

Aktuelle Rechtsprechung und Gesetzgebung im Arbeitsrecht

16. September 2024

1

- I. Top-Themen 2024
 - a. Erschütterung des AU-Beweiswerts
 - b. Annahmeverzug und böswilliges Unterlassen
- II. Kündigungsrecht
- III. Arbeitszeit und Befristungsrecht
- IV. Vertragsrecht
- V. Vergütungsrecht
- VI. Urlaubsrecht
- VII. Arbeitnehmerüberlassung
- VIII. Sonstiges (Status, BÜ)
- IX. Prozessrecht

2

- I. Top-Themen 2024
 - a. Erschütterung des AU-Beweiswerts
 - b. Annahmeverzug und böswilliges Unterlassen

- a. Erschütterung des AU-Beweiswerts

Neue Entwicklung:

- Der 5. Senat des BAG scheint den Indizienbeweis während des Laufs der Kündigungsfrist generell als geschwächt anzusehen.
- Das Hinzutreten von Umständen, die außerhalb von Kündigungsfristen unschädlich sind, können im Lauf von Kündigungsfristen schädlich wirken.
- BAG Urt. v. 08.09.2021 – 5 AZR 149/21
- BAG Urt. v. 13.12.2023 – 5 AZR 137/23 (PM)

5

Erschütterung des Beweiswerts der AU-Bescheinigung bislang z.B. durch

- auffälliges Freizeitverhalten
- genesungswidrige Betätigung
- Zeitsynchronität zwischen AU und Kündigungsfrist

→ Folge: Arbeitgeber kann Efz verweigern

6

Eigenkündigung und mit Kündigungsfrist zeitsynchrone
Arbeitsunfähigkeit –

BAG Urt. v. 08.09.2021 – 5 AZR 149/21

- Wird ein Arbeitnehmer, der sein Arbeitsverhältnis kündigt, am Tag der Kündigung arbeitsunfähig krankgeschrieben, kann dies den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung insbesondere dann erschüttern, wenn die bescheinigte Arbeitsunfähigkeit passgenau die Dauer der Kündigungsfrist umfasst.

Sachverhalt:

- Die Kl. war Personalvermittlerin bei der Bekl.
Arbeitsverhältnis vom 28.08.2018 bis 22.02.2019.
- Eigenkündigung am 08.02.2019 unter zeitgleicher Vorlage einer
ärztlichen AU-Bescheinigung, die das Datum 08.02.2019 trägt
und eine AU bis einschl. 22.02.2019 ausweist.
- Keine Entgeltfortzahlung durch Bekl. ab 08.02.2019 bis Ende.

Sachverhalt 5 AZR 149/21: Eigenkündigung der Arbeitnehmerin

Kündigungsfrist 2 Wochen (Probezeit)

Kündigung
08.02.2019

zum Ablauf
22.02.2019

AU-(Erst-) Bescheinigung 08.02.-22.02.2019

9

Begründung des BAG:

- Aufgrund des normativ vorgegebenen hohen Beweiswerts der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung genügt ein bloßes Bestreiten der Arbeitsunfähigkeit mit Nichtwissen durch den Arbeitgeber nicht, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsunfähigkeit mit einer ordnungsgemäß ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nachweisen kann.
- Der Arbeitgeber kann den Beweiswert nur dann erschüttern, wenn er tatsächliche Umstände darlegt und im Bestreitensfall beweist, die ernsthafte Zweifel an der Erkrankung ergeben.
- Dabei ist der Arbeitgeber nicht auf die in § 275 Abs. 1a SGB V aufgeführten Regelbeispiele beschränkt.

10

§ 275 Abs. 1a SGB V (Begutachtung und Beratung):

Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit nach Absatz 1 Nr. 3 Buchstabe b sind insbesondere in Fällen anzunehmen, in denen

- a) Versicherte auffällig häufig oder auffällig häufig nur für kurze Dauer arbeitsunfähig sind oder der Beginn der Arbeitsunfähigkeit häufig auf einen Arbeitstag am Beginn oder am Ende einer Woche fällt oder
- b) die Arbeitsunfähigkeit von einem Arzt festgestellt worden ist, der durch die Häufigkeit der von ihm ausgestellten Bescheinigungen über Arbeitsunfähigkeit auffällig geworden ist.
→ Datensatzproblem, siehe § 109 Abs. 1 SGB IV

Praxisfolgen seit 5 AZR 149/21:

- seit der Entscheidung auffällig hohe Inanspruchnahme dieser Fallgruppe und „benachbarter“ Fallgruppen
- Erstreckung auch auf im Sachverhalt und Setting abgewandelte Fälle
- hierdurch zahlreiche erfolglose Versuche der ersparten Entgeltfortzahlung durch Arbeitgeber
- „Bereicherung“ der Fallgruppe *„Letzter Lohn nicht gezahlt und mal gucken, ob er überhaupt klagt“* um eine weitere Variante

Leitsatz

Wird ein Arbeitnehmer,

der sein Arbeitsverhältnis kündigt, **Eigenkündigung**

am Tag der Kündigung arbeitsunfähig krankgeschrieben, **taggleich**

kann dies den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung
insbesondere dann erschüttern, **nicht zwingend**

wenn die bescheinigte Arbeitsunfähigkeit passgenau die Dauer der
Kündigungsfrist umfasst. **exakte Synchronität bis Ende AV**

13

Erstreckung der Rechtsprechung auch auf Kündigungsrecht?

- 5. Senat des BAG ist Zahlungs-Senat
- Maßstab im Kündigungsrecht ist nicht Erschütterung eines Anscheins
- volle Darlegungslast beim Arbeitgeber
- Maßstab der Verdachtskündigung (Entgeltfortzahlungsbetrug) wohl allein durch Vorlage einer zeitsynchronen AU-Bescheinigung nicht erreicht
- wenn auch Anhörung des Arbeitnehmers erforderlich

14

Arbeitgeberkündigung und mit Kündigungsfrist zeitsynchrone
Arbeitsunfähigkeit –

BAG Urt. v. 13.12.2023 – 5 AZR 137/23

- Der Beweiswert von (Folge-)Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen kann erschüttert sein, wenn der arbeitsunfähige Arbeitnehmer nach Zugang der Kündigung eine oder mehrere Folgebescheinigungen vorlegt, die passgenau die Dauer der Kündigungsfrist umfassen, und er unmittelbar nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine neue Beschäftigung aufnimmt.

Sachverhalt:

- Der Kl. war Helfer bei der Bekl.
Arbeitsverhältnis von März 2021 bis 31.05.2022.
- AU des Kl. zunächst mit Erstbescheinigung vom 02.05. bis 06.05.2022
- Arbeitgeberkündigung mit Schreiben vom 02.05.2022 (Zugang 03.05.2022) ordentlich fristgemäß zum 31.05.2022
- Folge-AU des Kl. vom 06.05. (bis 20.05.) und 20.05. bis 31.05.2022
- Tätigkeitsaufnahme bei neuem Arbeitgeber am 01.06.2022
- Keine Entgeltfortzahlung durch Bekl. ab 07.05.2022 bis Ende.

Sachverhalt 5 AZR 137/22: ordentliche Arbeitgeberkündigung

AU 02.05. – 06.05.

F-AUen 06.05. – 31.05.

neuer AG ab 01.06.

Kündigung
02.05.2022

zum Ablauf
31.05.2022

Zugang
03.05.2022

Kündigungsfrist

17

Leitsatz

Der Beweiswert von (Folge-)Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen
kann erschüttert sein,

nicht zwingend

wenn der arbeitsunfähige Arbeitnehmer nach Zugang der Kündigung
eine oder mehrere Folge-bescheinigungen vorlegt,

Arbeitgeberkündigung

die passgenau die Dauer der Kündigungsfrist umfassen,

exakte Synchronität bis Ende AV

und er unmittelbar nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine
neue Beschäftigung aufnimmt.

nahtlose Beschäftigungsaufnahme
bzw. Spontangenesung

taggleich (-)

18

Fazit:

- Das BAG nimmt die Erschütterung des Beweiswerts von AU-Bescheinigungen wegen Passgenauigkeit zur Kündigungsfrist nicht nur bei Eigenkündigung, sondern auch bei Arbeitgeberkündigung an.
- Ob eine passgenaue AU bis Ende zweifelhaft sein soll, sofern sie bereits vor Zugang der Kündigung begonnen hat, bleibt offen (AG hatte hier diesen Zeitraum bezahlt, obwohl sich die AU auf den Zugang der Kündigung fortsetzte).
- Maßgeblich dürfte hier wohl sein, dass der Arbeitnehmer exakt am Tag nach Ende der Kündigungsfrist/AU beim neuen Arbeitgeber genesen war.

Was wird aus der MD-Begutachtung
(Medizinischer Dienst – AÖR)?

- Ist das MD-Verfahren (§ 275 SGB V) bei Zweifeln an der AU nicht vorrangig?
- Wie wirkt es sich aus,
 - wenn der AG den MD nicht eingeschaltet hat?
 - wenn der MD einen Termin erst in ferner Zukunft in Aussicht stellt?
 - wenn die MD-Begutachten allein nach Aktenlage der Patientenakten der behandelnden Ärzte erfolgt?

Wichtige Anmerkung:

- Die Erschütterung des Beweiswerts der AU-Bescheinigung bedeutet nicht zwingend das Verlieren des Efz-Rechtsstreits durch den Arbeitnehmer.
- Der Arbeitnehmer kann den Beweis für das tatsächliche Vorliegen der AU noch anders beweisen (z.B. durch zeugenschaftliche Vernehmung der ihn behandelnden Ärzte).

