

## **Bürgerliches Recht für Fortgeschrittene**

Wintersemester 2023/24

Hausarbeit

„Wer den Schaden hat, ...“

Lösung

### **Hinweise**

Im ersten Teil geht es um die Rechtsfolgen im Arbeitsverhältnis, wenn der Arbeitnehmer hinter seiner üblichen Leistung zurückbleibt. Es handelt sich um eine nicht alltägliche Fragestellung, weil in der Praxis Rechtsstreitigkeiten meist aus Beweisgründen nicht angestrengt werden. Die Problemstellung steht auch nicht im Zentrum der arbeitsrechtlichen Ausbildungsliteratur, ist also keine Standardproblematik, so dass die juristische Phantasie der Kandidaten gefordert wird. Die zutreffende Lösung ist im konkreten Fall wohl weniger über teilweise Nichterfüllung als vielmehr über Schlechterfüllung zu gewinnen.

Aufbautechnisch ist für den Anspruch auf Überstundenvergütung zunächst § 612 I BGB i. V. m. dem Arbeitsverhältnis als Anspruchsgrundlage herauszuarbeiten. Sodann ist darzulegen, dass B Überstunden geleistet hat. Im letzten Schritt ist das Erlöschen des Anspruchs infolge Aufrechnung zu prüfen. Dabei ist entscheidend für den Gegenanspruch von S aus § 280 I BGB, ob B eine Pflichtverletzung begangen hat, indem sie „verkatert“ im Büro erschien. Wegen der Höchstpersönlichkeit der Leistungsverpflichtung schuldet der Arbeitnehmer nur die Leistung, die ihm am betreffenden Tag in seinem konkreten Zustand möglich ist. Daher liegt die Pflichtverletzung nicht in der Minderleistung am 19.04., sondern in einem Verstoß gegen die allgemeine Leistungstreupflicht. B hat sich durch das ausgiebige Feiern in einen Zustand versetzt, in dem sie nicht mehr ihre übliche Leistung bringen konnte.

Die zweite Frage betrifft die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Dabei ist zunächst das Kündigungsrecht des Arbeitgebers zu prüfen, das sich aus § 620 II BGB ergibt. Unwirksamkeitsgründe liegen ebenfalls nicht vor, insbesondere bedarf die Kündigung

keiner sozialen Rechtfertigung. Nach § 23 I 3 KSchG ist der betriebliche Geltungsbereich des allgemeinen Kündigungsschutzes nicht eröffnet, weil i. V. m. § 23 I 4 KSchG nur 10 Arbeitnehmer i. S. d. § 23 I 3 KSchG beschäftigt werden. Hinsichtlich des für die Beendigung binnen der Zwei-Wochen-Frist des § 622 III BGB wichtigen Zugangzeitpunkts stellt die urlaubsbedingte Abwesenheit des Arbeitnehmers einen Klassiker dar. Mit der h. L. und auch der neueren Rspr. des BAG hat dies entsprechend allgemeinen Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre auf den Zugangzeitpunkt keinen Einfluss. Dabei waren hier die Eltern von B als familienangehörige Mitbewohner Empfangsboten von B, nicht Erklärungsboten von S.

Die Frage 3 behandelt das Problem, wem Bonusmeilen zustehen, die ein Arbeitnehmer im Zusammenhang mit Dienstflügen erworben hat. Soweit keine vertragliche Regelung besteht, lässt sich ein Anspruch des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer nur auf die entsprechende Anwendung des Auftragsrechts stützen (§ 667 Alt. 2 BGB analog). Entscheidend kommt es darauf an, ob der Arbeitnehmer diese Bonusmeilen im inneren Zusammenhang mit der Erbringung der Arbeitsleistung oder nur bei Gelegenheit der Durchführung des Dienstgeschäfts erworben hat.

## I. Frage 1: Zahlung von 40,00 €

An.: §§ 611 Abs. 1, 612 Abs. 1 BGB

**Anspruch setzt voraus**, dass:

1. an sich ein Anspruch auf Überstundenvergütung besteht
2. Büchse (B) Überstunden geleistet hat
3. der Anspruch nicht durch Aufrechnung seitens Stange (S) untergegangen ist

### 1. Anspruch entstanden

#### a) Anspruchsgrundlage

Unmittelbar auf den **Arbeitsvertrag** lässt sich der Anspruch auf Vergütung von Überstunden im konkreten Fall **nicht** stützen. Mangels entsprechender Anhaltspunkte im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass für das Arbeitsverhältnis zwischen B und S keine Regelung über die Vergütung von Überstunden besteht.

