
Aktuelles Arbeitsrecht bsw - Personalleiter

06.02.2025

RECHTSANWALT KARSTEN ZOBEL

AN DER FRAUENKIRCHE 12, 01067 DRESDEN (COSELPALAIS)

Agenda

- 0** **Aktuelles**
- I** **Arbeitszeiterfassung / Fahrtzeiten**
- II** **AGB-Kontrolle: Abgeltungsklausel, Freiwilligkeitsvorbehalt, Rückzahlung von Fortbildungskosten**
- III** **Entgelt, Weihnachtsgeld, Dienstwagen, Benachteiligung wegen des Geschlechts, ausdifferenzierte Überstundenzuschläge**
- IV** **Rechtsfragen rund um die AU-Bescheinigung**
- V** **Arbeitnehmerüberlassung**
- VI** **Aktuelles zum Urlaubsrecht**
- VII** **Kündigung, Videoüberwachung u.ä.**
- VIII** **Annahmeverzug**
- IX** **Nachvertragliches**
- X** **DSGVO**
- XI** **Ämter, Vertretungen, materielles Betriebsverfassungsrecht, Betriebsratsvergütung**

Danke an Prof Bayreuther, Uni Passau, Ausarbeitung basiert in wesentlichen Passagen auf seinem Skript

Änderungen im Nachweisgesetz: Textform statt Schriftform möglich

Die wesentlichen Vertragsbedingungen nach § 2 Abs. 1 S. 2 NachwG können künftig in **Textform**, also z.B. per E-Mail übermittelt werden, sofern die nachfolgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- Das Dokument muss für den Arbeitnehmer zugänglich sein, es muss **speicher- und ausdrückbar** sein,
- Mit der Übermittlung muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auffordern, einen Empfangsnachweis zu erteilen.

Zum Beispiel kann ein Arbeitsvertrag mit den wesentlichen Vertragsbedingungen als Anhang zu einer E-Mail versendet werden, wobei eine Empfangsbestätigung beim Arbeitnehmer angefordert werden sollte, um den Zugang nachzuweisen. Dieses muss gespeichert oder nachgehalten werden. Wenn es nicht kommt – doch Schriftform!

Für den Fall, dass es sich um ein **befristetes Arbeitsverhältnis** handelt, bleibt es beim **Schriftformerfordernis** nach § 14 Abs. 4 TzBfG.

Altersbefristungen § 41 SGB VI

Für **Vereinbarungen zur Befristung des Arbeitsverhältnisses** bis zur Regelaltersgrenze genügt zukünftig die **Textform**.

Diese Ausnahme vom Schriftformerfordernis für Befristungsregelungen nach § 14 Abs. 4 TzBfG ist nunmehr in § 41 Abs. 2 SGB VI geregelt.

§ 41 Altersrente und Ende des Arbeitsverhältnisses

(1) Der Anspruch des Versicherten auf eine Rente wegen Alters ist nicht als ein Grund anzusehen, der die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber nach dem Kündigungsschutzgesetz bedingen kann. Eine Vereinbarung, die die Beendigung des Arbeitsverhältnisses eines Arbeitnehmers ohne Kündigung zu einem Zeitpunkt vorsieht, zu dem der Arbeitnehmer vor Erreichen der Regelaltersgrenze eine Rente wegen Alters beantragen kann, gilt dem Arbeitnehmer gegenüber als auf das Erreichen der Regelaltersgrenze abgeschlossen, es sei denn, dass die Vereinbarung innerhalb der letzten drei Jahre vor diesem Zeitpunkt abgeschlossen oder von dem Arbeitnehmer innerhalb der letzten drei Jahre vor diesem Zeitpunkt bestätigt worden ist. **Sieht eine Vereinbarung die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Erreichen der Regelaltersgrenze vor, können die Arbeitsvertragsparteien durch Vereinbarung während des Arbeitsverhältnisses den Beendigungszeitpunkt, gegebenenfalls auch mehrfach, hinausschieben.**

(2) **Eine Vereinbarung, die die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Erreichen der Regelaltersgrenze vorsieht, bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Textform. § 14 Absatz 4 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes gilt nicht.**

Arbeitnehmerüberlassungsvertrag in Textform möglich

Durch die Änderung von § 12 Abs. 1 S. 1 AÜG entfällt zukünftig auch das Schriftformerfordernis für Arbeitnehmerüberlassungsverträge zwischen Verleiher und Entleiher. Da nun die Textform möglich ist, können diese seit 1. Januar 2025 z.B. per E-Mail geschlossen werden.

Elektronische Arbeitszeugnisse

Arbeitszeugnisse können nun zumindest auch in elektronischer Form nach § 126a BGB (**qualifizierte elektronische Signatur**) erteilt werden. Dies war bislang ausdrücklich ausgeschlossen gem. § 630 S. 3 BGB und § 109 Abs. 3 GewO.

Voraussetzung ist die **Einwilligung des Arbeitnehmers** in die elektronische Form.

Arbeitszeiterfassung

BAG 13.9.2022, 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616:

Der Arbeitgeber ist nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG verpflichtet, ein System einzuführen, mit dem die von den Arbeitnehmern geleistete Arbeitszeit erfasst werden kann. Bei unionsrechtskonformer Auslegung von § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG ist der Arbeitgeber gesetzlich verpflichtet, die Arbeitszeiten der Arbeitnehmer zu erfassen

Im Anschluss an: EuGH 14.5.2019 – C-55/18, CCOO, NZA 2019, 683: Die Mitgliedstaaten müssen die Arbeitgeber verpflichten, ein **objektives, verlässliches** und **zugängliches** System einzurichten, mit dem die von einem jeden Beschäftigten geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.

