



Werte Mandantinnen, wert Mandanten,
geneigte Leserinnen, geneigte Leser,

wir wollen diesmal bereits in unserem Eingangstext auf zwei wegweisende Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs, die am 06.11.2018 verkündet worden sind, hinweisen. Beide Entscheidungen haben mit Urlaub zu tun. In einem Fall geht es um die Vererbbarkeit von Urlaubsabgeltungsansprüchen, in dem anderen Fall um das Entstehen solcher Urlaubsabgeltungsansprüche. Dass wir bereits in unserem „Editorial“ hierauf verweisen und nicht in der nachfolgenden Rechtsprechungsübersicht hängt schlicht und ergreifend damit zusammen, weil diese Entscheidungen nicht unkommentiert bleiben können. Das gesamte bislang geltende deutsche Urlaubsrecht wird auf den Kopf gestellt und es werden dogmatische Regeln, wie sie jeder deutsche Jurist gelernt hat, weggefegt. Als Jurastudent lernt man, dass die Erbringung der Arbeitsleistung höchst persönlich ist, wie es auch § 613 BGB in der Weise normiert, als der zur Dienstleistung Verpflichtete die Dienste im Zweifel in Person zu leisten hat. Wenn dieser zur Dienstleistung Verpflichtete stirbt, ist das Arbeitsverhältnis beendet. Urlaubsansprüche, die nicht eingebracht wurden, sind untergegangen, nicht mehr genommener Urlaub hatte sich nicht in einen Abgeltungsanspruch gewandelt, der von Erben geltend gemacht werden kann. Das Bundesurlaubsgesetz in seiner Fassung seit Januar 1963 hatte stets die Auslegungsregel in § 7 Abs. 4 BUrlG, dass ein wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr gewährter Urlaub dann nicht abzugelten ist, wenn der Arbeitnehmer wegen Todes seinen Urlaub nicht mehr einbringen konnte. Dieser Gesetzesinhalt ist jetzt überholt. Nicht anders verhält es sich mit der parallellaufenden EuGH-Entscheidung, wonach automatisch ein Urlaubsabgeltungsanspruch für einen nicht verbrauchten Urlaub im Urlaubsjahr entsteht, wenn der Arbeitgeber nicht nachweisen kann, dass er geeignete Maßnahmen ergriffen hat, um dem Arbeitnehmer die Inanspruchnahme des bezahlten Jahresurlaubs zu ermöglichen. Nur wenn der Arbeitnehmer aus freien Stücken und bewusst auf eine Urlaubsnahme verzichtet, entfällt in diesem Fall der Urlaubsabgeltungsanspruch. Aus dieser Rechtsprechung folgt, dass umgehend das Compliance-System im Urlaubsrecht zu überprüfen und dahingehend zu ergänzen ist, dass jeder Arbeitnehmer vor dem Ende des Urlaubsjahres hingewiesen wird, seinen Urlaub zu beantragen und vollständig noch im Urlaubsjahr bzw. im Übertragungszeitraum zu verbrauchen.

Zu letzterer Entscheidung (EuGH Große Kammer, Urteil vom 06.11.2018, C-684/16, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V. ./ Tetsuji Shimizu) sei folgender Leitsatz zitiert:



„Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 04. 11. 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung und Art. 31 II der Charta der Grundrechte der Europäischen Union sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegenstehen, nach der ein Arbeitnehmer, der im betreffenden Bezugszeitraum keinen Antrag auf Wahrnehmung seines Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub gestellt hat, am Ende des Bezugszeitraums die ihm gemäß diesen Bestimmungen für den Bezugszeitraum zustehenden Urlaubstage und entsprechend seinen Anspruch auf eine finanzielle Vergütung für den bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht genommenen Urlaub verliert, und zwar automatisch und ohne vorherige Prüfung, ob er vom Arbeitgeber z. B. durch angemessene Aufklärung tatsächlich in der Lage versetzt wurde, diesen Anspruch wahrzunehmen. Es ist insoweit Sache des vorlegenden Gerichts, unter Berücksichtigung des gesamten innerstaatlichen Rechts und unter Anwendung der darin anerkannten Auslegungsmethoden zu prüfen, ob es in der Lage ist, zu einer Auslegung dieses Rechts zu gelangen, mit der die volle Wirksamkeit des Unionsrechts gewährleistet werden kann.“

Alles verstanden?

Ein Berliner Finanzrichter hat einmal einen Leitsatz des EuGH näher unter die Lupe genommen und diesen Leitsatz, der immerhin aus 177 Wörtern und 20 Kommatas bestand, in seine Einzelteile zerlegt. Er hat dabei Folgendes festgestellt:

„Der EuGH beginnt verheißungsvoll mit einem kurzen Hauptsatz, dem sich ein Konsekutivsatz anschließt, der durch zwei Relativsätze unterbrochen wird. Der Konsekutivsatz wird mit einer kurzen Verneinung fortgeführt, an die der EuGH nacheinander nun einen weiteren Konsekutivsatz, einen Konditionalsatz und einen Finalsatz als Nebensatz anschließt. Dieser finale Nebensatz wird durch zwei weitere Relativsätze unterbrochen und präsentiert schließlich einen Lösungsvorschlag, der indes durch eine Apposition getrennt wird.“

Man kann angesichts dieser Feststellung mit Gewissheit sagen: Recht ist nicht immer verständlich.

Wenn möglich, genießen Sie jetzt die vorweihnachtliche Zeit und klinken sich aus dem steten Trubel, der diese Zeit begleitet, aus. Mögen die eingestellten Entscheidungen Ihnen helfen, Abstand vom Nikolaus- und Weihnachtsstress zu nehmen.

Dennoch wünschen wir Ihnen eine frohe Vorweihnachtszeit

Ihr Loof-Team



Rechtsprechung:

Wettbewerbsrecht/Arbeitsrecht

1)

Unlautere Behinderung durch Abwerbungsgespräche am Arbeitsplatz

In einem Urteil vom 09.08.2018 hat das OLG Frankfurt a.M. das unter dem Gesichtspunkt der unlauteren Behinderung nach der Rechtsprechung des BGH bestehende Verbot, Arbeitnehmer zum Zweck der Abwerbung – über eine erste Kontaktaufnahme hinaus – an ihrem Arbeitsplatz anzurufen, ausgeweitet. Das Verbot besteht auch für Anrufe unter einer Mobilfunknummer, soweit der Anrufer sich nicht zu Beginn des Gesprächs vergewissert hat, dass der Arbeitnehmer sich nicht an seinem Arbeitsplatz oder sonst bei der Arbeit befindet.