Der Anspruch auf Überstundenvergütung ergibt sich aber kraft Gesetzes aus **§ 612 Abs. 1 BGB**. Danach gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Leistung den Umständen nach nur gegen Vergütung zu erwarten war. Soweit es sich nicht um Führungskräfte handelt, ist mit der vereinbarten Vergütung nur die vereinbarte Arbeitszeit bezahlt. **Quantitative Mehrleistungen** sind von dieser Grundvergütung nicht erfasst, sondern müssen nach der Verkehrsanschauung **gesondert vergütet** werden.

#### b) Leistung von Überstunden

Demnach wäre der Anspruch auf die Überstundenvergütung zunächst einmal entstanden, wenn B Überstunden geleistet hätte. Laut Sachverhalt hat B **am 20. und 21.04.2023** jeweils zwei Stunden, also insgesamt vier Stunden mehr gearbeitet. Fraglich ist aber, ob damit **nicht lediglich Arbeit nachgeholt** wurde, die sie am 19.04.2023 nicht geleistet hat. Zwar handelt es sich bei der Pflicht des Arbeitnehmers zur Erbringung der Arbeitsleistung im Allgemeinen um eine absolute Fixschuld, so dass mit Nichterbringung der Arbeitsleistung im allgemeinen Unmöglichkeit eintritt; im Rahmen der Privatautonomie kann aber einvernehmlich vereinbart werden, dass ausgefallene Arbeit nachgeholt wird.

**Am 19.04.2023** hat B zwar die **vereinbarte Arbeitszeit** von acht Stunden **eingehalten**, während dieser Zeit **aber nur 50% ihrer üblichen Leistung erbracht**, also die Arbeit geleistet, die sie ansonsten in vier Stunden erledigt. In Betracht zu ziehen ist daher eine teilweise Nichterfüllung. Ob **teilweise Nichterfüllung** vorliegt, wenn ein Arbeitnehmer weniger leistet, als ihm nach seiner Verfassung möglich und zumutbar ist, wird nicht einheitlich beantwortet. Das BAG hat in einem Fall, indem der Arbeitnehmer deutlich weniger geleistet hatte, als ihm möglich war, zur Annahme teilweiser Nichterfüllung geneigt, ohne dies aber abschließend zu entscheiden. Ob diese Auffassung zutreffend ist, kann aber im vorliegenden Zusammenhang dahinstehen.

Teilweise Nichterfüllung kann nämlich nur vorliegen, wenn der Arbeitnehmer weniger leistet, als er schuldet. Wegen der **Höchstpersönlichkeit der Leistungsverpflichtung** muss der Arbeitnehmer aber anders als bei Gattungsschulden nicht Arbeit mittlerer Art und Güte im Sinne eines durchschnittlichen Mindeststandards eines idealtypischen Arbeitnehmers leisten. Vielmehr gilt ein individueller Leistungsmaßstab, der auf das persönliche Leistungsvermögen des Arbeitnehmers abhebt. Der Arbeitnehmer schuldet seine jeweilige **individuelle Normalleistung**, die von der konkreten Verfassung, den spezifischen Fähigkeiten und Kenntnissen und nicht zuletzt auch von der Tagesform abhängt.

Dies bedeutet: Laut Sachverhalt hat B trotz aller Anstrengungen am 19.04.2023 mengenmäßig nur 50% der üblichen Arbeitsmenge bewältigen können. Damit hat sie aber genau das geleistet, was ihr an diesem Tag nach ihrer konkreten Verfassung möglich und zumutbar war. B hat damit die geschuldete Arbeit geleistet, also **vollständig erfüllt**.

B hat damit nicht ausgefallene Arbeit nachgeholt, sondern vier Überstunden geleistet. Der Anspruch auf Überstundenbezahlung ist damit entstanden.

## **2. Anspruch untergegangen**

Der Anspruch könnte allerdings durch **Aufrechnung durch S** wieder untergegangen sein (§§ 387, 389 BGB).

### a) Aufrechnungserklärung

S hat eine **Aufrechnungserklärung** abgegeben. Die Erklärung, nur hilfsweise aufrechnen zu wollen, stellt keine unzulässige Bedingung i. S. v. § 388 Satz 2 BGB, sondern eine **zulässige Rechtsbedingung** dar.

### b) Aufrechnungslage

Die **Aufrechnungslage** im Sinne von § 387 BGB wäre gegeben, wenn eine Gegenforderung des S bestehen würde. Eine **Gegenforderung** könnte sich **§ 280 I BGB** ergeben, wenn die Minderleistung am 19.04.2023 auf einer Pflichtverletzung der B beruhen würde und hierdurch ein Schaden bei S entstanden wäre.