Darlegungslast bei Erschütterung des AU-Beweiswerts:

- Darlegung sämtlicher Krankheitsursachen im relevanten Zeitraum durch den Arbeitnehmer
- Entbindung der behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht
- in der Konstellation von 5 AZR 137/12 wohl auch:
Darlegung der Umstände der Ausheilung

Arbeitsunfähigkeit im Laufe der Kündigungsfrist –
LAG Mecklenburg–V. Urt. v. 15.08.2023 – 5 Sa 12/23

- Der Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist jedoch nicht allein deshalb erschüttert, weil diese einen Zeitraum innerhalb der Kündigungsfrist, insbesondere gegen Ende der Kündigungsfrist betrifft. Krankheiten können auch in einem gekündigten oder einem aus anderen Gründen endenden Arbeitsverhältnis auftreten.
- In der Ablösungsphase mag zwar die Motivation eines Arbeitnehmers nachlassen. Daraus ist aber keinesfalls zu schließen, dass jede Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung in diesem Zeitraum makelbehaftet.
- so etwa auch: LAG Köln Urt. v. 10.08.2023 – 6 Sa 682/22

23

Erschütterung des Beweiswerts der AU durch die Gesamtumstände –
LAG Mecklenburg–V. Urt. v. 07.05.2024 – 5 Sa 98/23

- Der Beweiswert von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ist regelmäßig erschüttert, wenn ein Arbeitnehmer unmittelbar nach einer Eigen- oder Arbeitgeberkündigung Bescheinigungen einreicht, die passgenau die noch verbleibende Dauer des Arbeitsverhältnisses abdecken.
- Ist der Beweiswert von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen erschüttert, hat der Arbeitnehmer darzulegen und ggf. zu beweisen, welche konkreten gesundheitlichen Beeinträchtigungen mit welchen Auswirkungen auf seine Arbeitsfähigkeit bestanden haben und welche Verhaltensmaßnahmen oder Medikamente ärztlich verordnet wurden.

24

→

Dabei kann es von Bedeutung sein, ob und ggf. welche Vorerkrankungen vorhanden sind und in welchem Umfang ärztliche Anordnungen von dem Arbeitnehmer befolgt werden..

hier: Facharzt Psych. nicht aufgesucht und keine Einnahme verordneter Medikamente

25

Erschütterung des Beweiswerts der AU durch die Gesamtumstände –
LAG Schleswig-H. Urt. v. 02.05.2023 – 2 Sa 203/22

- Der Text eines Kündigungsschreibens einer Eigenkündigung in Verbindung mit einer bereits kurz vorher eingereichten Arbeitsunfähigkeit der Arbeitnehmerin sowie die Würdigung der Gesamtumstände nach einer Zeugenaussage des behandelnden Arztes können den Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttern.

26

Erschütterung des Beweiswerts der AU-Bescheinigung
außerhalb von Kündigungen/Beendigungen (die Klassiker),
z.B. durch

- auffälliges Freizeitverhalten
- genesungswidrige Betätigung

Auffälliges Freizeitverhalten

- der AU entgegenstehendes Freizeitverhalten kann AU-Beweiswert erschüttern
- Erschütterung bedeutet (aber nur) erweiterte Darlegungs- und Beweislast für den Arbeitnehmer
- Rechtsprechung ist zurückhaltend in der Annahme des Wechsels der Darlegungs- und Beweislast auf Arbeitnehmer

Typische Fälle für auffälliges Freizeitverhalten, das gegen Arbeitsunfähigkeit spricht:

- sportliche Aktivitäten mit hohem Anstrengungsniveau
- Beginn von (Auslands-)Reisen
- Teilnahme an Festen und kulturellen Veranstaltungen
- weiterhin Ausübung von Nebentätigkeiten

Feststellung von auffälligem Freizeitverhalten durch

- Social Media
- Beobachtung von Kollegen
- Detektiveinsatz

Erschütterung des Beweiswerts der AU wegen Freizeitsports –
LAG Berlin-B. Urt. v. 05.07.2024 – 12 Sa 1266/23

- Was das Ausüben von Freizeitsport während der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit angeht, so ist auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen. Im Allgemeinen werden begründete Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit zu verneinen sein.
- hier: Handballspiel und Schiedsrichtertätigkeit
- Erklärt sich der Arbeitnehmer allerdings nicht zu den konkreten gesundheitlichen Beeinträchtigungen und deren Auswirkungen auf seine Arbeitsfähigkeit, so gilt die Behauptung des Arbeitgebers, der Arbeitnehmer sei nicht infolge Krankheit arbeitsunfähig gewesen, und damit die Rechtsgrundlosigkeit der Entgeltfortzahlung als zugestanden.

31

Prozessuale Standardprobleme dieser Fallgruppen:

- Verwertbarkeitsfragen
- Entschädigungsperspektiven (Art. 82 DS-GVO)
- Nutzlosigkeit wegen Annahme nur genesungswidrigen Verhaltens

32

b. Annahmeverzug und böswilliges Unterlassen

33

Einleitende Klarstellung und Hinweise:

- das BAG hat sich (widerklagehalber im Teilurteilswege) mit Auskunftspflichten beschäftigt
- keine direkte Entscheidung zu böswilligem Unterlassen
- lediglich Folge aus dieser prozessualen Konstellation ist, dass der Arbeitnehmer zukünftig die vom Jobcenter unterbreiteten Vermittlungsvorschläge parat haben muss, sofern der Arbeitgeber Auskunft über diese verlangt (Lästigkeit)
- kein Tatbestandsmerkmal einer schlüssigen Verzugslohnklage, das auf Vorlage bereits mit Klagerhebung hinausliefere

34

Neue taktische Situation häufig:

- erhöhte Abfindungsforderung durch Einbeziehung bereits entstandener oder künftig anfallender Verzugslohne

AN-Vertreter:

Ka

AG-Vertreter:

„Dann mag ihr Mandant einmal erklären, warum es ihm bei diesem Arbeitsmarkt nicht gelingt, hier sofort oder innerhalb kurzer Frist etwas Neues zu bekommen.“

35

Auslösende Faktoren für geänderte Taktik auch ohne BAG:

- Fachkräftemangel
- teilweise katastrophale Situation für Arbeitgeber durch Arbeitskräftemangel
- in allen Regionen und durch alle Branchen
- gute bis sehr gute Chancen auch für Wechsler und Quereinsteiger am Arbeitsmarkt
- auch früher eher nachteilige Umstände (z.B. Teilzeitwunsch, gesundheitliche Einschränkungen, Vorlieben) werden in dieser Situation von Arbeitgebern toleriert und gelöst
- hohe Transparenz und einfacher Zugang zur Jobangeboten über (private) Plattformen im Internet
- Arbeitsgerichte wissen das !!!

36

Auskunft hinsichtlich anderweitigen Erwerbs –

BAG Urt. v. 27.05.2020 – 5 AZR 387/19

- Der Arbeitgeber hat gegen den Arbeitnehmer, der Vergütung wegen Annahmeverzugs fordert, einen Auskunftsanspruch über die von der Agentur für Arbeit und dem Jobcenter unterbreiteten Vermittlungsvorschläge.
- Grundlage des Auskunftsbegehrens ist eine Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis nach § 242 BGB.

37

Wesentliche Sachverhaltselemente:

- Kläger ist Bauhandwerker im Betrieb seit 1996
 - mehrere Kündigungen in 2011, u.a. fristlos am 30.01.2013
 - keine Vergütungszahlung ab Februar 2013
 - Kläger obsiegt gegen sämtliche Kündigungen
 - gesonderte Annahmeverzugsklage für Verzugslohn ab Februar 2013 abzüglich bezogenem Arbeitslosengeld I und II
 - Einwand böswilligen Unterlassens durch Arbeitgeber
 - Bestreiten durch Arbeitnehmer unter Hinweis auf Darlegungs- und Beweislast beim Arbeitgeber für behauptetes böswilliges Unterlassen
- Erhebung einer Widerklage auf Auskunft über die von AA und Jobcenter unterbreitete Stellenangebote Dritter

38

BAG 5 AZR 387/19:

- Teilurteil über Widerklage (ohne Entscheidung über Klage) zulässig
- dient der Vorbereitung der gesetzlich in § 11 Nr. 2 KSchG ausdrücklich vorgesehenen Einwendungen gegen die vom Kläger geltend gemachten Annahmeverzugsansprüche
- Die Beklagte hat Anspruch auf schriftliche Auskunft über die von der Agentur für Arbeit und dem Jobcenter dem Kläger unterbreiteten Vermittlungsvorschläge für die Zeit vom 1. Februar 2013 bis zum 30. November 2015 unter Nennung von Tätigkeit, Arbeitszeit, Arbeitsort und Vergütung.
- Grundlage des Auskunftsbegehrens ist eine Nebenpflicht des Klägers aus dem Arbeitsverhältnis gemäß § 242 BGB.

BAG 5 AZR 387/19:

- Die geforderte Wahrscheinlichkeit, dass die Einwendung böswillig unterlassener anderweitiger Arbeit begründet ist, besteht.
 - Es sind keinerlei Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass diese Behörden ihren gesetzlichen Aufgaben nicht nachgekommen sind und es in Bezug auf den Kläger als Bauhandwerker im Streitzeitraum keine Möglichkeit der Arbeitsvermittlung gab.
- dann § 242 BGB nur begründet, wenn Wahrscheinlichkeit für werthaltige Jobangebote durch Anspruchssteller (Arbeitgeber) nachgewiesen wird?

Folgen aus BAG 5 AZR 387/19:

- damit jedoch keine Entscheidung über Folge bei nicht erfolgreicher Auskunft trotz erfolgreicher Klage auf Auskunft
- Klagabweisung betreffend Zahlungsantrag auf Verzugslohn?
- Verfahrensruhe ggf. bis Durchführung der Zwangsvollstreckung auf Auskunft?

AG-Vertreter:

„Dann mag ihr Mandant einmal erklären, warum es ihm bei diesem Arbeitsmarkt nicht gelingt, hier sofort oder innerhalb kurzer Frist etwas Neues zu bekommen.“

Auswirkungen auf verfahrenstaktische Situation:

- wenn schriftlicher Nachweis der Vermittlungsangebote zu viel Arbeit macht, u.U. doch eher Einigung auf Grundlage ohne Einbeziehung von Verzugslohnaspekten
- oder kein Angebot einer Abfindung überhaupt:

„Soll der Arbeitnehmer doch gewinnen! Er hätte sofort etwas Neues bekommen können! Wir haben gar kein Verzugsrisiko! Und der Arbeitnehmer muss uns auch noch die Grundlage dafür liefern!“

Exkurs: Die Frage nach neuer Arbeit im Prozess

Beliebte Situation in der Kammerverhandlung:

Der Arbeitnehmer wird gleich nach der Antragstellung vom Vorsitzenden gefragt, ob er denn in der Zwischenzeit neue Arbeit gefunden habe.

- Darf die Frage überhaupt gestellt werden?
- Muss der Arbeitnehmer die Frage wahrheitsgemäß beantworten?
- Gibt es ggf. sinnvolle prozessuale Reaktionsmöglichkeiten auf die Frage?
- Was ist, wenn der Gegenanwalt die Frage stellt?