Die Parteien streiten um Unterlassungsansprüche wegen unlauterer telefonischer Mitarbeiterabwerbung. Beide Parteien sind bundesweit tätige Personaldienstleistungsunternehmen. Ein Mitarbeiter der Antragsgegnerin kontaktierte einen Mitarbeiter der Antragstellerin innerhalb einer Woche siebenmal auf dessen privatem Handy, um ihm eine Arbeitsstelle bei der Antragsgegnerin anzubieten.

Das OLG Frankfurt a.M., 6 U 51/18, hat das vorausgegangene Urteil des Landgerichts bestätigt und hierbei nachfolgende Orientierungssätze aufgestellt:

Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch ist rechtmäßig und findet seine Grundlage in §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4, 8 UWG, da wettbewerbswidrige Abwerbversuche von Arbeitnehmern als gezielte Behinderung im Sinn von § 4 Nr. 4 UWG anzusehen sind.

a) Das Abwerben von Mitarbeitern eines anderen Unternehmens ist als Teil des freien Wettbewerbs grundsätzlich erlaubt, auch zwischen Mitarbeitern auf demselben Absatzmarkt. Ein Unternehmen kann durch Abwerbmaßnahmen gegenüber den eigenen Arbeitnehmern unzumutbar beeinträchtigt werden, wenn die Ungestörtheit der Betriebsabläufe beeinträchtigt wird.

Direktansprache am Arbeitsplatz z.B. durch einen Anruf, ist unter Beachtung der unterschiedlichen Interessen nicht unzumutbar, wenn er der ersten kurzen Kontaktaufnahme dient. Ein solches Gespräch darf nur wenige Minuten andauern und bei Interesse des angerufenen Arbeitnehmers darf inhaltlich die offenstehende Stelle nur knapp skizziert werden.



Folgekontakte am Arbeitsplatz hingegen sind wettbewerbsrechtlich unzulässig. Der Arbeitgeber muss zwar als Folge des freien Wettbewerbs hinnehmen, dass Mitarbeiter abgeworben werden, sein durch Art. 2 I, 12 I GG geschütztes Recht auf wirtschaftliche Betätigungsfreiheit wird aber unzumutbar beeinträchtigt, wenn er unbeschränkt dulden muss, dass zum Zweck der Abwerbung Mittel seines Betriebs in Anspruch genommen werden und der Arbeitsablauf in seinem Betrieb gestört wird. Durch den Anruf des Abwerbenden wird der angesprochene Mitarbeiter während der Arbeitszeit von seiner Tätigkeit für das Unternehmen abgehalten.

- b) Von diesen Erwägungen besteht kein Anlass abzuweichen soweit der Mitarbeiter auf seinem privaten Mobiltelefon angerufen wird. Der Arbeitgeber muss nicht unbegrenzt tolerieren, dass sein Arbeitnehmer während der Arbeitszeit Abwerbversuchen ausgesetzt ist, die sich als Eingriff in seinen Betrieb darstellen.*
- c) Dem anrufenden Abwerber ist unter Abwägung der rechtlich geschützten Interessen des Arbeitgebers und auch des Arbeitnehmers zumutbar, zu Beginn des Gesprächs nachzufragen, ob der Arbeitnehmer sich am Arbeitsplatz befindet, um beziehungsweise dann den oben genannten Anforderungen zu genügen und eine Belästigung der Betriebsabläufe zu vermeiden.*

2)

Zum Verbot der unbefugten Verwertung von Betriebsgeheimnissen

Mit Urteil vom 22.03.2018 hat sich der BGH mit dem Thema der unberechtigten Verwertung von Betriebsgeheimnissen beschäftigt (BGH, Urteil vom 22.03.2018, IZR 118/16). Die Klägerin ist eine Gesellschaft des Fresenius-Medical-Care-Konzerns und vertreibt Dialyse-Filter. Die Hohlfasern, die in diesen Dialyse-Filtern verwendet werden, werden auf speziellen Spinnanlagen hergestellt. Die Produktion der Fasern in den Spinnanlagen erfolgt mit Hilfe von Düsenblöcken, auf welche Düsen (Düsenkörper) verbaut sind. Die Faserspinnanlagen verkauft die Klägerin nicht an außerhalb des Konzernverbands stehende Dritte.

Die Beklagte zu 1) stellt her und vertreibt Faserspinnanlagen zur Produktion synthetischer Hohlfasern für Dialyse-Filter. Der Beklagte zu 2) ist Chemiker, der über die Herstellung von Kohlenstoff-, Hohl- und PAN-Fasern promoviert hat. Er war in der Zeit von 1982 bis 1989 bei einem Wettbewerber der Klägerin mit der Herstellung von Lösungsspinnanlagen befasst. Von November 1990 bis Juni 1993 war der bei der Rechtsvorgängerin der Klägerin als Produktionsleiter für den Bereich Membranherstellung beschäftigt. In diesem Zusammenhang hatte er Zugang zu technischen Zeichnungen und Datensätzen der Rechtsvorgängerin der Klägerin. In seinem Arbeitsvertrag war er zur Geheimhaltung verpflichtet. Das Arbeitsverhältnis des Beklagten zu 2) wurde durch einen Auflösungsvertrag mit Stillschweigensverpflichtung im Sommer



1993 beendet. Seit Juli 1993 ist er für die Beklagte zu 1) als deren Geschäftsführer tätig. 1996 bot die Beklagte zu 1) erstmals eine Faserspinnanlage mit 128 Düsen und im Jahr 2004 erstmals eine Hohlfasermembranspinnanlage mit 1536 Fäden auf dem Markt an.

