis?	124
4.	Rechtsfolgen	125
a)	Berechnung des Geldfaktors	125
b)	Berechnung des Zeitfaktors	125
c)	Umlage auf die Arbeitgebergemeinschaft	126
II.	Anspruch auf Mutterschutzlohn (vgl. § 11 Abs. 1 S. 1 MuSchG) ...	126
1.	Systematische Einordnung	126
2.	Telos	128
a)	Nationales Recht	128
b)	Europarechtliche Einflüsse	128
aa)	Grundlagen	128
bb)	Zulässige Umsetzung hinsichtlich der Vergütungshöhe ..	129
(1)	Einheitlicher Maßstab	129
(2)	Hypothetische Vergütung nach § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG als Untergrenze?	129
(3)	Einzelstaatliche Rechtsvorschriften und Gepflogen- heiten als Maßstab	130

	cc) Zulässige Umsetzung hinsichtlich der erfassten Konstellationen	132
	3. Tatbestand	133
	a) Arbeitnehmerin im Sinne des MuSchG	133
	b) Beschäftigungsverbot	133
	c) Keine Subsidiarität	134
	d) Verdienstausschlag	134
	4. Rechtsfolgen	134
III.	Anspruch auf bezahlte Freistellung für Untersuchungen (vgl. § 16 S. 3 MuSchG)	136
	1. Systematische Einordnung	136
	2. Telos	137
	3. Tatbestand	137
	a) Anspruchsberechtigung	137
	b) Untersuchung im Rahmen der Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung	138
	c) Rücksichtnahme auf die Belange des Arbeitgebers	138
	d) Freistellung durch den Arbeitgeber	139
	4. Rechtsfolgen	140
IV.	Anspruch auf Gewährung bezahlter Stillzeit (vgl. § 7 Abs. 2 S. 1 MuSchG)	140
	1. Systematische Einordnung	140
	2. Telos	141
	3. Tatbestand	141
	a) Stillende Mutter	141
	b) Auf Verlangen der Mutter	144
	c) Gewährung durch den Arbeitgeber	145
	d) Zum Stillen erforderliche Zeit	145
	e) Zeitliche Lage der Stillzeit	146
	4. Rechtsfolgen	147
H.	Vergütungsanspruch bei Annahmeverzug des Arbeitgebers (vgl. § 615 S. 1 BGB)	148
I.	Systematische Einordnung	148
	1. § 615 S. 1 BGB als anspruchserhaltende Norm	148
	2. Verhältnis von Verzug und Unmöglichkeit	149
	a) Probleme des Ausschließlichkeitsdogmas im Arbeitsverhältnis	149
	b) Unterscheidung von Annahmeverweigerung und -unmöglichkeit	150
	c) Schlussfolgerungen	153
II.	Telos	153

III.	Tatbestand	154
1.	Angebot des Arbeitnehmers	154
a)	Tatsächliches Angebot (§ 294 BGB)	154
b)	Wörtliches Angebot (§ 295 BGB)	155
c)	Entbehrlichkeit eines Angebots (§ 296 BGB)	156
d)	Sonderfall unwirksame Kündigung durch den Arbeitgeber ...	156
2.	Leistungsmöglichkeit (§ 297 BGB)	158
3.	Nichtannahme trotz Möglichkeit	159
a)	Grundsätzliche Verpflichtung des Arbeitgebers zur An- nahme	159
b)	Ausnahmsweise Berechtigung des Arbeitgebers zur Ab- lehnung	160
4.	Kein vertraglicher Ausschluss	161
IV.	Rechtsfolgen	161
1.	Aufrechterhaltung der Vergütung; keine Pflicht zur Nachleistung	161
2.	Dauer des Annahmeverzugs	162
a)	Grundlagen	162
b)	Sonderfall auflösend bedingtes Weiterbeschäftigungsange- bot nach unwirksamer Kündigung	163
aa)	Annahme einer annahmeverzugsbeendenden Wirkung durch einen Teil der Literatur	163
bb)	Keine Beendigung des Annahmeverzugs	164
3.	Anrechnung (§ 615 S. 2 BGB)	168
a)	Grundlagen	168
b)	Gegenstand der Anrechnung	168
c)	Zeitlicher Umfang der Anrechnung	171
I.	Vergütungsanspruch in Fällen des Betriebsrisikos (vgl. § 615 S. 3 i.V.m. S. 1 BGB)	172
I.	Systematische Einordnung	172
II.	Telos	173
III.	Tatbestand	174
1.	Grundlagen	174
2.	Begriff des Betriebsrisikos	175
3.	Zusätzliche Voraussetzungen aus § 615 S. 1 BGB?	176
4.	Ausnahmen	177
IV.	Rechtsfolgen	178
J.	Vergütungsanspruch bei Geltendmachung von Zurückbehaltungsrechten ..	179
I.	Generelle Anwendbarkeit von Zurückbehaltungsrechten zugunsten des Arbeitnehmers	179
II.	§ 320 BGB	180
1.	Systematische Einordnung	180

2.	Telos	181
3.	Tatbestand	182
	a) Gegenseitiger Vertrag	182
	b) Synallagmatische Leistungspflichten	182
	aa) Synallagma bei Entgeltrückstand des Arbeitgebers	182
	bb) Synallagma bei Weigerung des Arbeitgebers, zukünftig Entgelt zahlen zu wollen	184
	c) Keine Vorleistungspflicht	185
	aa) Vorleistungspflicht bei Entgeltrückstand des Arbeit- gebers?	185
	bb) Vorleistungspflicht bei Weigerung des Arbeitgebers, zukünftig Entgelt zahlen zu wollen?	186
	d) Keine Bewirkung der Gegenleistung trotz Einredefreiheit ..	186
	e) Eigene Vertragstreue	187
	f) Kein Verstoß gegen Treu und Glauben	187
4.	Rechtsfolgen	188
III.	§ 273 BGB	188
	1. Systematische Einordnung	188
	2. Telos	189
	3. Tatbestand des § 273 Abs.1 BGB	189
	a) Gegenseitige Ansprüche	189
	b) Durchsetzbarkeit des Gegenanspruchs	190
	c) Konnexität	190
	d) Kein Ausschluss	191
	4. Rechtsfolgen	192
K.	Vergütungsanspruch bei Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts gemäß § 14 S. 1 AGG	194
I.	Systematische Einordnung	194
II.	Telos	195
III.	Tatbestand	196
	1. Beschäftigter	196
	2. Belästigung oder sexuelle Belästigung	196
	a) Belästigung	196
	b) Sexuelle Belästigung	198
	c) Keine analoge Anwendung	198
	3. Keine oder offensichtlich ungeeignete Maßnahmen	199
	4. Erforderlichkeit zum Schutz des Beschäftigten	200
	5. Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts	201
IV.	Rechtsfolgen	201
L.	Vergütungsanspruch bei Ausübung des Entfernungsrechts gemäß § 9 Abs. 3 S. 1, 2 ArbSchG	201

I.	Systematische Einordnung	201
II.	Telos	202
III.	Tatbestand	202
	1. Beschäftigter im Sinne des ArbSchG	202
	2. Unmittelbare erhebliche Gefahr am Arbeitsplatz	203
	3. Verlassen des Arbeitsplatzes	203
	4. Keine zumutbare Aufforderung zur Wiederaufnahme der Tätigkeit	203
IV.	Rechtsfolgen	204
M.	Vergütungsanspruch bei persönlicher Meldung oder Vorstellung bei den Erfassungsbehörden und Wehrersatzbehörden (vgl. § 14 Abs. 1 ArbPISchG) ..	205
I.	Systematische Einordnung	205
II.	Telos	206
III.	Tatbestand	206
IV.	Rechtsfolgen	207
N.	Vergütungsanspruch bei Arbeitsversäumnis wegen Betriebsratstätigkeiten ..	207
I.	Vergütungsanspruch des Betriebsratsmitglieds während seiner Tätigkeit für den Betriebsrat (vgl. § 37 Abs. 2, 3 BetrVG)	208
	1. Anspruch auf bezahlte Freistellung für Betriebsratstätigkeiten im Einzelfall (vgl. § 37 Abs. 2 BetrVG)	208
	a) Systematische Einordnung	208
	b) Telos	209
	c) Tatbestand	210
	aa) Betriebsratsmitglied	210
	bb) Wahrnehmung von Aufgaben des Betriebsrats	210
	cc) Erforderlichkeit der Arbeitsbefreiung	212
	dd) Erfordernis einer Befreiung durch den Arbeitgeber? ...	213
	d) Rechtsfolgen	215
	2. Anspruch auf Freizeitausgleich gemäß § 37 Abs. 3 S. 1 BetrVG und auf Vergütung wie Mehrarbeit gemäß § 37 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BetrVG	216
	a) Systematische Einordnung	216
	b) Telos	217
	c) Tatbestand	217
	aa) Erfüllung von Betriebsratsaufgaben außerhalb der Arbeitszeit	217
	bb) Betriebsbedingte Gründe	217
	d) Rechtsfolgen	218
	aa) Primär: Anspruch auf bezahlten Freizeitausgleich	218
	(1) Ausgleich vor Abgeltung	218
	(2) Zeitraum der Arbeitsbefreiung	219

