

Luther.



FOKUS
Corona-
Kurzarbeit
und Brexit

Newsletter Arbeitsrecht

4. Ausgabe 2020

Inhalt

Corona-Kurzarbeit: Risiken und Abgrenzung zur betriebsbedingten Kündigung	4
Brexit – Folgen im Arbeitsrecht	6
 ■ URTEILSBESPRECHUNGEN	
Widerruf einer Versorgungszusage wegen wirtschaftlicher Notlage durch Gesamtzusage	8
Erneut Vorlagebeschlüsse an den EuGH: Eine neverending Story des Urlaubverfalls?	10
Verletzung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats durch eine Duldung von Überstunden	11
Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Einstellung von Leiharbeitnehmern	13
Kündigungsfrist für Geschäftsführer-Dienstverträge	15
Auskunftsanspruch über Vermittlungsvorschläge bei Geltendmachung von Annahmeverzugslohn	16
 ■ RECHTSPRECHUNG IN KÜRZE	
Außerordentliche Kündigung wegen Löschung von Daten in erheblichem Umfang	19
Kein Anspruch auf Erbringung der Tätigkeit im Homeoffice oder auf ein Einzelbüro	19
Geschäftsgeheimnisse in Form von privaten Notizen des Arbeitnehmers	20
Keine Pflicht der Arbeitgeberin zur ausschließlichen Kommunikation auf Deutsch	20
Entschädigungsanspruch aufgrund der Frage nach der Konfessionszugehörigkeit	21
Keine Diskriminierung im Interessenausgleich und Sozialplan wegen Bezugnahme auf die Lohnsteuerkarte	22
 ■ ALLGEMEINE HINWEISE	
Autoren dieser Ausgabe	23
Veranstaltungen, Veröffentlichungen und Blog	24

Liebe Leserinnen und Leser,

Weihnachten steht vor der Tür. Dies ist für gewöhnlich die Zeit für fröhliche Lieder, die Weihnachtsgans und unsere Weihnachtsausgabe des Newsletters. Auch wenn wir in diesem Jahr aufgrund der schwierigen Umstände ein besonderes Weihnachtsfest erleben, so können wir Ihnen zumindest – wie gewohnt – unseren Newsletter als Lektüre unter den Christbaum legen.

Die Weihnachtsausgabe unseres Newsletters befasst sich mit dem aktuell sehr praxisrelevanten Thema der Kurzarbeit und ihre Abgrenzung zur betriebsbedingten Kündigung. Zudem beleuchten wir das spannende Thema Brexit. Was sind die für Arbeitgeber im Arbeitsrecht zu beachtenden Folgen?

Daneben erhalten Sie natürlich auch mit dieser Ausgabe den gewohnten Überblick über aktuelle Entscheidungen der Arbeitsgerichte, die aus unserer Sicht für die Personalarbeit von besonderer Relevanz sind.

Für uns alle wird Weihnachten dieses Jahr ein neues, ungewohntes Fest. Wir wünschen Ihnen trotz der schwierigen Umstände eine friedliche und besinnliche Weihnachtszeit, geruhsame Tage zwischen den Jahren sowie ein glückliches, gesundes und erfolgreiches neues Jahr 2021, mit wieder mehr Begegnungen, mehr Gemeinschaftlichkeit und mehr Hoffnung!

Kommen Sie gut ins neue Jahr und bleiben Sie gesund!

Ihr

Achim Braner



Corona-Kurzarbeit: Risiken und Abgrenzung zur betriebsbedingten Kündigung

Das Kurzarbeitergeld ist eines der wichtigsten Instrumente zur Überwindung der aktuellen Corona-Krise. Indem der Staat einen Teil der Lohnkosten übernimmt, hilft er, Arbeitsplätze zu erhalten und Unternehmen zu entlasten. Im November 2020 befanden sich nach Schätzungen des Instituts für Wirtschaftsforschung (ifo) circa 2 Mio. Arbeitnehmer in Kurzarbeit. Es ist damit zu rechnen, dass diese Zahl im bevorstehenden „harten Lockdown“ kräftig zulegt. Die Bundesregierung hat die Bezugsdauer für Kurzarbeitergeld für Betriebe, die mit der Kurzarbeit bis zum 31. Dezember 2020 begonnen haben, auf bis zu 24 Monate verlängert, längstens bis zum 31. Dezember 2021.



Mit fortschreitendem Bezug des Kurzarbeitergelds tritt aber auch der Blick auf die Risiken wieder stärker in den Vordergrund. Sukzessive prüft die Agentur für Arbeit, ob jeweils die sozialversicherungsrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen gegeben sind. Im weiteren Zeitverlauf stellen sich wegen immer größerer langfristiger wirtschaftlicher Schwierigkeiten vor allem aber vermehrt Abgrenzungsfragen zur betriebsbedingten Kündigung. Kann überhaupt betriebsbedingt gekündigt werden, solange Kurzarbeitergeld bezogen wird und was sind die Folgen betriebsbedingter Kündigungen für den Bezug von Kurzarbeitergeld?

Überblick zum Kurzarbeitergeld

Kurzarbeit ist die vorübergehende Kürzung der betriebsüblichen normalen Arbeitszeit wegen Mangels an Arbeit bei entsprechender Minderung der Entgeltansprüche. Das Kurzarbeitergeld ersetzt einen Teil des Entgelts, der in Folge des Arbeitsausfalls nicht erarbeitet und ausgezahlt werden kann. Ohne das Kurzarbeitergeld läge das Wirtschaftsrisiko beim Arbeitgeber. Könnte er seine Mitarbeiter wegen der Corona-Krise nicht beschäftigen, würde er nach § 615 Satz 1 BGB den vollen Annahmeverzugslohn

schulden. Davon entlastet ihn das Instrument der Kurzarbeit. Das Kurzarbeitergeld deckt die sog. „Nettoentgeltdifferenz“ zwischen dem bisherigen „Soll-Entgelt“ und dem nach Reduzierung von Arbeitszeit verbleibenden „Ist-Entgelt“ in Höhe von 60 % bzw. bei Arbeitnehmern mit Kindern 67 % ab. Schon in der Finanzkrise 2008/2009 hat sich das Kurzarbeitergeld hervorragend bewährt, damit Unternehmen ihre Belegschaft behalten können, um nach Ende der Krise wieder voll „durchzustarten.“

Anspruchsvoraussetzungen für das Kurzarbeitergeld

§ 95 Satz 1 SGB III nennt vier Anspruchsvoraussetzungen, zunächst einen sog. erheblichen Arbeitsausfall mit Entgeltausfall im Sinne von § 96 SGB III, dann die Erfüllung betrieblicher und persönlicher Voraussetzungen gemäß §§ 90, 98 SGB III sowie schließlich die Anzeige des Arbeitsausfalls gemäß § 99 Abs. 1 Satz 1 SGB III bei der Agentur für Arbeit, in deren Bezirk sich der Betrieb befindet. Die Anforderungen an den „erheblichen Arbeitsausfall“ hat die Bundesregierung im Rahmen der Corona-Krise durch die Kurzarbeitergeldverordnung deutlich abgesenkt (KuGV - Bundesgesetzblatt 2020 I, 595; bis zum 31. Dezember 2021 verlängert für Betriebe, die bis zum 31. März 2021 mit der Kurzarbeit begonnen haben). Nach § 1 Nr. 1 KuGV, liegt ein erheblicher Arbeitsausfall schon dann vor, wenn mindestens 10 % der beschäftigten Arbeitnehmer mehr als 10 % Entgeltausfall haben.

Hierbei genügt, dass diese Voraussetzung entweder im Betrieb oder der Betriebsabteilung gegeben ist (§ 97 SGB III). Gemäß § 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB III ist zentrale Voraussetzung eines erheblichen Arbeitsausfalles, dass dieser „vorübergehend“ ist. Das ist dann der Fall, wenn aus der ex-ante-Betrachtung eine konkrete Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass in absehbarer Zeit wieder zur Vollarbeit übergangen werden kann. Besteht umgekehrt keine solche Wahrscheinlichkeit, dass die Arbeitsplätze erhalten bleiben, gibt es auch keinen Anspruch auf Kurzarbeitergeld. Daher ist es vor allem bei längerer Beantragung der Bezugsdauer wichtig, dass bereits bei der Anzeige konkret dargelegt wird, worauf sich die Erwartung stützt, dass der Arbeitsausfall vorübergehend (und nicht endgültig) sein wird. Wie immer kommt es dabei am Ende auf die konkreten Umstände an.

Im Zuge der Corona-Krise müssten daher Umstände dargelegt werden, die darauf schließen lassen, dass innerhalb eines bestimmten Zeitraums wieder zur Vollarbeit

übergegangen werden kann. Als Anhaltspunkt für diesen Zeitraum kann man sich an der Bezugsdauer für Kurzarbeitergeld orientieren.

Abgrenzung zur betriebsbedingten Kündigung

Weitere Voraussetzung gemäß § 98 Abs. 1 Nr. 2 SGB III ist für den Bezug von Kurzarbeitergeld, dass das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt oder durch Aufhebungsvereinbarung aufgelöst ist.

Der Zweck von Kurzarbeitergeld ist es gerade, Arbeitsplätze zu erhalten. Kurzarbeitergeld und betriebsbedingte Kündigungen schließen sich daher – von ihren Voraussetzungen her betrachtet – gegenseitig aus. Liegen die Voraussetzungen für Kurzarbeitergeld vor, fehlt es an dem für eine Beendigungskündigung notwendigen endgültigen Wegfall des Arbeitsplatzes. Die Kündigung wäre daher unwirksam. Liegen dagegen die Voraussetzungen für eine betriebsbedingte Kündigung vor, kann kein Kurzarbeitergeld bezogen werden. Der Arbeitsausfall ist dann nämlich nicht vorübergehend, sondern endgültig.

Das heißt allerdings nicht, dass der Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung generell während der Kurzarbeit nicht möglich wäre; sie steht nur dem Bezug von Kurzarbeitergeld im Weg. Gleichzeitig trifft den Arbeitgeber in diesem Fall eine gesteigerte Darlegungslast vor dem Arbeitsgericht, weshalb der Beschäftigungsbedarf endgültig und nicht nur vorübergehend weggefallen ist. Gerade in der Corona-Krise fällt die Abgrenzung der Voraussetzungen von Kurzarbeitergeld und betriebsbedingten Kündigungen schwer. Die gefragte prognostische Entscheidung, ob der Wegfall von Aufgaben „vorübergehend“ oder „dauerhaft“ sein wird, lässt sich ohnehin meist nicht klar treffen und kann sich im zeitlichen Verlauf auch schnell wieder ändern. Einfacher wird es auch dadurch nicht, dass man sich dabei an der Bezugsdauer für Kurzarbeitergeld orientieren soll. Sie beträgt grundsätzlich zwölf Monate, ist aber durch Rechtsverordnung auf bis zu 24 Monate verlängert worden (siehe oben). Damit bleibt nur der Weg größtmöglicher Vorsicht, die jeweilige Höchstbezugsdauer zu Grunde zu legen.