§ 3 ArbSchG

(1) Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung der Umstände zu treffen, die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit beeinflussen. ... Dabei hat er eine Verbesserung von Sicherheit und Gesundheitsschutz der Beschäftigten anzustreben.

Arbeitszeiterfassung

Konsequenzen

Die **Verfassungskonformität** des BAG-Beschlusses (unzulässige Rechtsfortbildung?) ist im Schrifttum ganz erheblich umstritten. Für verfassungswidrig halten diesen u.a. Höpfner/Schneck, NZA 2023, 1; Salamon NJW 2023, 335; H. Hanau, RdA 2023, 115; aA: Bayreuther, NZA 2023, 193.

Rein theoretisch können **einzelne Arbeitnehmer** für sich eine **Erfassung erzwingen**, §§ 618, 241 Abs. 2 BGB. Unrealistisch.

Außerordentlich fraglich ist, ob die **Aufsichtsbehörden AG via einer Anordnung** zur Einrichtung einer Zeiterfassung verpflichten können: § 22 Abs. 3 ArbSchG und, sollte dieser der Anordnung nicht nachkommen, ein Bußgeld verhängen: 25 Abs. 1 Nr. 2 lit. a, Abs. 2 ArbSchG (30 Tsd. €). ME kommt zumindest letzteres unter keinen Umständen in Betracht (Art. 103 GG, s. BVerfG 19.11.2021 – 1 BvR 781/21, NJW 2022, 139 Rn. 156, Bundesnotbremse I).

Arbeitszeiterfassung (Betriebsverfassungsrecht)

§ 80 BetrVG: Mittelbar kann der Betriebsrat den Arbeitgeber zu einer Aufzeichnung drängen.

Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit zu informieren, da der Betriebsrat nur so die Einhaltung der in § 5 ArbZG vorgeschriebenen Ruhezeit überprüfen kann. Diese Auskünfte hat der Arbeitgeber auch dann zu erteilen, wenn er mit Rücksicht auf eine im Betrieb geltende „Vertrauensarbeitszeit“ die tatsächlichen Arbeitszeiten der Beschäftigten nicht erfasst und/oder bewusst nicht zur Kenntnis nehmen will.

Es besteht nunmehr (auch) eine erzwingbare Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG.

BAG 13.9.2022, 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616.

Diese bezieht sich nur auf das „Wie“ der Erfassung, nicht aber auf das „Ob“. Das heißt aber nicht, dass der Arbeitgeber BR oder der Einsetzung einer Einigungsstelle mit Erfolg entgegenhalten kann, dass er generell keine Zeiterfassung einrichten möchte. Dass das „Ob“ zwingend ist, schließt bei Nr. 7 nicht das „Wie“ der Mitbestimmung aus, s. nur: BAG 15.1.2002 – 1 ABR 13/01, NZA 2002, 995 (998).

Arbeitszeiterfassung (Betriebsverfassungsrecht)

LAG München 11.7.2022, 4 TaBV 9/22; BAG 6.5.2003, 1 ABR 13/02, NZA 2003, 1348.

Ein solches Vorgehen zeigt sich für den Betriebsrat aber regelmäßig recht unergiebig, da inhaltlich und vollstreckungsrechtlich schwach (Zwangsgeld, §§ 23 Abs. 3 S. 3 BetrVG, 85 Abs. 1 ArbGG, vor allem aber: keine Einsetzung einer Einigungsstelle und damit keine Möglichkeit zur Einflussnahme auf Art und Weise der Zeiterfassung).

LAG München 22.5.2023, 4 TaBV 24/23, NZA-RR 2023, 477 (offenbar rechtskräftig [?]):

Hinsichtlich der Ausgestaltung eines Systems zur Arbeitszeiterfassung hat der Betriebsrat nach §§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG iVm 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG ein Mitbestimmungs- und Initiativrecht.

Das Mitgestaltungsrecht hängt nicht davon ab, ob der Arbeitgeber seinen gesetzlichen Pflichten nachkommen will oder nicht.

Der Betriebsrat darf sein Mitbestimmungsbegehren indes nicht auf die Einrichtung einer bestimmten, wie z.B. elektronischen Erfassung beschränken.

„spontane Frage aus dem Publikum“

Direktionsrecht bei Lage der Arbeitszeit - darf AG anweisen, von wann bis wann MA arbeiten muss?

Auch wenn Mitarbeiter über längeren Zeitraum feste Muster bzgl. Arbeitszeiten/Anwesenheit hat und dies bisher toleriert wurde?

Dürfen Kernarbeitszeiten nachträglich eingeführt werden?

Im **Arbeitsvertrag** steht folgendes:

Die Verteilung der Arbeitszeit auf die Werktage richtet sich nach den jeweiligen Vorgaben des Arbeitgebers. Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit und der Pausen richten sich nach den betrieblichen Erfordernissen und jeweiligen Regelungen.

Der Arbeitnehmer ist in der Einteilung seiner Arbeitszeit unter Berücksichtigung von Abs. 3 und vorbehaltlich einer Änderung durch den Arbeitgeber grundsätzlich frei.