	(3) Rechtsfolgen bei verspäteter Geltendmachung	220
	(4) Keine Eigenmacht	220
	bb) Subsidiär: Anspruch auf Abgeltung	221
II.	Vergütungsanspruch des vollständig freigestellten Betriebsratsmitglieds (vgl. § 38 BetrVG)	222
	1. Systematische Einordnung	222
	2. Telos	223
	3. Tatbestand	223
	a) Betrieb mit wenigstens 200 Arbeitnehmern	223
	b) Wahl des freizustellenden Betriebsratsmitglieds durch den Betriebsrat	224
	c) Keine Aufhebung der Wahl durch die Einigungsstelle	225
	d) Pflicht zur Anwesenheit während der betrieblichen Arbeitszeiten	226
	e) Dauer der Freistellung	228
	f) Zulässigkeit von Teilfreistellungen	229
	4. Rechtsfolgen	230
	a) Freistellung unter Entgeltfortzahlung	230
	b) Freizeitausgleich	230
III.	Vergütungsanspruch des für Schulungs- oder Bildungsveranstaltungen freigestellten Betriebsratsmitglieds (vgl. § 37 Abs. 6 i.V.m. § 37 Abs. 2, 3, § 37 Abs. 7 BetrVG)	231
	1. Vergütungsanspruch des für erforderliche Schulungen freigestellten Betriebsratsmitglieds (§ 37 Abs. 6 i.V.m. § 37 Abs. 2, 3 BetrVG)	232
	a) Systematische Einordnung	232
	b) Telos	232
	c) Tatbestand	234
	aa) Inhalt der Schulungs- oder Bildungsveranstaltung	234
	bb) Umfang der Freistellung	236
	cc) Verfahren	237
	(1) Beschluss des Betriebsrats und Bekanntgabe	237
	(2) Erfordernis einer Befreiung durch den Arbeitgeber?	239
	d) Rechtsfolgen	240
	aa) Bezahlte Freistellung (§ 37 Abs. 6 i.V.m. § 37 Abs. 2 BetrVG)	240
	bb) Freizeitausgleich (§ 37 Abs. 6 i.V.m. § 37 Abs. 3 BetrVG)	240
	2. Vergütungsanspruch des für geeignete Schulungen freigestellten Betriebsratsmitglieds (§ 37 Abs. 7 BetrVG)	241
	a) Systematische Einordnung	241
	b) Telos	241

c) Tatbestand	242
aa) Als geeignet anerkannte Schulungs- oder Bildungsver- anstaltung	242
bb) Verfahren	243
d) Rechtsfolgen	244
O. Vergütungsanspruch im Zusammenhang mit Betriebsratswahlen (vgl. § 20 Abs. 3 S. 2 BetrVG)	246
I. Systematische Einordnung	246
II. Telos	247
III. Tatbestand	247
1. Versäumnis von Arbeitszeit aufgrund einer Betriebsratswahl ...	247
2. Erforderlichkeit der Arbeitsversäumnis	249
a) Tätigkeit im Wahlvorstand oder als Vermittler	250
b) Ausübung des aktiven Wahlrechts	250
c) Ausübung des passiven Wahlrechts	252
3. Erfordernis einer Befreiung durch den Arbeitgeber?	253
IV. Rechtsfolgen	253
P. Vergütungsanspruch bei Teilnahme an Betriebsversammlungen (vgl. § 44 Abs. 1 S. 2, 3, Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BetrVG)	254
I. Vergütungsanspruch bei Teilnahme an Betriebsversammlungen im Sinne des § 44 Abs. 1 BetrVG	254
1. Systematische Einordnung	254
2. Telos	257
3. Tatbestand	258
a) Betriebsversammlung im Sinne des § 44 Abs. 1 S. 1 BetrVG	258
b) Regelmäßig innerhalb der Arbeitszeit	258
aa) Begriff der Arbeitszeit	259
bb) Anforderungen an eine außerhalb der Arbeitszeit statt- findende Betriebsversammlung im Sinne des § 44 Abs. 1 S. 1 BetrVG	260
(1) Hohe Anforderungen	260
(2) Drohender Eingriff in den unternehmerischen Zweck	261
(3) Verhältnis von Betriebsvollversammlung außerhalb der Arbeitszeit und Betriebsteilversammlung inner- halb der Arbeitszeit	262
c) Zulässige Dauer	263
d) Teilnahme des Arbeitnehmers	264
4. Rechtsfolgen	264
a) Anwendung des Lohnausfallprinzips	264
b) Vergütung von Wegezeiten und Erstattung zusätzlicher Fahrtkosten	266

c) Rechtsfolgen bei Verlust des Charakters als Betriebsversammlung	268
II. Vergütungsanspruch bei Teilnahme an Betriebsversammlungen im Sinne des § 44 Abs. 2 BetrVG	269
1. Systematische Einordnung	269
2. Telos	269
3. Tatbestand	270
a) Betriebsversammlung im Sinne des § 44 Abs. 2 S. 1 BetrVG	270
b) Während der Arbeitszeit	270
c) Im Einvernehmen mit dem Arbeitgeber	271
d) Teilnahme des betreffenden Arbeitnehmers	271
4. Rechtsfolgen	272
Q. Vergütungsanspruch bei Besuch von Sprechstunden oder sonstiger Inanspruchnahme des Betriebsrats (vgl. § 39 Abs. 3 BetrVG)	272
I. Systematische Einordnung	272
II. Telos	273
III. Tatbestand	274
1. Besuch einer Sprechstunde	274
a) Einrichtung	274
b) Besuch des Arbeitnehmers	275
c) Abstrakt zulässiger Inhalt	275
d) Konkrete Erforderlichkeit	276
e) Erfordernis einer Befreiung durch den Arbeitgeber?	276
2. Sonstige Inanspruchnahme des Betriebsrats	278
IV. Rechtsfolgen	279
R. Zwischenfazit	279
§ 6 Untersuchung von Ausschlussgründen	282
A. Gemeinsamkeiten	282
B. Arbeitskampf	283
I. Streik	284
1. Rechtmäßiger Streik	284
a) Voraussetzungen	284
aa) Vorliegen eines Streiks	284
bb) Arbeitskampfbeschluss	285
(1) Interner Beschluss der Gewerkschaft	285
(a) Erfordernis einer Urabstimmung	285
(b) Zur Übernahme von „wilden“ Streiks	286
(2) Bekanntgabe	287
cc) Führung durch tariffähige und tarifzuständige Parteien ..	287

	(1) Tariffähigkeit	289
	(a) Koalition im Sinne des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG ..	289
	(aa) Vereinigung im Sinne des Art. 9 Abs. 1 GG	289
	(bb) Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen	290
	(cc) Vereinigung von Arbeitnehmern	291
	(dd) Gegnerfreiheit und Gegnerunabhängigkeit	291
	(ee) Anerkennung des geltenden Rechts	291
	(ff) Umstrittene Voraussetzung: Überbetrieb- lichkeit	292
	(b) Tarifwilligkeit	293
	(c) Soziale Mächtigkeit	293
	(2) Tarifizständigkeit	296
	dd) Zulässiges Kampfziel	297
	(1) Abschluss eines Tarifvertrags	297
	(2) Arbeitskampfrechtlich zulässiger Inhalt des ange- strebten Tarifvertrags	299
	ee) Einhaltung der Friedenspflicht	300
	ff) Wahrung der Kampfparität	300
	gg) Verhältnismäßigkeit	301
	(1) Ultima-Ratio-Prinzip	302
	(2) Angemessenheit	303
	(3) Einhaltung des Gebots fairer Kampfführung	305
	hh) Kein Verstoß gegen ein besonderes Kampfverbot	306
	ii) Erfordernis einer Streikteilnahmeerklärung des Arbeit- nehmers?	307
	b) Rechtsfolgen	310
	2. Rechtswidriger Streik	310
II.	Aussperrung	311
	1. Rechtmäßige Aussperrung	311
	a) Voraussetzungen	311
	aa) Arbeitskampfbeschluss	311
	bb) Tariffähigkeit und Tarifizständigkeit	312
	cc) Kampfziel, Friedenspflicht und Kampfparität	312
	b) Rechtsfolgen	314
	2. Rechtswidrige Aussperrung	315
III.	Betriebsstilllegung	315
IV.	Arbeitskampfrisikolehre	317
	1. Telos und dogmatische Herleitung	317
	2. Voraussetzungen	319
	a) Arbeitskampf	319

b) Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Betriebstätigkeit ..	320
c) Drohende Störung der Kampfparität	321
3. Rechtsfolgen	322
C. Unbezahlter Urlaub	323
D. Kurzarbeit	323
I. Systematische Einordnung und Telos	323
II. Tatbestand	324
1. Vereinbarung über die Einführung von Kurzarbeit	324
2. Einführung nach § 19 KSchG	326
III. Rechtsfolgen	329
E. Elternzeit (vgl. § 15 BEEG)	330
I. Systematische Einordnung	330
II. Telos	331
III. Tatbestand	332
1. Arbeitnehmer	332
2. Besonderes Verhältnis zum betreuten Kind	332
3. Persönliche Betreuung und Erziehung des im gleichen Haushalt lebenden Kindes	333
a) Begriff des Haushalts	333
b) Persönliche Betreuung und Erziehung des Kindes	334
4. Erklärung des Anspruchstellers	334
5. Dauer und zeitliche Lage der Elternzeit	336
a) Dauer der Elternzeit	336
aa) Verlängerung der Elternzeit	336
bb) Vorzeitige Beendigung der Elternzeit	337
(1) Gesetzlich geregelte Fälle	337
(2) Fortfall der Voraussetzungen für die Inanspruchnahme von Elternzeit	337
b) Zeitliche Lage der Elternzeit	339
IV. Rechtsfolgen	340
F. Sonstige Risiken des Arbeitnehmers (vgl. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB)	340
I. Systematische Einordnung und Telos	340
II. Tatbestand	341
1. Keine Verlagerung des Risikos auf den Arbeitgeber	341
2. Gegenseitiger Vertrag und synallagmatische Leistungspflicht ..	341
3. Unmöglichkeit der Arbeitsleistung	341
4. Fallgruppen	343
III. Rechtsfolgen	344
§ 7 Zwischenfazit	345

3. Teil

Konkurrenzen in der Entgeltfortzahlung	346
§ 8 Meinungsstand	346
A. Ansatz der Rechtsprechung	347
I. Grundsatz der Monokausalität	348
1. Herleitung	348
2. Kritik	351
3. Konsequenzen für die Anwendung des Lohnausfallprinzips	353
II. Relevanz von Rechtsnatur und Berechnungsmethode	354
III. Ausschließliche Kausalität bestimmter Ausfallgründe	356
IV. Zwischenfazit	359
B. Kein Vergütungsanspruch	359
C. Addition aller Ansprüche	360
D. Prioritätsprinzip	361
I. Anknüpfung an Kausalitätserwägungen	361
II. Anknüpfung an Wertungsgesichtspunkte	364
E. Prinzip des geringsten Risikos des Arbeitgebers	365
I. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB als Ausgangspunkt der Risikozurechnung	365
II. Systematische Bedenken	366
III. Teleologische Bedenken	367
IV. Mangelnde Rechtssicherheit	368
V. Wille des Gesetzgebers	369
VI. Zwischenfazit	370
F. Vorrang des für den Arbeitnehmer günstigeren Tatbestands	370
I. Fehlender dogmatischer Anknüpfungspunkt	371
1. Anknüpfung an das Arbeitnehmerschutzprinzip?	371
2. Anknüpfung an das Günstigkeitsprinzip?	372
II. Weitere Kritikpunkte	372
G. Hierarchieprinzip	373
H. Zwischenfazit	375
§ 9 Lösung des Problems der Doppelkausalität	375
A. Konkurrenzen als Wertungsfrage	376
B. Dreistufiger Ansatz	378
I. Aufbau des dreistufigen Ansatzes	379
1. Erste Stufe: Lösung auf Tatbestandsebene	379
2. Zweite Stufe: Lösung durch spezialgesetzliche Regelung oder Vereinbarung	380
3. Dritte Stufe: Normspezifische Einzelfallbetrachtung	381
II. Behandlung hypothetischer Kausalverläufe	382

1. Bedeutung	382
2. Meinungsstand	383
a) Hypothetische Kausalverläufe in der Judikatur des BAG ...	383
aa) Nichtberücksichtigung	383
bb) Berücksichtigung	384
b) Hypothetische Kausalverläufe im Schrifttum	386
3. Unbeachtlichkeit	386
III. Konkurrenzrelevante Aspekte der einzelnen Ausfallgründe	387
1. Vergütungsanspruch bei alleiniger oder weit überwiegender Verantwortlichkeit des Arbeitgebers für den Arbeitsausfall (vgl. § 326 Abs. 2 S. 1 Var. 1 BGB)	388
2. Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (vgl. § 3 Abs. 1 EFZG)	389
3. Anspruch auf Entgeltfortzahlung an Feiertagen (vgl. § 2 Abs. 1 EFZG)	390
4. Vergütungsanspruch bei vorübergehender Verhinderung (vgl. § 616 S. 1 BGB)	391
5. Anspruch auf Urlaubsentgelt (vgl. § 1 BUrlG)	391
6. Anspruch auf Zuschuss zum Mutterschaftsgeld (vgl. § 14 Abs. 1 S. 1 MuSchG)	392
a) Akzessorietät zu § 13 MuSchG	393
b) Bedeutung von § 24 i Abs. 4 SGB V im nationalen Recht ..	393
c) Bedeutung des europarechtlichen Hintergrunds	394
aa) Richtlinienkonforme Auslegung	395
bb) Weitere Modifikation aufgrund von Art. 11 Nr. 4 RL 92/85/EWG	398
cc) Grafische Übersicht	399
dd) Zwischenfazit	399
7. Anspruch auf Mutterschutzlohn (vgl. § 11 Abs. 1 S. 1 MuSchG)	401
8. Anspruch auf bezahlte Freistellung für Untersuchungen (vgl. § 16 S. 3 MuSchG)	402
9. Anspruch auf Gewährung bezahlter Stillzeit (vgl. § 7 Abs. 2 S. 1 MuSchG)	402
10. Vergütungsanspruch bei Annahmeverzug des Arbeitgebers (vgl. § 615 S. 1 BGB)	403
11. Vergütungsanspruch in Fällen des Betriebsrisikos (vgl. § 615 S. 3 i.V.m. S. 1 BGB)	403
12. Vergütungsanspruch bei Erhebung der Einrede des § 320 BGB	403
13. Vergütungsanspruch bei Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts des § 273 BGB	404
14. Vergütungsanspruch bei Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts gemäß § 14 S. 1 AGG	404

15. Vergütungsanspruch bei Ausübung des Entfernungsrechts gemäß § 9 Abs. 3 S. 1, 2 ArbSchG	405
16. Vergütungsanspruch bei persönlicher Meldung oder Vorstellung bei den Erfassungsbehörden und Wehrersatzbehörden (vgl. § 14 Abs. 1 ArbPISchG)	405
17. Vergütungsanspruch bei Arbeitsversäumnis wegen Betriebsrats-tätigkeiten (§ 37 Abs. 2, 3, 6, 7, § 38 BetrVG)	406
18. Vergütungsanspruch im Zusammenhang mit Betriebsratswahlen (vgl. § 20 Abs. 3 S. 2 BetrVG)	407
19. Vergütungsanspruch bei Teilnahme an Betriebsversammlungen im Sinne des § 44 Abs. 1 BetrVG	407
20. Vergütungsanspruch bei Teilnahme an Betriebsversammlungen im Sinne des § 44 Abs. 2 BetrVG	408
21. Vergütungsanspruch bei Besuch von Sprechstunden oder sonstiger Inanspruchnahme des Betriebsrats (vgl. § 39 Abs. 3 BetrVG)	408
22. Rechtmäßiger Streik	409
23. Rechtswidriger Streik	409
24. Rechtmäßige Aussperrung	410
25. Rechtswidrige Aussperrung	410
26. Arbeitskampfrikolehre	411
27. Unbezahlter Urlaub	412
28. Kurzarbeit	412
29. Elternzeit (vgl. § 15 BEEG)	414
30. Sonstige Risikotragung durch den Arbeitnehmer (vgl. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB)	414
a) Keine tatbestandliche Subsidiarität	415
b) Arbeitsunwilligkeit	417
c) Wegerisiko	417
31. Zwischenfazit	418
C. Einzelne Konkurrenzen nach dem dreistufigen Ansatz	418
I. Zusammentreffen von alleiniger oder weit überwiegender Verantwortlichkeit des Arbeitgebers (vgl. § 326 Abs. 2 S. 1 Var. 1 BGB) mit anderen Verhinderungsgründen	420
1. Lösung auf der ersten Stufe	420
2. Lösung auf der dritten Stufe	422
a) Vorrang des konkurrierenden Tatbestands	422
aa) Zusammentreffen mit Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (vgl. § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG)	422
bb) Zusammentreffen mit Entfernungsrecht aus § 9 Abs. 3 S. 1, 2 ArbSchG	424
cc) Zusammentreffen mit rechtmäßiger Aussperrung	424