Nichtmeldung bei der AA und böswilliges Unterlassen –

BAG Ur. v. 12.10.2022 – 5 AZR 30/22

-
- Das Prinzip der Gesamtabwägung der Parteiinteressen bei der Beurteilung der Böswilligkeit im Sinne von § 11 Nr. 2 KSchG schließt es aus, einen einzelnen Umstand losgelöst von allen sonstigen absolut zu setzen.
 - Das Unterlassen der Meldung des Arbeitnehmers bei der Agentur für Arbeit als arbeitsuchend begründet als isoliertes Merkmal nicht ein böswilliges Unterlassen im Sinne von § 11 Nr. 2 KSchG (hier: Management-Position).
 - Fehlende Belehrung nach § 2 Abs. 2 S. 2 Ziff. 3 SGB III unerheblich

Eigeninitiative beim Auffinden geeigneter Jobangebote –

Hess. LAG Urt. v. 25.06.2021 – 10 Sa 1233/20

- Der Arbeitnehmer darf sich nicht vor ihm zur Kenntnis gebrachten Stellenangeboten verschließen. Allerdings ist er auch nicht gehalten, von sich aus – über die Meldung bei der Agentur für Arbeit hinausgehend – eine besondere Aktivität zu entfalten.
- Auf nur vage Angaben hin (freie Stelle in der Cargo City Süd) ist der Arbeitnehmer nicht gehalten, sich zu erkundigen oder sich zu bewerben.

45

Mangelhafte Reaktion auf Vermittlungsvorschläge der AA –

LAG Berlin–B. Urt. v. 30.09.2022 – 6 Sa 280/22

- drei Bewerbungen (!) auf 33 Vermittlungsvorschläge der AA in vier Jahren (!)
- keine Stellungnahme zu allen drei Bewerbungen bei tw. erfolgten Angeboten durch Bewerbungsarbeitgeber
- unvollständige Bewerbungsunterlagen sind Indiz für böswilliges Unterlassen (Bewerbungsunterlagen müssen also auch beauskunftet werden!)
- Auskunftsanspruch erstreckt sich auf Vermittlungsvorschläge unter Nennung von Tätigkeit, Arbeitszeit, Arbeitsort und Vergütung

46

Abwarten mit Bewerbungen bis zum Kammertermin –

LAG Baden-W. Urt. v. 03.05.2024 – 9 Sa 4/24 (nicht rk.)

- Im Falle einer einseitigen Freistellung in der Kündigungsfrist nach einer arbeitgeberseitigen Kündigung unterlässt es der Arbeitnehmer innerhalb der Kündigungsfrist nicht böswillig, anderweitigen Verdienst zu erzielen, wenn er mit Bewerbungen auf vom Arbeitgeber mitgeteilte offene Stellen zuwartet bis zu einem zeitnah anberaumten Kammertermin über die Kündigungsschutzklage.

Taktische Folgefragen aus LAG Berlin-B. – 6 Sa 280/22:

- Sollte der Arbeitgeber sein Auskunftsverlangen auch auf Eigenbemühungen der Jobsuche erstrecken?
- Sollte das Auskunftsverlangen (weiter als BAG – 5 AZR 387/19) auch auf Vorlage von Bewerbungsunterlagen (ggü. nur „schriftlich“) erweitert werden?
- Sollte das Auskunftsverlangen auch auf Vermittlungsvorschläge unter Nennung von Tätigkeit, Arbeitszeit, Arbeitsort und Vergütung erstreckt werden?

Maximalantrag:

... den Kläger widerklagehalber zu verurteilen,
der Beklagten/Widerklägerin schriftlich Auskunft über sämtlich
Vermittlungsangebote der AA sowie sämtliche
Eigenbemühungen um Anschlussbeschäftigung im Zeitraum von
... bis ... unter Hergabe sämtlicher hinzu erstellten
Bewerbungsunterlagen nebst beigefügten Anlagen unter
Nennung von Tätigkeit, Arbeitszeit, Arbeitsort und Vergütung der
jeweiligen Stellen sowie darüber, ob eine Einstellung seitens der
Arbeitgeber angeboten oder abgelehnt worden ist, und für den
Fall, dass der Kläger das Angebot abgelehnt haben sollte, zu
den hierfür tragenden Gründen, sowie dazu, aus welchen
Gründen eine Bewerbung auf ein Vermittlungsangebot der AA
ggf. unterblieben ist, zu erteilen.

Auswirkungen auf verfahrenstaktische Situation:

- wenn schriftlicher Nachweis der Vermittlungsangebote zu viel Arbeit macht, u.U. doch eher Einigung auf Grundlage ohne Einbeziehung von Verzugslohnaspekten
- oder kein Angebot einer Abfindung überhaupt:

„Soll der Arbeitnehmer doch gewinnen! Er hätte sofort etwas Neues bekommen können! Wir haben gar kein Verzugsrisiko! Und der Arbeitnehmer muss uns auch noch die Grundlage dafür liefern!“

Stellenangebote durch den kündigenden Arbeitgeber selbst

- Kann der Hinweis auf geeignete Stellen zum selben Ergebnis führen?
(Auskunftsanspruch über Bewerbungsbemühungen → Minderung des Verzugslohnrisikos durch ggf. böswilliges Unterlassen)
- mit Kündigung oder auch noch regelmäßig nachfolgend im Laufe des Kündigungsschutzprozesses, u.U. nach erfolgloser Güteverhandlung

I. Kündigungsrecht

a) Betriebsbedingte Kündigung

53

Auslagerungsentscheidung an Unternehmen im Konzern –

BAG Urt. v. 28.02.2023 – 2 AZR 227/22

- Es kommt nicht darauf an, ob die dem Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses zugrunde liegende unternehmerische (Organisations-)Entscheidung ihrerseits – etwa aus wirtschaftlichen Gründen – "dringend" war oder die Existenz des Unternehmens auch ohne sie nicht gefährdet gewesen wäre. Der Arbeitgeber ist – bis zur Grenze der Willkür – nicht gehindert, auch wirtschaftlich nicht zwingend notwendige Organisationsentscheidungen zu treffen.
- Zur unternehmerischen Freiheit gehört u.a. das Recht festzulegen, ob bestimmte Arbeiten weiter im eigenen Betrieb ausgeführt oder an Drittunternehmen vergeben werden sollen. Dies gilt auch für die Aufgabenverlagerung zwischen Konzernunternehmen.

54

Nachschieben von Kündigungsgründen – Sozialauswahl –

BAG Urt. v. 08.12.2022 – 6 AZR 32/22

- Der Arbeitgeber, der bei einer durchgeführten Sozialauswahl bestimmte Arbeitnehmer übersehen oder für nicht vergleichbar gehalten und deshalb dem Betriebsrat die für die soziale Auswahl (objektiv) erheblichen Umstände nicht mitgeteilt hat, ist grundsätzlich berechtigt, seinen Vortrag auf entsprechende Rüge im Prozess zu ergänzen. Darin liegt kein nach § 102 BetrVG unzulässiges Nachschieben von Kündigungsgründen
- Entsprechendes gilt, wenn der Arbeitgeber aus nachvollziehbaren Gründen bei Erklärung der Kündigung davon ausgegangen ist, eine Sozialauswahl sei insgesamt entbehrlich.

55

Rentennähe und Sozialauswahl –

BAG Urt. v. 08.12.2022 – 6 AZR 31/22

- Bei der Gewichtung des Lebensalters kann bei der Sozialauswahl zu Lasten des Arbeitnehmers berücksichtigt werden, dass er bereits eine (vorgezogene) Rente wegen Alters abschlagsfrei bezieht.
- Das Gleiche gilt, wenn der Arbeitnehmer rentennah ist, weil er eine solche abschlagsfreie Rente oder die Regelaltersrente spätestens innerhalb von zwei Jahren nach dem in Aussicht genommenen Ende des Arbeitsverhältnisses beziehen kann.
- Lediglich eine Altersrente für schwerbehinderte Menschen darf insoweit nicht berücksichtigt werden.

56

Zuleitung des Informationsschreibens an die AA bei der
Massenentlassung –

EuGH Urt. v. 13.07.2023 – C-134/22

- Reine Verwaltungsvorschriften im Rahmen des Massenentlassungsanzeigeverfahrens vermitteln keinen Individualschutz zugunsten des gekündigten Arbeitnehmers.
- hier: Abschrift der Mitteilung an den Betriebsrat im Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 3 S. 1 KSchG
- Beantwortung der Frage aus BAG Beschl. v. 27.01.2022 – 6 AZR 155/21 (A) – BAG Entscheidung hierzu steht aus

57

Massenentlassungsanzeige – Vorlage an den 2. Senat des BAG

BAG Beschl. v. 14.12.2023 – 6 AZR 157/22 (B)

- Der 6. Senat des BAG hat nach § 45 Abs. 3 S. 1 ArbGG angefragt, ob der 2. Senat des BAG an seiner Rechtsauffassung festhält, dass eine im Rahmen einer Massenentlassung erklärte Kündigung nichtig ist, wenn im Zeitpunkt ihres Zugangs keine oder eine fehlerhafte Anzeige nach § 17 Abs. 1 und Abs. 3 KSchG vorliegt.
- Der 2. Senat des BAG hat mit Beschluss vom 01.02.2024 das Anfrageverfahren ausgesetzt und den EuGH um die erforderliche Beantwortung von Fragen zur Auslegung der den §§ 17 ff. KSchG zugrundeliegenden Richtlinie 98/59/EG zur Angleichung von Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen ersucht.

58

Massenentlassungsanzeige – erneute Vorlage an den EuGH

BAG Beschl. v. 23.05.2024 – 6 AZR 152/22 (A)

- Weitere Anfrage des 6. Senats an den EuGH, inwieweit sich ein Fehler im ME-Verfahren auf die Kündigung auswirkt, wenn das Verfahren zwar fehlerhaft ist, die AA dies aber nicht beanstandet.
- Kann der Fehler ggf. noch nachträglich mit Auswirkung auf die Kündigung geheilt werden, indem das Verfahren fehlerfrei nachgeholt wird?