Es liegt auf der Hand, dass eine Prognose für so lange Zeiträume in den meisten Fällen schwer fallen wird. Bei jeder Verlängerung der Höchstbezugsdauer sollten bereits angestellte Prognosen jedenfalls erneut geprüft und auf die neue Höchstbezugsdauer aktualisiert werden. Un-

abhängig davon ist es generell in der Praxis so, dass sich eine bereits angestellte Prognose schnell ändern kann, indem z. B. geänderte Umstände (nunmehr) nahelegen, dass der Ausfall der Arbeit (doch) endgültig ist. In diesem Fall muss der Arbeitgeber der Agentur für Arbeit anzeigen, dass der Arbeitsausfall nicht mehr nur vorübergehend ist.

Die Folge wäre dann, dass Kurzarbeitergeld nicht mehr bezogen werden kann. Der Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung ist dann möglich, sofern die hierfür bestehenden Voraussetzungen gegeben sind. Sofern im jeweiligen Betrieb eine Betriebsvereinbarung existiert, die eine Reduzierung der Arbeitszeit ermöglicht, kann der Arbeitgeber gehalten sein, wegen des „ultima-ratio“-Charakters der betriebsbedingten Kündigung, zunächst diese Möglichkeit voll auszuschöpfen (so BAG, Urteil vom 23. März 2012, NJW 2012, 2747 f.).

Arbeitgeber müssen sich in jedem Fall darauf einstellen, dass der Begründungsaufwand zur Frage des dauerhaften Wegfalls von Arbeitsaufgaben bei streitigen Auseinandersetzungen um betriebsbedingte Kündigungen steigen wird. Problematisch kann es dabei vor allem sein, wenn der Arbeitgeber zunächst für den betreffenden oder vergleichbare Arbeitnehmer Kurzarbeitergeld beantragt und somit einen nur vorübergehenden Arbeitsausfall zu Grunde gelegt hat.

Nach den fachlichen Weisungen der BA entfällt die Grundlage für die Gewährung des Kurzarbeitergelds jedenfalls dann, sobald der Arbeitgeber konkrete Umsetzungsschritte, etwa für eine Stilllegung des Betriebes oder einen Personalabbau einleitet. Das kann z. B. der Ausspruch von Kündigungen oder der Abschluss von Interessenausgleichsverhandlungen mit endgültigen Namenslisten sein (siehe fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld der BA, Gliederungspunkt 2.5 (Ziff. 96.19 ff.)). In diesem Stadium sollte der Arbeitgeber darauf achten, dass seine Maßnahmen nicht als Indizien für einen endgültigen Ausfall der Arbeit gedeutet werden können.

Autor

Prof. Dr. Robert von Steinau-Steinrück
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Berlin

Brexit – Folgen im Arbeitsrecht

Der zwischen der EU und Großbritannien vereinbarte Brexit-Übergangszeitraum endet am 31. Dezember 2020. Daher stellt sich die Frage, welche Regelungen im Arbeitsrecht, Aufenthaltsrecht und Sozialversicherungsrecht nach Ablauf des Übergangszeitraums gelten. Der nachfolgende Beitrag gibt einen Überblick über die ab dem 1. Januar 2021 geltende Rechtslage und zu erwartenden Hindernisse. Die Ausführungen stehen indes unter dem Vorbehalt, dass die EU und Großbritannien nicht doch „in letzter Sekunde“ eine Einigung treffen.

Ende des Übergangszeitraums

Aufgrund des zwischen der EU und Großbritannien (einschließlich Nordirland) geschlossenen „Abkommens über den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der europäischen Atomgemeinschaft“ (Austrittsabkommen) werden die Folgen des Austritts aus der Europäischen Union (EU), der bereits zum 31. Januar 2020 stattgefunden hat, zunächst für einen Übergangszeitraum abgemildert. Daher wird Großbritannien für den Übergangszeitraum bis zum 31. Dezember 2020 grundsätzlich weiterhin wie ein Mitgliedstaat behandelt. Im deutschen Recht ist dies durch das Brexit-Übergangsgesetz (BrexitÜG) umgesetzt worden. Dies gewährleistet beiderseits weiterhin die Arbeitnehmerfreizügigkeit, die Niederlassungsfreiheit für Selbstständige sowie die Dienstleistungsfreiheit, wenn beispielsweise Arbeitnehmer aus Drittstaaten in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats oder Großbritanniens entsandt werden. Die im Austrittsabkommen vorgesehene Frist für dessen Verlängerung um längstens zwei Jahre endete bereits am 30. Juni 2020. Eine Vereinbarung zwischen EU und Großbritannien für die Zeit nach Ablauf des Austrittsabkommens ist derzeit nicht in Sicht, sodass sich die Frage stellt, welche Regelungen nach dem Übergangszeitraum gelten.

Fortgeltung bestehender Aufenthaltsrechte

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit gibt einem Arbeitnehmer die Möglichkeit, in jedem anderen Mitgliedsstaat, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt, eine Arbeit aufzunehmen und auszuüben, und zwar unter den gleichen Voraussetzungen wie ein Angehöriger dieses Staates. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit beinhaltet auch ein Gleichbehandlungsgebot und Diskriminierungsverbote sowie Regelungen zur Anerkennung von Berufsqualifikationen.

Für Unionsbürger und britische Staatsangehörige sowie deren jeweiligen Familienangehörigen bleibt eine bereits vor Ablauf des Übergangszeitraums ausgeübte Arbeitnehmerfreizügigkeit in dem jeweils anderen Gebiet erhalten. Arbeitnehmer, die bereits vor Ablauf des Übergangszeitraums eine Beschäftigung in dem jeweils anderen Gebiet ausüben, dürfen diese daher auch nach Ablauf des Übergangszeitraums fortsetzen. Im Hinblick auf das Aufenthaltsrecht ist in diesem Fall nach Ablauf von fünf Jahren auch nach dem Ende des Übergangszeitraums die Erlangung eines Rechts auf Daueraufenthalt möglich.



Für Arbeitnehmer hingegen, die erst ab dem 1. Januar 2021 eine Beschäftigung in dem jeweils anderen Gebiet aufnehmen möchten, gilt das allgemeine Einwanderungsrecht. So werden britische Staatsangehörige künftig in der EU wie Drittstaatsangehörige behandelt und umgekehrt. Falls zwi-

schen der EU und Großbritannien kein Abkommen zustande kommt, bleibt abzuwarten, ob in dem jeweiligen nationalen Recht Erleichterungen auch nach Ablauf des Übergangszeitraums geschaffen werden.

Grenzüberschreitender Mitarbeiterereinsatz

Zwar gelten Aufenthaltsrecht und Arbeitnehmerfreizügigkeit, die bereits vor Ablauf des Übergangszeitraums ausgeübt wurden, auch nach dessen Ablauf fort. Diese Grundfreiheiten erstrecken sich jedoch nicht auf die Dienstleistungsfreiheit, die unter anderem innerhalb der EU die Entsendung von Arbeitnehmern unter erleichterten Voraussetzungen ermöglicht, selbst wenn die betreffenden Arbeitnehmer aus Drittstaaten kommen. Dies bedeutet insbesondere, dass nach dem Ablauf des Übergangszeitraums die Arbeitnehmerentsenderichtlinie (RL 96/71/EG und Änderungsrichtlinie 2018/957/(EG)) keine Anwendung auf entsandte Arbeitnehmer aus Großbritannien in die EU oder entsandte Arbeitnehmer aus der EU nach Großbritannien finden wird. Auch hier bleibt abzuwarten, ob Freizügigkeitsabkommen zwischen Großbritannien und den einzelnen Mitgliedsstaaten geschlossen werden oder ob die jeweiligen Bestimmungen des nationalen Rechts maßgeblich sind.

Auswirkungen Sozialversicherungsrecht

Im Sozialversicherungsrecht droht bei Entsendungen ein Rückfall auf das deutsch-britische Sozialversicherungsabkommen aus dem Jahr 1960. Nach Ablauf des Übergangszeitraums gelten die Verordnungen zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, insbesondere die Verordnung VO (EU) Nr. 883/2004, nicht mehr für britische Staatsangehörige in der EU oder EU-Staatsangehörige in Großbritannien. Das deutsch-britische Sozialversicherungsabkommen regelt indes die sozialversicherungsrechtliche Behandlung entsandter Arbeitnehmer nur lückenhaft. So enthält es keine Regelungen zur Arbeitslosen- und Pflegeversicherung und gilt auch nur für einen engeren Personenkreis. Da das Sozialversicherungsabkommen zwischenzeitlich weitgehend bedeutungslos war, stellt sich auch die grundlegende Frage, ob dieses wieder auflebt.

Lediglich für den Fall, dass eine Entsendebescheinigung (A1-Bescheinigung) bis zum 31. Dezember 2020 ausgestellt wurde, kommt es zu einer Fortgeltung dieser Bescheinigung über den 31. Dezember 2020 für die Dauer ihrer Gültigkeit hinaus.

Arbeitnehmermitbestimmung

Regelungsbedarf entsteht nach Ablauf des Übergangszeitraums auch in dem Fall, dass britische Arbeitnehmervertreter im europäischen Betriebsrat (EBR) oder in Betriebsräten einer Societas Europaea (SE) vertreten sind. Während des Übergangszeitraums ändert sich hieran nichts, da Großbritannien weiterhin als Mitgliedstaat der EU gilt (Art. 127 Abs. 6 Austrittsabkommen sowie § 1 BrexitÜG). Nach dem Übergangszeitraum stellt sich die Frage, ob Großbritannien dem europäischen Wirtschaftsraum (EWR) beitreten wird, sodass die Regelungen zur Arbeitnehmermitbestimmung weiterhin ohne Einschränkungen gelten können (§ 3 Abs. 2 SEBG bzw. § 2 Abs. 3 EBRG).

Arbeitnehmerdatenschutz

Auch die Anforderungen, die grenzüberschreitend tätige Unternehmen beim Arbeitnehmerdatenschutz einhalten müssen, können betroffen sein. Die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO), die in allen EU-Mitgliedsstaaten seit dem 25. Mai 2018 unmittelbar wirkt, differenziert bei der Übermittlung personenbezogener Daten ins Ausland zwischen EU-Mitgliedsstaaten und Drittländern. Danach wird eine Datenübermittlung in andere Mitgliedsstaaten der EU einer Datenübermittlung im Inland gleichgesetzt. Für die Übermittlung personenbezogener Arbeitnehmerdaten in Drittländer besteht indes nach Art. 44 Abs. 1 DS-GVO ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Dieser Unterschied ist bei der Übermittlung und Verarbeitung personenbezogener Daten in Großbritannien nach Ablauf des Übergangszeitraums zu beachten.

Fazit

Arbeitnehmer von europäischen Mitgliedstaaten, die sich bereits in Großbritannien aufhalten, oder umgekehrt, behalten ihren Status mit dem Ablauf des Übergangszeitraums. Soll eine Beschäftigung in dem jeweils anderen Gebiet jedoch neu aufgenommen werden oder sind Angehörige von Drittstaaten betroffen, sind starke Einschränkungen zu erwarten. Auch im Übrigen sind aufgrund der engen Verflechtung des nationalen Rechts mit dem Recht der Mitgliedstaaten viele Fragen offen, falls eine Regelung über die zukünftigen Rechtsbeziehungen von EU und Großbritannien nicht getroffen werden kann.