dd) Zusammentreffen mit nach § 19 KSchG eingeführter Kurzarbeit	424
b) Vorrang des § 326 Abs. 2 S. 1 Var. 1 BGB	425
aa) Zusammentreffen mit vorübergehender Verhinderung (vgl. § 616 S. 1 BGB)	425
bb) Zusammentreffen mit Leistungsverweigerungsrecht aus § 14 S. 1 AGG	426
II. Zusammentreffen von Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (vgl. § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG) mit anderen Verhinderungsgründen	426
1. Lösung auf der ersten Stufe	427
2. Lösung auf der zweiten Stufe	427
a) Zusammentreffen mit Feiertag (vgl. § 2 Abs. 1 EFZG)	427
b) Zusammentreffen mit bezahltem Erholungsurlaub (vgl. § 1 BUrLG)	430
aa) Grundsätzlicher Vorrang von § 3 Abs. 1 EFZG	430
bb) Teleologische Reduktion bei Wahrung des Erholungszwecks	431
(1) Befürwortung einer teleologischen Reduktion	432
(2) Konsequenzen einer teleologischen Reduktion	433
c) Zusammentreffen mit unbezahltem Urlaub	434
aa) Zulässigkeit einer Vereinbarung	434
bb) Anhaltspunkte für die Auslegung	435
d) Zusammentreffen mit Kurzarbeit	436
3. Lösung auf der dritten Stufe	437
a) Vorrang des konkurrierenden Tatbestands	438
aa) Zusammentreffen mit europarechtlich geprägten Tatbeständen	438
bb) Zusammentreffen mit Entgeltfortzahlung bei Spende von Organen oder Geweben (vgl. § 3a Abs. 1 EFZG) ..	438
cc) Zusammentreffen mit Betriebsversammlung im Sinne des § 44 Abs. 1 BetrVG	438
(1) Überwiegende Auffassung: Vorrang des § 44 Abs. 1 S. 2 BetrVG	439
(2) Gegenauffassung: Vorrang des § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG ..	440
(3) Vorrang des § 44 Abs. 1 S. 2 BetrVG	440
dd) Zusammentreffen mit Betriebsversammlungen im Sinne des § 44 Abs. 2 S. 2 BetrVG	441
ee) Zusammentreffen mit Sprechstunde oder sonstiger Inanspruchnahme des Betriebsrats (vgl. § 39 Abs. 3 BetrVG)	442
ff) Zusammentreffen mit Arbeitskampf	442
(1) Rechtmäßiger Streik	442

(2) Rechtswidriger Streik	444
(3) Rechtmäßige Aussperrung	444
(4) Arbeitskampfrisiko	445
gg) Zusammentreffen mit Elternzeit	445
b) Differenzierende Lösung (Zusammentreffen mit Zuschuss zum Mutterschaftsgeld)	446
aa) Keine Lösung auf Tatbestandsebene	447
bb) Überwiegende Ansicht: Vorrang des § 14 Abs. 1 S. 1 MuSchG	447
cc) Vorrang des für den Arbeitnehmer günstigeren Tatbestands	448
c) Vorrang der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall	450
aa) Zusammentreffen mit alleiniger oder weit überwiegender Verantwortlichkeit des Arbeitgebers (vgl. § 326 Abs. 2 S. 1 Var. 1 BGB)	450
bb) Zusammentreffen mit Mutterschutzlohn (vgl. § 11 Abs. 1 S. 1 MuSchG)	450
(1) Einführung und praktische Bedeutung	450
(2) Meinungsstand	450
(3) Keine Lösung auf Tatbestandsebene	452
(4) Vorrang des § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG	453
(a) Wille des Gesetzgebers	454
(b) Lembkes historisch-genetischer Einwand	454
(c) Einwand des systematischen Vergleichs zu §§ 13, 14 MuSchG	455
(d) Einwand mangelnder Rechtssicherheit	456
(e) Einwand des weitergehenden Schutzzumfangs von § 11 Abs. 1 S. 1 MuSchG	457
(f) Einwand der Spezialität des § 11 Abs. 1 S. 1 MuSchG	457
(g) Einwand der vermeintlichen Benachteiligung der erkrankten gegenüber der gesunden Schwangeren	458
(h) Europarechtskonformität eines Vorrangs des § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG	458
(5) Ergebnis	459
cc) Zusammentreffen mit subsidiären Tatbeständen	459
dd) Zusammentreffen mit kollektivrechtlichen Entgeltfortzahlungstatbeständen	460
(1) Möglichkeit einer Kollision	461
(a) Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG	461

	(b) Voraussetzungen des konkurrierenden kollektivrechtlichen Tatbestands	462
	(2) Auflösung im Falle einer Kollision	463
	ee) Zusammentreffen mit Arbeitsunwilligkeit oder Wege- risiko	463
III.	Zusammentreffen eines Feiertags (vgl. § 2 Abs. 1 EFZG) mit anderen Verhinderungsgründen	464
	1. Lösung auf der ersten Stufe	464
	a) Zusammentreffen mit alleiniger oder weit überwiegender Verantwortlichkeit des Arbeitgebers (vgl. § 326 Abs. 2 S. 1 Var. 1 BGB)	464
	b) Zusammentreffen mit Annahmeverzug (vgl. § 615 S. 1 BGB)	464
	c) Zusammentreffen mit bezahltem Erholungsurlaub (vgl. § 1 BUrlG)	465
	d) Zusammentreffen mit Betriebsversammlung im Sinne des § 44 Abs. 2 S. 2 BetrVG, mit Sprechstunde oder mit sonsti- ger Inanspruchnahme des Betriebsrats (vgl. § 39 Abs. 3 BetrVG)	465
	e) Zusammentreffen mit kollektivrechtlichen Tatbeständen ...	465
	2. Lösung auf der zweiten Stufe	466
	a) Zusammentreffen mit Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (vgl. § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG)	466
	b) Zusammentreffen mit unbezahltem Urlaub	466
	c) Zusammentreffen mit Kurzarbeit	466
	3. Lösung auf der dritten Stufe	467
	a) Vorrang des konkurrierenden Tatbestands	467
	aa) Zusammentreffen mit Mutterschutzlohn (vgl. § 11 Abs. 1 S. 1 MuSchG)	467
	bb) Zusammentreffen mit europarechtlich geprägten Tatbe- ständen	468
	cc) Zusammentreffen mit Betriebsversammlungen im Sinne des § 44 Abs. 1 BetrVG	468
	(1) Möglichkeit einer tatbestandlichen Kollision	468
	(a) Zulässigkeit einer Betriebsversammlung an einem Feiertag	469
	(b) Differenzierung nach der zeitlichen Lage der Betriebsversammlung	469
	(2) Vorrang von § 44 Abs. 1 S. 2 BetrVG	470
	dd) Zusammentreffen mit Arbeitskampf	470
	ee) Zusammentreffen mit Elternzeit	471
	b) Differenzierende Lösung (Zusammentreffen mit Zuschuss zum Mutterschaftsgeld)	472
	c) Vorrang der Feiertagsvergütung	473

	aa) Zusammentreffen mit subsidiären Tatbeständen	473
	bb) Zusammentreffen mit kollektivrechtlichen Tatbeständen	473
	cc) Zusammentreffen mit Arbeitsunwilligkeit oder Wege- risiko	474
IV.	Zusammentreffen von vorübergehender Verhinderung des Arbeit- nehmers (vgl. § 616 S. 1 BGB) mit anderen Verhinderungsgründen	474
	1. Lösung auf der ersten Stufe	474
	2. Lösung auf der zweiten Stufe	474
	3. Lösung auf der dritten Stufe	475
	a) Vorrang des konkurrierenden Tatbestands	475
	aa) Subsidiarität des § 616 S. 1 BGB	475
	bb) Zusammentreffen mit anderen subsidiären Tatbeständen	475
	cc) Zusammentreffen mit einem Arbeitskampf	476
	dd) Zusammentreffen mit nach § 19 KSchG eingeführter Kurzarbeit	477
	ee) Zusammentreffen mit Elternzeit	477
	b) Differenzierende Lösung	477
	aa) Zusammentreffen mit bezahltem Erholungsurlaub (vgl. § 1 BurlG)	477
	bb) Zusammentreffen mit Zuschuss zum Mutterschaftsgeld (vgl. § 14 Abs. 1 S. 1 MuSchG)	480
	c) Vorrang des § 616 S. 1 BGB	482
	aa) Zusammentreffen mit Betriebsrisiko (vgl. § 615 S. 3 BGB)	482
	bb) Zusammentreffen mit kollektivrechtlichen Tatbeständen	483
	cc) Zusammentreffen mit Arbeitsunwilligkeit oder Wege- risiko	483
V.	Zusammentreffen von bezahltem Erholungsurlaub (vgl. § 1 BurlG) mit anderen Verhinderungsgründen	483
	1. Lösung auf der ersten Stufe	483
	a) Zusammentreffen mit alleiniger oder weit überwiegender Verantwortlichkeit des Arbeitgebers (§ 326 Abs. 2 S. 1 Var. 1 BGB)	483
	b) Zusammentreffen mit Feiertag (vgl. § 2 Abs. 1 EFZG)	483
	c) Zusammentreffen mit unbezahltem Urlaub oder Kurzarbeit ..	484
	aa) Auslegung der Willenserklärung	484
	bb) Besonderheiten bei Kurzarbeit	485
	(1) Folgen von Kurzarbeit für den Umfang des Urlaubs- anspruchs	486
	(a) Anpassung „pro rata temporis“	486
	(b) Auswirkungen der Rechtsprechung des EuGH ..	488
	(2) Verhältnis von Kurzarbeit und Erholungsurlaub	490