Die Klägerin macht geltend, die Beklagten hätten diese Hohlfaserspinnanlagen mit 1536 Fäden unter Verwendung von Konstruktionszeichnungen, Plänen und anderen Informationen der Klägerin unzulässig nachgebaut. Sie sieht darin eine rechtswidrige Verwertung von Betriebsgeheimnissen sowie einen Verstoß gegen die vertragliche Geheimhaltungsvereinbarung und ist gegen die Beklagte gerichtlich vorgegangen. Das LG hat beiden Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln verboten, Faserspinnanlagen des Typs „.....“ herzustellen, anzubieten und/oder in den Verkehr zu bringen. Das LG hat die Beklagten außerdem zur Auskunftserteilung verurteilt und die Verpflichtung zum Schadenersatz festgestellt. Die Berufung der Beklagten war erfolgreich, während nach Revisionseinlegung der BGH der Klägerin recht gab und nachfolgende Leitsätze aufgestellt hat:

- *Ein auf Unterlassung des Herstellens, Anbietens und in Verkehrsbringens einer technischen Anlage gerichteter Klageantrag, der auf das Verbot der unbefugten Verwertung von Betriebsgeheimnissen gem. § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG gestützt ist, ist hinreichend bestimmt, wenn sich das vom Kläger begehrte Verbot gegen eine konkrete Verletzungsform richtet, auch wenn er keine verbale Beschreibung der Umstände enthält, aus denen der Kläger eine Rechtsverletzung herleitet.*
- *Die konkreten Maße und Anordnungen von Düsenkörpern und Düsenblöcken einer Hohlfasermembranspinnanlage, die in Konstruktionsplänen und im Endprodukt selbst verkörpert sind, kommen als Betriebsgeheimnis im Sinn von § 17 UWG in Betracht.*
- *Für den Schutz als Betriebsgeheimnis kommt es darauf an, ob die maßgebliche Tatsache, mag sie auch zum Stand der Technik gehören, nur mit einem großen Zeit- oder Kostenaufwand ausfindig, zugänglich und dem Unternehmer damit nutzbar gemacht werden kann. Danach können Konstruktionspläne, in denen Maße und Anordnungen technischer Bauteile einer Maschine verkörpert sind und deren Erstellung einen erheblichen Aufwand erfordert, als Betriebsgeheimnis geschützt sein.*
- *Liegen einem ausgeschiedenen Mitarbeiter während der Beschäftigungszeit angefertigte schriftliche Unterlagen – z.B. in Form privater Aufzeichnungen oder in Form einer auf dem privaten Computer abgespeicherten Datei – vor und entnimmt er ihnen ein Betriebsgeheimnis seines früheren Arbeitgebers, verschafft er sich damit dieses Geheimnis auch dann unbefugt i.S.v. § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG, wenn er aufgrund seiner Ausbildung und Erfahrung in der Lage ist, das als Verletzung des Betriebsgeheimnisses beanstandete Verhalten ohne Nutzung dieser Unterlagen vorzunehmen.*



Zur Begründung führt der BGH Nachfolgendes aus:

Ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis ist jede im Zusammenhang mit einem Geschäftsbetrieb stehende Tatsache, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis bekannt ist und nach dem Willen des Betriebsinhabers geheim gehalten werden soll. Der Geheimnischarakter einer Tatsache ist auch dann nicht offenkundig, wenn diese einem unter Umständen auch größeren Personenkreis zugänglich war. Insbesondere wird der Geheimnischarakter im allgemeinen nicht dadurch aufgehoben, dass Vorgänge in einem Produktionsbetrieb den dort Beschäftigten bekannt werden.

Grundsätzlich darf ein ausgeschiedener Mitarbeiter, die während der Beschäftigungszeit erworbenen Kenntnisse auch später unbeschränkt verwenden, wenn er keinem Wettbewerbsverbot unterliegt. Dies bezieht sich allerdings nur auf Informationen, die der frühere Mitarbeiter in seinem Gedächtnis bewahrt hat. Ein ausscheidender Mitarbeiter ist nicht berechtigt, sein erlangtes Wissen durch die Mitnahme oder Entwendung von Konstruktionsunterlagen aufzufrischen, zu sichern und als in diesen Unterlagen verkörpertes Know-How für eigene Zwecke zu bewahren und weiter zu verwenden.

Arbeitsrecht

1) Kein Verwertungsverbot für offene Videoüberwachung am Arbeitsplatz

Die Speicherung von Bildsequenzen aus einer zulässigen offenen Videoüberwachung, die vorsätzliche Handlungen eines Arbeitnehmers zu Lasten des Eigentums des Arbeitgebers zeigen, wird nicht durch bloßen Zeitablauf unverhältnismäßig, solange die Rechtsverfolgung durch den Arbeitgeber materiellrechtlich möglich ist. Dies hat das BAG in seinem Urteil vom 23.08.2018, 2 ARZ 133/18, zu dem nachstehenden Sachverhalt entschieden.

Die klagende Arbeitnehmerin war seit 2006 in einem vormals von dem Beklagten betriebenen Tabak- und Zeitschriftenhandel mit angeschlossener Lotto-Annahmestelle beschäftigt. Der Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis vom 13.08.2016 fristlos wegen begangener Straftaten.

Dagegen hat sich die Klägerin rechtzeitig mit einer Feststellungsklage gewehrt. Der Beklagte meint, die Kündigung sei als Tat-, jedenfalls aber als



Verdachtskündigung gerechtfertigt. Bei einer stichprobenartigen Ermittlung der Warenaufschläge sei ein Schwund an Tabakprodukten festgestellt worden. Deshalb wurden für zwei Arbeitstage die Aufzeichnungen der in der Filiale installierten Videokamera ausgewertet. Die Videoüberwachung sei offen erfolgt und habe dem Schutz des Eigentums des Beklagten vor Straftaten sowohl durch Dritte als auch durch eigene Arbeitnehmer gedient. Bei der Auswertung hat sich gezeigt, dass die Klägerin in mehreren Fällen das beim Verkauf von Tabakwaren eingenommene Geld nicht in die Registrierkasse gelegt hat, sondern selbst vereinnahmt hat.

Die Klägerin hatte behauptet, nicht ordnungsgemäß zu den Vorfällen angehört worden zu sein. Der Beklagte hat aber dargelegt, dass die Klägerin vor Übergabe des Kündigungsschreibens von zwei Mitarbeiterinnen zu den Vorgängen auf den Videoaufzeichnungen befragt wurde aber lediglich erklärt habe, „nichts gemacht“ zu haben.

Der Beklagte verlangte in Form einer Widerklage deshalb auch die Kosten für die Auswertung der Videoaufzeichnung in Höhe von € 430,56 sowie die durch die Unterschlagungen verursachten Schäden in Höhe von € 44,75 ersetzt.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Mit der Revision verfolgte der Beklagte seine Anträge weiter. In der Revision wurde die Abweisung der Widerklage bestätigt, andererseits hat das BAG entgegen der Vorinstanzen die Rechtmäßigkeit der Kündigung des Beklagten festgestellt.