Er wird die über gem. Abs 1 erbrachte Arbeitszeit schriftlich dokumentieren und der Geschäftsführung spätestens zum Ende eines Kalendermonats vorlegen, um einen zeitnahen Ausgleich zur Einhaltung der Regelungen des Arbeitszeitgesetzes zu ermöglichen.

Es gibt keinen Betriebsrat oder andere Dokumente.

Fahrtzeiten / Dienstreisen

hier: Vergütungspflicht Fahrtzeiten

Ob Fahrtzeiten oder Dienstreisen vergütungspflichtige Arbeitszeit sind, beurteilt sich primär danach, was die Parteien vereinbart haben. Es besteht **volle Dispositionsfreiheit**, solange das Gesamtmonatsgehalt den **Mindestlohn** nicht unterschreitet.

Ist **nichts vereinbart**, sind Dienstreisen **grundsätzlich vergütungspflichtig**, BAG 15.11.2018, 6 AZR 294/17, NZA 2019, 486; 17.10.2018, 5 AZR 553/17, NZA 2019, 159

Fahrtzeiten können vergütungspflichtig sein. Jedenfalls:

- Betriebsstätte zum Kunden und zurück
- Fahrten zwischen Kunden oder auswärtigen Betriebsstätten
- Dienstreisen (nur: Reise, nicht Aufenthalt vor Ort)
- Nicht Wegezeiten von der Wohnung zur Betriebsstätte
- Nicht Wegezeiten von der Wohnung zu einem auswärtigen Einsatz, es sei denn die Anfahrt spiegelt die Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers wider, insbesondere weil diesem kontinuierlich wechselnde Einsatzstellen zugewiesen werden (Außendienstler, Monteur, Pflegekraft)

BAG 18.3.2020, 5 AZR 36/19, NZA 2020, 868, Rn. 16; BAG 25.4.2018, 5 AZR 424/17, NZA 2018, 1211, Rn. 18 f.; BAG 26.10.2016, 5 AZR 226/16, Rn. 22; BAG 21.12.2006, 6 AZR 341/06, NZA 2008, 136.

Fahrtzeiten / Dienstreisen

hier: öffentliches Arbeitszeitrecht

Ob Fahr- und Reisezeiten Arbeitszeit iSd. ArbZG sind, hängt nach noch vorherrschender Ansicht davon ab, ob er durch die **Fahrt beansprucht** wird (teils auch: oder/und es sich dabei um die **Hauptleistungspflicht** des Arbeitgebers handelt).

Strenger bereits:

Volle Berücksichtigung von Fahrzeiten von der **Betriebsstätte zum Kunden oder Einsatzort**, Obiter dictum: BAG 12.12.2012, 5 AZR 355/12, NZA 2013, 1158, 1159, Rn. 16

Hat ein im **Außendienst** tätiger Arbeitnehmer keinen festen oder gewöhnlichen Arbeitsort, so ist die Fahrzeit zwischen dem Wohnort und dem Standort des ersten und des letzten bestimmten Kunden Arbeitszeit, EuGH 10.9.2015, C-266/14, NZA 2015, 1177 (CC.OO.).

EFTA-Gerichtshof, 15.7.2021 – E-11/20 = BeckRS 2021, 21224 (Eyjólfur Orri Sverrisson ./ . Island):

Der Begriff der Arbeitszeit umfasst auch die notwendige Zeit, die ein Arbeitnehmer außerhalb der normalen Arbeitszeit für die Reise zu und/oder von einem anderen Ort als dem Ort, an dem er sich gewöhnlich aufhält, aufwendet, um dort auf Geheiß des Arbeitgebers seine Tätigkeit auszuüben oder seine Aufgaben wahrzunehmen.

Dabei ist es unerheblich, ob die Reise vollständig innerhalb des EWR oder in/aus ein/em Drittland erfolgt, wenn der Arbeitsvertrag dem nationalen Recht eines EWR-Staats unterliegt.

Fahrtzeiten / Dienstreisen hier: öffentliches Arbeitszeitrecht

Fahrtzeiten und Dienstreisen im öffentlichen Arbeitszeitrecht:

VG Lüneburg 2.5.2023, VG 3 A 146/20, NZA-RR 2023, 460

Öffentliches Recht: In Anlehnung an die neuere Rechtsprechung des EuGH zur Qualifikation von **inaktiven Zeiten des Bereitschaftsdiensts als Arbeitszeit:**

EuGH 21.02.2018, C-518/15, NZA 2018, 293 Matzak

EuGH 11.11.2021, C-214/20, NZA 2021, 1699 MG ./ Dublin City Council

EuGH 9.3.2021 C-580/19, NZA 2021, 489 Stadt Offenbach am Main

EuGH 9.3.2021 C-344/19, NZA 2021, 485 Radiotelevizija Slovenija

EuGH 9.9.2021 C-107/19, NZA 2021, 1395 Dopravní podnik hl. m. Prahy

Schöne Zusammenfassung bei BAG 27.7.2021, 9 AZR 448/20, NZA 2021, 1702 – Bezugspunkt: § 207 SGB IX (Definition der Mehrarbeit iSd. §§ 8 ff. ArbZG)

Fahrtzeiten / Dienstreisen

hier: öffentliches Arbeitszeitrecht

Die Dienstreise im öffentlichen Arbeitszeitrecht:

VG Lüneburg 2.5.2023, VG 3 A 146/20, NZA-RR 2023, 460

Reine Wegezeiten (Wohnung – Arbeitsstätte) sind keine öffentlich-rechtliche Arbeitszeit. Reisezeiten (und damit auch Fahrtzeiten), auch mit der Bahn, können einzelfallabhängig Arbeitszeit sein.