Autorin

Martina Ziffels

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Hamburg

■ URTEILSBESPRECHUNGEN

Widerruf einer Versorgungszusage wegen wirtschaftlicher Notlage durch Gesamtzusage

Die Ablösung einer betrieblichen Altersversorgung, die durch Gesamtzusage erteilt wurde, kann nicht nur durch eine Betriebsvereinbarung, sondern auch durch eine anderweitige arbeitsvertragliche Einheitsregelung wie eine Gesamtzusage erfolgen.

BAG, Beschluss vom 23.06.2020 – 3 AZN 442/20

Der Fall

Die Beklagte betreibt eine Klinik, in der die Klägerin seit 1981 als Krankenschwester beschäftigt ist. Ein Betriebsrat ist in dem Beschäftigungsbetrieb der Klägerin nicht gebildet. Die auf das Arbeitsverhältnis kraft individualvertraglicher Bezugnahme anwendbaren tarifvertraglichen Regelungen sehen keine Leistungen zur betrieblichen Altersversorgung vor. Die Rechtsvorgängerin der Beklagten hat ihren Arbeitnehmern – darunter die Klägerin – eine Gesamtzusage erteilt, wonach eine arbeitgeberfinanzierte betriebliche Altersversorgung nach einer Versorgungsordnung von 1978 gewährt wird. Die Beklagte stellte im November 2017 einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung, welches am 1. März 2018 eröffnet wurde. Mit Schreiben vom 27. März 2018 widerrief die Beklagte die Gesamtzusage zur betrieblichen Altersversorgung wegen der wirtschaftlichen Situation und der Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Sie teilte ihren Arbeitnehmern mit, dass bestehende Versorgungsanswartschaften in der bis zum 31. März 2018 erdienten Höhe bestehen bleiben, sich jedoch nicht weiter erhöhen und keine weiteren Versorgungsanswartschaften hinzuerworben werden. In der Folge wurde das Insolvenzverfahren unter Abschluss eines Insolvenzplans beendet.

Die Klägerin klagte vor dem Arbeitsgericht erfolgreich gegen den Widerruf der Versorgungszusage. Die von der Beklagten hiergegen eingelegte Berufung hatte keinen Erfolg. Das LAG begründete seine Entscheidung unter anderem damit, dass seit der Streichung des früheren § 7 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 BetrVG des Widerrufs von Versorgungszusagen wegen wirtschaftlicher Notlage nicht mehr zulässig sei. Zudem nahm das LAG an, dass eine Gesamtzusage nicht einseitig im Wege einer Neuregelung durch den Arbeitgeber, sondern nur durch eine Betriebsvereinbarung abgelöst werden kann. Zudem liege keine Neuregelung, sondern ein vollständiger Widerruf künftiger Leistungen vor. Das LAG ließ in seinem Urteil die Revision nicht zu.

Daraufhin legte die Beklagte Nichtzulassungsbeschwerde ein und begründete diese damit, dass sich das LAG in einen Wertungswiderspruch zu den Änderungsmöglichkeiten von Versorgungszusagen mittels ablösender Betriebsvereinbarungen gesetzt habe.

Die Entscheidung

Das BAG hat die Nichtzulassungsbeschwerde als unzulässig verworfen, da die Beschwerdebegründung der Beklagten nicht hinsichtlich jeder die Entscheidung des LAG tragenden Begründung einen Zulassungsgrund aufzeigt. Stütze sich eine Entscheidung auf mehrere die Entscheidung jeweils tragende Gründe, könne einer Nichtzulassungsbeschwerde nur stattgegeben werden, wenn sie im Hinblick auf alle tragenden Begründungen zulässig und begründet ist. Dies ist nur möglich, wenn die Beschwerdebegründung für jede die Entscheidung tragende Begründung einen Zulassungsgrund aufzeigt.

Das LAG hat seine Entscheidung auf zwei tragende Begründungen gestützt: Zum einen hat es – gestützt auf Entscheidungen des 3. Senats (17. Juni 2003 – 3 AZR 396/02; 31. Juli 2007 – 3 AZR 373/06; 18. November 2008 – 3 AZR 417/07) – vertreten, ein Widerruf von Versorgungszusagen wegen wirtschaftlicher Notlagen sei nicht zulässig. Diese Entscheidungen ergingen jedoch zu laufenden Betriebsrenten und nicht zu zukünftigen Zuwächsen. Zum anderen hat das LAG angenommen, eine Gesamtzusage könne nicht durch einseitige Neuregelung des Arbeitgebers, sondern nur durch eine Betriebsvereinbarung abgelöst werden. Zudem liege keine Neuregelung sondern ein vollständiger Widerruf vor, so dass auch bei gegenteiliger Auffassung die Voraussetzungen eines Widerrufs nicht gegeben wären.

Die Nichtzulassungsbeschwerde hat keinen Zulassungsgrund im Hinblick auf die Ablösemöglichkeit der Gesamtzusage durch einseitige Arbeitgeberregelung enthalten. Das BAG musste die Nichtzulassungsbeschwerde daher als unbegründet verwerfen und nicht darüber entscheiden, ob vorliegend ausreichende wirtschaftliche Gründe für den Widerruf der Versorgungszusage für die Zukunft bestanden.

Unser Kommentar

Die Entscheidung ist prozessual nicht zu beanstanden. Da das BAG aufgrund der Revision über eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung (§ 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG), eine divergierend beantwortete Rechtsfrage (§ 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG) oder einen absoluten Revisionsgrund (§ 72 Abs. 2 Nr. 3 ArbGG) entscheiden soll, auf die die Begründung abstellt, muss die Nichtzulassungsbeschwerde hinsichtlich jeder die Entscheidung des LAG tragende Begründung zulässig und begründet sein. Wird mit der Nichtzulassungsbeschwerde nicht für jede tragende Begründung ein Zulassungsgrund aufgezeigt, ist die Beschwerde unzulässig.

Im Ergebnis ist die Unzulässigkeit der Nichtzulässigkeitsbeschwerde für die Beklagte doppelt ärgerlich. Die Beklagte hat nicht nur den Prozess verloren und muss der Klägerin (und weiteren Arbeitnehmern) die Versorgungszusage weiterhin gewähren, was eine erhebliche finanzielle Belastung darstellen wird. Das BAG hat zudem darauf hingewiesen, dass die Entscheidung des LAG der ständigen Rechtsprechung des BAG widerspricht. Das BAG hat bereits entschieden, dass eine Gesamtzusage grundsätzlich ablosungsoffen gegenüber einer neuen kollektiven Regelung ist. Diese kollektive Regelung kann sowohl eine Betriebsvereinbarung als auch eine vertragliche Einheitsregelung und damit auch eine Gesamtzusage sein (BAG, Urteil vom 11. Dezember 2018 – 3 AZR 380/17). Zudem hat das BAG mit der vorliegenden Entscheidung noch einmal klargestellt, dass sich die Entscheidungen zum Widerruf von Versorgungszusagen aus wirtschaftlichen Gründen lediglich auf bereits erdiente Anwartschaften oder laufende Betriebsrenten beziehen und nicht auf zukünftige Versorgungszuwächse, um die es bei dem von der Beklagten erklärten Widerruf geht. Bei Zulässigkeit der Nichtzulässigkeitsbeschwerde hätte daher durchaus die Möglichkeit bestanden, dass das BAG zugunsten der Beklagten entscheidet.

Autorin

Sandra Sfinis

**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Hamburg**

Erneut Vorlagebeschlüsse an den EuGH: Eine neverending Story des Urlaubsverfalls?

Der EuGH wird abermals eine richtlinienkonforme Auslegung des § 7 Abs. 3 BUrlG vornehmen müssen, denn das BAG hat im Juli 2020 gleich zwei Vorlagebeschlüsse (Az.: 9 AZR 401/19 (A) und Az.: 9 AZR 245/19 (A)) erlassen. In beiden Verfahren geht es um die Frage, ob ein Urlaubsanspruch nach Ablauf der 15-Monatsfrist auch dann verfällt, obgleich der Arbeitgeber seiner Hinweispflicht nicht nachgekommen ist und der Arbeitnehmer den Urlaub bis zum Eintritt des jeweiligen Ereignisses zumindest teilweise hätte nehmen können. Die beiden Fälle unterscheiden sich nur marginal. Dem einen Fall liegt eine volle Erwerbsminderung zugrunde, dem anderen eine praxisrelevante Langzeiterkrankung.

BAG, Beschluss vom 07.07.2020 – 9 AZR 245/19 (A)

Der Fall

Seit Ende 2014 bezog der schwerbehinderte Kläger befristet eine volle Erwerbsminderungsrente, die zuletzt bis August 2019 verlängert wurde. Der Kläger hatte seinen gesetzlichen Urlaubsanspruch 2014 nicht vollständig in Anspruch genommen, so dass nun streitig war, ob der im Jahr 2014 nicht genommene Urlaub nach Ablauf der 15-Monatsfrist verfallen ist. Die beklagte Arbeitgeberin hatte den Kläger weder aufgefordert, den Urlaub zu nehmen, noch auf den Urlaubsverfall hingewiesen. Aus gesundheitlichen Gründen sei der Kläger langandauernd außerstande gewesen, den Urlaub zu nehmen.

Die Arbeitgeberin vertritt den Standpunkt, dass der Urlaubsverfall gleichwohl nach Ablauf der 15-Monatsfrist eintrete und zwar unabhängig von der Erfüllung der arbeitgeberseitigen Mitwirkungsobliegenheiten.

Die Klage hatte weder vor dem ArbG Frankfurt a. M. (Urteil vom 13. Dezember 2016 – 3 Ca 8481/15) noch vor dem LAG Hessen (Urteil vom 7. März 2019 – 9 Sa 145/17) Erfolg.

Die Entscheidung

Das BAG stellt lehrbuchartig in dem Vorlagebeschluss gemäß Art. 267 AEUV die bisherige Urlaubsanspruchs-Kasuistik (Schultz-Hoff, KHS, King und MPI) unter richtlinienkonformen Auslegungen dar und erläutert die zwei streitentscheidenden Vorlagefragen. Für die Entscheidung, ob der Urlaub verfallen ist, müsse der EuGH klären, „ob das Unionsrecht den Verfall des Urlaubsanspruchs bei ununterbrochen fortbestehender voller Erwerbsminderung 15 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres oder ggf. einer längeren Frist auch dann gestattet, wenn der Arbeitgeber seine Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten nicht erfüllt hat und der Arbeitnehmer den Urlaub im Urlaubsjahr bis zum Eintritt der vollen Erwerbsminderung zumindest noch teilweise hätte nehmen können.“

Eine Verhinderung des Urlaubsverfalls und somit eine Begründetheit der klägerischen Ansprüche würde vorliegen, wenn das Unionsrecht auch im vorliegenden Fall von einer Hinweis- und Mitwirkungsobliegenheit des Arbeitgebers ausginge. Das BAG weist aber auch darauf hin, dass es grundsätzlich kein Recht auf ein unbegrenztes Ansammeln von Urlaubsansprüchen aus mehreren Bezugszeiträumen gäbe. Ein solches Ansammeln stünde vielmehr in Widerspruch zum Erholungszweck des Urlaubs.

Werde diese erste Frage bejaht, müsse die Anschlussfrage, ob der Verfall bei fortbestehender Erwerbsminderung auch zu einem späteren Zeitpunkt ausgeschlossen wäre, geklärt werden.