Orientierungssätze:

- 1. § 32 I 1 BDSG aF stellt auch für die Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen Daten eines Beschäftigten, die der Arbeitgeber durch eine Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume erlangt hat, eine eigenständige, von den Voraussetzungen des § 6 b III BDSG aF unabhängige Erlaubnisnorm dar (Rn. 23).*
- 2. Die Speicherung von Videosequenzen, die geeignet sind, den mit einer zulässigen Videoüberwachung verfolgten Zweck zu fördern, bleibt, weil es sich regelmäßig um die „zuverlässigsten“ Erkenntnis- und Beweismittel handelt, grundsätzlich erforderlich, bis der Zweck entweder erreicht oder aufgegeben oder nicht mehr erreichbar ist. Die Eignung zur Zweckförderung beurteilt sich objektiv. Sie besteht oder besteht nicht und unabhängig davon, ob die verantwortliche Stelle sie erkannt hat (Rn. 27).*
- 3. Der rechtmäßig gefilmte Vorsatztäter ist nicht schutzwürdig, was die Aufdeckung und Verfolgung seiner – materiell-rechtlich noch verfolgbaren – Tat anbelangt, („Datenschutz ist Tatenschutz“). Er wird dies auch nicht durch reinen Zeitablauf. Andernfalls denaturierte die Inanspruchnahme des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in dem al-*



leinige Zweck, den Täter vor der Verantwortung für vorsätzliches rechtswidriges Tun zu bewahren (Rn. 30).

4. *Sind Videosequenzen, die vorsätzliches Verhalten zulasten der anderen Partei zeigen, nur aufgrund der Gefahr eines Missbrauchs zu löschen, führt der Verstoß gegen die Löschpflicht nicht zu einem Verwertungsverbot im Zivilprozess, Aspekte der Generalprävention bedingen zumindest im Fall einer offenen Videoüberwachung kein anderes Ergebnis (Rn. 35).*
5. *Das Gericht muss – nur dann von Amts wegen prüfen, ob ein Verwertungsverbot eingreift, wenn entsprechende Anhaltspunkte dazu Anlass geben und die betreffende Partei nicht wirksam darauf verzichtet hat, die – mögliche – Grundrechtsverletzung geltend zu machen (Rn. 17).*
6. *Eine ordnungsgemäße Anhörung vor Ausspruch einer Verdachtskündigung kann auch vorliegen, wenn der Arbeitgeber, ohne dass dies für den Arbeitnehmer erkennbar wäre, entschlossen ist, das Arbeitsverhältnis unabhängig von der Einlassung des Arbeitnehmers („in jedem Fall“) zu kündigen. An einer ordnungsgemäßen Anhörung fehlt es allerdings, wenn dem Arbeitnehmer der Eindruck vermittelt wird, er könne die Kündigung durch etwaige Erklärungen ohnehin nicht mehr abwenden (Rn. 48).*

2)

Nachträgliche Zulassung einer Kündigungsschutzklage

Das BAG hat sich in einem Urteil vom 25.04.2018 mit den Voraussetzungen einer nachträglichen Klagezulassung bei längerer Ortabwesenheit eines Arbeitnehmers befasst. (BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 493/17).

Der Kläger und Arbeitnehmer war bei der Beklagten mehrjährig als Chefarzt beschäftigt. Rechtsverbindliche Erklärungen wurden dem Arbeitnehmer persönlich übergeben oder per Einschreiben an dessen Wohnanschrift versandt. Seit der Beauftragung eines Prozessbevollmächtigten informierte die Beklagte zusätzlich diesen durch Übersendung einer Kopie. Später bat der Prozessbevollmächtigte des Klägers den Prozessbevollmächtigten der Beklagten unter Vorlage einer Vollmacht zu veranlassen, alle für den Kläger bestimmten Schreiben ausschließlich an ihn zuzustellen.

Im Dezember 2013 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis, stellte die Kündigung an die Wohnanschrift des Klägers zu und unterrichtete parallel dessen Prozessbevollmächtigten. Der Kläger nahm danach eine Beschäftigung im Ausland auf und vermietete sein Wohnhaus in Deutschland. Sein Name verblieb auf dem Briefkasten, während sein Mieter angewiesen wurde, die Post ungeöffnet einmal im Monat nachzuschicken und ihn über Einschreiben unverzüglich per whatsapp zu informieren. Im Mai 2016 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger vorsorglich erneut per



Einwurf-Einschreiben in den Briefkasten des Klägers, der Prozessbevollmächtigte des Klägers wurde hierüber nicht informiert. Der Kläger erlangte bei einem Deutschlandaufenthalt unmittelbar nach Ablauf der 3-Wochenfrist für die Klageerhebung Kenntnis von der Kündigung und erhob Kündigungsschutzklage mit dem Antrag der nachträglichen Zulassung.

Der Antrag auf nachträgliche Zulassung wurde in allen drei Instanzen abgewiesen, wobei das BAG folgende Leitsätze aufstellte:

- 1. Eine verkörperte Willenserklärung geht unter Abwesenden im Sinne von § 130 I 1 BGB zu, sobald sie in verkehrüblicher Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Empfängers gelangt ist und für diesen unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit besteht, von ihr Kenntnis zu nehmen. Zum Bereich des Empfängers gehören von ihm vorgehalten Empfangseinrichtungen wie ein Briefkasten (Rn. 15).*
- 2. Ein im Sinne von § 242 BGB treuwidriges Berufen auf den Zugang einer Willenserklärung kommt nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht. Der Begriff des Zugangs im Rechtssinne gem. § 130 I 1 BGB stellt bereits das Ergebnis einer im Interesse des rechtssicheren Rechtsverkehrs vorgenommenen Abwägung zwischen dem Transportrisiko aufseiten des Erklärenden und dem Kenntnisnahmerisiko aufseiten des Empfängers dar (Rn. 18).*
- 3. Einem Arbeitnehmer ist es im Sinne von § 5 I 1 KSchG zumutbar, eine Person seines Vertrauens damit zu beauftragen, die in einen von ihm an seiner bisherigen Wohnanschrift vorgehaltenen Briefkasten gelangende und für ihn bestimmte Post regelmäßig zu öffnen und ihn oder einen zur Wahrnehmung seiner Rechte beauftragten Dritten zeitnah über ihren Inhalt zu informieren oder sie an einen zu ihrer Öffnung und Wahrung seiner Rechts bevollmächtigten Dritten weiterleiten zu lassen, wenn er sich nicht nur – wie im Falle einer urlaubsbedingten Abwesenheit von bis zu sechs Wochen – vorübergehend im Ausland aufhält (Rn. 29).*