Besteht die Tätigkeit eines Arbeitnehmers darin, Neufahrzeuge auf der eigenen Achse von wechselnden Abholorten zu wechselnden Zielorten zu überführen, rechnen Bahnreisezeiten von seinem Wohnort zum Übernahmeort und vom Zielort zurück zum Wohnort zur Arbeitszeit im Sinne des Arbeitszeitgesetzes. Die An- und Abreise mit der Bahn ist in diesem Fall maßgeblicher Inhalt der Tätigkeit des Arbeitnehmers, zumal wenn dieser dabei Unterlagen und eine Mautbox mit sich führt.

Fragen über Fragen – ohne Antworten oder solchen, die wir lieber nicht hören wollen:

- Bietet eine Bahnreise nicht doch einen ausreichenden Freizeitwert?
- Wie soll das ArbZG bei langen Reisen oder mehrtätigen Aufenthalten eingehalten werden, wären diese insgesamt als Arbeitszeit zu qualifizieren? Pausenunterbrechung (§ 4 ArbZG nach 6 Stunden, keine Rückfahrt mehr am Anreisetag??)
- Bei Mitfahrten im LKW, PKW, Kombi: Keine Freizeit bei Fahrt zu fünft im Monteurs-Kombi?
- Ist das ArbZG bei Auslandsreisen anwendbar?
- Wie sieht es mit einem Aufenthalt vor Ort aus (Übernachtungen, Freizeit)? Differenzierung nach der Qualität des Ziels bzw. der Unterkunft (New York oder Baustelle in der Wüste? 5*-Hotel oder Baucontainer?)

Freiwilligkeitsvorbehalt

BAG 21.2.2024, 10 AZR 345/22, NZA 2024, 697; 25.1.2023, 10 AZR 109/22, NZA 2023, 629

Vorbeugender Generalfreiwilligkeitsvorbehalt im Arbeitsvertrag

„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.“

Gegen eine derartige Klausel bestehen an sich **keine Bedenken**.

Eine solche Klausel benachteiligt den AN aber dann nach § 307 I 1 BGB unangemessen, wenn sie nicht auf den Entstehungsgrund etwaiger Ansprüche auf Sonderzuwendungen abstellt. Vielmehr müssen auf **Individualabreden** basierende Zahlungen von Sonderzuwendungen mit Rücksicht auf § 305 b BGB ausdrücklich ausgenommen werden.

Lässt der Arbeitsvertrag das nicht klar erkennen, gehen Zweifel zulasten des Arbeitgebers (§ 305c BGB).

Es fehlt: *„Davon ausgenommen sind Individualabreden i.S.v. § 305b BGB.“*

(einzelfallbezogener) Freiwilligkeitsvorbehalt

Ansonsten gilt:

Freiwilligkeitsvorbehalte sind nicht nach § 308 Nr. 4, 307 I 1 BGB unwirksam, soweit sich der Vorbehalt auf „Sonderleistungen“ bezieht.

Sinn und Ziel ist mithin (nur) die Abwehr der Entstehung einer betrieblichen Übung anlässlich (vor) **Ausreichung einer Sonderzahlung**. Dazu sollte (muss) die Klausel bei jeder Leistungsgewährung ausgesprochen werden.

Erklärung muss den **Arbeitnehmer typischerweise erreichen**. Eine Mitteilung alleine in der Gehaltsabrechnung ist wahrscheinlich nicht ausreichend, dies jedenfalls nicht, wenn die Leistung bereits vorab angekündigt oder ausgezahlt wurde.

„Wir gewähren für das abgelaufene Jahr ... einen Jahresbonus in Höhe von ... (unter der Voraussetzung, dass Sie ... geleistet haben). Diese Zusage erfolgt einmalig und freiwillig. Ein Rechtsanspruch auf eine derartige Leistung entsteht auch bei wiederholter Gewährung nicht.“

„Einmalige Sonderzahlung – freiwillig, kein Anspruch bei wiederholter Leistung.“

Freiwilligkeitsvorbehalt (Kombination Zusage / Freiwilligkeit)

Der Freiwilligkeitsvorbehalt ist intransparent und unwirksam (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB), wenn er mit einer Vertragsklausel verbunden wird, die dem Arbeitnehmer einen Anspruch ganz grundsätzlich zusagt.

„Sie erhalten an jedem 1. Dezember eine jährliche Gratifikation in Höhe eines Monatsgehaltes.

Diese Zahlung erfolgt freiwillig. Ein Anspruch darauf wird für die Zukunft auch bei wiederholter Zahlung nicht begründet.“

Freiwilligkeitsvorbehalt (Kombination oder Freiwilligkeit/Widerruf)

BAG 21.2.2024, 10 AZR 345/22, NZA 2024, 697

Der Freiwilligkeitsvorbehalt wird unwirksam, wenn er mit Widerrufs- und ggf. Anrechnungsvorbehalten kombiniert wird (da diese einen Anspruch auf dauerhaften Erhalt der Leistung suggerieren).