Unser Kommentar

Das Thema Urlaubsverfall ist weiterhin brisant und die beiden Vorlagebeschlüsse geben dem EuGH die Gelegenheit, das deutsche Urlaubsrecht nach den Entscheidungen Schultz-Hoff, KHS, King und MPI entscheidend weiterzuentwickeln.

Der eingeklagte Anspruch des Klägers hängt von einer richtlinienkonformen Auslegung des § 7 Abs. 3 BUrlG ab. Danach muss Urlaub binnen des Kalenderjahres genommen werden. Besteht ein persönlicher oder betrieblicher Übertragungs-

grund, verschiebt sich die zeitliche Grenze des Urlaubsanspruchs auf den 31. März des Folgejahres. Das Eingreifen dieser 15-Monatsfrist bei Arbeitsunfähigkeit steht und fällt aber mit der Erfüllung der Mitwirkungsobliegenheiten des Arbeitgebers.

Entscheidend wird bei den zwei Vorlageverfahren sein, ob der EuGH im vorliegenden Fall – mit Blick auf den Erholungszweck des Urlaubs – eine Ausnahme vom Grundsatz der Mitwirkungsobliegenheit bejaht. Insoweit werden sich die Richter in Luxemburg jedenfalls auch mit der Frage befassen müssen, ob es sich bei der Forderung nach einem arbeitgeberseitigen Urlaubsverfall-Hinweis lediglich um einen überflüssigen Formalismus handelt. Wir meinen in der zu entscheidenden Konstellation ja. Denn wenn ein Arbeitnehmer aufgrund einer vollen Erwerbsminderung oder einer Langzeiterkrankung objektiv nicht in der Lage ist, weder dem Hinweis des Arbeitgebers nachzukommen, noch den Urlaub zu nehmen, muss man sich fragen, wie sinnvoll der Hinweis des Arbeitgebers überhaupt sein kann. Bei seinen Überlegungen wird der EuGH ebenfalls mit einfließen lassen müssen, ob eine weitere Privilegierung des bereits einmal übertragenen Urlaubsanspruchs um 15 Monate europarechtskonform ist. Trotz der dann doppelten Übertragung des Urlaubsanspruchs mutmaßen wir, dass der EuGH abermals die unterbliebene Mitwirkungspflicht des Arbeitgebers für die Verneinung eines Urlaubsverfall bemühen und somit den Arbeitnehmerschutz in den Fokus der Entscheidung rücken wird.

Arbeitgebern kann daher aktuell weiterhin nur geraten werden, noch genauer und frühzeitig ihrer Hinweis- und Mitwirkungsobliegenheiten nachzukommen. Wir empfehlen, zumindest zweimal jährlich die Arbeitnehmer entsprechend zu informieren und die Hinweise zu Beweis Zwecken zu dokumentieren. Einmal zu Jahresbeginn und idealerweise ein weiteres Mal in der zweiten Jahreshälfte, also nach Entstehen des vollen Urlaubsanspruches. Es ist über den Resturlaubsbestand zu informieren, zur Inanspruchnahme aufzufordern und auf den drohenden Verfall hinzuweisen. Kommt der Arbeitgeber dem nicht nach, wird er nur schwerlich den Verfall von Urlaubsansprüchen bewirken können, zumindest wenn der EuGH – wie befürchtet – die Vorlagefragen zu Gunsten der Kläger beantworten wird.

Autorin

Katharina Gorontzi

**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Düsseldorf**

Verletzung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats durch eine Duldung von Überstunden

Die Duldung von Überstunden verletzt die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats, wenn hinreichende Anhaltspunkte für ein Untätigbleiben des Arbeitgebers und damit eine Hinnahme der Überstunden durch den Arbeitgeber bestehen.

BAG, Beschluss vom 28.07.2020 – 1 ABR 18/19



Der Fall

Bei der beklagten Arbeitgeberin bestanden für die verschiedenen Betriebsteile abweichende Schichtmodelle. Die tägliche Arbeitszeit in den Schichtmodellen beträgt acht Stunden. Bei zwei in der Frühschicht beschäftigten Mitarbeitern eines Betriebsteils waren im Zeiterfassungssystem wiederholt mehr als acht Stunden pro Arbeitstag erfasst worden. Der Betriebsrat beanstandete dies als Überstundenleistung und forderte die Arbeitgeberin auf, die Umstände aufzuklären und Gegenmaßnahmen zu ergreifen. Die Arbeitgeberin teilte hierauf mit, dass die beiden Arbeitnehmer versehentlich einem falschen

Schichtmodell zugeordnet und die Arbeitszeiten daher unzutreffend erfasst worden seien. Der Fehler sei behoben und mit den Mitarbeitern gesprochen worden. Als es in der Folge an zwei Tagen, an welchen Betriebsversammlungen stattgefunden hatten, zu einer Überschreitung der werktäglichen Arbeitszeit durch einen Teamleader gekommen war, leitete der Betriebsrat ein Beschlussverfahren ein und forderte von der Arbeitgeberin, es zu unterlassen, Überstunden zu dulden oder anzunehmen, ohne dass hierüber zuvor eine Einigung mit dem Betriebsrat herbeigeführt oder diese durch die Einigungsstelle ersetzt wurde. Das Arbeitsgericht wies den Antrag ab, das LAG gab dem Antrag statt.

Die Entscheidung

Das BAG wies die Beschwerde des Betriebsrats zurück. Es begründete seine Entscheidung damit, dass dem Betriebsrat ein allgemeiner Unterlassungsanspruch nach § 87 Abs. 1 BetrVG nicht zustehe. Es fehle an einem betriebsverfassungswidrigen Verhalten der Arbeitgeberin, das auch der Unterlassungsanspruch nach § 23 Abs. 3 BetrVG voraussetze. Liege ein kollektiver Tatbestand vor, seien die Anordnung und auch die Duldung von Überstunden der Arbeitnehmer nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG mitbestimmungspflichtig. Der kollektive Bezug sei nicht dadurch ausgeschlossen, dass vorübergehend die betriebsübliche Arbeitszeit nur einzelner Arbeitnehmer geändert werde. Auch in diesem Fall seien die kollektiven Interessen der Arbeitnehmer im Betrieb betroffen. Eine vorübergehende Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG sei gegeben, wenn das für einen bestimmten Arbeitstag regulär festgelegte Arbeitszeitvolumen überschritten werde. Würden die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nicht beachtet, so stehe dem Betriebsrat ein allgemeiner Unterlassungsanspruch zu. Im Falle von groben Verstößen des Arbeitgebers gegen die betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten ergebe sich ein Anspruch auf Unterlassung auch aus § 23 Abs. 3 BetrVG.

Nach Ansicht des BAG fehlte es im konkret zu entscheidenden Fall jedoch an einer Duldung von Überstunden durch die beklagte Arbeitgeberin. Von einer Duldung sei auszugehen, wenn der Arbeitgeber das gebotene Gegenhandeln unterlasse. Dies sei z. B. der Fall, wenn der Arbeitgeber über längere Zeit in Kenntnis der geleisteten Überstunden untätig bleibe und diese über längere Zeit hinweg hinnehme. Vorliegend fehle es aber an hinreichenden Anhaltspunkten für eine Duldung der Überstunden durch die Arbeitgeberin. Hinsichtlich der ersten beiden Verstöße seien nicht nur die Schichtendzeiten nicht beachtet worden, sondern auch Pausen und Schichtanfangszeiten, es habe ein beliebiges „Kommen“ und

„Gehen“ geherrscht. Dennoch habe einer der betroffenen Mitarbeiter sein Stundensoll nicht erreicht. Die Arbeitgeberin habe weder Überstunden vergütet, noch seien Hinweise darauf erkennbar, dass die Überschreitung der Arbeitszeiten auf Organisationsmängel zurückzuführen seien. Im Hinblick auf die Verstöße an den Tagen der beiden Betriebsversammlungen, fehle es an einer gewissen Permanenz und Redundanz, um auf ein Unterlassen der gebotenen Gegenmaßnahmen und damit eine Duldung schließen zu können. Es sei nicht erkennbar, dass es im Zusammenhang mit Betriebsversammlungen regelmäßig zu Überstundenleistungen komme.

Unser Kommentar

Der Entscheidung des BAG ist zuzustimmen. Allerdings macht sie deutlich, auf welch dünnem Eis sich Arbeitgeber bewegen, wenn das BAG betont, welch große Rolle die konkreten Umstände des Einzelfalles für die rechtliche Beurteilung einer etwaigen Duldung von Überstunden spielen. Nicht in jedem Fall ohne Zustimmung des Betriebsrats geleisteter Überstunden liegt zugleich eine Duldung der Überstunden durch den Arbeitgeber vor. Allerdings ist Arbeitgebern dringend anzuraten, die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG zu beachten und die Arbeitszeiten ihrer Mitarbeiter im Auge zu behalten, damit direkt gegengesteuert werden kann, sollte es doch einmal zu einer Leistung von Überstunden gekommen sein, ohne dass der Betriebsrat hierzu im Vorfeld sein Mitbestimmungsrecht ausgeübt hat.

Auch in betriebsratslosen Betrieben lohnt es sich jedoch, die Überstunden der Mitarbeiter nachzuhalten und einzugreifen, wenn die Anzahl der Überstunden ungeahnte Höhen erreicht. Zwar setzt der Anspruch auf eine Kompensation der Überstunden deren Anordnung durch den Arbeitgeber voraus. Hier liegt die Tücke aber im Detail, denn eine solche Anordnung kann auch stillschweigend erfolgen, wenn sich dies aus den weiteren Umständen ergibt. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Arbeitgeber die vom Arbeitnehmer geleistete Überstundenarbeit kennt und diese billigt oder ihre Leistung duldet. Vorsicht ist daher geboten, wenn Überstunden in der Gehaltsabrechnung Erwähnung finden. Dies kann ein Hinweis darauf sein, dass der Arbeitgeber die geleisteten Überstunden zumindest nachträglich gebilligt hat.

Autorin

Nadine Ceruti

**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Frankfurt a. M.**

Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Einstellung von Leiharbeitnehmern

§ 100 BetrVG ermöglicht es dem Arbeitgeber, ausgewählte personelle Maßnahmen wie z. B. eine Einstellung trotz fehlender Zustimmung des Betriebsrats vorläufig durchzuführen, wenn dies aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist. Eine Befreiung von der Beachtung weiterer Beteiligungsrechte des Betriebsrats ist hiermit allerdings nicht verbunden.

BAG, Beschluss vom 28.07.2020 – 1 ABR 45/18

Der Fall

Der Arbeitgeber – ein Logistikunternehmen – beschäftigt in seinem Lager bedarfsabhängig und zum Teil auch kurzfristig Leiharbeitnehmer. Als der Betriebsrat dem beabsichtigten Einsatz von 47 Leiharbeitnehmern für die Zeit vom 8. September bis 31. Oktober 2017 die Zustimmung nach § 99 BetrVG verweigerte, teilte der Arbeitgeber dem Betriebsrat mit, er werde die beabsichtigte personelle Maßnahme gemäß § 100 BetrVG vorläufig durchführen. Dementsprechend waren die vorbenannten Leiharbeitnehmer im zuvor dargestellten Zeitraum im Lager des Arbeitgebers zu den in einer Betriebsvereinbarung vereinbarten Schichtzeiten tätig. Hiergegen wandte sich der Betriebsrat sowohl mit einstweiligen Verfügungs- als auch einem Hauptsacheverfahren. Er begehrte die Unterlassung des Einsatzes von Leiharbeitnehmern im Lager des Arbeitgebers, sofern und soweit keine Einigkeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat über die Zuordnung der Leiharbeitnehmer zu den in der Betriebsvereinbarung festgelegten Schichten erfolgt ist. Andernfalls werde sein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG verletzt.