(a)	Verkürzung der Anzahl der wöchentlichen Arbeitstage	490
(aa)	Auffassung von Neumann/Fenski	491
(bb)	Auffassung von Leinemann/Linck	491
(cc)	Auffassung des BAG	492
(dd)	Auffassung von Düwell und Bauer/Kern ..	493
(ee)	Auffassung von Litzig	493
(ff)	Auslegung der Arbeitgebererklärung	494
(b)	Verkürzung der täglichen Arbeitszeit	500
(3)	Folgen von Kurzarbeit für die Höhe des Urlaubsentgelts	501
(a)	Kurzarbeit im Referenzzeitraum	501
(b)	Kurzarbeit „während“ des Urlaubszeitraums ...	502
(c)	Auswirkungen der „Tirol“-Entscheidung des EuGH	504
d)	Zusammentreffen mit Annahmeverzug (vgl. § 615 S. 1 BGB)	506
e)	Zusammentreffen mit rechtmäßiger Aussperrung	507
2.	Lösung auf der zweiten Stufe	508
a)	Zusammentreffen mit Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (vgl. § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG)	508
b)	Zusammentreffen mit Zuschuss zum Mutterschaftsgeld (vgl. § 14 Abs. 1 S. 1 MuSchG)	508
c)	Zusammentreffen mit Mutterschutzlohn (vgl. § 11 Abs. 1 S. 1 MuSchG)	510
d)	Zusammentreffen mit Elternzeit	511
3.	Lösung auf der dritten Stufe	512
a)	Vorrang des konkurrierenden Tatbestands	512
aa)	Verfehlung des Erholungszwecks	512
bb)	Besonderheiten bei Zusammentreffen mit Arbeitskampf	513
(1)	Rechtmäßiger Streik	514
(2)	Rechtswidriger Streik	517
cc)	Besonderheiten bei Zusammentreffen mit persönlicher Meldung oder Vorstellung bei den Erfassungsbehörden und Wehersatzbehörden (vgl. § 14 Abs. 1 ArbPISchG) ..	517
dd)	Zusammentreffen mit Entfernungsrecht aus § 9 Abs. 3 S. 1, 2 ArbSchG	519
b)	Differenzierende Lösung (Zusammentreffen mit vorübergehender Verhinderung, vgl. § 616 S. 1 BGB)	519
c)	Vorrang des bezahlten Erholungsurlaubs	520
aa)	Zusammentreffen mit Leistungsverweigerungsrecht nach § 14 S. 1 AGG und mit Betriebsrisiko (vgl. § 615 S. 3 BGB)	520

	bb) Zusammentreffen mit kollektivrechtlichen Tatbeständen	520
	cc) Zusammentreffen mit Arbeitskampsrisiko	521
	dd) Zusammentreffen mit Arbeitsunwilligkeit oder Wege- risiko	522
VI.	Zusammentreffen von Zuschuss zum Mutterschaftsgeld (vgl. § 14 Abs. 1 S. 1 MuSchG) mit anderen Verhinderungsgründen	522
	1. Lösung auf der ersten Stufe	522
	a) Zusammentreffen mit alleiniger oder weit überwiegender Verantwortlichkeit des Arbeitgebers (vgl. § 326 Abs. 2 S. 1 Var. 1 BGB)	522
	b) Zusammentreffen mit Mutterschutzlohn (vgl. § 11 Abs. 1 S. 1 MuSchG)	522
	c) Zusammentreffen mit Annahmeverzug (vgl. § 615 S. 1 BGB)	523
	2. Lösung auf der zweiten Stufe	523
	a) Subsidiarität des Zuschusses gemäß § 24 i Abs. 4 SGB V	523
	b) Zusammentreffen mit bezahltem Erholungsurlaub	524
	c) Zusammentreffen mit Elternzeit	524
	d) Zusammentreffen mit unbezahltem Urlaub	525
	3. Lösung auf der dritten Stufe	527
	a) Vorrang des konkurrierenden Ausfallgrunds	527
	b) Differenzierende Lösung	527
	aa) Unionsrechtliche Vorgaben	527
	bb) Zusammentreffen mit Entgeltfortzahlung im Krank- heitsfall (vgl. § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG)	529
	c) Vorrang des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld	529
	aa) Zusammentreffen mit kollektivrechtlichen Tatbeständen	529
	bb) Zusammentreffen mit Aussperrung und Arbeitskamps- risiko	530
	cc) Zusammentreffen mit nach § 19 KSchG eingeführter Kurzarbeit	531
	dd) Zusammentreffen mit Arbeitsunwilligkeit oder Wege- risiko	531
VII.	Zusammentreffen von Mutterschutzlohn (vgl. § 11 Abs. 1 S. 1 MuSchG) mit anderen Verhinderungsgründen	532
	1. Lösung auf der ersten Stufe	532
	2. Lösung auf der zweiten Stufe	532
	a) Zusammentreffen mit bezahltem Erholungsurlaub (vgl. § 1 BUrlG)	532
	b) Zusammentreffen mit unbezahltem Urlaub	532
	3. Lösung auf der dritten Stufe	533
	a) Vorrang des konkurrierenden Ausfallgrunds	533

aa)	Zusammentreffen mit Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (vgl. § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG)	533
bb)	Zusammentreffen mit europarechtlich geprägten Tatbeständen	533
cc)	Zusammentreffen mit Teilnahme des Arbeitnehmers an einer Betriebsversammlung (vgl. § 44 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BetrVG), mit Sprechstunde oder mit sonstiger Inanspruchnahme des Betriebsrats (vgl. § 39 Abs. 3 BetrVG)	534
dd)	Zusammentreffen mit Streik	534
ee)	Zusammentreffen mit Elternzeit	535
b)	Vorrang des § 11 Abs. 1 S. 1 MuSchG	535
aa)	Zusammentreffen mit Feiertag (vgl. § 2 Abs. 1 EFZG) ..	535
bb)	Zusammentreffen mit subsidiären Tatbeständen	535
cc)	Zusammentreffen mit kollektivrechtlichen Tatbeständen	536
dd)	Zusammentreffen mit Aussperrung oder Arbeitskampfrisiko	536
ee)	Zusammentreffen mit nach § 19 KSchG eingeführter Kurzarbeit	537
ff)	Zusammentreffen mit Arbeitsunwilligkeit oder Wegerisiko	537
VIII.	Zusammentreffen einer bezahlten Freistellung für Untersuchungen (vgl. § 16 S. 3 MuSchG) mit anderen Verhinderungsgründen	538
1.	Lösung auf der ersten Stufe	538
2.	Lösung auf der zweiten Stufe	538
3.	Lösung auf der dritten Stufe	539
a)	Unionsrechtliche Vorgaben	539
b)	Besonderheiten	540
aa)	Zusammentreffen mit Arbeitskämpfen und Arbeitskampfrisiko	540
bb)	Zusammentreffen mit Entfernungsrecht aus § 9 Abs. 3 S. 1, 2 ArbSchG	541
IX.	Zusammentreffen von bezahlter Freistellung für Stillzeit (vgl. § 7 Abs. 2 S. 1 MuSchG) mit anderen Verhinderungsgründen	542
1.	Lösung auf der ersten Stufe	542
2.	Lösung auf der zweiten Stufe	543
3.	Lösung auf der dritten Stufe	543
a)	Vorrang des konkurrierenden Tatbestands	543
aa)	Subsidiarität des § 7 Abs. 2 S. 1 MuSchG	543
bb)	Zusammentreffen mit Streik oder Arbeitskampfrisiko ..	544
cc)	Zusammentreffen mit Elternzeit	544
b)	Vorrang des § 7 Abs. 2 S. 1 MuSchG	545