Beachte: In diesem Fall wird auch der Widerrufsvorbehalt unwirksam!

„Die Leistung ist freiwillig und steht unter dem Vorbehalt des Widerrufs im Fall einer ungünstigen wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens.“

Für dauerhaft versprochene Leistungen kann nur ein Widerrufsvorbehalt vereinbart werden.

Dieser muss indes „der Richtung nach“ Gründe nennen, aus denen die Leistung später widerrufen werden könnte.

„Diese Leistung steht unter dem Vorbehalt des Widerrufs. Dieser kann ausgeübt werden, wenn die Ertragsleistung des Unternehmens“

Freiwilligkeitsvorbehalt (Beispiele)

Beispiel 1 - Regelung im Arbeitsvertrag

„8. Sie erhalten mit dem 1. Juli eine Urlaubsgratifikation. Das ist eine freiwillige und jederzeit widerrufliche soziale Leistung, die auf die Urlaubszeit beschränkt ist. Der Widerruf kann aus folgenden Gründen ausgeübt werden (es folgt eine hinreichend genaue Beschreibung) “

→ Freiwilligkeitsvorbehalt ist unwirksam; aber auch der an sich zulässige

Widerrufsvorbehalt wird unzulässig!

Beispiel 2 – Erklärung bei Ausreichung einer Sonderleistung

„Sie erhalten dieses Jahr eine Urlaubsgratifikationen. Dies ist eine einmalige, freiwillige und jederzeit widerrufliche soziale Leistung. Ein Anspruch darauf für die Zukunft wird, auch bei wiederholter Zahlung, nicht begründet.“

→ Widerrufsvorbehalt ist unwirksam (keine Gründe genannt), aber

Weihnachtsgeld (Zuwendungscharakter)

BAG 25.1.2023, 10 AZR 116/22, NZA 2023, 633

(1) Die Bezeichnung einer Leistung als „Weihnachtsgeld“ lässt die Deutung zu, dass der Arbeitgeber sich mit der Zahlung anlassbezogen an den zum Weihnachtsfest typischerweise erhöhten Aufwendungen der Arbeitnehmer beteiligen will.

Dann hängt die Leistung **nicht** von der Erbringung einer bestimmten Arbeitsleistung ab.

Konsequenz: Auch langzeit- oder dauerhaft erkrankte Arbeitnehmer haben einen Anspruch auf Zahlung der Gratifikation.

(2) Bei einer derartigen Leistung **kann vereinbart werden**, dass diese um Fehltage gekürzt wird. Dabei ist die Regelung des § 4a EFZG* zu beachten. Indes muss eine solche Abrede auch tatsächlich getroffen worden sein. Fehlt es daran, gilt (1).

* Eine Vereinbarung über die Kürzung von Leistungen, die der Arbeitgeber zusätzlich zum laufenden Arbeitsentgelt erbringt (Sondervergütungen), ist auch für Zeiten der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit zulässig. Die Kürzung darf für jeden Tag der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit ein Viertel des Arbeitsentgelts, das im Jahresdurchschnitt auf einen Arbeitstag entfällt, nicht überschreiten.

Weihnachtsgeld (Entgeltcharakter)

(3) Ein Weihnachtsgeld kann auch so gestaltet sein, dass es sich um Arbeitsentgelt handelt, das alleine als Gegenleistung zu einer tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung geschuldet und im Verlauf des Jahres lediglich angespart wird.

Macht die Zahlung einen wesentlichen Anteil der (jährlichen) Gesamtvergütung des Arbeitnehmers aus (= deutlich mehr als ein Monatsgehalt), ist typischerweise solches anzunehmen. Eventuell kann auch die Bezeichnung als „13. Gehalt“ hierauf hindeuten.

Handelt es sich um eine derart leistungsbezogene Sondervergütung, setzt diese eine Arbeitsleistung voraus. Soweit der Arbeitnehmer im Bezugszeitraum nicht arbeitet, kommt es (ggf. unter Beachtung der Entgeltfortzahlung) automatisch zu einer proportionalen Kürzung.

Weihnachtsgeld (Zweifel)

(4) Ist sowohl eine Auslegung dahingehend möglich, dass es sich bei dem gezahlten Weihnachtsgeld um eine Gratifikation i.e.S. oder auch um eine rein arbeitsleistungsbezogene Sondervergütung handelt, gehen Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen zulasten des Verwenders, § 305c Abs. 2 BGB.

Dann greift zu Gunsten des Arbeitnehmers Variante 1, also: es handelt sich also um eine Zulage, die nicht von der Arbeitsleistung abhängt.

Weihnachtsgeld (Entgeltcharakter nicht mit Stichtagsklausel kombinierbar)

(5) Wählt man Variante 3 (= „13. Gehalt“), beachte man unbedingt:

BAG 21.2.2024, 10 AZR 345/22, NZA 2024, 697; 15.11.2023, 10 AZR 288/22, NZA 2024, 400

Der Anspruch auf eine Sonderzahlung, die (auch) Gegenleistung für bereits erbrachte Arbeitsleistung ist, kann regelmäßig **nicht von einer Stichtagsregelung in einem Arbeitsvertrag** und auch nicht einer Betriebsvereinbarung abhängig gemacht werden, die den Bestand des Arbeitsverhältnisses bis zum Ende des Bezugszeitraums voraussetzt.