59

Massenentlassungsanzeige – Fehlen der Soll-Angaben –

BAG Ur. v. 19.05.2022 – 2 AZR 467/21

- fehlende Pflichtangaben nach § 17 Abs. 3 S. 5 KSchG führen nicht zur Nichtigkeit oder Unwirksamkeit der im Übrigen anzeigepflichtigen Kündigung
- gesetzgeberische Entscheidung nicht im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung korrigierbar
- durch EuGH geklärt, dass Angaben nach § 17 Abs. 3 S. 5 KSchG nicht in der Anzeige an die AA enthalten sein müssen

60

§ 17 Abs. 3 KSchG

4 Die Anzeige muss Angaben über den Namen des Arbeitgebers, den Sitz und die Art des Betriebes enthalten, ferner die Gründe für die geplanten Entlassungen, die Zahl und die Berufsgruppen der zu entlassenden und der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer, den Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen und die vorgesehenen Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer.

5 In der Anzeige sollen ferner im Einvernehmen mit dem Betriebsrat für die Arbeitsvermittlung Angaben über Geschlecht, Alter, Beruf und Staatsangehörigkeit der zu entlassenden Arbeitnehmer gemacht werden.

61

Sinnvolles prozessuales Vorgehen bei Rüge der ordnungsgemäßen Massenentlassungsanzeige vor Klärung durch BAG:

- gilt nur für fehlerhafte Anzeige, nicht bei unterbliebener Anzeige (!)
- Verfahrensaussetzung, § 248 ff. ZPO? → Verzugslohnrisiko
- Fortführung des Verfahrens unter Anwendung der bisherigen Rechtsprechung des BAG? → nicht gut für Arbeitgeber
- Fortführung des Verfahrens, sofern Kündigung aus anderen Rechtsgründen unwirksam und es nicht auf ME-Verfahren ankommt
- Fortführung und Rechtsprechungsänderung durch das ArbG (im Sinne der Vorlagefragen) → eher nicht zu erwarten

62

b) Personenbedingte Kündigung

63

Wiederholung des bEM bei erneuter Erkrankung nach Jahresfrist –
BAG Urt. v. 18.11.2021 – 2 AZR 138/21

- der Arbeitgeber muss gemäß § 167 Abs. 2 SGB IX nach einem durchgeführten bEM erneut ein bEM durchführen, wenn der Arbeitnehmer nach Abschluss des ersten bEM innerhalb eines Jahres erneut länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig wird
- gilt auch bei unterjährigem Zeitraum
- Abschluss eines bEM ist dabei der Tag "Null" für einen neuen Referenzzeitraum von einem Jahr
- kein "Mindesthaltbarkeitsdatum" des bEM

64

Zustimmung des Integrationsamtes ersetzt kein bEM –

BAG Urt. v. 15.12.2022 – 2 AZR 162/22

- Die Zustimmung des Integrationsamts zu einer krankheitsbedingten Kündigung begründet nicht die Vermutung, dass ein (unterbliebenes) betriebliches Eingliederungsmanagement die Kündigung nicht hätte verhindern können.
- Es ist dem Arbeitgeber auch ohne eine datenschutzrechtliche Einwilligung möglich und zumutbar, zunächst mit dem beabsichtigten bEM zu beginnen. In einem Erstgespräch kann der mögliche Verfahrensablauf besprochen und versucht werden, bestehende Vorbehalte auszuräumen.

65

Hinzutreten weiterer Gründe neben Krankheit –

LAG Mecklenburg-V. Urt. v. 17.01.2023 – 5 Sa 82/22 (nicht rk.)

- Ist das Führen von Kraftfahrzeugen im Straßenverkehr die hauptsächliche Arbeitsaufgabe, kann die Entziehung der Fahrerlaubnis eine personenbedingte Kündigung rechtfertigen, sofern eine Wiedererlangung der Fahrerlaubnis zeitlich nicht absehbar und eine anderweitige Beschäftigung auf Dauer nicht möglich ist.
- kein Erfordernis eines BEM, wenn neben die Grunderkrankung Alkoholismus die Entziehung der Fahrerlaubnis als weiterer tragender Grund für die personenbedingte Kündigung tritt

66

c) Verhaltensbedingte Kündigung

67

Whistleblowing und Recht auf freie Meinungsäußerung –

EGMR Ur. v. 14.02.2023 – 21884/18
(Halet ./ . Luxemburg – „Luxleaks“)

- Unter bestimmten Voraussetzungen ist ein besonderer Schutz für Beamte oder Angestellte notwendig, die unter Verletzung der für sie geltenden Regeln vertrauliche Informationen offenbaren, die sie am Arbeitsplatz erhalten haben.
- Es kann erforderlich sein, einen Whistleblower, der aufgrund einer begründeten Annahme Informationen weitergibt, die sich später als unrichtig erweisen, trotzdem vor Repressalien zu schützen.
- Von besonderer Bedeutung ist, ob Sanktionen gegen den Whistleblower verhältnismäßig sind.

68

Kündigung wegen Bedrohung eines Vorgesetzten –

BAG Urt. v. 28.02.2023 – 2 AZR 194/22

- Eine ernstliche Drohung des Arbeitnehmers mit Gefahren für Leib oder Leben u.a. von Vorgesetzten oder Arbeitskollegen und/oder deren Verwandten, für die kein allgemeiner Rechtfertigungsgrund eingreift, kommt "an sich" als wichtiger Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB in Betracht.
- Erfolgen Falschangaben an den Betriebsrat zu den Unterhaltspflichten des Arbeitnehmers lediglich versehentlich, fehlt es an einer bewusst unrichtigen oder irreführenden Unterrichtung über die Person des zu kündigenden Arbeitnehmers, die schon für sich genommen zur Unwirksamkeit der Kündigung führen könnte.

69

Verwertbarkeit eines Chatverlaufs einer privaten WhatsApp-Gruppe –

BAG Urt. v. 24.08.2023 – 2 AZR 17/23

- Ein Arbeitnehmer, der sich in einer aus sieben Mitgliedern bestehenden privaten Chatgruppe in stark beleidigender, rassistischer, sexistischer und zu Gewalt aufstachelnder Weise über Vorgesetzte und andere Kollegen äußert, kann sich gegen eine dies zum Anlass nehmende außerordentliche Kündigung seines Arbeitsverhältnisses nur im Ausnahmefall auf eine berechnete Vertraulichkeitserwartung berufen
- Eine Vertraulichkeitserwartung ist nur dann berechnete, wenn die Mitglieder der Chatgruppe den besonderen persönlichkeitsrechtlichen Schutz einer Sphäre vertraulicher Kommunikation in Anspruch nehmen können →

70

- Das wiederum ist abhängig von dem Inhalt der ausgetauschten Nachrichten sowie der Größe und personellen Zusammensetzung der Chatgruppe
- Sind Gegenstand der Nachrichten – wie vorliegend – beleidigende und menschenverachtende Äußerungen über Betriebsangehörige, bedarf es einer besonderen Darlegung, warum der Arbeitnehmer berechtigt erwarten konnte, deren Inhalt werde von keinem Gruppenmitglied an einen Dritten weitergegeben

71

Umfeld der Entscheidung:

- Konzept wie bei (Sach-)Verwertungsverbot im Keylogger-Fall BAG Urt. v. 27.07.2017 (2 AZR 681/16)
- zu großer Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers
→ Sachvortrag des Arbeitgebers von Amts wegen nicht zu berücksichtigen
- BAG attestiert grundsätzlichen Vertraulichkeitsschutz in privaten Chatgruppen (nicht: dienstliche Chatgruppen)
- Vertraulichkeitserwartung hängt vom Inhalt der ausgetauschten Nachrichten ab

72

Probleme (wie hier):

- Anfangs unverfängliche Kommunikation innerhalb einer Chat-Gruppe rutscht im Laufe der Zeit ab
- Vom BAG dargestelltes Prinzip läuft auf Kontrolle jeder einzelnen Äußerung (Art. 5 GG) hinaus, da bereits einzelne problematische Äußerung die Vertraulichkeit entfallen lässt
- Damit droht ständiger Kipp-Punkt im Vertraulichkeitsschutz und die Gefahr, dass sich nicht mehr in grundsätzlich privatem Umfeld kritisch geäußert werden kann, weil anderenfalls Kündigung und ungünstige Beweissituation droht

73

Folgeprobleme:

- Wie lange dauert der durch eine Äußerung bewirkte Verlust des Vertraulichkeitsschutzes an?
- Können auch Mitglieder der Gruppe durch die Äußerungen anderer den Vertraulichkeitsschutz verlieren, die sich selbst nicht in dieser Weise geäußert haben?
- Können wohlmeinende Bezugnahmen auf solche Äußerungen anderer den Vertraulichkeitsschutz entfallen lassen?



74

Vorerst:

- BAG hat über die Kündigung desjenigen entschieden, der sich (in erheblichem Maße) diffamierend geäußert hatte
- Weitere Gruppenmitglieder sind ohne eigene Äußerungsanteile nicht vom Verlust der Vertraulichkeit betroffen (→ relatives Verwertungsverbot)
- Es gibt keine „Kontaktschuld“ für Mitgliedschaft in der Gruppe

75

Verwertbarkeit einer offenen Videoüberwachung –

BAG Urt. v. 29.06.2023 – 2 AZR 296/22

- In einem Kündigungsschutzprozess besteht nach Maßgabe der Datenschutz-Grundverordnung und der Zivilprozessordnung grundsätzlich kein Verwertungsverbot in Bezug auf solche Aufzeichnungen aus einer offenen Videoüberwachung, die vorsätzlich vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers belegen sollen
- Das gilt auch dann, wenn die Überwachungsmaßnahme des Arbeitgebers nicht vollständig im Einklang mit den Vorgaben des Datenschutzrechts steht →

76

- Den Betriebsparteien fehlt die Regelungsmacht, ein über das formelle Verfahrensrecht der Zivilprozessordnung hinausgehendes Verwertungsverbot zu begründen, oder die Möglichkeit des Arbeitgebers wirksam zu beschränken, in einem Individualrechtsstreit Tatsachenvortrag über betriebliche Geschehnisse zu halten.

d) Weiteres Kündigungsrecht

Nachträgliche Zulassung nach § 5 KSchG bei Schwangerschaft –
EuGH Urt. v. 27.06.2024 – C-284/23 Haus Jacobus

- Bei Kenntnis von der Schwangerschaft erst nach Ablauf der 3-Wochen-Frist des § 4 KSchG stellt die nachträgliche Kenntnis einen Grund für eine nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage nach § 5 KSchG dar.
- Die dann nach § 5 Abs. 2 KSchG geltende Frist zum Stellen des Antrags binnen zwei Wochen ab Kenntnis schützt die Schwangere nicht hinreichend.
- angemessene Frist vom EuGH offengelassen

Beweis des ersten Anscheins bei Einwurfeinschreiben –
BAG Urt. v. 20.06.2024 – 2 AZR 213/23

- Es besteht ein Beweis des ersten Anscheins, dass Bedienstete der Deutschen Post AG Briefe zu den postüblichen Zeiten zustellen.
- Maßgeblich dafür ist der Umstand, dass sich die übliche Postzustellungszeit aus der Arbeitszeit der Postbediensteten ergibt und die Zustellung vorliegend durch einen solchen Bediensteten erfolgt ist.