Die Entscheidung

Weder Arbeits- noch Landesarbeitsgericht sahen sowohl im einstweiligen Verfügungs- noch im Hauptsacheverfahren die Beteiligungsrechte des Betriebsrats als verletzt an, sodass dessen Unterlassungsanträge hier jeweils keinen Erfolg hatten. Das Bundesarbeitsgericht jedoch hat dem Unterlassungsantrag im Hauptsacheverfahren stattgegeben. Durch den Einsatz der Leiharbeitnehmer habe der Arbeitgeber das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG verletzt.

Die Zuordnung der Leiharbeitnehmer zu den in der Betriebsvereinbarung festgelegten Schichten unterfalle als

Festlegung der konkreten Lage und der Verteilung der Arbeitszeit sowie der Pausen dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG. Das bei einer – und sei es nur kurzzeitigen – Beschäftigung eines Leiharbeitnehmers in einem Entleiherbetrieb dem dortigen Betriebsrat zustehende Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG greife auch hinsichtlich neu eingestellter (Leih-)Arbeitnehmer. Insoweit fehle es weder an einem kollektiven Tatbestand noch werde das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 BetrVG durch die Mitwirkungsrechte des Betriebsrats in den personellen Angelegenheiten verdrängt. Es komme auch nicht darauf an, ob der Arbeitgeber einen „Schichtplan“ aufstelle.

Insbesondere laufe § 100 BetrVG bei einer „Einstellung in einen Schichtbetrieb mit Dauerschichtdienst“ nicht leer. Die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten nach § 99 BetrVG einerseits und in sozialen Angelegenheiten nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG andererseits bezögen sich auf unterschiedliche Regelungsgegenstände. Dementsprechend gälten für sie jeweils eigene Konfliktlösungsmechanismen. Die durch § 100 BetrVG vermittelte Gestattung zur Durchführung einseitiger Maßnahmen beschränke sich ausschließlich auf die nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG lediglich zustimmungspflichtige Einstellung im Sinne einer Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb und erfasse nicht die – der weitergehenden erzwingbaren Mitbestimmung unterliegende – Zuteilung des Arbeitnehmers zu den im Betrieb geltenden Schichtzeiten. Daher entbinde die dem Arbeitgeber durch § 100 BetrVG eingeräumte Befugnis, eine Einstellung vorläufig durchzuführen, ihn nicht davon, vor einer tatsächlichen Beschäftigung des betreffenden Arbeitnehmers das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG zu beachten.



Unser Kommentar

Die nunmehrige Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts steht in der Tradition seiner bisherigen Rechtsprechung und führt diese – ergänzt um die Klarstellung zum Nebeneinander von § 100 BetrVG und § 87 BetrVG – zusammen. Wichtig für Arbeitgeber mit betrieblichen Schichtsystemen ist daher, künftig zu beachten, dass die durch § 100 BetrVG eingeräumte Möglichkeit, unter Beachtung der dortigen Vorgaben vorläufige personelle Maßnahmen ohne Zustimmung des Betriebsrats durchzuführen, nicht von der Verpflichtung zur Beachtung anderer betriebsverfassungsrechtlicher Beteiligungsrechte des Betriebsrats entbindet bzw. diese nicht „mit abdeckt“. Andernfalls stellt sich § 100 BetrVG schnell als „zahnloser Tiger“ heraus, da die vorläufige Einstellung / Beschäftigung vom Betriebsrat auf anderem Weg, nämlich dem über § 87 BetrVG gestoppt werden kann.

Dies führt, da § 100 BetrVG, wie ausgeführt, nur in Fallgestaltungen mit dringender Erforderlichkeit zur Anwendung kommt, auf den ersten Blick zu einer erheblichen Einschränkung der arbeitgeberseitigen Flexibilität. Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner Entscheidung den insoweit zu beschreitenden Ausweg allerdings bereits aufgezeigt: Zwar dürfe eine Maßnahme, die der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 BetrVG unterliegt, erst nach dessen Zustimmung oder deren Ersetzung durch die Einigungsstelle durchgeführt werden. Auch räume das Gesetz im Bereich der sozialen Angelegenheiten dem Arbeitgeber selbst bei Eil- und Sonderfällen weder eine einseitige Regelungsbefugnis ein noch gewähre es ihm die Möglichkeit, eine von § 87 Abs. 1 BetrVG erfasste Maß-

nahme vorläufig durchzuführen. Allerdings bleibe es den Betriebsparteien und damit auch einer im Fall der Nichteinigung von ihnen ggf. angerufenen Einigungsstelle grundsätzlich unbenommen, bei der Ausgestaltung der nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG mitbestimmten Angelegenheit – zu der auch eine ggf. sehr kurzfristig erforderliche Schichtzuteilung zählt – etwaigen spezifischen betrieblichen Bedürfnissen Rechnung zu tragen und das Vorliegen einer Zustimmung des Betriebsrats festzulegen, wenn sich dies auf eine eng begrenzte, hinreichend konkret beschriebene und ggf. häufig auftretende Fallgestaltung bezieht. Wie in vergleichbaren Konstellationen ist somit bereits bei der Gestaltung der betrieblichen Schichtregelungen darauf zu achten, Regelungen aufzunehmen, die eine Schichtzuteilung und damit den – auch kurzfristig notwendigen – Einsatz von Leiharbeitnehmern ermöglichen. Es sind möglichst enge und konkrete Verfahrensgrundsätze für solche Schichtzuteilungen festzulegen, die vom Arbeitgeber lediglich noch umgesetzt werden müssen und insoweit eine „Vorabzustimmung“ des Betriebsrats herbeizuführen, ohne dass dieser sich in unzulässiger Art und Weise seines Mitbestimmungsrechts begibt. Soweit diese – durchaus anspruchsvolle – Aufgabe von den Betriebspartnern notfalls mithilfe der Einigungsstelle gelöst werden kann, steht einem flexiblen Einsatz von Leiharbeitnehmern also auch künftig nichts im Weg.

Autor

Thorsten Tilch

**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Leipzig**

Kündigungsfrist für Geschäftsführer-Dienstverträge

Das Bundesarbeitsgericht hat erstmals über die Frage entschieden, aus welcher Norm sich die gesetzliche Kündigungsfrist für Dienstverträge von GmbH-Geschäftsführern ergibt und weicht dabei von der (älteren) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ab.

BAG, Urteil vom 11.06.2020 – 2 AZR 374/19

Der Fall

Die Klägerin war bei der Beklagten, der Betreiberin einer Reha-Klinik, zunächst als angestellte Verwaltungsleiterin tätig. Im Juli 2009 wurde sie zur alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführerin der Beklagten bestellt und auf Grundlage eines schriftlichen Geschäftsführer-Anstellungsvertrages beschäftigt. Die Klägerin bezog ein Jahresgrundgehalt in Höhe von EUR 100.000 brutto, das in zwölf monatlichen Raten zu zahlen war. Eine eigenständige Regelung der Kündigungsfristen enthielt der Anstellungsvertrag nicht, sondern verwies insoweit auf die gesetzlichen Regelungen.

Ab Juli 2017 kam es zu Störungen im Anstellungsverhältnis. Nachdem die Klägerin zunächst abgemahnt worden war, wurde ihr im August 2017 die Alleinvertretungsbefugnis entzogen. Schließlich beschloss die Gesellschafterversammlung der Beklagten am 28. Februar 2018, die Klägerin als Geschäftsführerin mit Wirkung zum 1. März 2018 abzuberufen und das Anstellungsverhältnis mit Wirkung zum 31. Mai 2018 zu kündigen. Das entsprechende Kündigungsschreiben ging der Klägerin noch am 28. Februar 2018 zu.

Mit ihrer Klage wandte sich die Klägerin gegen die Kündigung des Anstellungsverhältnisses u. a. mit der Begründung, dass sie bei Zugang der Kündigung Arbeitnehmerin gewesen sei, da sie über die das Amt einer Geschäftsführerin prägende Verantwortungs- und Entscheidungskompetenzen zuletzt nicht mehr verfügt habe. Zudem wandte sie ein, dass ihr Anstellungsverhältnis wegen ihrer Betriebszugehörigkeit erst zum 31. August 2018 beendet werden könne.

Das Arbeitsgericht gab der Klage zunächst statt. Das Landesarbeitsgericht hob das Urteil des Arbeitsgerichts auf und wies die Klage, mit Ausnahme der Feststellung, dass das Anstellungsverhältnis mit Ablauf des 30. Juli 2018 geendet hat, ab.

Die Entscheidung

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts blieb erfolglos. Das BAG urteilte, dass die Kündigung gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG nicht der sozialen Rechtfertigung im Sinne des § 1 Abs. 3 KSchG bedurft habe, da die Klägerin bei Zugang der Kündigung Geschäftsführerin und somit Organ der Beklagten gewesen sei. Der bloße Entzug der Alleinvertretungsbefugnis habe hieran nichts geändert.

Zur Kündigungsfrist führt das BAG aus, dass sich diese nach § 621 BGB und nicht nach § 622 Abs. 2 BGB richte. Denn § 622 Abs. 2 BGB verlängere die Kündigungsfristen gestaffelt nach der jeweiligen Betriebszugehörigkeit nur für Arbeitnehmer. Die Kündigungsfristen für Dienstverhältnisse ergäben sich hingegen abschließend aus § 621 BGB. Eine analoge Anwendung von § 622 Abs. 2 BGB auf Geschäftsführer scheide aus, da es somit an einer planwidrigen Regelungslücke im Gesetz fehle. Ausgehend hiervon ergebe sich die Kündigungsfrist aus § 621 Nr. 4 BGB (sechs Wochen zum Schluss eines Quartals), da die Klägerin ein festes Jahresgehalt bezogen habe. Dass das Jahresgehalt vereinbarungsgemäß in monatlichen Raten ausbezahlt wurde, ändere hieran nichts.

Das BAG hielt die Feststellung des Landesarbeitsgerichts, dass das Dienstverhältnis mit Ablauf des 30. Juni 2018 geendet habe, daher aufrecht.

Unser Kommentar

Auf den ersten Blick enthält die Entscheidung des BAG an sich keine Überraschungen. Dass § 621 BGB die Kündigungsfristen für Dienstverhältnisse und § 622 BGB die Kündigungsfristen für Arbeitsverhältnisse regelt, ergibt sich schon eindeutig aus dem Wortlaut der jeweiligen Norm.



Die Entscheidung des BAG steht jedoch in Widerspruch zu der bislang vorherrschenden Literaturansicht (vgl. nur ErfK/Müller-Glöge, 21. Aufl. 2021, § 622 BGB, Rn. 7) sowie der älteren Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 26. März 1984, II ZR 120/83, sowie BGH, Urteil vom 20. Januar 1981 – II ZR 92/80), betreffend nicht am Kapital beteiligte Fremdgeschäftsführer. Der BGH hatte für die seinerzeit gültige Fassung von § 622 BGB entschieden, dass dessen (verlängerte) Kündigungsfrist auf Fremdgeschäftsführer entsprechende Anwendung findet.