3)

Ausschlussfrist – Hemmung wegen Vergleichsverhandlungen

Am 20.06.2018 hat das BAG, 5 AZR 262/17, entschieden, dass arbeitsvertragliche Ausschlussfristen, solange die Parteien vorgerichtliche Vergleichsverhandlungen führen, gehemmt sind, d.h. der Zeitraum, währenddessen die Ausschlussfrist gehemmt ist, wird in die Ausschlussfrist nicht eingerechnet. Dies erfolgt in entsprechender Anwendung des § 203 Satz 1 BGB.

Die Parteien streiten über die Vergütung von Überstunden und Urlaubsabgeltung.



Der Kläger war bis zum 31.07.2015 bei dem Beklagten beschäftigt. Der schriftliche Arbeitsvertrag der Parteien enthält eine 2-stufige Ausschlussfristenregelung mit einer jeweiligen 3-monatigen Geltendmachungsfrist.

Mit Schreiben vom 14.09.2015 forderte der Kläger vom Beklagten die Abgeltung von 32 Urlaubstagen mit einem Gesamtbetrag von € 6.387,52. Der Beklagte lehnte mit Schreiben vom 28.09.2015 die Ansprüche ab, wies aber darauf hin, dass er eine einvernehmliche Lösung anstrebe. Am 28.10.2015 nahm der vom Kläger beauftragte Rechtsanwalt mit dem Rechtsanwalt des Beklagten Kontakt auf, um eine einvernehmliche Lösung anzustreben. Die Vergleichsverhandlungen dauerten bis zum 25.11.2015, blieben jedoch erfolglos.

Der Kläger hat daraufhin seine Ansprüche mit einer am 21.01.2016 eingereichten Klage weiterverfolgt. Der Beklagte hat gemeint, die Ansprüche des Klägers seien wegen nicht rechtzeitiger gerichtlicher Geltendmachung verfallen. Sowohl das Arbeitsgericht als auch das Landesarbeitsgericht hatten die Klage wegen Versäumen der Ausschlussfrist abgewiesen. Das BAG kam in seiner Entscheidung zu dem Ergebnis, dass die Revision des Klägers begründet sei und stellte dabei folgende Orientierungssätze auf:

- *Vergleichsverhandlungen schweben im Sinn des § 203 Satz 1 BGB bereits dann, wenn eine der Parteien Erklärungen abgibt, die der jeweils anderen die Annahme gestatten, der Erklärende lasse sich auf Erörterungen über die Berechtigung des Anspruchs oder dessen Umfang ein.*
- *Der Zeitraum währenddessen Vergleichsverhandlungen andauern, wird entsprechend § 209 BGB in eine Ausschlussfrist, die eine gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs verlangt, nicht eingerechnet. Dagegen findet die Ablaufhemmung des § 203 Satz 2 BGB auf arbeitsvertragliche Ausschlussfristen keine entsprechende Anwendung.*

Zur Begründung war ausgeführt worden, dass der Kläger mit der am 21.01.2016 anhängig gemachten Klage die zweite Stufe der arbeitsvertraglichen Verfallklausel gewahrt hat. Zwar sei die Frist der gerichtlichen Geltendmachung rechnerisch am 28.12.2015 abgelaufen. Wegen der schwebenden Vergleichsverhandlungen war diese Frist jedoch für die Dauer dieser Verhandlungen in entsprechender Anwendung des § 203 Satz 1 BGB gehemmt.



4)

Anhörung des Arbeitnehmers als Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Verdachtskündigung und Anforderungen an deren Inhalt und Ausgestaltung

Das BAG hat mit Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17, wieder einmal zu den Anforderungen an eine Verdachtskündigung Stellung bezogen.

Sachverhalt:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung. Die Klägerin war seit 1991 bei der Beklagten, einer kommunalen Sparkasse, beschäftigt, zuletzt als Kassiererin. Bei der Beklagten bestand die Anweisung, dass Bargeldbestellungen anhand eines Cash-Management-Systems für den nächsten Geschäftstag zu prüfen und freizugeben sind. Die von der Bundesbank angelieferten Geldbehälter (P-Behälter) waren im 4-Augenprinzip zu öffnen und der Geldbetrag vor seiner Verbuchung zu überprüfen. Am 27.05.2015 bestellte die Klägerin bei der Deutschen Bundesbank € 115.000,00 in 50-Euro-Scheinen. Das Cash-Management-System der Beklagten hatte eine Bestellung in Höhe von lediglich € 48.000,00, davon € 30.000,00 in 50-Euro-Scheinen, vorgeschlagen.

Am 28.05.2015 quittierte die Klägerin den Empfang der Lieferung und die Unversehrtheit der Plombe des P-Behälters. Die Klägerin öffnete den angelieferten Behälter alleine. Etwa 20 Minuten nach der Anlieferung rief sie einen Kollegen herbei und teilte ihm mit, sie habe in dem P-Behälter lediglich Babynahrung und Waschmittel gefunden. Die Kriminalpolizei durchsuchte noch am 28.05.2015 ergebnislos die Wohnungen der beiden Geldboten. Eine gründliche Untersuchung der Geschäftsstelle erfolgte ohne Ergebnis am Folgetag. An diesem Tag untersuchte auch die Kriminalpolizei die Wohnung der Klägerin. Im Kleiderschrank fanden sie € 2.900,00 in einem Schmuckkästchen weitere € 200,00 jeweils in 50-Euro-Scheinen. Am 29.06.2015 öffnete die Kriminalpolizei das Bankschließfach der Klägerin in der Hauptstelle der Beklagten. Dort befanden sich in einem mit dem Namen der Tochter der Klägerin beschrifteten Umschlag € 14.800,00, in einem mit „Mama“ beschrifteten Umschlag € 16.000,00 und in einem unbeschrifteten Umschlag weitere € 6.200,00. Es konnte nach einem Gutachten des LKA sichergestellt werden, dass die bei der Geldlieferung verwendete Plombe keine Spuren aufwies, die auf eine Manipulation hingedeutet haben könnte.