Eine solche Regelung (Norm) ist unwirksam, weil sie Arbeitnehmern bereits verdiente Vergütung entzieht und ihnen ihr Kündigungsrecht erschwert.

Scheidet der Arbeitnehmer unterjährig aus, ist die Leistung an ihn proportional auszuzahlen.

Hinweis: Bislang hatte das BAG angenommen, dass in Tarifverträgen auch entgeltbezogene Sonderleistungen an den Bestand des Arbeitsverhältnisses zum Ende des Bezugszeitraums oder danach gebunden werden können (BAG NZA 2018, 1344 Rn. 47).

Ob das nach wie vor gilt, erscheint m.E. sehr fraglich.

Sonderzahlung (Zusammenfassung)

Also:

- wenn „**Entgeltcharakter**“
 - dann bekommt sie nicht der Dauerkranke
 - ich kann vereinbaren, dass diese im Rahmen § 4a EFZG für Krankheitszeiten gekürzt wird, muss dies aber auch vereinbaren (weil von allein gilt das nicht unbedingt)
 - Aber keine Stichtagsklausel möglich
- Wenn **ohne Bezug zur individuellen oder kollektiven Leistung** (Weihnachtsgeld)
 - Dann hat auch Dauerkranke Anspruch, wenn nichts anderes geregelt ist
 - Dann kann man Stichtagsklausel vereinbaren

AT-Angestellter - Vergütung

BAG 23.10.2024, 5 AZR 82/24

Der Status als außertariflicher Angestellter begründet einen arbeitsvertraglichen Anspruch auf eine Vergütung, die einen tarifvertraglich vorgeschriebenen Abstand zur höchsten tariflichen Vergütung wahrt.

Definieren Tarifvertragsparteien als außertariflich diejenigen Angestellten, deren geldwerte materielle Arbeitsbedingungen diejenigen der höchsten tariflichen Entgeltgruppe überschreiten, ohne einen bestimmten prozentualen Abstand festzusetzen, genügt für Status und Vergütung des außertariflichen Angestellten jedes – auch nur geringfügige – Überschreiten. (Im Fall: 1,64 €/Monat).

AGB-Kontrolle

Ausgleichsklauseln

Ansatz in der neueren Rechtsprechung

Bisher: BAG 27.5.2015, 5 AZR 137/14, NZA 2015, 2990:

„Ausgleichsklauseln in gerichtlichen Vergleichen, die ausdrücklich auch unbekannte Ansprüche erfassen, sind regelmäßig als umfassender Ausschluss in Form eines **konstitutiven negativen Schuldanerkenntnisses** zu verstehen. ... Es handelt sich bei der Ausgleichsklausel nicht um eine allgemeine Geschäftsbedingung.“

Neu: BAG 31.1.2023, 9 AZR 456/20, NZA 2023, 757:

Die Vertragsparteien nehmen Bezug auf ... und stellen hiermit klar, dass beide Vertragsparteien keinerlei Ansprüche aus der bisherigen Geschäftsbeziehung haben und keine der Vertragsparteien Ansprüche für die Vergangenheit herleitet oder geltend macht. Sämtliche Ansprüche aus der bisherigen Tätigkeit des Auftragnehmers sind abgegolten.

„Ein solche Klausel ist bei objektiver Auslegung (nur) als **deklaratorisches negatives Schuldanerkenntnis** aufzufassen. Ein deklaratorisches negatives Schuldanerkenntnis liegt vor, wenn der Wille der vertragschließenden Parteien darauf gerichtet ist, die von ihnen angenommene **Rechtslage zu dokumentieren**. Ein solches Anerkenntnis hindert den Gläubiger nicht, Ansprüche gegenüber dem Schuldner geltend zu machen, wenn er darlegt und gegebenenfalls beweist, dass ihm ungeachtet der abgegebenen Erklärung Ansprüche zustehen.“

Ausgleichsklausel-Empfehlung

Konsequenzen:

Sorgfalt bei der Formulierung von Abgeltungs- und Erledigungsklauseln. Der Anspruchsausschluss muss aus diesen ganz eindeutig hervorgehen.

BAG 28.10. 2021, 8 AZR 371/20, NZA 2022, 321

„Mit vollständiger Erfüllung dieses Aufhebungsvertrages sind sämtliche wechselseitige Ansprüche der Parteien aus dem Arbeitsverhältnis und dessen Beendigung, gleich aus welchem Rechtsgrunde, gleich ob bekannt oder unbekannt, (*bisher geltend gemacht oder nicht*) abgegolten und erledigt. Hiervon unberührt bleiben (*unverzichtbare Ansprüche*), die Verpflichtung zur Verschwiegenheit über dienstliche Angelegenheiten auch über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus sowie die Verpflichtung zur Rückgabe von Eigentum des K.“

(...) nicht Bestandteil der gerichtlichen Formulierung

Rückzahlung Fortbildungskosten

Vorab: Die Rechtsprechung zur Rückzahlung von Ausbildungskosten findet im Ergebnis keine Anwendung auf "echte" **Darlehensklauseln**.