#### aa) Schadensersatzanspruch (§ 280 Abs. 1 BGB)

##### (1) Minderleistung

Eine Pflichtverletzung stellt es für sich genommen **nicht** dar, dass S am 19.04.2023 nur **50% ihrer sonst üblichen Leistung** gebracht hat. Der Arbeitnehmer schuldet nur die individuelle Normalleistung; erbringt er diese, dann hat er das ihm mögliche und zumutbare erbracht. Mehr kann in der konkreten Situation nicht von ihm verlangt werden.

Die **Pflichtverletzung** könnte aber auch darin zu sehen sein, dass B durch ausgiebiges Feiern einen **Zustand herbeigeführt** hat, in dem es ihr **nicht mehr möglich** war, ihre normalerweise **übliche Durchschnittsleistung zu erbringen**. Voraussetzung wäre eine entsprechende Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis, sich so zu verhalten, dass die Arbeitsfähigkeit nicht beeinträchtigt wird. Eine solche Pflicht ergibt sich aus der jedem Schuldverhältnis immanenten **allgemeinen Leistungstreuepflicht**, alles zu tun, um den Leistungserfolg vorzubereiten, herbeizuführen und zu sichern, sowie alles zu unterlassen, was den Zweck des Schuldverhältnisses oder den Leistungserfolg beeinträchtigen bzw. gefährden könnte. Für den Arbeitnehmer bedeutet dies, dass er alles zu unterlassen hat, was die Erfüllung seiner Arbeitspflicht beeinträchtigen, insbesondere seine Arbeitsfähigkeit herabsetzen oder stören könnte.

##### (2) Herbeiführen der verminderten Leistungsfähigkeit

Fraglich ist, ob B durch das ausgiebige Feiern gegen diese **Pflicht verstoßen bzw.** einen etwaigen **Pflichtenverstoß zu vertreten** hat. Dies könnte deswegen fraglich sein, weil der Arbeitnehmer zwar die Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung

übernommen hat, daraus aber nicht folgen kann, dass er sein gesamtes Privatleben in den Dienst der Erhaltung seiner Arbeitskraft stellen muss. Insoweit ist eine **Interessenabwägung** erforderlich: welches Verhalten ist dem Arbeitnehmer in seinem Privatbereich trotz der allgemeinen Leistungstreuepflicht auch dann noch gestattet, wenn das Risiko der Beeinträchtigung seiner Arbeitskraft besteht?

Ausschlaggebend ist hierfür in Ermangelung vertraglicher Abreden die Verkehrsan-schauung: Welche Rücksichtnahme kann ein verständiger Arbeitgeber unter Berücksichtigung des konkreten Arbeitsverhältnisses von einem durchschnittlichen Arbeitnehmer im Hinblick auf die Arbeitspflicht in seinem Privatbereich erwarten? Insoweit besteht für den vorliegenden Problemkreis fast allgemeiner Konsens, dass ein Arbeitnehmer, der infolge übermäßigen Alkoholgenusses oder völliger Übermüdung nicht aufstehen und die Arbeitsleistung erbringen kann, sich nach § 280 Abs. 1 BGB wegen Unmöglichkeit schadensersatzpflichtig macht. Der Arbeitgeber darf davon ausgehen, dass der Arbeitnehmer sich nicht durch exzessives Verhalten der Fähigkeit zur Erbringung der Arbeitsleistung begibt.

Nichts anderes kann gelten, wenn der Arbeitnehmer zwar noch arbeiten kann, hierdurch die Leistungsfähigkeit aber deutlich eingeschränkt wird. Ob durch Alkoholexzesse und Übermüdung die Arbeitsfähigkeit ganz aufgehoben oder nur eingeschränkt wird, ist eine rein quantitative, keine qualitative Frage.

Demnach hat B ihre allgemeine **Leistungstreuepflicht** dadurch **verletzt**, dass sie sich durch ausgiebiges Feiern in einen Zustand versetzt hat, in dem es ihr nicht mehr möglich war, ihre normale Durchschnittsleistung zu erbringen.

**Korrekturhinweis:** *Schwer vertretbar könnte die Pflichtverletzung auf Grund einer Interessenabwägung abgelehnt werden. Dabei müssten sich die Bearbeitenden an dem vertraglichen Äquivalenzverhältnis, der Aufteilung der Risikosphären und der Orientierung an gesetzlichen Nebenleistungspflichten orientieren und dies eingehend begründen.*

## **bb) Schaden**

Problematisch ist in der Praxis häufig der **Nachweis eines Schadens**. Hier hat aber lt. Sachverhalt B am 22.04.2020 infolge der Auswirkungen der Feier nur 50% ihrer Arbeit erledigen können und deshalb an den beiden folgenden Tagen jeweils vier Stunden nacharbeiten müssen, um dieses Defizit wieder auszugleichen.