Nach Erkenntnissen der Staatsanwaltschaft verfügten die Klägerin und ihr Ehemann im Jahre 2015 über ein durchschnittliches Einkommen in Höhe von etwa € 3.900,00 monatlich. Ausweislich des Abschlussberichts der Kriminalpolizei ergaben die Konten der Klägerin, ihres Ehemanns und ihrer Mutter, für die sie ebenfalls verfügungsberechtigt war, einen Gesamtschuldenstand von mehr als € 100.000,00. Zwischen Juni 2015 und Februar 2016 seien 82 Bareinzahlungen in Höhe von insgesamt € 33.322,03 auf die Konten der Klägerin und ihrer Angehörigen erfolgt. Die Einzahlungen wurden stets von der Klägerin selbst und allein durchgeführt. Die Beklagte hat gemeint, die Klägerin habe die Veruntreuung von € 115.000,00 begangen, jedenfalls sei sie dieser Tat dringend verdächtig, da sie die Herkunft der von ihr eingezahlten Geldbeträge auf Befragung nicht darlegen konnte. Das LAG meinte, es könne nicht mit Sicherheit davon ausgegangen werden, dass die Klägerin am 27. oder 28.05.2015 € 115.000,00 veruntreut habe. Diese Würdigung des LAG hielt einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

Das BAG stellte hierzu nachfolgende Leitsätze auf:

- *Für die volle richterliche Überzeugungsbildung nach § 286 Abs. 1 ZPO ist ausreichend, dass ein für das praktische Leben brauchbarer Grad an Gewissheit erreicht ist, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig ausschließen zu müssen.*
- *Soll ein Vortrag mittels Indizien bewiesen werden, hat das Gericht zu prüfen, ob es die vorgetragene Hilfstatsache – deren Richtigkeit unterstellt – von der Wahrheit der Haupttatsache überzeugen kann. Es hat die insoweit maßgebenden Umstände vollständig und verfahrensrechtlich einwandfrei zu ermitteln und alle Beweisanzeichen erschöpfend zu würdigen. Die wesentlichen Grundlagen der Überzeugungsbildung sind nach § 286 Abs. 1 Satz 2 ZPO nachvollziehbar darzulegen. Dies erfordert keine ausdrückliche Auseinandersetzung mit allen denkbaren Gesichtspunkten. Die Urteilsgründe müssen aber erkennen lassen, dass überhaupt eine sachentsprechende Beurteilung stattgefunden hat. Es genügt nicht allein durch formelhafte Wendungen ohne Bezug zu den konkreten Fallumständen zum Ausdruck zu bringen, das Gericht sei von der Wahrheit einer Tatsache überzeugt oder nicht überzeugt.*
- *Die vorherige Anhörung des Arbeitnehmers ist – anders als bei der sogenannten Tat Kündigung – Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Verdachtskündigung gem. § 626 BGB. Das folgt aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die Annahme, dass für eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unabdingbares Vertrauen sei bereits aufgrund des Verdachts eines erheblichen Fehlverhaltens des Arbeitnehmers zerstört, ist zumindest solange nicht gerechtfertigt, wie der Arbeitgeber die zumutbaren Mittel zur Aufklärung des Sachverhalts nicht ergriffen hat. Dazu gehört es insbesondere, dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Verdachtsmomenten zu geben, um dessen Einlassungen bei der Entscheidungsfindung berücksichtigen zu können. Versäumt der Arbeitgeber dies, kann er sich im Prozess nicht auf den Verdacht eines pflichtwidrigen Verhaltens des Arbeitnehmers berufen.*



- *Die Anhörung des Arbeitnehmers hat im Zuge der gebotenen Aufklärung des Sachverhalts zu erfolgen. Der erforderliche Umfang und damit auch ihre Ausgestaltung richten sich nach den Umständen des Einzelfalls. Dabei ist ein objektiver Maßstab aus Sicht eines verständigen Arbeitnehmers zugrunde zu legen. Die Anhörung muss einerseits nicht in jeder Hinsicht den Anforderungen genügen, die an eine Anhörung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 BetrVG gestellt werden. Andererseits reicht es nicht aus, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer lediglich mit einer allgemein gehaltenen Wertung konfrontiert. Der Arbeitnehmer muss vielmehr erkennen können, zur Aufklärung welchen Sachverhalts ihm Gelegenheit gegeben werden soll. Er muss die Möglichkeit haben, bestimmte, zeitlich und räumlich eingegrenzte Tatsachen gegebenenfalls zu bestreiten oder den Verdacht entkräftende Tatsachen aufzuzeigen, um so zur Aufhellung der für den Arbeitgeber im Dunkeln liegenden Geschehnisse beizutragen.*

5)

Zur Vergütung von Reisezeiten bei Auslandsentsendung hat das BAG eine Entscheidung am 17.10.2018, 5 AZR 553/17, gefällt, die praktische Relevanz hat. Eine schriftliche Urteilsbegründung liegt noch nicht vor, jedoch ist die Pressemitteilung veröffentlicht und wir geben sie nachstehend wieder:

Entsendet der Arbeitgeber den Arbeitnehmer vorübergehend zur Arbeit ins Ausland, sind die für Hin- und Rückreise erforderlichen Zeiten wie Arbeit zu vergüten. Der Kläger ist bei dem beklagten Bauunternehmen als technischer Mitarbeiter beschäftigt und arbeitsvertraglich verpflichtet, auf wechselnden Baustellen im In- und Ausland zu arbeiten. Vom 10. August bis zum 30. Oktober 2015 war der Kläger auf eine Baustelle nach China entsandt. Auf seinen Wunsch buchte die Beklagte für die Hin- und Rückreise statt eines Direktflugs in der Economy-Class einen Flug in der Business-Class mit Zwischenstopp in Dubai. Für die vier Reisetage zahlte die Beklagte dem Kläger die arbeitsvertraglich vereinbarte Vergütung für jeweils acht Stunden, insgesamt 1.149,44 Euro brutto. Mit seiner Klage verlangt der Kläger Vergütung für weitere 37 Stunden mit der Begründung, die gesamte Reisezeit von seiner Wohnung bis zur auswärtigen Arbeitsstelle und zurück sei wie Arbeit zu vergüten. Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Klägers der Klage stattgegeben. Die Revision der Beklagten hatte vor dem Fünften Senat des Bundesarbeitsgerichts teilweise Erfolg. Entsendet der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer vorübergehend ins Ausland, erfolgen die Reisen zur auswärtigen Arbeitsstelle und von dort zurück ausschließlich im Interesse des Arbeitgebers und sind deshalb in der Regel wie Arbeit zu vergüten. Erforderlich ist dabei grundsätzlich die Reisezeit, die bei einem Flug in der Economy-Class anfällt. Mangels ausreichender Feststellungen des Landesarbeitsgerichts zum Umfang der tatsächlich erforderlichen Reisezeiten des Klägers konnte der Senat in der Sache nicht abschließend entscheiden und hat sie deshalb unter Aufhebung des Berufungsurteils zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