Zustellung und gewöhnliche Postzustellzeiten –
LAG Berlin–B. Urt. v. 16.05.2024 – 5 Sa 893/23

- Im Bereich der Stadt Berlin ist nach der Verkehrsanschauung bis jedenfalls 15.30 Uhr mit einer Entnahme von Postsendungen aus dem Briefkasten zu rechnen. Jedenfalls bis zu diesem Zeitpunkt in einen Wohnungsbriefkasten geworfene Postsendungen gehen der adressierten Person am gleichen Tag zu.
- Ein- und Auslieferungsbeleg eines Einwurfeinschreibens begründen keinen Anscheinsbeweis für den im Auslieferungsbeleg genannten Tag der Zustellung, wenn der Auslieferungsbeleg eine falsche Postleitzahl ausweist.

81

Zugang eines Elternzeitverlangens –
LAG Baden–W. Urt. v. 08.05.2024 – 4 Sa 35/23

- Ist die Willenserklärung (hier: Elternzeitverlangen) bereits in den Machtbereich des Empfängers gelangt, wurde von diesem aber noch nicht zur Kenntnis genommen, so besteht keine Verpflichtung des Empfängers, die Kenntnisnahme zu einem Zeitpunkt zu bewirken, bevor er üblicherweise Kenntnis genommen hätte.
- Dies gilt auch dann, wenn er vom Erklärenden auf ein mögliches Vorliegen der Willenserklärung im Machtbereich hingewiesen wurde.

82

II. Arbeitszeit und Befristungsrecht

83

Pausen mit Bereithaltungspflicht und Arbeitszeitbegriff–

BVerwG Urt. v. 13.10.2022 – 2 C 7.21

- Pausenzeiten unter Bereithaltungspflicht stellen nicht automatisch Arbeitszeit i. S. d. Art. 2 Nr. 1 RL 2003/88/EG dar.
- Es bedarf vielmehr bei Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls der Prüfung, ob die dem Arbeitnehmer auferlegten Einschränkungen von solcher Art sind, dass sie objektiv gesehen ganz erheblich seine Möglichkeit beschränken, die Zeit frei zu gestalten und sie seinen eigenen Interessen zu widmen (wie EuGH Urt. v. 09.09.2021 – C-107/19).

84

Duschen als Arbeitszeit –

BAG Urt. v. 23.04.2024 – 5 AZR 212/23

- Körperreinigungszeiten sind als Arbeitszeit anzusehen, wenn sie mit der eigentlichen Tätigkeit oder der Art und Weise ihrer Erbringung unmittelbar zusammenhängen und deshalb ausschließlich der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dienen.
- Für die Abgrenzung und Beurteilung des jeweiligen Einzelfalls können öffentlich-rechtliche und arbeitsschutzrechtliche Vorschriften, wie z.B. der Anhang der Arbeitsstättenverordnung und die den Anhang konkretisierenden Technischen Regeln für Arbeitsstätten Orientierungshilfen bieten.

85

Auslegung der Beendigung des Arbeitsverhältnisses „mit Vollendung des 65. Lebensjahres –

BAG Urt. v. 21.12.2022 – 7 AZR 489/21

- Eine Vertragsklausel, die eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Vollendung des 65. Lebensjahres vorsieht, ist nach der Anhebung des Regelrentenalters regelmäßig dahin zu verstehen, dass das Arbeitsverhältnis erst mit der Vollendung des für den Bezug einer Regelaltersrente maßgeblichen Lebensalters enden soll.
- Benachteiligt ein Arbeitgeber ein befristet beschäftigtes Betriebsratsmitglied, indem er wegen dessen Betriebsrats Tätigkeit den Abschluss eines Folgevertrags ablehnt, so hat das Betriebsratsmitglied Anspruch auf Schadensersatz. Dieser ist auf den Abschluss des verweigerten Folgebetrags gerichtet.
- Entsprechendes gilt für eine Vereinbarung über die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses über die Regelaltersgrenze hinaus.

86

Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses und Urlaub –
BAG Urt. v. 09.02.2023 – 7 AZR 266/22

- Wird einem Arbeitnehmer für die Zeit nach Ablauf seines befristeten Arbeitsverhältnisses Urlaub gewährt, ist der Tatbestand des § 15 Abs. 5 TzBfG in der bis zum 31. Juli 2022 geltenden Fassung (seit dem 1. August 2022 § 15 Abs. 6 TzBfG) nicht erfüllt.
- Allein die einseitige Erfüllung von Leistungspflichten durch den Arbeitgeber nach Befristungsablauf ohne Entgegennahme der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers löst diese Fiktion nicht aus.

Geänderter Tätigkeitsbeginn und Schriftformerfordernis –
BAG Urt. v. 16.08.2023 – 7 AZR 300/22

- Bei einem kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrag ist es für die Wahrung des Schriftformgebots nach § 14 Abs. 4 TzBfG nicht erforderlich, dass neben dem schriftlich benannten Beendigungsdatum das Datum des Beginns des Arbeitsverhältnisses schriftlich festgehalten ist.

Befristung von Führungskräften –

BAG Urt. v. 01.06.2022 – 7 AZR 151/21

- Tätigkeiten als Führungskraft oder in leitenden Positionen rechtfertigen die Befristung des Arbeitsvertrags nicht aufgrund der Eigenart der Arbeitsleistung.
- Ein berechtigtes – und das Bestandsinteresse des Arbeitnehmers überwiegendes – Befristungsinteresse des Arbeitgebers folgt grundsätzlich weder aus einer herausgehobenen Position des Arbeitnehmers im Rahmen der Organisation des Unternehmens noch aus daraus folgenden Befugnissen. Auch eine weitgehende Weisungsfreiheit des Arbeitnehmers rechtfertigt kein spezifisches Befristungsinteresse.

Einsatzbedingte Verlängerungsklauseln im Profifußball –

BAG Urt. v. 24.05.2023 – 7 AZR 169/22

- Einsatzbedingte Verlängerungsklauseln sind im Profifußball grundsätzlich zulässig und verstoßen für sich nicht gegen § 307 Abs. 1 Nr. 2 BGB.
- Der pandemiebedingte Abbruch der Spielsaison 2019/20 ändert hieran nichts und ist nicht als Sonderereignis, ggf. unter Anwendung der Rechtsfigur des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, zu berücksichtigen.

Ablehnung wegen befürchteter Kettenbefristung bei SB –

BAG Urt. v. 24.05.2023 – 8 AZR 187/23

- Die Entscheidung eines öffentlichen Arbeitgebers, nur Bewerber in die Auswahl für eine befristet zu besetzende Stelle einzubeziehen, bei denen nicht die naheliegende Möglichkeit besteht, dass eine weitere Sachgrundbefristung des Arbeitsverhältnisses die Voraussetzungen eines institutionellen Rechtsmissbrauchs erfüllt, ist Teil der dem Auswahlverfahren nach Art. 33 Abs. 2 GG vorgelagerten Organisationsentscheidung.

III. Vertragsrecht

Versetzung ins Ausland –

BAG Urt. v. 30.11.2022 – 5 AZR 336/21

-
- Der Arbeitgeber kann aufgrund seines Weisungsrechts nach § 106 GewO dem Arbeitnehmer grundsätzlich auch einen Arbeitsplatz im Ausland zuweisen, wenn die möglichen Arbeitsorte nicht durch Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag oder gesetzliche Vorschriften auf das Inland begrenzt sind.
 - Eine Beschränkung des Weisungsrechts auf Arbeitsorte in der Bundesrepublik Deutschland ist dem Arbeitsvertrag als solchem nicht immanent.
 - Die Zuweisung eines Arbeitsorts im Ausland unterliegt wie jede Ausübung des Weisungsrechts des Arbeitgebers nach § 106 S. 1 GewO einer gerichtlichen Billigkeitskontrolle.

93

Sachverhalt:

- Der Arbeitnehmer ist Pilot bei Ryanair mit Gesellschaftssitz auf Malta an der Base Flughafen Nürnberg; Familienwohnsitz ist Nürnberg
- Schließung der Base zu Ende März 2020
- Anwendung eines Tarifsozialplans mit Benennungspflicht für neue Wunsch-Base
- Keine Rückäußerung des Kl., auch auf Erinnerung nicht
- Versetzung des Kl. zum 01.05.2020 an die neue Home-Base Bologna, hilfsweise Ausspruch einer Änderungskündigung
- Feststellungsantrag auf Unwirksamkeit der Versetzung, hilfsweise Änderungskündigung

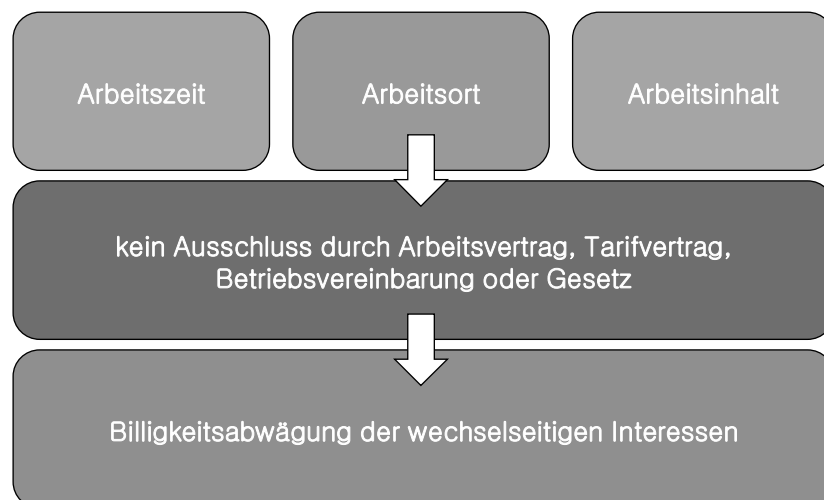
94

Besonderheiten des Falles:

- Kein freier Arbeitsplatz an einer deutschen Home-Base
- Tarifsozialplan sieht Versetzung ausdrücklich Versetzung ins Ausland und ggf. auch Kündigung als letztes Mittel vor
- physische Anwesenheit an Base in Bologna eher selten („Dead-Head-Einsätze“)
- BAG geht offenbar vom typischen Schicksal einer Berufsgruppe aus
- Entgeltverluste kein maßgeblicher Punkt für BAG

95

Prüfung der Einzelweisung nach § 106 GewO:



96

Billigkeitsabwägung der wechselseitigen Interessen

- Schließung der Base als unternehmerische Entscheidung
 - keine anderen freien Arbeitsplätze in Deutschland
 - Pilotenschicksal
 - fliegt ohnehin Dead-Head
- Einzelfallentscheidung mit überdehntem Leitsatz

97

typische zu berücksichtigende Elemente der Abwägung auf Arbeitnehmerseite

- familiäre Belange
- gesundheitliche Einschränkungen
- Betreuungssituation der Kinder
- Wohnungsmarkt
- Fahrzeiten
- maßregelnder Charakter
- u.v.a.m.