S steht gegen B ein Schadensersatzanspruch aus § 280 I BGB zu, der sich auf Ersatz der durch die zusätzlichen Überstunden entstandenen Lohnzahlungskosten beläuft, also mit dem Anspruch der B auf Überstundenabgeltung deckungsgleich ist.

**c) Aufrechnungsverbot (§ 394 S. 1 BGB)**

Danach wäre der Anspruch der B auf Überstundenvergütung in Höhe von 68,00 € zwar zunächst entstanden; durch die Aufrechnung seitens S mit seinem deckungsgleichen Schadensersatzanspruch aus § 280 I BGB aber nach §§ 387, 389 BGB auch gleich wieder untergegangen, soweit nicht die Aufrechnung ausgeschlossen ist. Hier kommt ein Aufrechnungsausschluss nach § 394 S. 1 BGB in Betracht, wenn die Forderung unpfändbar ist. Gemäß § 850a Nr. 1 ZPO sind zur Hälfte die für die Leistung von Mehrarbeitsstunden gezahlten Teile des Arbeitseinkommens unpfändbar. Da die 68,00 € für Mehrarbeit zu zahlen sind, können nur 34,00 € gepfändet werden.

**3. Ergebnis**

B hat gegen S noch einen Anspruch in Höhe von 34,00 €.

## II. Frage 2: Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 14.05.2020

Das Arbeitsverhältnis könnte durch die Kündigung von Stange zum 14.05.2020 wirksam beendet worden sein. Voraussetzungen hierfür wären:

1. Kündigungserklärung
2. Kündigungsrecht
3. Wirksamkeit der Kündigung
4. Einhaltung der Kündigungsfrist

### 1. Kündigungserklärung

Lt. Sachverhalt hat S eine **Kündigungserklärung** abgegeben, die nach § 623 BGB erforderliche Schriftform ist gewahrt. Die Frage des Zeitpunkts des Zugangs hat nur Bedeutung für die Wahrung der Kündigungsfrist und kann an dieser Stelle dahinstehen.

### 2. Kündigungsrecht

Nach **§ 620 Abs. 2 BGB** kann ein **auf unbestimmte Zeit begründetes Dienstverhältnis** „nach Maßgabe der §§ 621, 622“ gekündigt werden, d. h. es ist grds. nur die Einhaltung bestimmter Fristen erforderlich.

Trotz Probezeitvereinbarung liegt hier ein unbefristetes Arbeitsverhältnis vor, weil die Vereinbarung einer **Probezeit** regelmäßig **keine Befristungsabrede** darstellt, sondern nur Kündigungserleichterungen gemäß § 622 Abs. 3 BGB schafft.

S war also zur Kündigung berechtigt.

### 3. Wirksamkeit der Kündigung

Die **Kündigung** müsste **wirksam** sein.



### a) Allgemeiner Kündigungsschutz

Die Kündigung könnte zunächst deswegen unwirksam sein, weil kein hinreichender Kündigungsgrund gegeben ist. Allerdings sind, soweit keine abweichenden gesetzlichen Bestimmungen eingreifen, auch **Arbeitsverhältnisse** nach dem Grundsatz der Privatautonomie **ohne sachlichen Grund kündbar**. Etwas anderes gilt nach § 626 Abs. 1 BGB nur für die außerordentliche Kündigung, die eines wichtigen Grundes bedarf, sowie für die ordentliche Kündigung dann, wenn allgemeiner Kündigungsschutz besteht. Da S eine ordentliche Kündigung ausgesprochen hat, bedürfte diese nur bei Anwendbarkeit des § 1 KSchG eines besonderen sachlichen Grundes.

Ob **§ 1 KSchG** auf die Kündigung von anwendbar ist, scheint schon im Hinblick auf den **betrieblichen Geltungsbereich** des KSchG fraglich. Nach **§ 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG** ist der erste Abschnitt des KSchG über den allgemeinen Kündigungsschutz nicht anwendbar in Betrieben in denen in der Regel zehn oder weniger Arbeitnehmer beschäftigt werden, wenn der Arbeitnehmer sein Arbeitsverhältnis nach dem 31.12.2003 begonnen hat. Nach der Kopffzahl gerechnet liegt der Betrieb von S über dieser Grenze, weil hier insgesamt 14 Arbeitnehmer beschäftigt werden. Nach der seit 1.10.1996 geltenden, zum 1.1.1999 leicht modifizierten Regelung in § 23 Abs. 1 Satz 4 KSchG werden jedoch **Arbeitnehmer mit einer Arbeitszeit von nicht mehr als 30 Stunden** in der Woche als Arbeitnehmer nicht vollständig, sondern **nur noch anteilig** berücksichtigt. Arbeitnehmer mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von nicht mehr als 20 Stunden werden als Arbeitnehmer i. S. d. KSchG nur noch mit 0,5 gerechnet. Die acht Teilzeitkräfte von S mit einer Wochenarbeitszeit von jeweils 20 Stunden sind i. S. d. KSchG nicht 8, sondern nur  $8 \times 0,5 = 4$  Arbeitnehmer. Zzgl. der sechs (Büchse + 5 weitere) Vollzeitkräfte beschäftigt S i. S. d. § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG also nicht 14, sondern **nur zehn Arbeitnehmer**. Der erste Abschnitt des **KSchG** ist damit **nicht anwendbar**, sodass die Kündigung von B durch S keiner sozialen Rechtfertigung bedurfte.