6)

Eine weitere Entscheidung mit Praxisbezug betrifft das Urteil zur **Verzugs-
pauschale**. Am 25.09.2018, 8 AZR 26/18, hat das BAG zu der im BGB nie-



dergelegten Verzugspauschale von € 40,00 abschließend Stellung bezogen und den Anfall einer solchen Verzugspauschale im Arbeitsrecht abgelehnt. Hierzu die nachstehende Pressemitteilung:

Die Parteien streiten in der Revision noch über die Zahlung von Pauschalen nach § 288 Abs. 5 BGB.

Der Kläger ist langjährig bei der Beklagten beschäftigt. Er hat diese auf Zahlung rückständiger Besitzstandszulagen für die Monate Mai bis September 2016 in Anspruch genommen. Zudem hat er von der Beklagten wegen Verzugs mit der Zahlung der Besitzstandszulage für die Monate Juli bis September 2016 die Zahlung von drei Pauschalen à 40,00 Euro nach § 288 Abs. 5 BGB verlangt. Insoweit hat er die Ansicht vertreten, § 288 Abs. 5 BGB sei auch im Arbeitsrecht anwendbar. Die Beklagte hat demgegenüber im Wesentlichen eingewandt, § 288 Abs. 5 BGB sei im Arbeitsrecht gemäß § 12a ArbGG ausgeschlossen. Zudem lägen die Voraussetzungen des § 288 Abs. 5 BGB nicht vor, da sie sich nicht schuldhaft in Verzug befunden habe.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Die Revision der Beklagten, mit der diese sich gegen ihre Verurteilung zur Zahlung der Pauschalen nach § 288 Abs. 5 BGB wendet, war vor dem Achten Senat des Bundesarbeitsgerichts erfolgreich. Der Kläger hat keinen Anspruch auf die geltend gemachten Pauschalen. Zwar findet § 288 Abs. 5 BGB grundsätzlich auch in Fällen Anwendung, in denen sich der Arbeitgeber mit der Zahlung von Arbeitsentgelt in Verzug befindet. Allerdings schließt § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG als spezielle arbeitsrechtliche Regelung nicht nur einen prozessualen Kostenerstattungsanspruch wegen erstinstanzlich entstandener Beitreibungskosten, sondern auch einen entsprechenden materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch und damit auch den Anspruch auf Pauschalen nach § 288 Abs. 5 BGB aus.

7)

Das Landesarbeitsgericht Nürnberg hat mit einer Entscheidung, die zu gewissen Arbeitserleichterungen führt, Klarheit geschaffen. Es ging um die Aushändigung einer Arbeitsbescheinigung gem. § 312 SGB III. Das LAG lässt insoweit eine Kopie genügen und hat folgenden Orientierungssatz in einer Entscheidung vom 27.09.2018, 2 Ta 107/18, festgehalten:

Für die Erfüllung des Anspruchs des Arbeitnehmers auf Aushändigung der Arbeitsbescheinigung nach § 312 SGB III genügt die Übermittlung einer Kopie des unterschriebenen Originals.

8)

Mit der Erklärung „You don't need a ticket“ hat ein Busfahrer der Berliner Verkehrsbetriebe zwar den Fahrpreis, den ein Fahrgast ihm gegeben hat, vereinnahmt, das Ticket allerdings nicht ausgehändigt. Der Kunde hatte sich daraufhin bei der BVG beschwert und diese hatte einen Sonderprüfer eingesetzt, der den Fahrer beobachtete und dabei feststellte, dass innerhalb kurzer Zeit der Busfahrer Geld für insgesamt 4 Tickets von auswärtigen Fahrgästen vereinnahmt aber keine Tickets ausgedruckt hat und die Kunden



durchgewunken hatte. Daraufhin war das Arbeitsverhältnis durch den Arbeitgeber fristlos gekündigt worden. Die hiergegen erhobene Klage hatte nach Einvernahme des eingesetzten Prüfers, der den Sachverhalt in der geschilderten Weise aufgedeckt hatte, keinen Erfolg und die fristlose Kündigung war deshalb auch zweitinstanzlich für rechtswirksam erklärt worden (vgl. LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16.08.2018, 10 Sa 469/18).

9)

Das LAG Niedersachsen hatte sich mit einer Zahlungsklage eines wegen **Alters diskriminierten** Bewerbers zu befassen. Im konkreten Falle hatte ein Arbeitgeber die Bewerbung eines Altersrentners um eine ausgeschriebene Stelle mit Hinweis auf dessen Rentnerstatus bereits im Bewerbungsverfahren zurückgewiesen. Dieser hat daraufhin eine Zahlungsklage wegen Verstoßes gegen § 7 Abs. 1 AGG erhoben und Recht erhalten. Das LAG Niedersachsen (Urteil vom 01.08.2018, 17 Sa 1302/17) hat eine unmittelbare Benachteiligung des Bewerbers erkannt und festgehalten, dass ein Verstoß gegen das Verbot der Altersdiskriminierung zu verzeichnen ist.

10)

Im Zusammenhang mit **Massenentlassungen** werden immer wieder Fehler gemacht, deren Vermeidung teuer werden kann. Das LAG Baden-Württemberg hat mit Urteil vom 21.08.2018, 12 Sa 17/18, ausgeführt, dass die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber gem. § 134 BGB i.V.m. § 17 KSchG unwirksam ist, bevor die Massenentlassungsanzeige bei der Agentur für Arbeit eingegangen ist. Bei der Definition der Kündigungserklärung wird davon ausgegangen, dass eine solche dann vorliegt, wenn das Kündigungsschreiben unterzeichnet ist. Auf einen Zugang dieser Erklärung beim Arbeitnehmer kommt es nicht an.