98

Teilkündigung einer Homeoffice-Vereinbarung –
LAG Hamm Urt. v. 16.03.2023 – 18 Sa 832/22 (rk.)

- Die Regelungen einer kündbar gestellten "Zusatzvereinbarung über Tätigkeit im Homeoffice", welche sich auf spezielle Abreden über den Ort der Arbeitsleistung bezieht, sind kündigungsrechtlich nicht besonders geschützt, sondern unterliegen dem Direktionsrecht des Arbeitgebers gemäß § 106 GewO.
- Das Kündigungsrecht betrifft dann nicht die im synallagmatischen Verhältnis stehenden wechselseitigen Pflichten des Arbeitsverhältnisses, sondern lediglich die Frage, ob und unter welchen Bedingungen der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung von seiner Wohnung aus zu erbringen befugt ist.

99

Unwirksamkeit einer Verfallklausel wegen Nichtherausnahme
von Ansprüchen aus vorsätzlicher Vertragsverletzung –
BAG Urt. v. 05.07.2022 – 9 AZR 341/21

- Das Verbot des § 202 Abs. 1 BGB, das für alle Schadensersatzansprüche aus Vertrag und Delikt gilt, bezweckt einen umfassenden Schutz gegen im Voraus vereinbarte Einschränkungen von Haftungsansprüchen aus vorsätzlichen Schädigungen.
- Es erfasst neben Vereinbarungen über Verjährungen auch solche über Ausschlussfristen und führt im Falle eines Verstoßes zum ersatzlosen Wegfall einer nicht teilbaren Klausel unter Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrags im Übrigen.

100

Wirksamkeit einer Verfallklausel trotz Nichtherausnahme tariflich zwingender Ansprüche –

BAG Urt. v. 24.05.2022 – 9 AZR 461/21

- Eine in AGB enthaltene Ausschlussfristenklausel, welche die von § 77 Abs. 4 S. 4 BetrVG und § 4 Abs. 4 S. 3 TVG geschützten Ansprüche umfasst und deshalb zu weit gefasst ist, ist nicht wegen dieses Verstoßes und sich nur daraus ergebender unzureichender Transparenz unwirksam.
- Eine Klausel ist nicht deshalb intransparent, weil Ansprüche, deren Erfüllung der Schuldner zugesagt, anerkannt oder streitlos gestellt hat, nicht ausdrücklich ausgeklammert worden sind.

101

Vertragsstrafe bei vertragswidriger Lösung aus dem Arbeitsverhältnis –

BAG Urt. v. 20.10.2022 – 8 AZR 332/21

- ordentliche Kündigung der Arbeitnehmerin gegen einen befristeten (wegen einer Fortbildung AGB-konformen) Kündigungsausschluss verwirkt Vertragsstrafe
- Die Vereinbarung von Vertragsstrafen in Arbeitsverträgen ist im Arbeitsleben so verbreitet, dass deren Verwendung in einem Formularvertrag im Regelfall nicht überraschend i.S.v. § 305c Abs. 1 BGB ist.
- § 309 Nr. 6 BGB ist auf arbeitsvertragliche Vertragsstrafenabreden nicht anwendbar.

102

Schadensersatz wegen Nichterfüllung von Nachweispflichten –
BAG Urt. v. 22.09.2022 – 8 AZR 4/21

- Kommt der Arbeitgeber mit seiner Verpflichtung aus § 2 Abs. 1 S. 1 NachwG in der bis zum 31. Juli 2022 geltenden Fassung (im Folgenden aF), dem Arbeitnehmer eine Ausschluss-/Verfallfrist nachzuweisen, in Verzug, hat er nach § 280 Abs. 1 und Abs. 2, § 286 BGB dem Arbeitnehmer den dadurch adäquat-kausal verursachten Schaden zu ersetzen.
- Weist der Arbeitgeber entgegen § 2 Abs. 1 S. 1 NachwG aF eine Ausschluss-/Verfallfrist nicht nach, ist grundsätzlich zu vermuten, dass der Arbeitnehmer die Frist im Falle eines Hinweises beachtet hätte. Ausgenommen sind jedoch dem Arbeitnehmer unbekannt Ansprüche.

103

Erstattungspflicht des Arbeitnehmers für Vermittlungsprovision –
BAG Urt. v. 20.06.2023 – 1 AZR 265/22

- Eine vorformulierte Vertragsbedingung i.S.v. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB, nach der der Arbeitnehmer verpflichtet ist, dem Arbeitgeber eine von ihm für das Zustandekommen des Arbeitsvertrags an einen Dritten gezahlte Vermittlungsprovision zu erstatten, wenn der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis vor Ablauf einer bestimmten Frist durch Eigenkündigung beendet, ist unangemessen und daher nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam.

104

IV. Vergütungsrecht

105

(Entgelt-)Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten –

BAG Urt. v. 18.01.2023 – 5 AZR 108/22

- Geringfügig Beschäftigte, die in Bezug auf Umfang und Lage der Arbeitszeit keinen Weisungen des Arbeitgebers unterliegen, dürfen bei gleicher Qualifikation für die identische Tätigkeit keine geringere Stundenvergütung erhalten als vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer, die durch den Arbeitgeber verbindlich zur Arbeit eingeteilt werden.
- Die besondere steuer- und sozialversicherungsrechtliche Behandlung geringfügig Beschäftigter stellt keinen sachlichen Grund für eine geringere Bezahlung dar.

106

Unterschiedlich hohe tarifliche Zuschläge für Nachtarbeit in und außerhalb von Schichten –

BAG Urt. v. 22.03.2023 – 10 AZR 553/20

- Erhalten Arbeitnehmer, die Nachtschichtarbeit leisten, und Arbeitnehmer, die sonstige Nachtarbeit versehen, dafür unterschiedlich hohe Zuschläge, sind beide Arbeitnehmergruppen miteinander vergleichbar und werden ungleich behandelt.
- Der Zweck des Ausgleichs der schlechteren Planbarkeit von unregelmäßiger Nachtarbeit vermag eine Ungleichbehandlung bei der Zuschlagshöhe zu rechtfertigen, muss aber im Tarifvertrag Niederschlag finden.

107

Gleichbehandlung bei Erschwerniszuschlägen –

BAG Urt. v. 20.07.2023 – 6 AZR 256/22

- Mit Ausnahme der Zuschläge für die Arbeitsleistung während der tarifvertraglich definierten Nachtzeit können die Tarifvertragsparteien in den Grenzen des Willkürverbots frei regeln, für welche Erschwernisse sie in welcher Weise und Höhe einen Zuschlag gewähren wollen.
- Bei der Willkürkontrolle wird von den Arbeitsgerichten nur geprüft, ob objektive Willkür vorliegt, d.h., ob die Tarifnorm im Verhältnis zu der tatsächlichen Situation, die sie regeln soll, objektiv unangemessen ist.
- Die nach dem Willen der Tarifvertragsparteien für die Ausgestaltung der Tarifregelung maßgeblichen Gründe müssen sich insoweit weder ausdrücklich noch durch Auslegung dem Tarifvertrag entnehmen lassen.

108

Angebot der Prozessbeschäftigung und böswilliges Unterlassen bei fristloser Kündigung –

BAG Ur. v. 29.03.2023 – 5 AZR 255/22

- Der Arbeitgeber kann Annahmeverzug nach dem Ausspruch einer unwirksamen Kündigung nicht dadurch vermeiden, dass er dem Arbeitnehmer der äußeren Form nach eine Prozessbeschäftigung anbietet, ohne dass sein tatsächlicher Wille auf eine solche Beschäftigung gerichtet ist.
- Kündigt er dem Arbeitnehmer verhaltensbedingt fristlos und begründet dies mit einer Unzumutbarkeit der weiteren Beschäftigung, verhält er sich widersprüchlich, wenn er dem Arbeitnehmer eine Prozessbeschäftigung zu gleichen Bedingungen anbietet, weshalb es zu vermuten steht, dass dieses Angebot nicht ernsthafter Natur war.