***Korrekturhinweis:** Da schon der betriebliche Geltungsbereich des KSchG nicht erschlossen ist, kann die Frage dahinstehen, ob die sechsmonatige Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG abgelaufen ist. Die hiermit in Zusammenhang stehenden Rechtsprobleme hinsichtlich des Zeitpunkts des Zugangs der Kündigung, auf den auch für den Ablauf der Wartezeit abzustellen ist, sind dieselben, die im Hinblick auf die Einhaltung der Kündigungsfrist zu erörtern sind.*

Die Kündigung ist daher wirksam, wenn keine sonstigen allgemeinen Nichtigkeitsgründe vorliegen.

**Korrekturhinweis:** *Die Annahme, die Kündigung bedürfe einer sozialen oder sonstwie gearteten Rechtfertigung, ist ein schwerer Fehler. Leider zeigt die Erfahrung, dass viele Mitarbeiter auch dann eine besondere Rechtfertigung für die Kündigung durch den Arbeitgeber verlangen, wenn das KSchG keine Anwendung findet.*

#### **b) Allgemeine Unwirksamkeitsgründe**

Sonstige, allgemeine Nichtigkeitsgründe sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist die Kündigung nicht treuwidrig und daher nach § 242 BGB nichtig. Selbst wenn man der neueren Tendenz in der Rspr. folgen sollte, wonach auch außerhalb des allgemeinen Kündigungsschutzes der Kündigungsgrund in einem Bezug zum Arbeitsverhältnis stehen muss, lägen diese Voraussetzungen im konkreten Falle vor, weil S wegen Leistungsmängel von B kündigt.

#### **4. Kündigungsfrist und -termin**

Durch die wirksame Kündigung wäre das Arbeitsverhältnis aber nur dann zum 11.05.2023 beendet worden, wenn S die Kündigungsfrist eingehalten hätte.

##### **a) Allgemeine Regelung (§ 620 Abs. 1 BGB)**

Nach **§ 622 Abs. 1 BGB** kann das Arbeitsverhältnis grds. nur mit einer **Frist von vier Wochen** zum 15. bzw. Ende eines Kalendermonats gekündigt werden. Eine am 27.04.2020 zugegangene Kündigung hätte danach erst zum 31.05.2023 das Arbeitsverhältnis beendet.

##### **b) Probezeitkündigung (§ 622 Abs. 3 BGB)**

Allerdings kann nach **§ 622 Abs. 3 BGB während** einer vereinbarten **Probezeit**, längstens für die Dauer von sechs Monaten, das Arbeitsverhältnis mit einer **Frist von zwei Wochen ohne** Einhaltung eines **Kündigungstermins** gekündigt werden. Die

Kündigung hätte daher das Arbeitsverhältnis zum 11.05.2023 aufgelöst, wenn sie der B noch in deren Probezeit erklärt und eine Frist von zwei Wochen gewahrt worden wäre.

#### **aa) Vereinbarung der Probezeit**

Zwischen B und S war eine **Probezeit** von sechs Monaten **vereinbart**. Diese Probezeit **begann gemäß § 187 Abs. 2 Satz 1 BGB** mit der Aufnahme des Arbeitsverhältnisses **am 28.10.2022** und **endete nach § 188 Abs. 2 Hs. 2, Abs. 3 BGB am 27.04.2023**.

#### **bb) Zugang der Kündigung (§ 130 Abs. 1 BGB)**

Da es nach § 130 Abs. 1 BGB für das Wirksamwerden einer Willenserklärung auf den Zugang ankommt, wäre das Arbeitsverhältnis mit Wirkung zum 14.05.2020 **beendet worden, wenn die Kündigungserklärung der B spätestens am 27.04.2023 zugegangen wäre**.

#### **(1) Eltern als Empfangsvertreter**

Die Kündigung könnte hier durch **Übergabe an die Eltern der B am 26.04.2023** wirksam geworden sein, **wenn diese Empfangsvertreter** gewesen wären.