Das BAG sah sich gleichwohl nicht zur Vorlage dieser Rechtsfrage an den gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes veranlasst, da seit der Neufassung von § 622 BGB mit Wirkung zum 15. Oktober 1993 noch keine tragende Entscheidung des BGH zur gesetzlichen Kündigungsfrist für GmbH-Geschäftsführer ergangen ist. Eine (echte) Divergenz zwischen den Entscheidungen der obersten Bundesgerichte habe deshalb – so das BAG – nicht vorgelegen.

Es bleibt abzuwarten, ob der BGH sich dieser Rechtsprechung des BAG anschließen wird. Für den Rechtsanwender verbleibt damit eine Unsicherheit. Typischerweise enthalten Geschäftsführer-Anstellungsverträge jedoch eigenständige Regelungen zur Kündigungsfrist, sodass es des Rückgriffs auf § 621 bzw. § 622 BGB in der Praxis selten bedarf. Fehlt eine entsprechende Regelung im Geschäftsführer-Anstellungsvertrag sollte dieser jedoch im Hinblick auf die Entscheidung des BAG überarbeitet werden.

Autor

Joschka Pietzsch

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Hamburg

Auskunftsanspruch über Vermittlungsvorschläge bei Geltendmachung von Annahmeverzugslohn

Dem Arbeitgeber steht ein Auskunftsanspruch über die von der Agentur für Arbeit und dem Jobcenter unterbreiteten Vermittlungsangebote zu, wenn er diese zur Begründung seiner Einwendung der böswillig unterlassenen Erzielung eines anderweitigen Verdienstes gegen einen Anspruch auf Annahmeverzugslohn benötigt.

BAG, Urteil vom 27.05.2020, 5 AZR 387/19

Zum Fall

Die Parteien streiten um Annahmeverzugslohn und das Bestehen eines widerklagend geltend gemachten Auskunftsanspruch über Vermittlungsvorschläge der Agentur für Arbeit und des Jobcenters.

Der Kläger war seit Juni 1996 als Bauhandwerker bei der Beklagten beschäftigt. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger wiederholt und letztmalig zum 30. Januar 2011. Der Kläger erhob hiergegen Kündigungsschutzklage. Das Arbeitsverhältnis besteht fort. Die Beklagte zahlte dem Kläger ab Februar 2013 keine Vergütung aus.

Der Kläger erhob Zahlungsklage wegen Annahmeverzugslohns für die Zeit ab Februar 2013 unter Anrechnung des bezogenen Arbeitslosengeldes und des Arbeitslosengeldes II. Die Beklagte erhob den Einwand, der Kläger habe die Erzielung eines anderweitigen Verdienstes böswillig unterlassen. Die Beklagte begehrte – soweit für die Revision relevant – widerklagend schriftliche Auskunft über die von der Agentur für Arbeit und dem Jobcenter, in der Zeit vom 1. Februar 2013 bis zu 30. November 2015, dem Kläger unterbreiteten Stellenangebote Dritter. Sie begehrte dabei Auskunft über die konkrete Tätigkeit, die Arbeitszeit, den Arbeitsort sowie die Vergütung in Euro. Der Kläger beantragte die Abweisung der Widerklage.



Eine Anspruchsgrundlage für den geltend gemachten Auskunftsanspruch sei nicht ersichtlich.

Das Arbeitsgericht gab der Widerklage im revisionsrelevanten Umfang durch Teilurteil statt. Die Berufung des Klägers vor dem LAG Thüringen hatte keinen Erfolg.

Die Entscheidung

Das BAG wies die Revision des Klägers als unbegründet ab. Die Beklagte habe den Auskunftsanspruch als selbstständigen Anspruch gerichtlich geltend machen können. Die Entscheidung durch Teilurteil sei zudem zulässig und der Beklagten stehe der Auskunftsanspruch im geltend gemachten Umfang zu.

Zunächst sei der Antrag der Beklagten dahin auszulegen, dass diese eine Auskunft in Textform über die offiziellen Vermittlungsangebote der Agentur für Arbeit und des Jobcenters begehre. Das erkennbare Interesse der Beklagten richte sich allein auf die staatlichen Arbeitsvermittlungsversuche. Nicht umfasst seien Stellenangebote anderer Arbeitgeber, die der Kläger über die Selbstinformationseinrichtung der Agentur für Arbeit erhalten habe.

Das BAG weist zudem darauf hin, dass die Geltendmachung des Auskunftsanspruchs prozessual sinnvoller und prozessbeschleunigender als Angriffs- und Verteidigungsmittel einzubringen sei. Im Rahmen der Darlegungs- und Beweislast könne ebenfalls eine entsprechende Auskunft erzielt werden. Der Arbeitnehmer habe im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast (§ 138 Absatz 1 und 2 ZPO) zu solchen Umständen näher vorzutragen, über die der primär darlegungs- und beweisbelastete Arbeitgeber keine Kenntnis habe, soweit ihm keine Möglichkeiten zur Erreichung der Erkenntnisse zur Verfügung stünden und dem Arbeitnehmer gleichzeitig ohne Weiteres eine Auskunft möglich und zumutbar sei. Die sekundäre Beweislast führe auch nicht zu einer Umkehr der Beweislast, da der Arbeitgeber weiterhin die rechtlichen und inhaltlichen Zusammenhänge seiner Verteidigungsmittel darlegen und beweisen müsse.

Die Widerklage sei auch begründet. Die Beklagte habe Anspruch auf schriftliche Auskunft über die von der Agentur für Arbeit und dem Jobcenter gegenüber dem Kläger unterbreiteten Vermittlungsvorschläge in dem beantragten inhaltlichen Umfang. Der Anspruch ergebe sich gem. § 242 BGB als Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis. Dies gelte – in Abweichung zu den Auskunftspflichten der ZPO – jedoch nur, wenn es durch die Auskunft des Verpflichteten nicht zu einer Veränderung der prozessrechtlichen Beweislast komme.

Die Anforderungen des § 242 BGB seien erfüllt. Zwischen den Parteien bestehe mit dem Arbeitsverhältnis eine besondere rechtliche Beziehung. Die Beklagte sei insoweit durch die Zahlungsklage in ihren vertraglichen Rechten aus dem Arbeitsverhältnis betroffen, als die Anrechnung von nachweislich böswillig nicht erzielter anderweitiger Vergütung kraft Gesetzes erfolge.

Das Vorliegen der die Einwendung begründenden tatsächlichen Umstände sei zudem hinreichend wahrscheinlich. Es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass die Behörde ihrer Verpflichtung zur Unterbreitung von Vermittlungsangeboten nicht nachgekommen sei oder dass es in der betreffenden Zeit keine Vermittlungsmöglichkeit im Bauhandwerk gegeben habe.

Die Beklagte sei entschuldbar über Umfang und Bestehen der Vermittlungsangebote im Ungewissen. Der Arbeitgeber habe keinen Auskunftsanspruch gegen die Agentur für Arbeit und das Jobcenter, da diese nach § 35 SGB I dem Sozialgeheimnis unterlägen. Für die Beklagte sei es unmöglich gewesen, die bestehende Ungewissheit zu beheben.

Gleichzeitig könne der Kläger unschwer Auskunft über die ihm unterbreiteten Vermittlungsvorschläge erteilen. Es bestehe auch kein schützenswertes Interesse des Klägers an der Geheimhaltung der Vermittlungsvorschläge, um so der von Gesetzes wegen eingreifenden Anrechnung böswillig unterlassenen anderweitigen Verdienstes zu entgehen. Insbesondere bestehe das für die Behörden bindende Sozialgeheimnis nicht im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. So ergebe sich aus der in § 615 Satz 2 BGB und § 11 Nr. 2 KSchG vorgesehen Anrechnung eines böswillig nicht erzielten anderweitigen Erwerbs, dass der Arbeitgeber im Prozess des Annahmeverzugslohns von anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeiten Kenntnis erlangen könne.

Schließlich habe die Gewährung des Auskunftsanspruchs keine unzulässige Veränderung der Darlegungs- und Beweislast im Prozess zur Folge. Der Arbeitgeber habe weiterhin die Zumutbarkeit der unterbreiteten Vermittlungsangebote sowie die Böswilligkeit der unterlassenen Erzielung eines anderweitigen Verdienstes darzulegen und zu beweisen. Das BAG stellt insoweit ausdrücklich klar, nicht an der Rechtsprechung des vormals zuständigen Neunten Senates zum Merkmal des böswilligen Unterlassens bei fehlender Arbeitsuchend-Meldung festzuhalten. Diese Rechtsprechung sei zur alten Rechtslage ergangen. Nunmehr sei der Arbeitnehmer nach § 2 Abs. 5 SGB III zur aktiven Mitarbeit bei der Vermeidung oder Beendigung der Arbeitslosigkeit angehalten und verpflichtet, sich unverzüglich nach Kenntnis vom Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses persönlich arbeitssuchend zu melden.

Inhaltlich umfasse der Auskunftsanspruch die Vermittlungsvorschläge der Agentur für Arbeit und des Jobcenters in dem durch Auslegung ermittelten Umfang und Inhalt des Widerklageantrags. Der Arbeitgeber können nur bei Kenntnis über die Arbeitsbedingungen in den Vermittlungsvorschlägen eine Einschätzung über die Zumutbarkeit derselben und die Bösgläubigkeit des Arbeitnehmers treffen.

Unser Kommentar

Die Entscheidung des BAG ist zu begrüßen.

Mit dieser Entscheidung stärkt das BAG die Möglichkeit eines effektiven Entgentretens des Arbeitgebers gegen Forderungen des Arbeitnehmers auf Annahmeverzugslohn. Nur mit Hilfe dieser Auskunft ist es dem Arbeitgeber möglich, die Begründung seiner Verteidigungsmittel oder der Voraussetzungen der Einwendung nach § 11 Nr. 2 KSchG effektiv darzulegen.

Für die Praxis ist vor dem Hintergrund der Entscheidung zu raten, bereits außergerichtlich eine entsprechende Auskunft zu verlangen. Dabei gilt es besonders auf eine klare und umfassende Formulierung des Auskunftsverlangens zu achten. Der Arbeitgeber kann bereits mit der Formulierung des Auskunftsanspruchs die Möglichkeiten der Anrechnung eines des möglicherweise böswillig nicht erzielten Nebenverdienstes verbessern. Von besonderem Interesse dürfte die Ausdehnung des Auskunftsverlangens auf solche Jobangebote des Arbeitnehmers sein, die dieser auf Initiative Dritter erhalten und böswillig abgelehnt hat. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass diese Form der Arbeitsvermittlung, nicht nur über die Arbeitgeber-Portale der Arbeitsagenturen und mit Blick auf den fortschreitenden demographischen Wandel sowie die steigende Nachfrage an Fachkräften auf dem Arbeitsmarkt, eine zunehmende anderweitige Erwerbschance eröffnet. Gleichzeitig ist bei der Formulierung des Auskunftsverlangens mit Blick auf die Rechte der Dritten auch Vorsicht geboten.

Kommt es zu einem Zahlungsklageverfahren, ist für die Praxis zu raten, den Einwand der böswillig unterlassenen Erzielung eines anderweitigen Erwerbs als einfaches Verteidigungsmittel vorzubringen. Insoweit können, neben den prozessualen Argumenten, zeitliche und finanzielle Ressourcen geschont werden.