109

Ermessensausübung und Freiwilligkeitsvorbehalt –

BAG Ur. v. 25.01.2023 – 10 AZR 109/22

- Ein auf Sonderzuwendungen beschränkter Freiwilligkeitsvorbehalt, der so ausgelegt werden kann, dass er auch spätere Individualabreden über die Zahlung beispielsweise von Urlaubs- und Weihnachtsgeld erfasst, benachteiligt den Arbeitnehmer unangemessen i.S.v. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB und ist deshalb unwirksam.
- Ist die Höhe einer Sonderzahlung nach billigem Ermessen zu bestimmen, trägt die bestimmungsberechtigte Arbeitgeberin die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass sie bei der Leistungsbestimmung die Grenzen des ihr nach § 315 Abs. 1 BGB zustehenden Entscheidungsspielraums eingehalten hat. Reicht ihr diesbezüglicher Vortrag nicht aus, fehlt es an einer Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen

110

„Die Zahlung von Sonderzuwendungen insbesondere von Weihnachts- und/oder Urlaubsgeld liegt im freien Ermessen des Arbeitgebers und begründet keinen Rechtsanspruch für die Zukunft, auch wenn die Zahlung mehrfach und ohne ausdrücklichen Vorbehalt der Freiwilligkeit erfolgt.“



„Die Zahlung von Sonderzuwendungen insbesondere von Weihnachts- und/oder Urlaubsgeld liegt im freien Ermessen des Arbeitgebers und begründet keinen Rechtsanspruch für die Zukunft, auch wenn die Zahlung mehrfach und ohne ausdrücklichen Vorbehalt der Freiwilligkeit erfolgt. Dies gilt nicht, sofern die Sonderzuwendung individuell vereinbart worden ist.“

Auslegung des Begriffes „Weihnachtsgeld“ –

BAG Urt. v. 25.01.2023 – 10 AZR 116/22

-
- Die Bezeichnung einer Leistung als "Weihnachtsgeld" lässt neben einer möglichen Auslegung als arbeitsleistungsbezogene Sonderzuwendung auch die Deutung zu, dass der Arbeitgeber sich mit der Zahlung anlassbezogen an den zum Weihnachtsfest typischerweise erhöhten Aufwendungen der Arbeitnehmer beteiligen will.
 - Im letzteren Fall hängt die Leistung regelmäßig nicht von der Erbringung einer bestimmten Arbeitsleistung ab.
(→ fehlende Kürzungsmöglichkeit bei AU-Abwesenheiten)
 - In den Abrechnungen war die jeweilige Leistung als „freiw. Weihnachtsgeld“ bezeichnet.

Zusätzliche Vergütung ohne Differenzierung zwischen Voll- und
Teilzeitbeschäftigten („Mehrflogdienststundenvergütung“) –

EuGH Urt. v. 19.10.2023 – C-660/20 (Lufthansa City Line)

- Die einheitliche Auslösegrenze für den Bezug von MFDST-Vergütung ohne Differenzierung zwischen Voll- und Teilzeitvergütung gegen EU-Recht verstößt gegen RL.
- Flugzeugführer arbeitet 90% der regelmäßigen Arbeitszeit, erhält MFDST-Vergütung aber erst ab Überschreitung der für alle Piloten geltenden Stundengrenze

113

Differenzierung zwischen Voll- und Teilzeitbeschäftigten bei
tariflichen Überstundenzuschlägen –

EuGH Urt. v. 29.07.2024 – C-184/23 (KfH)

- Die tarifliche Regelung unter Festlegung der einheitlichen Auslösegrenze für Überstundenzuschläge ab der tariflichen Vollzeitarbeit (hier: 38,5 Stunden) verstößt nicht nur gegen das Diskriminierungsverbot von Teilzeitbeschäftigten, sondern auch gegen die Gleichbehandlungs-RL

114

Aktueller Streitstand zu Überstundenzuschlägen bei Teilzeit:

- Der 10. Senat des BAG hat sich zuletzt der geänderten Rechtsprechung des 6. Senats angeschlossen, nach der es eine unzulässige Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten darstellt (§ 4 Abs. 1 TzBFG), wenn Überstundenzuschläge erst ab der für Vollzeitbeschäftigte geltenden Stundenzahl anfallen (BAG Ur. v. 19.12.2018 – 10 AZR 231/18).
- Eine Gesamtbewertung der Vergütung sei hiernach nicht vorzunehmen, sondern eine Bewertung der einzelnen Vergütungsbestandteile.
- Teilweise (ältere) abweichende Meinungen anderer Senate.

115

Zuschlag und Teilzeit im TVöD-K –

BAG Ur. v. 15.10.2021 – 6 AZR 253/19

- Leisten Teilzeitbeschäftigte Mehrarbeit i.S.d. § 7 Abs. 6 TVöD-K, sind diese Arbeitsstunden nicht nach § 8 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Buchst. a TVöD-K zuschlagspflichtig.
- Die Regelungen zur Teilzeit im TVöD-K weichen so weit von den Regelungen für Vollzeitbeschäftigte ab, dass keine Vergleichbarkeit, die Grundlage einer Ungleichbehandlung sein könnte, gegeben ist.

116

Urlaub und unzulässige Reduzierung von Überstundenzuschlägen –

EuGH Urt. v. 13.01.2023 – C-514/20 (Koch Personaldienstl.)

- Die Inanspruchnahme von Urlaub darf nicht zum Verlust von Überstundenzuschlägen führen, weil die (tarifliche) Berechnung der Zuschläge von der Anzahl der Leistungsstunden in einem bestimmten Zeitraum abhängt, die durch den Urlaub reduziert werden.
- Zuschlagszahlung für Überstunden hängt im Fall von langen vorausgegangenen Leistungszeiten ab.

V. Urlaubsrecht

Mitwirkungsobliegenheit bei Zusatzurlaub für Schwerbehinderte –
BAG Urt. v. 30.11.2021 – 9 AZR 143/21

- Die Befristung des Zusatzurlaubsanspruchs schwerbehinderter Menschen nach § 208 Abs. 1 S. 1 SGB IX ist nicht von der Erfüllung der Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten abhängig, wenn es dem Arbeitgeber unmöglich war, den Arbeitnehmer durch seine Mitwirkung in die Lage zu versetzen, den Zusatzurlaub zu realisieren
- Hat der Arbeitgeber keine Kenntnis von der Schwerbehinderung des Arbeitnehmers und ist diese auch nicht offenkundig, verfällt der Anspruch auf Zusatzurlaub auch dann mit Ablauf des Urlaubsjahres, wenn der Arbeitgeber seinen Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten nicht nachgekommen ist.

119

Erfüllung bei Urlaubsgewährung ohne Tilgungsbestimmung –
BAG Urt. v. 01.03.2022 – 9 AZR 353/21

- Stehen dem Arbeitnehmer im Kalenderjahr Ansprüche auf Erholungsurlaub zu, die auf unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen beruhen und für die unterschiedliche Regelungen gelten, findet § 366 BGB Anwendung, wenn die Urlaubsgewährung durch den Arbeitgeber nicht zur Erfüllung sämtlicher Urlaubsansprüche ausreicht.
- Nimmt der Arbeitgeber dabei keine Tilgungsbestimmung i.S.v. § 366 Abs. 1 BGB vor, findet die in § 366 Abs. 2 BGB vorgegebene Tilgungsreihenfolge mit der Maßgabe Anwendung, dass zuerst gesetzliche Urlaubsansprüche und erst dann den gesetzlichen Mindesturlaub übersteigende Urlaubsansprüche erfüllt werden.

120

Berücksichtigung von Urlaubsstunden bei der Berechnung von
Mehrarbeitszuschlägen –

BAG Urt. v. 16.11.2022 – 10 AZR 210/19

- Für das Erreichen des Schwellenwertes, ab dem nach den Bestimmungen des Manteltarifvertrags für die Zeitarbeit ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Mehrarbeitszuschläge besteht, sind nicht nur die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden, sondern auch genommene Urlaubsstunden zu berücksichtigen.
- Anderenfalls Anreiz zum Verzicht auf Urlaub zum Erlangen einer günstigeren Berechnung.

121

Urlaubsabgeltung im Doppel-Arbeitsverhältnis –

BAG Urt. v. 05.12.2023 – 9 AZR 230/22

- Geht ein Arbeitnehmer nach einer rechtswidrigen Kündigung einer anderen Beschäftigung nach, entstehen für den Zeitraum der zeitlichen Überschneidung beider Arbeitsverhältnisse auch dann ungeminderte Urlaubsansprüche sowohl gegenüber dem alten als auch gegenüber dem neuen Arbeitgeber, wenn der Arbeitnehmer die Pflichten aus beiden Arbeitsverhältnissen nicht hätte kumulativ erfüllen können.
- In einem solchen Fall ist jedoch zur Vermeidung doppelter Urlaubsansprüche der Urlaub, den der Arbeitnehmer vom neuen Arbeitgeber erhalten hat, gegen seinen alten Arbeitgeber kalenderjahresbezogen anzurechnen.

122

Urlaubskürzung während der Elternzeit –

BAG Urt. v. 16.04.2024 – 9 AZR 165/23

- Das Fristenregime des § 7 Abs. 3 BUrlG findet während der mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbote und der Elternzeit keine Anwendung.
- § 17 Abs. 1 S. 1 BEEG ist insoweit lex specialis
- Möchte der Arbeitgeber den Anspruch des Arbeitnehmers auf Erholungsurlaub hiernach kürzen, muss er die entsprechende Erklärung im bestehenden Arbeitsverhältnis abgeben.
- Es kann nicht mehr ausgeübt werden, wenn das Arbeitsverhältnis beendet ist und der Arbeitnehmer Anspruch auf Urlaubsabgeltung hat.

123

VI. Arbeitnehmerüberlassung

124

Ausgleichsvorteil für geringere tarifliche Verfügung in der ANÜ –
EuGH Urt. v. 15.12.2022 – C-311/21

- Grundsätzlich ist es möglich, für Leiharbeitnehmer eine geringere tarifliche Verfügung vorzusehen.
- Ein Tarifvertrag, der für Leiharbeitnehmer solch ein geringeres Arbeitsentgelt als das des angestellten Stammpersonals festlegt, muss zur Wahrung des in der AÜ-Richtlinie geforderten Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern sog. Ausgleichsvorteile vorsehen (z.B. zusätzliche Freizeit, Urlaub pp.).
- Die Kriterien und Bedingungen, die für eine mögliche Abweichung vom Equal-Pay-Grundsatz erfüllt sein müssen, müssen nicht durch den Gesetzgeber, sondern durch die Tarifvertragsparteien selbst bestimmt werden.

125

Ausgleichsvorteil für geringere tarifliche Verfügung in der ANÜ –
BAG Urt. v. 31.05.2023 – 5 AZR 143/19

- Ausgleichsvorteile können sich auch aus dem Zusammenspiel zwischen Tarifvertrag und gesetzlichen Schutzregeln zum Schutz von Leiharbeitnehmern aus dem AÜG ergeben.
- Als angemessener Ausgleich gilt insb. eine tariflich geregelte Entgeltfortzahlung in verleihtfreien Zeiten.