Dies wäre **kraft Gesetzes nach §§ 1626 Abs. 1, 1629 Abs. 1 BGB** der Fall, **wenn B** zum Zeitpunkt der Übergabe des Kündigungsschreibens an ihre Eltern **noch in der Geschäftsfähigkeit beschränkt** gewesen wäre. Nach § 2 BGB tritt Volljährigkeit und damit unbeschränkte Geschäftsfähigkeit mit Vollendung des 18. Lebensjahres ein. Tatsächlich hat B das 18. Lebensjahr erst am 26.04.2023 um 23:52 Uhr vollendet. Rechtlich ist aber gemäß **§ 187 Abs. 2 Satz 2 BGB** für die Fristberechnung der Beginn des Geburtstages maßgeblich. Nach § 188 Abs. 2 Hs. 2 BGB endet die Minderjährigkeit daher mit Ablauf des Tages des letzten Jahres der Frist, der dem Tage vorhergeht, der durch seine Zahl dem Anfangstage der Frist entspricht. **Volljährigkeit** tritt daher mit dem Beginn des Tages ein, an dem man 18 Jahre alt wird. S ist am 26.04.2005 geboren und daher **mit Beginn des 26.04.2023** volljährig geworden. Zum Zeitpunkt der Aushändigung des Kündigungsschreibens waren ihre Eltern nicht mehr gesetzliche Vertreter.

Die Erklärung wäre der B gleichwohl an diesem Tage zugegangen, wenn ihre Eltern **rechtsgeschäftliche Empfangsvertreter** gewesen wären. Hierzu bedarf es aber nach

§ 167 BGB der Erteilung einer Vollmacht, für die nach dem Sachverhalt **keine Anhaltspunkte** vorliegen.

## **(2) Eltern als Empfangsboten**

Die Eltern der B könnten aber **Empfangsboten** sein. Dann wäre die Willenserklärung der B in dem Zeitpunkt zugegangen, indem nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge die Weiterleitung an den Adressaten zu erwarten war.

### **(2.1) Grundsatz**

Empfangsbote ist, wer **vom Empfänger zur Entgegennahme** von Erklärungen **bestellt** worden ist **oder nach der Verkehrsanschauung als bestellt anzusehen** ist. Hierzu rechnen insbesondere die **in einer Wohnung mit dem Empfänger lebenden Familienmitglieder**. Die Eltern der B sind also Erklärungsboten. Die Kündigung ist daher in dem Zeitpunkt der B zugegangen, in dem unter gewöhnlichen Umständen eine Weitergabe an B zu erwarten gewesen wäre.

Im konkreten Fall haben die Eltern gemäß dem üblichen Procedere das Schriftstück noch am gleichen Abend in das Zimmer der B auf deren Schreibtisch gelegt. Damit war das Schriftstück so weitergeleitet worden, dass B unter üblichen Umständen von dessen Inhalt hätte Kenntnis nehmen können, so dass von einem Zugang noch am gleichen Abend, spätestens aber am nächsten Tag, mithin am 27.04.2023 auszugehen wäre. Die Kündigung wäre damit noch innerhalb der Probezeit erfolgt.

### **(2.2) Zugang bei Ortsabwesenheit**

Fraglich ist aber, wie sich die **Tatsache** auswirkt, **dass sich B** zu diesem Zeitpunkt **im genehmigten Erholungsurlaub auf einer Fernreise befand** und daher das Schreiben tatsächlich erst am 03.05.2023 zur Kenntnis nehmen konnte. Hierzu werden verschiedene Ansichten vertreten:

#### **(2.2.1) Urlaubsabwesenheit als Zugangssperre**

Eine vereinzelt gebliebene Entscheidung des BAG und eine Literaturmeinung nehmen Zugang erst in dem Moment an, in dem der Arbeitnehmer aus dem Urlaub zurückgekehrt ist. Die **Urlaubsabwesenheit bedeute eine Zugangssperre** bzw. ein objektives Zugangshindernis. Dies folge aus dem Erholungszweck des Urlaubs, der gefährdet sei, wenn sich der Arbeitnehmer während des Urlaubs Sorgen um seinen

Arbeitsplatz machen müsse. Nach dieser Ansicht wäre die Kündigung B erst nach deren Rückkehr von ihrer Urlaubsreise am 03.05.2023 und somit nicht mehr innerhalb der Ausschlussfrist zugegangen.