Die Entscheidung des BAG ist schließlich auch aus sozialversicherungsrechtlicher Perspektive begrüßenswert. Der Auskunftsanspruch erhöht die Möglichkeit des Arbeitgebers, böswillig nicht erzielten Erwerb in Abzug zu bringen. Gleichzeitig ist daher eine erhöhte Bereitschaft der Arbeitnehmer bei der Mitwirkung an der Beendigung der Arbeitslosigkeit zu erwarten, um Lohnausfälle durch Anrechnung böswillig nicht erzielten Erwerbs gering zu halten. Insoweit könnte die Entscheidung des BAG zu einer Steigerung der Effektivität der Vermittlungsarbeit der Agentur für Arbeit und somit der Verkürzung von Annahmeverzugslohnzeiten bei Fortbestand des gekündigten Arbeitsverhältnisses führen.

Autorin

Cyrielle Ax

**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Frankfurt a. M.**

■ RECHTSPRECHUNG IN KÜRZE

Außerordentliche Kündigung wegen Löschung von Daten in erheblichem Umfang

Das unbefugte, vorsätzliche Löschen betrieblicher Daten auf EDV-Anlagen des Arbeitgebers stellt einen wichtigen Grund zur außerordentlichen fristlosen Kündigung im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB dar.

LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 17.09.2020 – 17 Sa 8/20 (rechtskräftig)

Entscheidungsgründe

Die Parteien streiten im Wesentlichen über eine außerordentliche fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Der Arbeitnehmer war zuletzt als Key-Account-Manager für die Arbeitgeberin tätig und hatte auf ihrem Server einen ihm zugewiesenen Speicherort. Wegen aufgetretener Spannungen, führte der Geschäftsführer der Beklagten ein Gespräch mit dem Arbeitnehmer, um diesem den Abschluss eines Aufhebungsvertrags anzubieten. Dies lehnte der Arbeitnehmer ab, verließ das Betriebsgelände und war an den folgenden Tagen weder für die Arbeitgeberin noch für Kunden erreichbar. Am zweiten Tag seiner Abwesenheit griff der Arbeitnehmer von zu Hause auf das ihm zugewiesene Datenverzeichnis auf dem Server der Arbeitgeberin zu und löschte Daten in erheblichen Umfang (7,48 GB). Zu den gelöschten Daten gehörten fast alle vom Arbeitnehmer angefertigten Entwürfe und Arbeitsergebnisse. Der IT-Leiter der Arbeitgeberin informierte den Geschäftsführer noch am selben Tag über die Löschung der Daten. Eine daraufhin veranlasste Datenrettung konnte erfolgreich durchgeführt werden. Die Arbeitgeberin erklärte aufgrund dieses Verhaltens die außerordentliche fristlose Tat- und Verdachtskündigung, hilfsweise die ordentliche Kündigung gegenüber dem Arbeitnehmer. Die Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers war nur hinsichtlich der außerordentlichen Kündigung erfolgreich.

Das LAG änderte das erstinstanzliche Urteil ab und wies die Klage insgesamt zurück. Das Verhalten des Klägers stelle unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen einen wichtigen Grund zur außerordentlich fristlosen Kündigung im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB dar. Die Arbeitgeberin habe das Verhalten des Arbeitnehmers angesichts des objektiven Erklä-

rungswerts so verstehen dürfen, dass dieser „verbrannte Erde“ hinterlassen wollte. Eine vorherige Abmahnung sei nicht notwendig gewesen, da selbst eine erstmalige Hinnahme des Verhaltens des Arbeitnehmers für die Arbeitgeberin nach objektiven Maßstäben unzumutbar gewesen sei. Unerheblich sei dabei, dass die Daten wieder hergestellt werden konnten. Auch die Frage, ob und in welchem Umfang die Arbeitgeberin für den weiteren Geschäftsablauf auf die Daten angewiesen ist, spiele keine Rolle, da sich jedenfalls kein Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund für den Arbeitnehmer daraus ableiten ließe.

Kein Anspruch auf Erbringung der Tätigkeit im Homeoffice oder auf ein Einzelbüro

Ein Anspruch auf Erbringung der Tätigkeit im Homeoffice oder auf ein Einzelbüro lässt sich regelmäßig weder aus dem Arbeitsvertrag noch aus dem Gesetz herleiten.

ArbG Augsburg, Urteil vom 07.05.2020 – 3 Ga 9/20 (Berufung anhängig)

Entscheidungsgründe

Der Arbeitnehmer möchte eine gerichtliche Verfügung erwirken, mit der die Arbeitgeberin verpflichtet wird, ihm für die Zeit, in der das Risiko einer Sars-CoV-2-Infektion besteht, die Arbeit im Homeoffice zu gestatten. Soweit dies aus organisatorischen Gründen nicht möglich sei, solle die Arbeitgeberin verpflichtet werden, ihm ein Einzelbüro zur Verfügung zu stellen. Der Arbeitnehmer ist 63 Jahre alt und teilt sich am Sitz der Arbeitgeberin ein Büro mit einer weiteren Mitarbeiterin. Der Arbeitnehmer legte zur Begründung des von ihm geltend gemachten Anspruchs ein ärztliches Attest vor.

Das Arbeitsgericht wies den Antrag des Klägers zurück. Ein Anspruch auf einen Arbeitsplatz im Homeoffice ergebe sich weder aus dem Arbeitsvertrag noch aus dem Gesetz. Es obliege allein der Arbeitgeberin zu entscheiden, wie sie ihren Verpflichtungen aus § 618 BGB gerecht wird. Der Arbeitnehmer habe zudem auch keinen Anspruch auf ein Einzelbüro. Auch insoweit sei keine Regelung aus dem Arbeitsvertrag oder dem Gesetz ersichtlich, auf die ein solcher Anspruch gestützt werden könnte. Die Arbeitgeberin sei zwar gem. § 618 BGB verpflichtet, die notwendigen und erforderlichen Schutz-

maßnahmen zugunsten des Arbeitnehmers zu treffen. Dies gelte im besonderen Maße, wenn eine entsprechende hausärztliche Empfehlung vorliegt. Abhängig von den räumlichen Verhältnissen könne jedoch auch ein Büro mit mehreren Personen den Anforderungen des § 618 BGB genügen, wenn entsprechende Schutzvorkehrungen vorhanden sind.

Geschäftsgeheimnisse in Form von privaten Notizen des Arbeitnehmers

Fertigt ein Mitarbeiter private Notizen zu Kunden, Ansprechpartnern sowie deren Kontaktinformationen seines Arbeitgebers an, unterfallen diese Notizen dem Geschäftsgeheimnisbegriff des § 17 Abs. 2 UWG a.F. und der §§ 6 und 4 GeschGehG.

LAG Düsseldorf, Urteil vom 03.06.2020 – 12 SaGa 4/20 (rechtskräftig)

Entscheidungsgründe

Die Parteien streiten über die Unterlassung der Verwendung und Nutzung von Geschäftsgeheimnissen des Arbeitgebers durch den ehemaligen Arbeitnehmer. Der Arbeitgeber betreibt als Kleinbetrieb die Herstellung und den Verkauf von Verpackungsmaterialien. Der Arbeitnehmer war bei dem Arbeitgeber seit mehreren Jahren als Außendienstmitarbeiter beschäftigt. Auf einer Messe lernte der Arbeitnehmer den Geschäftsführer eines Konkurrenzunternehmens kennen. Einige Monate später kündigte der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis mit seinem bisherigen Arbeitgeber und begann nur wenige Wochen später als Produktmanager für dieses Konkurrenzunternehmen tätig zu werden. Vor diesem Hintergrund schrieb der Arbeitnehmer auch Kunden seines ehemaligen Arbeitgebers an. Das Arbeitsgericht hat den gegen die Verwendung von seinen Geschäftsgeheimnissen gerichtete Unterlassungsantrag des Arbeitgebers abgewiesen.

Das LAG änderte die erstinstanzliche Entscheidung teilweise ab und verurteilte den Arbeitnehmer, es bei Meidung von Ordnungsmitteln, zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr privat angefertigte Notizen über Kunden, Ansprechpartner sowie deren Kontaktinformationen und Umsätzen zum Zwecke des Wettbewerbs zu verwerten oder zu nutzen. Nach Würdigung aller Umstände ergebe sich die über-

wiegende Wahrscheinlichkeit, dass der Arbeitnehmer bei der Kontaktaufnahme zu den Kunden seines ehemaligen Arbeitgebers auf private Aufzeichnungen in seinem Kalender zurückgegriffen habe. Dieses Verhalten begründe auch eine Wiederholungsgefahr. Ohne Erfolg blieb die Klage des Arbeitgebers insoweit sie sich auf konkrete Unterlagen bezog, von denen das Gericht nicht überzeugt war, dass sie sich tatsächlich im Besitz des Arbeitnehmers befinden oder hinsichtlich derer der Arbeitgeber keine angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen i.S.v. § 2 Nr. 1 Buchstabe b GeschGehG getroffen habe.

Keine Pflicht der Arbeitgeberin zur ausschließlichen Kommunikation auf Deutsch

Setzt die Arbeitgeberin eine Arbeitnehmerin ein, die mit anderen Arbeitnehmern auch auf Englisch kommuniziert, wobei die Möglichkeit der Übersetzung gewährleistet wird, kann der Betriebsrat kein Mitbestimmungsrecht auf § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG stützen, um zu verlangen, dass die Arbeitgeberin mit Mitarbeitern ausschließlich auf Deutsch kommuniziert.

LAG Nürnberg, Beschluss vom 18.06.2020 – 1 TaBV 33/19 (rechtskräftig)

Entscheidungsgründe

Die Beteiligten streiten darüber, ob die Arbeitgeberin verpflichtet ist, mit Mitarbeitern und Betriebsratsmitgliedern in deutscher Sprache zu kommunizieren. Die Arbeitgeberin betreibt deutschlandweit Modegeschäfte. Über die Dauer des erstinstanzlichen Verfahrens hinaus setzte die Arbeitgeberin in einem Geschäft eine Filialleiterin ein, die zumindest anfangs nur über geringe Deutschkenntnisse verfügte. Die Filialleiterin führte Gespräche mit Mitarbeitern öfters auf Englisch, wobei andere Führungskräfte bei der Übersetzung helfen konnten. Der Betriebsrat wirft der Arbeitgeberin vor, sie habe das Gebot zur Verwendung der deutschen Sprache und damit seine Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG verletzt. Der Antrag des Betriebsrats vor dem Arbeitsgericht, die Arbeitgeberin zu verpflichten, es unter Androhung von Ordnungsmitteln zu unterlassen, mit Mitarbeitern und Mitgliedern des Betriebsrats auf anderen Sprachen als Deutsch zu kommunizieren, war erfolglos.