126

Wet-Lease im Airline-Geschäft ist keine Arbeitnehmerüberlassung –
BAG Urt. v. 27.09.2022 – 9 AZR 468/21

- Die arbeitsrechtliche Weisungsbefugnis ist von der projektbezogenen werkvertraglichen Anweisung im Sinne des § 645 Abs. 1. S. 1 BGB zu unterscheiden. Diese ist sachbezogen und ergebnisorientiert und auf die zu erbringende Werkleistung begrenzt.
- Kennzeichnend für die Leiharbeit im Sinne der Leiharbeitsrichtlinie ist ein Arbeiten unter Aufsicht und Leitung im entleihenden Unternehmen, was zur Folge hat, dass die Aufsicht und Leitung, die im Normalfall dem Arbeitgeber des Arbeitnehmers obliegt, auf einen Dritten übertragen wird.

127

Tariflich verlängerte Überlassungsdauer –
BAG Urt. v. 14.09.2022 – 4 AZR 83/21

- Die Überlassungshöchstdauer von 48 Monaten hält sich im Rahmen dessen, was als "vorübergehend" i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 4 AÜG i.V.m. Art 1 Abs 1 EGRL 104/2008 anzusehen ist.
- Meint auch der 9. Senat (BAG Urt. v. 08.11.2022 – 9 AZR 486/21)
- 36 Monate auch (BAG Urt. v. 14.09.2022 – 4 AZR 26/21)

128

Personalstellung nach TVöD keine Leiharbeit –
EuGH Urt. v. 22.06.2023 – C-427/21 (ALB FILS Klinken)

- Eine Personalstellung gem. § 4 Abs. 3 Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) fällt nicht in den Anwendungsbereich der europäischen Richtlinie zu Leiharbeit (2008/104/EG).
- Regelung zur ordentlichen Unkündbarkeit gebietet diese Sichtweise insb. bei Widersprüchen gegen Betriebsübergänge im ÖD

VII. Sonstiges (Status, BÜ)

- Für die Abgrenzung von sog. scheinselbständigen Rechtsanwälten und freien Mitarbeitern einer Rechtsanwaltskanzlei ist das Gesamtbild der Arbeitsleistung maßgebend; soweit die Kriterien der Weisungsgebundenheit und Eingliederung wegen der Eigenart der Anwaltstätigkeit im Einzelfall an Trennschärfe und Aussagekraft verlieren, ist vornehmlich auf das eigene Unternehmerrisiko und die Art der vereinbarten Vergütung abzustellen.
- Beitragszahlungen von Schwarzarbeitern und illegal Beschäftigten im Rahmen einer freiwilligen gesetzlichen Versicherung aufgrund einer mit dem Arbeitgeber getroffenen Vereinbarung lassen nicht schon die Tatbestandsmäßigkeit des § 266a Abs. 1, 2 StGB entfallen, sondern sind erst auf der Ebene der Strafzumessung zu berücksichtigen.

- Der Anspruch als Fremdgeschäftsführerin einer GmbH ergibt sich unmittelbar aus § 7 Abs. 4 BUrlG.
- Dies folgt – unabhängig davon, ob die Klägerin nach nationalem Recht als Arbeitnehmerin anzusehen ist – aus einer mit Art 7 EGRL 88/2003 konformen Auslegung der Vorschrift

Sozialversicherungsrechtlicher Status von Pool-Ärzten –

BSG Urt. v. 24.10.2023 – B 12 R 9/21 R

- Ein Zahnarzt, der als sog. "Pool-Arzt" im Notdienst tätig ist, geht nicht deshalb automatisch einer selbstständigen Tätigkeit nach, weil er insoweit an der vertragszahnärztlichen Versorgung teilnimmt.
- Maßgebend sind vielmehr – wie bei anderen Tätigkeiten auch – die konkreten Umstände des Einzelfalls.

133

Ketten-Betriebsübergang und Widerspruch –

BAG Urt. v. 15.12.2022 – 2 AZR 99/22

- Ein Betriebsübergang kann auch in der Form erfolgen, dass die Arbeitsverhältnisse der betreffenden Arbeitnehmer zunächst auf einen ersten Erwerber und dann auf einen zweiten oder weitere Erwerber übergehen (sog. Kettenbetriebsübergang).
- In einer solchen Situation kann der Arbeitnehmer ein etwa noch bestehendes Recht, dem durch den vorangegangenen Betriebsübergang eingetretenen Übergang seines Arbeitsverhältnisses zu widersprechen, allerdings nur dann noch wirksam ausüben, wenn er erfolgreich dem mit dem weiteren Betriebsübergang verbundenen Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den neuen Inhaber i.S.v. § 613a Abs. 6 S. 2 BGB widersprochen hat.

134

VIII. Prozessrecht

135

§ 50 a ArbGG – Videoverhandlung

- (1) Die mündliche Verhandlung kann in geeigneten Fällen und soweit ausreichende Kapazitäten zur Verfügung stehen als Videoverhandlung stattfinden. Eine mündliche Verhandlung findet als Videoverhandlung statt, wenn an ihr mindestens ein Verfahrensbeteiligter per Bild- und Tonübertragung teilnimmt. Verfahrensbeteiligte nach dieser Vorschrift sind die Parteien und Nebenintervenienten sowie ihre Bevollmächtigten, Vertreter und Beistände.
- (2) Der Vorsitzende kann unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 Satz 1 auf Antrag eines Verfahrensbeteiligten oder von Amts wegen die Teilnahme per Bild- und Tonübertragung für einen Verfahrensbeteiligten, mehrere oder alle Verfahrensbeteiligte gestatten. Die Ablehnung eines Antrags auf Teilnahme per Bild- und Tonübertragung ist kurz zu begründen.

→

136

§ 50 a ArbGG – Videoverhandlung

- (3) Den Verfahrensbeteiligten und Dritten ist es untersagt, die Videoverhandlung aufzuzeichnen. Hierauf sind sie zu Beginn der Verhandlung hinzuweisen. Die Videoverhandlung kann für die Zwecke des § 160a der Zivilprozessordnung ganz oder teilweise aufgezeichnet werden. Über Beginn und Ende der Aufzeichnung sind die Verfahrensbeteiligten zu informieren.
- (4) Entscheidungen nach dieser Vorschrift sind unanfechtbar.

137

Elektronische Einreichungspflicht bei Syndikusanwälten –

BAG Beschl. v. 23.05.2023 – 10 AZB 18/22

- Ein Syndikusrechtsanwalt, der für einen Verband nach den Bestimmungen des ArbGG und der BRAO erlaubte Rechtsdienstleistungen gegenüber den Verbandsmitgliedern erbringt, ist berechtigt und verpflichtet, den elektronischen Rechtsverkehr aktiv zu nutzen, wenn er gegenüber einem Gericht tätig wird und beispielsweise ein Rechtsmittel einlegt.

138

Vorzeitiger Aufruf einer Sache –

BAG Beschl. v. 23.05.2023 – 10 AZB 18/22

- Das Gericht hat, selbst wenn es die Sache vorzeitig aufgerufen (§ 220 Abs. 1 ZPO) und vor allem vorzeitig die Anträge der Parteien aufgenommen haben sollte (§ 137 Abs. 1 ZPO), auch nicht den Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG verletzt, wenn der Prozessbevollmächtigte bereits bei Aufruf der Sache anwesend war und sich durch seine nachfolgende Antragstellung rügelos i.S.v. § 295 Abs. 1 ZPO eingelassen hat.
- Damit liegt nicht einmal – mehr – ein mit einer zugelassenen Revision zu rügender Verfahrensfehler vor.

139

Heranziehung von ehrenamtlichen Richtern über Hilfslisten –

BAG Beschl. v. 20.06.2023 – 1 AZN 99/23

- Ein Geschäftsverteilungsplan, der im Fall einer unvorhergesehenen Verhinderung eines bereits geladenen ehrenamtlichen Richters die Heranziehung eines Vertreters aus der jeweiligen Hilfsliste vorsieht, wenn zwischen dem Bekanntwerden der Verhinderung und dem Sitzungstag weniger als sechs Kalendertage liegen, ist mit § 39 Satz 2 i.V.m. § 31 Abs. 2 ArbGG vereinbar.
- Die Verwendung von auslegungsbedürftigen Begriffen zur Bestimmung des gesetzlichen Richters stellt keinen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG („unvorhergesehenes Ereignis“).

140

Zwangsvollstreckung – Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung –
BAG Beschl. v. 28.02.2023 – 8 AZB 17/22

- Die Entscheidung des Arbeitgebers als solche, betriebliche Abläufe umzuorganisieren und Aufgaben an andere Beschäftigte zu übertragen, führt nicht per se dazu, dass die Beschäftigung eines bestimmten Arbeitnehmers unmöglich wird.
- Im Verfahren nach § 888 ZPO kann der Einwand, eine konkrete Beschäftigungsmöglichkeit sei aufgrund einer unternehmerischen Organisationsentscheidung entfallen, nur Berücksichtigung finden, wenn dies unstreitig oder offenkundig ist.

141

Ruhen des Verfahrens und Antrag auf Streitige Verhandlung–
BAG Urt. v. 21.06.2023 – 7 AZR 234/22

- Der Antrag auf Bestimmung eines Termins zur Streitigen Verhandlung i.S.d. § 54 Abs. 5 Satz 2 ArbGG kann erst wirksam gestellt werden, nachdem das Gericht das Ruhen des Verfahrens wegen des Nichterscheins beider Parteien in der Güteverhandlung angeordnet hat.
- Unterbleibt dieser Antrag, gilt die Entfristungskontrollklage als zurückgenommen.

142

Konkludenter Antrag auf Erstreckung der Beiordnung der PKH auf
den Mehrvergleichswert –

LAG Hamm Beschl. v. 20.12.2022 – 14 Ta 194/22

- Zwar ist nach der auf den ursprünglich gestellten Antrag hin erfolgten Bewilligung von Prozesskostenhilfe im Falle des nachfolgenden Abschlusses eines Mehrvergleichs ein neuer Antrag erforderlich.
- Dieser kann aber von der Partei, der Prozesskostenhilfe bewilligt wurde, auch konkludent gestellt werden. Ein solcher konkludenter Antrag kann regelmäßig den Erklärungen der Partei im Rahmen des Vergleichsschlusses nach § 278 Abs. 6 ZPO im Wege der Auslegung entnommen werden.

143

Olaf Möllenkamp
Richter am Arbeitsgericht Lübeck

(0176) 24 69 78 47

olaf@moellenkamp.com

144