Diese Auffassung beachtet jedoch nicht hinreichend, dass es bei den Grundsätzen über den Zugang von Willenserklärungen um eine sachgerechte, den Interessen beider Beteiligten gerecht werdende Verteilung des Transportrisikos des Erklärenden und des Kenntnisnahmerisikos des Empfängers geht. Die Risikoverteilung erfolgt einseitig zu Lasten des Kündigenden, obwohl es nach der Übermittlung der Erklärung an die Wohnanschrift des Empfängers in dessen Risikobereich fällt, ob und wann er sich Kenntnis hiervon verschafft. Zudem ist der Erholungszweck des Urlaubs rechtlich nicht insoweit geschützt, dass eine Kündigung während des Urlaubs treuwidrig und damit ausgeschlossen ist. Gesetzliche Regelungen einer Kündigungssperre finden sich im MuSchG, ArbplSchG und BErzGG. Dagegen fehlt eine entsprechende Regelung im BUrlG.

#### (2.2.2) Übliche Umstände

Die ganz überwiegende Ansicht bejaht daher zu Recht den **Zugang einer Kündigung trotz urlaubsbedingter Abwesenheit des Arbeitnehmers**, weil es sich hierbei um besondere, aus der Sphäre des Arbeitnehmers stammende Umstände handelt, die nicht in den Risikobereich des Arbeitgebers fallen. Die Kündigung ist hiernach spätestens am 27.04.2023 zugegangen und damit wirksam geworden.

Teilweise bestritten ist dies allerdings für den Fall, dass dem Arbeitgeber die Ortsabwesenheit des Arbeitnehmers bekannt war und er die Urlaubsanschrift kannte. Darüber hinausgehend soll nach vereinzelter Ansicht schon die bloße Kenntnis des Arbeitgebers von der Ortsabwesenheit des Arbeitnehmers den Zugang hindern. Auch diese Einschränkungen sind jedoch aus den oben dargelegten Gründen abzulehnen. Sie widersprechen zudem den Bedürfnissen des rechtsgeschäftlichen Verkehrs. Selbst wenn man dieser Auffassung folgen sollte, so ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen, dass S die Urlaubsabwesenheit der B bekannt war.

#### (2.3) Folgerungen

Folgt man der h. M., dann ist die Kündigung am 26.04. bzw. spätestens am 27.04.2023 zugegangen, weil unter gewöhnlichen Umständen mit einer Weiterleitung des

Kündigungsschreibens durch die Eltern der B als Empfangsboten noch am selben, spätestens aber am darauffolgenden Tag zu rechnen war.

**Korrekturhinweis:** *Selbstverständlich ist mit entsprechender Begründung auch die gegenteilige Auffassung vertretbar, wonach erst mit Kenntnis vom Kündigungsschreiben Zugang erfolgen soll. Sodann wäre von der regulären Kündigungsfrist des § 622 Abs. 1 BGB und einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.05.2023 auszugehen.*

### **cc) Kündigungstermin**

Das Arbeitsverhältnis wäre somit 14 Tage nach Zugang der Kündigung beendet worden. Gemäß § 188 II Alt. 1 (Wochen) BGB wäre dies bei einem Zugang am Mittwoch, dem 26.04., der Ablauf des Mittwochs zwei Wochen später, also der 10.05.2020, bei einem Zugang am 27.04., der Ablauf des Donnerstags zwei Wochen später, also der 11.05.2023. Die Kündigungsfrist zum 11.05.2023 ist gewahrt.

## **5. Ergebnis**

Das Arbeitsverhältnis ist durch wirksame Kündigung von S zum 11.05.2023 beendet worden.

### **III. Frage 3: Anspruch auf Freikilometer**

#### **1. Begehren von S und Anspruchsgrundlage**

S verlangt „die Übertragung der Kilometer“. Der Sache nach geht es S darum, die Rechte zu erwerben, die A durch die Dienstflüge mit der SAG erhalten hat. Da die „Kilometer“ Forderungsrechte gegenüber der SAG ausdrücken, geht es S daher primär um die Übertragung der Forderungsrechte, welche S auf Grund der Dienstflüge gegenüber der SAG zustehen. Die Übertragung solcher Forderungsrechte erfolgt im Wege der Abtretung.

Grundlage für einen entsprechenden Abtretungsanspruch könnte § 667 Alt. 2 BGB analog sein. § 667 BGB findet auf Arbeitsverhältnisse keine unmittelbare Anwendung, weil Arbeitnehmer nicht i. S. v. § 662 BGB unentgeltlich tätig werden. § 667 BGB enthält aber den allgemeinen Rechtsgedanken, dass das aus einer Geschäftsbesorgung Erlangte dem gebührt und zusteht, in dessen Interesse das Geschäft ausgeführt wurde. Daher findet § 667 BGB auf Arbeitsverhältnisse entsprechende Anwendung mit der Folge, dass der Arbeitnehmer alles an den Arbeitgeber herauszugeben hat, was er im Rahmen der Durchführung des Arbeitsverhältnisses von Dritten erlangt.