	aa) Zusammentreffen mit anderen subsidiären Tatbeständen	545
	bb) Zusammentreffen mit bezahltem Erholungsurlaub (vgl. § 1 BUrlG)	546
	cc) Zusammentreffen mit kollektivrechtlichen Tatbeständen	546
	dd) Zusammentreffen mit Arbeitsunwilligkeit oder Wege- risiko	546
X.	Zusammentreffen von Annahmeverzug des Arbeitgebers (vgl. § 615 S. 1 BGB) mit anderen Verhinderungsgründen	546
XI.	Zusammentreffen des Betriebsrisikos des Arbeitgebers (vgl. § 615 S. 3 BGB) mit anderen Verhinderungsgründen	548
	1. Lösung auf der ersten Stufe	548
	2. Lösung auf der zweiten Stufe	548
	3. Lösung auf der dritten Stufe	549
	a) Vorrang des konkurrierenden Ausfallgrunds	549
	aa) Subsidiarität von § 615 S. 3 BGB	549
	bb) Zusammentreffen mit anderen subsidiären Tatbeständen	549
	cc) Zusammentreffen mit einem Arbeitskampf	550
	dd) Zusammentreffen mit nach § 19 KSchG eingeführter Kurzarbeit	551
	ee) Zusammentreffen mit Elternzeit	551
	b) Differenzierende Lösung (Zusammentreffen mit Zuschuss zum Mutterschaftsgeld)	551
	c) Vorrang des § 615 S. 3 BGB	552
	aa) Zusammentreffen mit kollektivrechtlichen Tatbeständen	552
	bb) Zusammentreffen mit Arbeitsunwilligkeit oder Wege- risiko	552
XII.	Zusammentreffen des Leistungsverweigerungsrechts gemäß § 14 S. 1 AGG mit anderen Verhinderungsgründen	552
	1. Lösung auf der ersten Stufe	552
	2. Lösung auf der zweiten Stufe	553
	a) Zusammentreffen mit Zuschuss zum Mutterschaftsgeld (vgl. § 14 Abs. 1 S. 1 MuSchG)	553
	b) Zusammentreffen mit unbezahltem Urlaub	553
	3. Lösung auf der dritten Stufe	553
	a) Vorrang des konkurrierenden Tatbestands	553
	aa) Subsidiarität des § 14 S. 1 AGG	553
	bb) Zusammentreffen mit Arbeitskampf	554
	cc) Zusammentreffen mit nach § 19 KSchG eingeführter Kurzarbeit	554
	dd) Zusammentreffen mit Elternzeit	555
	b) Vorrang des § 14 S. 1 AGG	555
	aa) Zusammentreffen mit anderen subsidiären Tatbeständen	555

	bb) Zusammentreffen mit kollektivrechtlichen Tatbeständen	556
	cc) Zusammentreffen mit Arbeitsunwilligkeit oder Wege- risiko	556
XIII.	Zusammentreffen des Entfernungsrechts gemäß § 9 Abs. 3 S. 1, 2 ArbSchG mit anderen Verhinderungsgründen	556
	1. Lösung auf der ersten Stufe	556
	2. Lösung auf der zweiten Stufe	556
	3. Lösung auf der dritten Stufe	556
	a) Vorrang des konkurrierenden Tatbestands	557
	b) Vorrang des § 9 Abs. 3 S. 1, 2 ArbSchG	557
XIV.	Zusammentreffen einer persönlichen Meldung oder Vorstellung bei einer Erfassungs- oder Wehrersatzbehörde (vgl. § 14 Abs. 1 ArbPISchG) mit anderen Verhinderungsgründen	558
	1. Lösung auf der ersten Stufe	558
	2. Lösung auf der zweiten Stufe	558
	3. Lösung auf der dritten Stufe	559
	a) Vorrang des konkurrierenden Tatbestands	559
	aa) Subsidiarität des § 14 Abs. 1 ArbPISchG	559
	bb) Zusammentreffen mit Arbeitskampf	559
	cc) Zusammentreffen mit nach § 19 KSchG eingeführter Kurzarbeit	560
	dd) Zusammentreffen mit Elternzeit	560
	b) Differenzierende Lösung (Zusammentreffen mit Zuschuss zum Mutterschaftsgeld)	560
	c) Vorrang des § 14 Abs. 1 ArbPISchG	561
XV.	Zusammentreffen von kollektivrechtlichen Tatbeständen mit ande- ren Verhinderungsgründen	561
	1. Lösung auf der ersten Stufe	561
	2. Lösung auf der dritten Stufe	562
	a) Grundsätze	562
	b) Besonderheiten	563
XVI.	Zusammentreffen einer Betriebsversammlung im Sinne des § 44 Abs. 1 BetrVG mit anderen Verhinderungsgründen	566
	1. Lösung auf der ersten Stufe	566
	2. Lösung auf der zweiten Stufe	566
	a) Zusammentreffen mit Zuschuss zum Mutterschaftsgeld (vgl. § 14 Abs. 1 S. 1 MuSchG)	566
	b) Unbezahlter Urlaub	566
	3. Lösung auf der dritten Stufe	567
	a) Vorrang des konkurrierenden Ausfallgrunds	567
	b) Vorrang des § 44 Abs. 1 S. 2 BetrVG	568

XVII. Zusammentreffen einer Betriebsversammlung im Sinne des § 44 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BetrVG mit anderen Verhinderungsgründen	569
XVIII. Zusammentreffen einer Sprechstunde oder einer sonstigen Inanspruchnahme des Betriebsrats (vgl. § 39 Abs. 3 BetrVG) mit anderen Verhinderungsgründen	570
XIX. Zusammentreffen eines rechtmäßigen Streiks mit anderen Verhinderungsgründen	570
1. Lösung auf der ersten Stufe	570
2. Lösung auf der dritten Stufe	571
a) Vorrang des konkurrierenden Ausfallgrunds	571
b) Vorrang des rechtmäßigen Streiks	571
XX. Zusammentreffen eines rechtswidrigen Streiks mit anderen Verhinderungsgründen	572
XXI. Zusammentreffen einer rechtmäßigen Aussperrung mit anderen Verhinderungsgründen	572
XXII. Zusammentreffen von Arbeitskampfrisiko mit anderen Verhinderungsgründen	573
XXIII. Zusammentreffen von unbezahltem Urlaub mit anderen Verhinderungsgründen	574
1. Lösung auf der ersten Stufe	574
2. Lösung auf der zweiten Stufe	574
3. Lösung auf der dritten Stufe	575
XXIV. Zusammentreffen von nach § 19 KSchG eingeführter Kurzarbeit mit anderen Verhinderungsgründen	575
1. Lösung auf der ersten Stufe	575
2. Lösung auf der zweiten Stufe	576
3. Lösung auf der dritten Stufe	576
a) Vorrang des konkurrierenden Tatbestands	576
b) Vorrang der nach § 19 KSchG eingeführten Kurzarbeit	576
XXV. Zusammentreffen von Elternzeit mit anderen Verhinderungsgründen	577
1. Lösung auf der ersten Stufe	577
2. Lösung auf der zweiten Stufe	577
3. Lösung auf der dritten Stufe	577
a) Vorrang des konkurrierenden Tatbestands	577
b) Vorrang der Elternzeit	578
XXVI. Zusammentreffen von Arbeitsunwilligkeit oder Wegerisiko mit anderen Verhinderungsgründen	579
1. Lösung auf der ersten Stufe	579
2. Lösung auf der dritten Stufe	579
D. Zwischenfazit	580
§ 10 Lösung des Problems der Mehrfachkausalität	580

A. Bedeutung der Mehrfachkausalität für den Arbeitsausfall	580
B. Übertragung des dreistufigen Ansatzes	581
C. Behandlung ausgewählter Fallgestaltungen	582
I. Zusammentreffen von krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit, Feiertag und Kurzarbeit	582
II. Zusammentreffen von Aussperrung, Feiertag und Erholungsurlaub ..	585
III. Zusammentreffen von Arbeitskampf, Feiertag und Kurzarbeit	586
D. Zwischenfazit	588
§ 11 Entwurf einer gesetzlichen Regelung	588
A. Doppel- und Mehrfachkausalität in verschiedenen Entwürfen zu einem Arbeitsvertragsgesetz	589
I. Kodifikationsbestrebungen bis 1945	589
II. Entwurf von 1977	590
III. Entwürfe der 1990er Jahre	590
IV. Gegenwärtige Bestrebungen	592
V. Zwischenfazit	592
B. Neuer Gesetzentwurf	592
I. Regelungsziele	592
II. Text des Entwurfes	593
C. Kommentierung	604
D. Zwischenfazit	627