BAG 25.1.2022, 9 AZR 144/21, NZA 2022, 978:

Eine darlehensvertragliche Vereinbarung, die eine Rückzahlung von Fortbildungskosten unabhängig vom Verbleiben des Arbeitnehmers im Unternehmen des Arbeitgebers vorsieht (sogenannte unbedingte Rückzahlungsklausel), benachteiligt den Vertragspartner nicht schon deshalb unangemessen, weil sie ihm nicht die Möglichkeit einräumt, der Rückzahlungsverpflichtung durch Betriebstreue zu entgehen.

Grundsätze zur Vereinbarung einer Rückzahlungsverpflichtung:

BAG 25.4.2023, 9 AZR 187/22, NZA 2023, 1122; BAG 1.3.2022, 9 AZR 260/21, NZA 2022, 786; BAG 25.1.2022, 9 AZR 144/21, NZA 2022, 978; (Zusammenfassung auch bei LAG Hamm 29.1.2021, 1 Sa 954/20)

Rückzahlung Fortbildungskosten

BAG 25.4.2023, 9 AZR 187/22, NZA 2023, 1122; BAG 1.3.2022, 9 AZR 260/21, NZA 2022, 786

Die Verpflichtung zur Rückzahlung von Fortbildungskosten darf nicht schlechthin an das Ausscheiden aufgrund einer Eigenkündigung des Arbeitnehmers innerhalb der vereinbarten Bindungsfrist geknüpft werden. Eine Rückzahlungsklausel muss Fälle, in denen der Arbeitgeber kein berechtigtes Interesse an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses hat, ausklammern. Der Arbeitnehmer muss der Rückzahlungsverpflichtung durch eigene Betriebstreue entgehen können.

Auszunehmen sind

- Kündigungen seitens des Arbeitgebers, ohne dass der Arbeitnehmer einen Anlass hierzu gesetzt hat, typischerweise also **betriebsbedingte Kündigungen**,
- Fälle, in denen sich der **Arbeitgeber so pflichtwidrig verhält**, dass der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus diesem Grund ordentlich oder außerordentlich beendet.

Dazu: BAG 25.4.2023, 9 AZR 187/22, NZA 2023, 1122, Rn. 29: "Die vom Arbeitgeber (mit)verantwortete Kündigung des Arbeitnehmers stellt im Arbeitsleben keinen so seltenen und fernliegenden Tatbestand dar, dass sie nicht gesondert erwähnt werden müsste."

Rückzahlung Fortbildungskosten

BAG 25.4.2023, 9 AZR 187/22, NZA 2023, 1122; BAG 1.3.2022, 9 AZR 260/21, NZA 2022, 786

Schließlich sind Eigenkündigungen wegen einer unverschuldeten, dauerhaften Leistungsunfähigkeit auszunehmen. Gleiches dürfte m.E. für **personenbedingte Kündigungen** des Arbeitgebers gelten.

Faktisch bleiben nur:

- **Grundlose, vom Arbeitnehmer nicht weiter begründete Eigenkündigung**
- **Verhaltensbedingte oder seitens des Arbeitnehmers „veranlasste“ außerordentliche Kündigung des Arbeitgebers**

Rückzahlung Fortbildungskosten

Einzelvertragliche Vereinbarungen, nach denen sich ein Arbeitnehmer an den Kosten einer vom Arbeitgeber finanzierten Ausbildung zu beteiligen hat, soweit er **die Fortbildung nicht beendet**, sind grundsätzlich zulässig. Sie benachteiligen den Arbeitnehmer nicht generell unangemessen.

Es ist aber **nicht zulässig**, die Rückzahlungspflicht **schlechthin an das wiederholte Nichtablegen** der angestrebten Prüfung zu knüpfen, ohne die Gründe dafür zu betrachten.

Es müssen jedenfalls **praktisch relevante Fallkonstellationen**, in denen die Gründe für die Nichtablegung der Prüfung nicht in der Verantwortungssphäre des Arbeitnehmers liegen, von der Rückzahlungspflicht ausgenommen werden.

LAG Niedersachsen 12.10.2022, 8 Sa 123/22, NZA-RR 2023, 68

Die Parteien können im Rahmen einer Fortbildungsvereinbarung regeln, dass die bis zum Abbruch einer Fortbildung angefallenen Leistungen des Arbeitgebers vom Arbeitnehmer zu erstatten sind, wenn dieser auf eigenen Wunsch oder aus eigenem Verschulden die Anmeldung bis zum Beginn der Fortbildungsmaßnahme zurückzieht oder während der laufenden Maßnahme aus derselben ausscheidet und das Ausscheiden nicht aus berechtigten personenbedingten Gründen erfolgt.

Mini-Job - Unklarheit bei Arbeitszeit

Vertragsgestaltung bei Ausschöpfung der maximalen Arbeitszeit

„Bei diesem Beschäftigungsverhältnis handelt es sich um eine geringfügige Beschäftigung iSd § 8 SGB IV. Die Arbeitszeit beträgt 43 Monatsstunden.“

Zweck Satz 1: Sollte der Gesetzgeber die höchstzulässige Arbeitszeit für die Privilegierung weiter absenken, ist eine Auslegung von Satz 2 möglich, so dass das Sozialversicherungsprivileg im Vordergrund der Vereinbarung steht. Die Arbeitszeit wandert dann mit „nach unten.“

Vermeiden Sie die Nennung eines €-Werts (also nicht: „dies ist ein 520 €-Job“). Die Grenze schiebt sich spätestens am 1.1.2024 nach oben. Eine ergänzende Vertragsauslegung ist gut problematisch möglich, kann aber Anlass zu unnötiger Diskussion geben.