#### **2. Anspruchsvoraussetzungen (§ 667 Alt. 2 BGB analog)**

##### **a) Tatbestandsvoraussetzungen**

Nach § 667 Alt. 2 BGB hat der Beauftragte dem Auftraggeber alles, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben. Im Rahmen der entsprechenden Anwendung auf das Arbeitsverhältnis muss der Arbeitnehmer, hier also A, dem Arbeitgeber, hier also S, Alles herausgeben, was er aus der Erbringung der Arbeitsleistung erlangt hat. Daher wären die „Kilometer“ an S „herauszugeben“, wenn A diese als Folge ihrer Arbeit für S erlangt hätte. Erlangt in diesem Sinne ist jeder Vorteil, den der Arbeitnehmer auf Grund eines inneren Zusammenhangs mit der Erbringung der Arbeitsleistung erhalten hat.

##### **b) Vorteile**

A hat hier Kilometer für Vielflieger bzw. genauer die sich aus diesen „Kilometern“ ergebenden Forderungsrechte gegenüber der SAG durch ihre dienstlich veranlassten

Flüge erlangt. Unerheblich ist dabei, dass diese Vorteile nicht unmittelbar aus der Arbeitsleistung, sondern aus den von A geschlossenen Beförderungsverträgen folgten. Erlangt und vom Herausgabeanspruch des § 667 BGB erfasst ist nämlich auch das, was der Beauftragte aus Hilfs- oder Nebengeschäften empfangen hat, die der Auftrags Erfüllung dienen sollen.

### **c) Innerer Zusammenhang mit Tätigkeit**

Der Herausgabeanspruch erstreckt sich allerdings nicht auf das, was lediglich bei Gelegenheit der Geschäftsbesorgung erlangt wurde. Daher sind die „Kilometer“ nicht schon deswegen i. S. v. § 667 Alt. 2 BGB erlangt, weil zwischen der Geschäftsbesorgung und der Vorteilerlangung Kausalität i. S. d. *conditio sine qua non* Formel besteht. Umgekehrt steht dem Herausgabeanspruch nicht entgegen, dass die SAG die Kilometer der A nicht deswegen zukommen lassen will, weil diese für S tätig wird, sondern weil sie persönlich als „Vielflieger“ mit einer Maschine der SAG fliegt. Für den Herausgabeanspruch kommt es nämlich nicht auf den Willen des Zuwendenden, sondern allein darauf an, dass ein innerer Zusammenhang zwischen Geschäftsbesorgung und Vorteilerlangung besteht. Deswegen erstreckt sich die Herausgabepflicht auch auf Vorteile, die dem Arbeitnehmer in Zusammenhang mit der Arbeitsleistung persönlich zugewandt werden.

Ob ein entsprechender innerer Zusammenhang besteht, richtet sich nach dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelungen im Auftragsrecht. Danach soll derjenige, für dessen Rechnung ein anderer Geschäfte führt, die hiermit in Zusammenhang stehenden Kosten und Gefahren tragen, aber auch die gesamten Vorteile dieses Geschäfts erhalten. Deswegen gebührt dem Arbeitgeber Alles, was der Arbeitnehmer bestimmungsgemäß in Erfüllung seiner Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis erlangt hat. Hiervon ist immer dann auszugehen, wenn dem Arbeitgeber die Vorteile zugewandt worden wären, hätte er an der Stelle seines Arbeitnehmers die Geschäftsbesorgung ausgeführt.

Wäre S anstelle von A geflogen, hätte er sich in das Vielfliegerprogramm der SAG einschreiben und damit die Kilometer für sich verbuchen können. Die „Kilometer“ werden in Zusammenhang mit der dienstlichen Flugreise erworben. Daher stehen sie demjenigen zu, in dessen Interesse die Flugreise durchgeführt wird und der daher im Ergebnis die Kosten der Flugreise zu tragen hat. Insoweit lässt sich eine Parallele zum Rabatt ziehen, der als besondere Vergünstigung im Zusammenhang mit der Tätigkeit



des Geschäfts auch dem Geschäftsherrn zusteht. Nichts anderes kann gelten, wenn im Zusammenhang mit der Geschäftsbesorgung geldwerte Zuwendungen gemacht werden, die über Handgeschenke hinausgehen, die der Üblichkeit entsprechen. Demnach stehen S die von A anlässlich der Dienstflüge erworbenen Kilometer zu.

### **3. Rechtsfolge**

Die Art und Weise der Herausgabe richtet sich nach der Art des Erlangten. Sie erfolgt bei Forderungsrechten gemäß § 398 BGB durch Abtretung an den Geschäftsherrn, hier also an den Arbeitgeber.

### **4. Ergebnis**

S kann von A Abtretung der „Kilometer“, also ihrer Forderungsrechte gegenüber der SAG, gemäß § 667 Alt. 2 BGB analog verlangen.