4. Teil

Wesentliche Ergebnisse	628
Literaturverzeichnis	631
Sachverzeichnis	658

Abkürzungsverzeichnis

€	Euro
a. A.	anderer Ansicht
a. E.	am Ende
a. F.	alter Fassung
AAG	Aufwendungsausgleichsgesetz
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AE	Arbeitsrechtliche Entscheidungen
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbKrankhG	Arbeiterkrankheitsgesetz
AR-Blattei ES	Arbeitsrecht-Blattei Entscheidungssammlung
AR-Blattei SD	Arbeitsrecht-Blattei Systematische Darstellung
ArbPlSchG	Arbeitsplatzschutzgesetz
ArbR	Arbeitsrecht aktuell
ArbRB	Arbeits-Rechts-Berater
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
ArbuR	Arbeit und Recht
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
ARS	Arbeitsrechtssammlung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BÄO	Bundesärzteordnung
BAT	Bundes-Angestellentarifvertrag
BB	Betriebsberater
BEEG	Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz
Begr.	Begründer

BErzGG	Bundeserziehungsgeldgesetz
BErzGG 1985	Bundeserziehungsgeldgesetz in der Fassung vom 6. Dezember 1985
BeschSchG	Beschäftigtenschutzgesetz
BetrAVG	Betriebsrentengesetz
BetrVG 1952	Betriebsverfassungsgesetz in der Fassung vom 11. Oktober 1952
BetrVG, BetrVG 1972	Betriebsverfassungsgesetz in der Fassung vom 15. Januar 1972
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BPersVG	Bundespersönalvertretungsgesetz
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
BSeuchG	Bundesseuchengesetz
BSG	Bundessozialgericht
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BUSINESSEUROPE	Vereinigung der Industrie- und Arbeitgeberverbände in Europa (früher UNICE)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CEEP	Centre européen des entreprises à participation publique et des entreprises d'intérêt économique général (Europäischer Zentralverband der öffentlichen Wirtschaft)
DB	Der Betrieb
dbr	Der Betriebsrat
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
EBRG	Europäische Betriebsräte-Gesetz
EEK	Entscheidungssammlung zur Entgeltfortzahlung an Arbeiter und Angestellte bei Krankheit, Kur und Mutterschaft
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
EG	Europäische Gemeinschaft
EGB	Europäischer Gewerkschaftsbund
EG-Vertrag	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
ESC	Europäische Sozialcharta
etc.	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
EzA	Entscheidungen zum Arbeitsrecht
EzB	Entscheidungssammlung zum Berufsbildungsrecht
f.	folgende Seite
FA	Fachanwalt Arbeitsrecht
FeiertagslohnzahlungsG	Feiertagslohnzahlungsgesetz
ff.	folgende Seiten
Fn.	Fußnote
Frankfurt a. M.	Frankfurt am Main
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GesBergV	Gesundheitsschutz-Bergverordnung
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GmbHR	GmbH-Rundschau
GMH	Gewerkschaftliche Monatshefte
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts
GS	Großer Senat des Bundesarbeitsgerichts
GVBl. LSA	Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Sachsen-Anhalt
h. M.	herrschende Meinung
HAG	Heimarbeitsgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. V. m.	in Verbindung mit
IfSG	Infektionsschutzgesetz
IG	Industriegewerkschaft
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
jurisPR-ArbR	juris PraxisReport Arbeitsrecht
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	JuristenZeitung
KG	Kammergericht
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KVLG	Gesetz über die Krankenversicherung der Landwirte
KVLG 1989	Zweites Gesetz über die Krankenversicherung der Landwirte
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte

Lkw	Lastkraftwagen
LM	Lindenmaier-Möhring
LohnfortzahlungsG	Lohnfortzahlungsgesetz
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MuSchG	Mutterschutzgesetz in der Fassung vom 18. April 1968
MuSchG 1952	Mutterschutzgesetz in der Fassung vom 24. Januar 1952
MuSchV	Verordnung zum Schutze der Mütter am Arbeitsplatz
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	NZA-Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
öAT	Zeitschrift für das öffentliche Tarif- und Arbeitsrecht
OGH	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
OGHSt	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen
OLG	Oberlandesgericht
PflegeZG	Pflegezeitgesetz
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RABl.	Reichsarbeitsblatt
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RöV	Verordnung über den Schutz vor Schäden durch Röntgenstrahlung
RVO	Reichsversicherungsordnung
S.	Satz (im Zusammenhang mit Normen)/Seite (im Zusammenhang mit Fundstellen)
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SCE	Societas Cooperativa Europaea (Europäische Genossenschaft)
SCEBG	SCE-Beteiligungsgesetz
SchuldRModG	Schuldrechtsmodernisierungsgesetz
SE	Societas Europaea (Europäische Gesellschaft)
SEBG	SE-Beteiligungsgesetz

SG	Soldatengesetz (im Zusammenhang mit Normen)/Sozialgericht (im Zusammenhang mit Gerichtsentscheidungen)
SGB III	Drittes Buch Sozialgesetzbuch
SGB IV	Viertes Buch Sozialgesetzbuch
SGB IX	Neuntes Buch Sozialgesetzbuch
SGB V	Fünftes Buch Sozialgesetzbuch
SGB VIII	Achtes Buch Sozialgesetzbuch
SozR	Sozialrecht
SprAuG	Sprecherausschussgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
TVG	Tarifvertragsgesetz
TVöD	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst
u. a.	unter anderem
UEAPME	Union Européenne de l'Artisanat et des Petites et Moyennes Entreprises (Europäische Union des Handwerks und der Klein- und Mittelbetriebe)
UNICE	Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe (Vereinigung der Industrie- und Arbeitgeberverbände in Eu- ropa, heute BUSINESSEUROPE)
v.	von
v. H.	vom Hundert
Var.	Variante
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorbem	Vorbemerkung
WehrPflG	Wehrpflichtgesetz
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung
WzS	Wege zur Sozialversicherung
ZeuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZTR	Zeitschrift für Tarif-, Arbeits- und Sozialrecht des öffentlichen Dienstes

1. Teil

Einführung

§ 1 „Ohne Arbeit kein Lohn“

Prinzipiell gilt im deutschen Arbeitsrecht: „Ohne Arbeit kein Lohn“.¹ Dieser Grundsatz beruht auf dem Gedanken des gegenseitigen Gebens und Nehmens. Erbringt der Arbeitnehmer² seine Arbeitsleistung, hat er im Gegenzug einen Anspruch auf Vergütung gegen den Arbeitgeber. Erbringt er sie nicht, besteht kein Anspruch. Beide Seiten erhalten etwas, müssen aber dafür auch etwas geben. Dieses Synallagma ist der elementare Grundgedanke des Leistungsaustauschs, der dem deutschen Schuldrecht wie auch anderen Rechtsordnungen immanent ist und der als Grundlage des globalen Wirtschaftslebens betrachtet werden kann.³

Die Regel „Ohne Arbeit kein Lohn“, die nach Auffassung des BAG für die wirtschaftlichen, sozialen und rechtlichen Strukturelemente des Arbeitsverhältnisses kennzeichnend ist,⁴ ergibt sich aus § 326 Abs. 1 S. 1 BGB. Danach entfällt der Anspruch auf die Gegenleistung, wenn der Schuldner der Hauptleistung – im Arbeitsverhältnis der Arbeitnehmer – selbst nicht leistet.⁵ Die Anwendbarkeit der

¹ BAG 22.8.2012 – 5 AZR 652/11, NZA 2012, S. 1277, 1278; Brox/Rüthers/Henssler Arbeitsrecht Rn. 362 ff.; Gutzeit Lohnfortzahlung, S. 17 ff.; v. Hoyningen-Huene FS Adomeit (2008), S. 291, 291; Hueck/Nipperdey Arbeitsrecht I, S. 324; Kappenhagen Lohnausfallprinzip, S. 1; Lieb/Jacobs Arbeitsrecht Rn. 159; Söllner AcP 167 (1967), S. 132, 132 ff.; Wollenschläger Arbeitsrecht Rn. 256.

² Soweit im Folgenden die männliche Form verwendet wird, sind ebenso weibliche Personen gemeint.

³ Vgl. zum Synallagma im Schuldrecht allgemein Medicus/Petersen Bürgerliches Recht Rn. 213 ff.; Staudinger Eckpfeiler-Peter Huber D. Rn. 16 ff.; Zerres Bürgerliches Recht, S. 90.

⁴ BAG (GS) 17.12.1959 – GS 2/59, AP Nr. 21 zu § 616 BGB; ausführlich zum Synallagma im Arbeitsvertrag Söllner AcP 167 (1967), S. 132, 133–137; vgl. auch Preis/Hamacher Jura 1998, S. 11, 12.

⁵ Staudinger-Otto § 326 Rn. A 7; MüKoBGB-Ernst § 326 Rn. 1, 9 ff.; der Sache nach auch Söllner AcP 167 (1967), S. 132, 136 f. Nach Bulla DB 1965, S. 1517, 1517 und Hanau/Adomeit Arbeitsrecht Rn. 793 ist auch § 614 BGB Ausdruck dieses Grundgedankens; kritisch dazu Söllner AcP 167 (1967), S. 132, 134; Sommer Nichterfüllung, S. 243. BAG 22.8.2012 – 5 AZR 652/11, NZA 2012, S. 1277, 1278 leitet den Grundsatz aus „den Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts i.V.m. § 614 BGB“ ab.

Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts auf das Arbeitsverhältnis wird heute allgemein anerkannt.⁶

Gemäß § 326 Abs. 1 S. 1 BGB setzt der Fortfall der Entgeltzahlungspflicht des Arbeitgebers voraus, dass die Arbeitsleistung im konkreten Fall unmöglich im Sinne des § 275 BGB wird. Erbringt der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nicht im vorgesehenen Zeitraum, stellt sich die Frage, ob damit die Erbringung unmöglich geworden oder ob die Arbeitsleistung nachholbar ist. Die Unmöglichkeit der Nachholbarkeit kann sich aus rechtlichen oder tatsächlichen Gesichtspunkten ergeben. Fälle rechtlicher Unmöglichkeit sind in der Praxis selten und weitgehend unproblematisch zu handhaben, weswegen sie an dieser Stelle vernachlässigt werden können.⁷ Gleiches gilt für solche Konstellationen tatsächlicher Unmöglichkeit, in denen die Nachholung der Arbeitsleistung physisch nicht zu bewerkstelligen ist. Man denke etwa an den Fall, dass die dem Arbeitnehmer ursprünglich übertragenen Aufgaben während seiner Arbeitsverhinderung bereits von anderen Arbeitnehmern erledigt wurden. In den übrigen Konstellationen aber, in denen die Arbeitsleistung tatsächlich nachholbar wäre, kann Unmöglichkeit im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB nur dann angenommen werden, wenn die Arbeitsleistung stets als absolute Fixschuld eingestuft wird.

Eine absolute Fixschuld ist eine vertragliche Verpflichtung, bei welcher der Leistungszeit eine solch große Bedeutung zukommt, dass eine Nachleistung nicht im Interesse der Vertragsparteien liegt.⁸ Die überwiegende Meinung in der Literatur ordnet die Arbeitspflicht als absolute Fixschuld ein.⁹ Dem ist zuzustimmen. Zwar lässt sich dieser Ansicht unterstellen, sie argumentiere stark ergebnisorientiert mit dem Ziel, den Arbeitnehmer gerade vor einer Nachleistung bewahren zu wollen.¹⁰ Dieses Vorgehen ist jedoch unter dem Gesichtspunkt des Arbeitnehmerschutzes gerechtfertigt. Der Arbeitnehmer hat regelmäßig an den Tagen,

⁶ *ErfK-Preis* § 611 BGB Rn. 3; *Preis/Hamacher* Jura 1998, S. 11, 12; *Richardi* ZfA 1988, S. 221, 254; *MünchArbR-Richardi* § 1 Rn. 16; *Sommer* Nichterfüllung, S. 38.

⁷ *Gutzeit* Lohnfortzahlung, S. 17 f., nennt als Beispiel für rechtliche Unmöglichkeit die drohende Überschreitung der gesetzlichen Höchstarbeitszeit.

⁸ Vgl. zum Begriff der absoluten Fixschuld *Hellfeier* Leistungszeit, S. 20–22; *Klunzinger* Bürgerliches Recht, S. 270; *Musielak* Grundkurs BGB Rn. 442 f.; *Sommer* Nichterfüllung, S. 65 f.

⁹ *Beuthien* RdA 1972, S. 20, 22 f.; *HK-ArbR-Boemke* § 611 BGB Rn. 465; *MünchArbR-Boewer* § 69 Rn. 1; *Söllner* AcP 167 (1967), S. 132, 139; auch *Staudinger-Richardi* (2005) § 611 BGB Rn. 414; einschränkend nunmehr aber *Staudinger-Richardi/Fischinger* § 611 Rn. 543; *ErfK-Preis* § 611 BGB Rn. 676 f.; *Preis/Hamacher* Jura 1998, S. 11, 13; *Henssler/Willemsen/Kalb-Thüsing* § 611 BGB Rn. 390; ebenso für den Regelfall *Zöllner/Loritz/Hergenröder* Arbeitsrecht, S. 211; eine strikte Einordnung der Arbeitsleistung als absolute Fixschuld ablehnend hingegen *MüKoBGB-Ernst* § 275 Rn. 48; *Hellfeier* Leistungszeit, S. 8 ff., 46 ff.; *Sommer* Nichterfüllung, S. 168 ff.; v. *Stebut* RdA 1985, S. 66, 67 ff.; ebenfalls kritisch *Geißler* Lohnanspruch, S. 48–50.

¹⁰ Ein Beispiel für derartige ergebnisorientierte Überlegungen findet sich bei *Nierwetberg*, BB 1982, S. 995, 998 f.

die auf den Arbeitsausfall folgen, bereits die nächste Arbeitsleistung zu erbringen, und eine Nachleistung durch Überstunden wird häufig an der gesetzlichen Höchstarbeitszeit scheitern.¹¹

Darüber hinaus lässt sich ein Verständnis der Arbeitspflicht als absoluter Fixschuld auch auf die Gesetzesentstehung des BGB stützen. In den Gesetzesmaterialien zu § 615 S. 1 BGB heißt es, dass „dem Dienstvertrag regelmäßig die Eigenschaft einer Art von Fixgeschäft beiwohnt“. ¹² Vor allem aber ging der Gesetzgeber des SchuldRModG davon aus, dass es sich bei der Arbeitspflicht um eine absolute Fixschuld handelt. ¹³

Darüber hinaus stützt auch die Systematik des BGB diese Auffassung, da die Vorschriften der §§ 615, 616 BGB auf dem Konzept der Arbeitspflicht als absoluter Fixschuld aufbauen. § 615 BGB liegt die Vorstellung zugrunde, dass durch die unterbliebene Annahme der Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber die Leistungserbringung durch den Arbeitnehmer unmöglich wird. ¹⁴ Ähnliches gilt für § 616 BGB: Auch diese Vorschrift beruht auf dem Gedanken, dass der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung nicht nachholen kann, weswegen er zur Sicherung seines Lebensunterhalts auf eine Entgeltfortzahlung angewiesen ist. ¹⁵ Soweit sich andere Stimmen in der Literatur ¹⁶ und, in einer vereinzelt gebliebenen Entscheidung aus dem Jahre 1988, ¹⁷ auch das BAG dafür aussprechen, in bestimmten Einzelfällen nur eine relative Fixschuld ¹⁸ anzunehmen, ist dem nicht zu folgen. Es fehlt an eindeutigen und von der Praxis leicht zu handhabenden Kriterien für diese Differenzierung. ¹⁹ Eine derartige Relativierung des Dogmas von der absoluten Fixschuld würde daher erhebliche Rechtsunsicherheit herbeiführen.

Die Einordnung der Arbeitsleistung als absolute Fixschuld hat weitreichende Folgen. Die Nachholbarkeit der Arbeitsleistung ist dadurch ausgeschlossen. ²⁰

¹¹ ErfK-Preis § 611 BGB Rn. 676; vgl. zu dieser Problematik auch *Beuthien* RdA 1972, S. 20, 20; v. *Stebut* RdA 1985, S. 66, 67 f.

¹² *Mugdan* Motive II, S. 257.

¹³ BT-Drs. 14/6040, S. 129; vgl. auch *Gotthardt* Schuldrechtsreform Rn. 90.

¹⁴ *Staudinger-Richardi/Fischinger* § 611 Rn. 543.

¹⁵ *Staudinger-Richardi/Fischinger* § 611 Rn. 543.

¹⁶ ErfK-Preis § 611 BGB Rn. 677; MünchArbR-Blomeyer (2. Auflage) § 57 Rn. 11; *Schaub-Linck* ArbR-Hdb. § 49 Rn. 6; *Sommer* Nichterfüllung, S. 173 f.

¹⁷ BAG 17.3.1988 – 2 AZR 576/87, AP Nr. 99 zu § 626 BGB.

¹⁸ Vgl. zum Begriff der relativen Fixschuld *Hellfeier* Leistungszeit, S. 22 f.; *Musielak* Grundkurs BGB Rn. 443; *Sommer* Nichterfüllung, S. 66 f.; *Zerres* Bürgerliches Recht, S. 126.

¹⁹ Vgl. exemplarisch *MüKoBGB-Müller-Glöge* § 611 Rn. 15: „Bei Geltung einer flexiblen Arbeitszeit (...) kann eine relative Fixschuld im Sinne von § 323 Abs. 2 Nr. 2 anzunehmen sein“; unklar auch BAG 17.3.1988 – 2 AZR 576/87, AP Nr. 99 zu § 626 BGB.

²⁰ *Ehmann* NJW 1987, S. 401, 406; *Hellfeier* Leistungszeit, S. 20–22; ErfK-Preis § 611 BGB Rn. 675.