Verkehrsrecht

1)

Ist ein Taschenrechner ein elektronischen Gerät im Sinne von § 23 Abs. 1 a StVO?

Bekanntermaßen ist es nicht erlaubt, ein elektronisches Gerät während der Fahrt zu benutzen (vgl. § 23 Abs. 1 a StVO). Das OLG Oldenburg hat sich in einem Beschluss vom 25.06.2018, 2 Ss (Owi) 175/18, hiermit befasst und Folgendes zur Kenntnis gegeben: „Ein Taschenrechner ist kein elektronisches Gerät, das der Kommunikation, Information oder Organisation bzw. der Un-



terhaltselektronik oder der Ortsbestimmung dient und fällt daher nicht unter § 23 Abs. 1 a StVO.“

2) „Ich bremse auch für Tauben“

Das Amtsgericht Dortmund hat sich mit einem Schaden befasst, den ein Auf-fahrender geltend machte, weil der vor ihm fahrende Verkehrsteilnehmer, nachdem beide Fahrzeuge hintereinander an einer Grünampel angefahren waren, auf das kurz danach wegen einer auf der Fahrbahn befindlichen Taube abbremsende Fahrzeug auffuhr. Der auffahrende Verkehrsteilnehmer hat 80% des entstandenen Schadens (Totalschaden in einem Umfang von € 2.500,00) geltend gemacht und darauf verwiesen, dass ein Abbremsen nicht ohne zwingenden Grund zu verzeichnen war und damit der Auffahrende den Schaden ersetzt verlangen kann. Hierzu folgender Leitsatz:

1. *Das Bremsen für eine Taube unmittelbar nach dem Anfahren an einer Ampel erfolgt nicht ohne zwingenden Grund und stellt keinen Verstoß gegen § 4 Abs. 1 Satz 2 StVO dar.*
2. *Alleine weil es sich bei einer Taube um ein Kleintier handelt, kann nicht verlangt werden, das Tier zu überfahren.*
3. *Das Töten eines Wirbeltiers stellt nach §§ 4 I, 18 I Nr. 5 TierSchG grundsätzlich eine Ordnungswidrigkeit dar. Art. 20 a GG ist bei der Anwendung der Vorschriften der StVO zu berücksichtigen.*
4. *Der Auffahrende hat in einer solchen Konstellation allein für den Schaden aufzukommen.*

Mietrecht

Der BGH hat für Vermieter eine interessante Entscheidung getroffen und sich mit einer fristlosen, hilfsweise fristgemäßen Zahlungsverzugskündigung befasst (vgl. BGH Urteil vom 19.09.2018, VIII ZR 231/17).

In diesem Falle war ein Mieter in Verzug mit der Bezahlung der Miete geraten und zwar für einen Zeitraum von mehr als zwei Monaten. Wegen dieses eingetretenen Zahlungsverzuges wurde eine außerordentliche fristlose Kündigung verbunden mit der Aufforderung zur Räumung und Herausgabe der Wohnung ausgesprochen. In der gleichen Kündigung war „rein vorsorglich und hilfsweise“ die ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses zum nächst



zulässigen Zeitpunkt ausgesprochen worden. Nach Zugang der Kündigung hat der Mieter dann die ausstehende Miete angewiesen und der Kündigung widersprochen. Das Amtsgericht Berlin-Pankow hatte der Räumungsklage wegen der hilfsweise ausgesprochenen ordentlichen Kündigung stattgegeben, das Rechtsmittelgericht (Landgericht Berlin) hat die Klage abgewiesen und ausgeführt, dass die bereits einmal zugegangene fristlose Kündigung (die im Nachhinein keine Wirkung wegen der Zahlung entfaltete) das Mietverhältnis (zunächst) beendet habe und deshalb die vorsorglich erklärte weitere ordentliche Kündigung gar nicht haben wirken können. Der BGH hat dies korrigiert und folgende Leitsätze hierzu aufgestellt:

- 1. Durch § 569 III Nr. 2 S. 1 BGB hat der Gesetzgeber die gesetzliche Fiktion geschaffen, dass im Fall einer rechtzeitigen Schonfristzahlung oder Verpflichtungserklärung einer öffentlichen Stelle die zuvor durch eine wirksam erklärte fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs (§ 543 II 1 Nr. 3 BGB) bewirkte Beendigung des Mietverhältnisses rückwirkend als nicht eingetreten gilt. Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 569 III Nr. 2 S. 1 BGB entfallen damit nicht nur für die Zukunft die durch die fristlose Kündigung ausgelösten Räumungs- und Herausgabeansprüche, sondern das Mietverhältnis ist als ununterbrochen fortbestehend zu behandeln.*
- 2. Ein Vermieter, der eine fristlose Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses wegen Zahlungsverzugs (§ 543 II 1 Nr. 3 BGB) hilfsweise oder vorsorglich mit einer ordentlichen Kündigung (§ 573 I, II Nr. 1 BGB) verknüpft, bringt bei der gebotenen Auslegung seiner Erklärungen zum Ausdruck, dass die ordentliche Kündigung in allen Fällen Wirkung entfalten soll, in denen die zunächst angestrebte sofortige Beendigung des Mietverhältnisses aufgrund einer – entweder schon bei Zugang des Kündigungsschreibens gegebenen oder nachträglich gem. § 543 II 3 BGB (unverzögliche Aufrechnung durch den Mieter) oder gem. § 569 III Nr. 2 BGB (Schonfristzahlung oder behördliche Verpflichtung) rückwirkend eingetretenen – Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung fehlgeschlagen ist.*
- 3. Ob sich der Vermieter, namentlich wenn er auf einen erstmaligen, zur fristlosen Kündigung berechtigenden Zahlungsrückstand binnen weniger Tage die fristlose, hilfsweise die ordentliche Kündigung des langfristig beanstandungsfrei geführten Mietverhältnisses erklärt, treuwidrig verhält, indem er nach promptem Zahlungsrückstandsausgleich (respektive Aufrechnung des Mieters oder Verpflichtungserklärung der zuständigen Stelle) an seiner hilfsweise ordentlichen Kündigung – deren Berechtigung unterstellt – festhält, ist in Ansehung sämtlicher Umstände des Einzelfalls zu erklären.*

Aufgrund der Hinweise im Leitsatz 3 bedarf es immer einer eingehenden Abwägung.