Das LAG schloss sich der erstinstanzlichen Entscheidung an und wies die Anträge des Betriebsrats zurück. Die vom Betriebsrat begehrte Unterlassungsverfügung könne hinsichtlich der Kommunikation zwischen der Arbeitgeberin und den Mitgliedern des Betriebsrats nicht auf § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG gestützt werden. Es ginge hier schon gar nicht um allgemeine Ordnungsregeln im Betrieb. Es käme allenfalls ein Anspruch aus § 78 BetrVG oder aus dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit gem. § 2 Abs. 1 BetrVG in Betracht. Es könne jedoch nicht von einer wesentlichen Behinderung der Betriebsratsarbeit ausgegangen werden, wenn gewährleistet wird, dass sämtliche nicht-deutsche Erklärungen für den Betriebsrat übersetzt werden. Was die Kommunikation zwischen der Arbeitgeberin und den Mitarbeitern anbelangt, käme zwar § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG als möglicherweise verletztes Mitbestimmungsrecht in Betracht. Es sei vorliegend jedoch stets gewährleistet worden, dass Äußerungen der Filialleiterin übersetzt wurden. Zudem beziehe sich die begehrte Verfügung auf jegliche Formen der Kommunikation – also auch auf solche, die mit der Erbringung der Arbeitsleistung nichts zu tun haben – und sei ohnehin als zu weitgehender Globalantrag als unbegründet abzuweisen.

Entschädigungsanspruch aufgrund der Frage nach der Konfessionszugehörigkeit

Beinhaltet eine Stellenanzeige die Aufforderung, die Konfession anzugeben, stellt dieser Umstand ein ausreichendes Indiz im Sinne des § 22 AGG für eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion dar.

ArbG Karlsruhe, Urteil vom 18.09.2020 – 1 Ca 171/19 (rechtskräftig)

Entscheidungsgründe

Die Parteien streiten über eine Entschädigung wegen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot des AGG. Die Beklagte schrieb eine Sekretariatsstelle im Büro der geschäftsleitenden Oberkirchenrätin aus. Die Stellenanzeige enthielt die Aufforderung, die Bewerbungsunterlagen „unter Angabe der Konfession“ einzusenden. Das Bewerbungsschreiben der Klägerin enthielt unter anderem den folgenden Satz: „Ich bin konfessionslos (Atheistin)“. Die Klägerin wurde zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen, während dem sie auch auf ihre



Konfessionslosigkeit angesprochen wurde. Nachdem die Klägerin erfuhr, dass sie bei der Besetzung der Stelle nicht berücksichtigt wurde, machte sie gegenüber der Beklagten Entschädigungsansprüche nach § 15 AGG geltend.

Das ArbG gab der Klage in Höhe eines Betrages, der ungefähr 1,5 Monatsgehältern entspricht, statt. Die Klägerin habe gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG. Vorliegend begründe die Aufforderung, die Konfessionszugehörigkeit in der Stellenausschreibung der Beklagten anzugeben, die Vermutung, dass die Klägerin wegen der Religion benachteiligt wurde. Die Beklagte habe diese Vermutung nicht widerlegen können. Zwar habe die Beklagte vorgebracht, dass die Klägerin wegen mangelhafter Qualifikation bzw. Eignung nicht ausgewählt worden sei. Dieses Argument begründe jedoch nur, warum die Klägerin letztlich nicht eingestellt wurde; eine Mitursächlichkeit der Konfessionslosigkeit könne deswegen jedoch nicht ausgeschlossen werden. Dieser Vortrag sei grundsätzlich nicht geeignet, die Kausalitätsvermutung insgesamt zu widerlegen. Die Beklagte habe zudem das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs durch die Klägerin nicht ausreichend dargelegt. Die Tatsache, dass die Klägerin neben der Angabe konfessionslos zu sein den Klammerzusatz „Atheistin“ hinzugefügt hat, stelle kein ausreichendes Indiz dar, um ihr unterstellen zu können, dass sie sich nur beworben habe, um später eine Entschädigung einklagen zu können.

Keine Diskriminierung im Interessenausgleich und Sozialplan wegen Bezugnahme auf die Lohnsteuerkarte

Die Entscheidung, die zusätzliche Zahlung einer Abfindung für Kinder in einem Interessenausgleich und Sozialplan von den Angaben in der Lohnsteuerkarte abhängig zu machen, liegt im Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum der Betriebsparteien und stellt keine unrechtmäßige Benachteiligung solcher Arbeitnehmer dar, die mit den Lohnsteuerklassen V oder VI geführt werden.

LAG Nürnberg, Urteil vom 18.08.2020 – 7 Sa 354/19 (rechtskräftig)

Entscheidungsgründe

Die Parteien streiten um die Zahlung einer Abfindung für Kinder aus einem Interessenausgleich und Sozialplan. Die Arbeitnehmerin ist verheiratet und drei Kindern zum Unterhalt verpflichtet. Sie wird bei der Arbeitgeberin mit der Lohnsteuerklasse V ohne Kinderfreibeträge geführt. Aufgrund der Schließung des Standorts, an dem auch die Arbeitnehmerin beschäftigt war, schlossen die Betriebspartner einen Interessenausgleich und Sozialplan ab. In diesem war unter anderem vorgesehen, dass die Arbeitnehmer für jedes unterhaltsberechtigten Kind eine zusätzliche Abfindung erhalten, wobei die Angaben in der Lohnsteuerkarte gelten. Die Arbeitnehmerin erhielt keinen Zusatzbetrag für ihre drei Kinder.

Das LAG bestätigte die Entscheidung des ArbG, das die Klage der Arbeitnehmerin auf Zahlung der zusätzlichen Abfindung für ihre Kinder abwies. Die Arbeitnehmerin habe keinen Anspruch auf eine solche Zahlung. Dieser ergebe sich zunächst nicht aus der entsprechenden Vereinbarung im Interessenausgleich und Sozialplan. Dort würden ausdrücklich nur Arbeitnehmer berücksichtigt, deren Kinder auf der Lohnsteuerkarte eingetragen sind. Die Arbeitnehmerin habe selbst die Steuerklasse V gewählt, bei der es gesetzlich ausgeschlossen ist, Kinderfreibeträge eintragen zu lassen. Die Arbeitnehmerin habe einen solchen Anspruch auch nicht aus Art. 3 Abs. 1 GG bzw. dem darauf zurückzuführenden betriebsverfassungsrechtlichen oder arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Den Betriebspartnern stehe im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums zu, wirtschaftliche

Nachteile in typisierter und pauschalisierter Form auszugleichen. Die Entscheidung, nur den Kindesunterhaltspflichtigen Arbeitnehmern eine zusätzliche Abfindung zukommen zu lassen, die diese Kinder auch auf ihrer Lohnsteuerkarte eingetragen haben, sei rechtmäßig. Die Lohnsteuerklassen V und VI würden typischerweise nur dann von Arbeitnehmern gewählt, wenn sie einen besserverdienenden Ehepartner bzw. eine besservergütete weitere Beschäftigung haben. Die Betriebspartner könnten deshalb auch typisierend davon ausgehen, dass diese Arbeitnehmer von dem Wegfall des Einkommens weniger stark beeinträchtigt sind. Es sei schließlich auch kein Verstoß der fraglichen Vereinbarung im Interessenausgleich und Sozialplan gegen § 7 Abs. 1 AGG i.V.m. § 1 AGG ersichtlich. Die Klägerin habe nicht belegt, dass weibliche Arbeitnehmerinnen wegen ihres Geschlechts von der Vereinbarung in besonderer Weise nachteilig betroffen seien.

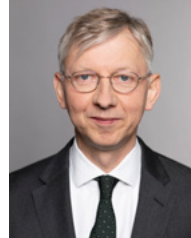
■ ALLGEMEINE HINWEISE

Autoren dieser Ausgabe



Achim Braner

Rechtsanwalt, Partner,
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Frankfurt a. M.
T +49 69 27229 23839
achim.braner@luther-lawfirm.com



Prof. Dr. Robert von Steinau-Steinrück

Rechtsanwalt, Partner,
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Berlin
T +49 30 52133 21142
robert.steinrueck@luther-lawfirm.com



Martina Ziffels

Rechtsanwältin, Counsel,
Fachanwältin für Arbeitsrecht
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Hamburg
T +49 40 18067 12189
martina.ziffels@luther-lawfirm.com



Nadine Ceruti

Rechtsanwältin, Senior Associate,
Fachanwältin für Arbeitsrecht
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Frankfurt a. M.
T +49 69 27229 24795
nadine.ceruti@luther-lawfirm.com



Katharina Gorontzi, LL.M.

Rechtsanwältin, Senior Associate
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Düsseldorf
T +49 211 5660 25038
katharina.gorontzi@luther-lawfirm.com



Sandra Sfinis

Rechtsanwältin, Senior Associate
Fachanwältin für Arbeitsrecht
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Hamburg
T +49 40 18067 12189
sandra.sfinis@luther-lawfirm.com



Thorsten Tilch

Rechtsanwalt, Senior Associate
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Leipzig
T +49 341 5299 0
thorsten.tilch@luther-lawfirm.com



Cyrielle Therese Ax

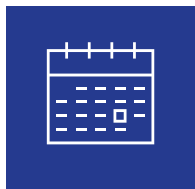
Rechtsanwältin, Associate
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Frankfurt a. M.
T +49 69 27229 27460
cyrielle.ax@luther-lawfirm.com



Joschka Pietzsch

Rechtsanwalt, Associate
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Hamburg
T +49 40 18067 12189
joschka.pietzsch@luther-lawfirm.com

Veranstaltungen, Veröffentlichungen und Blog



Eine Übersicht mit unseren
Veranstaltungen finden Sie [hier](#).



Eine Liste unserer aktuellen
Veröffentlichungen finden Sie
[hier](#).



Unseren Blog finden Sie [hier](#).

Impressum

Verleger: Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln, Telefon +49 221 9937 0
Telefax +49 221 9937 110, contact@luther-lawfirm.com

V.i.S.d.P.: Achim Braner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
An der Welle 10, 60322 Frankfurt am Main
Telefon +49 69 27229 23839
achim.braner@luther-lawfirm.com

Copyright: Alle Texte dieses Newsletters sind urheberrechtlich geschützt. Gerne dürfen Sie Auszüge unter Nennung der Quelle nach schriftlicher Genehmigung durch uns nutzen. Hierzu bitten wir um Kontaktaufnahme. Falls Sie künftig keine Informationen der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH erhalten möchten, senden Sie bitte eine E-Mail mit dem Stichwort „Arbeitsrecht“ an unsubscribe@luther-lawfirm.com

Bildnachweis: Seite 1; Bill Oxford /iStockphoto: Seite 4; brightstars / Fotolia: Seite 6; Melinda Nagy /Fotolia: Seite 11 Chalirmpoj Pimpisarn /iStockphot: Seite 14 urfinguss /iStockphot: Seite 17 weyo /Fotolia: Seite 21 stevanovic igor /AdobeStock

Haftungsausschluss

Obgleich dieser Newsletter sorgfältig erstellt wurde, wird keine Haftung für Fehler oder Auslassungen übernommen. Die Informationen dieses Newsletters stellen keinen anwaltlichen oder steuerlichen Rechtsrat dar und ersetzen keine auf den Einzelfall bezogene anwaltliche oder steuerliche Beratung. Hierfür stehen unsere Ansprechpartner an den einzelnen Standorten zur Verfügung.

Luther.

**Bangkok, Berlin, Brüssel, Delhi-Gurugram, Düsseldorf, Essen, Frankfurt a. M.,
Hamburg, Hannover, Jakarta, Köln, Kuala Lumpur, Leipzig, London,
Luxemburg, München, Shanghai, Singapur, Stuttgart, Yangon**

Weitere Informationen finden Sie unter
www.luther-lawfirm.com
www.luther-services.com