Die **Arbeitszeit** sollte wiederum mit Blick auf § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 NachwG **zumindest dokumentiert** werden.

Dienstwagen – Privatnutzung (Klausel wirksam?)

BAG 31.5.2023, 5 AZR 273/22, NZA 2023, 1319

Überlässt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen Dienstwagen zur privaten Nutzung, ist dies regelmäßig eine **Gegenleistung für die geschuldete Arbeitsleistung** und damit ein **Sachbezug** im Sinne von § 107 Abs. 2 S. 1 GewO.

Der Wert dieses Sachbezugs ist grundsätzlich mit 1 % des Listenpreises des PKW zzgl. Sonderausstattungen und Umsatzsteuer im Zeitpunkt der Erstzulassung zu bestimmen.

Der nach § 8 Abs. 2 S. 2 EStG zu ermittelnde Zuschlag für die Nutzung des Fahrzeugs zwischen Wohnung und Arbeitsstätte (sogenannte 0,03 %-Regelung) ist nicht einzubeziehen.

In Geld gewährtes Arbeitsentgelt und der so ermittelte Wert des Dienstwagens bestimmen die Gesamtvergütung des Arbeitnehmers. Davon ausgehend ist dessen pfändbares Einkommen zu bestimmen.

Dienstwagen – Privatnutzung (Klausel wirksam?)

Ist die Summe aus in Geld zahlbarem Einkommen und der Naturalleistung nach §§ 850c, e Nr. 3 S. 1 ZPO unpfändbar, liegt ein Verstoß gegen § 107 GewO vor (gemeint ist: wenn die Pfändungsgrenze oberhalb des zahlbaren Einkommens liegt).

Beachte: Diese Grenze ist schnell erreicht!

Dies führt nach § 134 BGB zur **Nichtigkeit der Vereinbarung**, einen Teil des Arbeitsentgelts durch den Dienstwagen zu tilgen. Der Arbeitnehmer hat stattdessen einen Anspruch auf Auszahlung des dem Wert des Sachbezugs entsprechenden Geldbetrags. Bereits geleistete Sachbezüge hatten keine Erfüllungswirkung nach § 362 BGB.

Hinweis: Das BAG bezieht das offenbar auf den gesamten Sachwert des Dienstwagens und nicht nur auf den Teil, der jenseits der Pfändungsfreigrenze liegt. Nichtigkeit ex nunc, wenn die Pfändungsgrenze später überschritten wird (z.B. durch Hinzukommen einer weiteren Unterhaltspflicht).

Hinweis: Rückgriff des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer nach §§ 812 Abs. 1, 818 Abs. 2 BGB, Wertersatz. Aber: Entreicherung des Arbeitnehmers nach § 818 Abs. 3 BGB u Einwand nach § 817 S. 2 BGB? Aufrechnung mit Gehalts(nach)forderungen des Arbeitnehmers, allerdings nur im pfändbaren Bereich (§ 394 BGB)?

Dienstwagen – Privatnutzung (Klausel wirksam?)

Beispielrechnung

Beispiel, verheiratet, 1 Kind, Steuerklasse 4

Bruttolohn: 4.000,00

Sachbezug PKW 500,00

Gesamtbutto 4.500,00

./. SV 969,75

./. Steuer 677,91

Netto: 2.852,34

(jetzt müssten die 500 EUR abziehbar sein, ohne dass der pfändungsfreie Teil überschritten würde!)

./. Sachbezug 500,00

Auszahlungsbetrag 2.352,34

Dabei pfändbar: 459,98 (d.h. weniger als 500,00)

→ Privatnutzung-Regelung unwirksam!!!

Neues zum Urlaubsrecht

Hinweispflicht AG - Verfall

Ausgangspunkt: BAG 19.2.2019, 9 AZR 541/15, NZA 2019, 982 in Anschluss an EuGH 6.11.2018, C-619/16 und C-684/16, Kreuziger / Land Berlin und Max-Planck- Gesellschaft / Tetsuji Shimizu, NZA 2018, 1612 und 1474.

Der Anspruch auf den **gesetzlichen Jahresurlaub** – einschließlich des Zusatzurlaubs nach § 208 SGB IX – **verfällt nicht**, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht in die Lage versetzt hatte, seinen Urlaubsanspruch auch tatsächlich wahrzunehmen.

Hierfür ist zwar nicht erforderlich, dass der Arbeitgeber Urlaub von sich aus anordnet; er muss den Arbeitnehmer aber ausreichend über den Umfang seines Urlaubs und dessen möglichen Fortfall zum Jahresende **unterrichtet** haben.

Urlaub - Information und Verfall

Versäumnis

Fehlt es an einer Unterrichtung des Arbeitnehmers, war diese unvollständig oder intransparent, so erlischt der Urlaub nicht mit Ablauf des Bezugszeitraums. Vielmehr wird der **Urlaub in das Folgejahr fortgeschrieben**.

Die **Informationsobliegenheit** besteht unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer von seinem Urlaubsanspruch bzw. den gesetzlichen Befristungsregelungen Kenntnis hat oder nicht. BAG 31.1.2022, 9 AZR 266/20, NZA 2023, 683, Rn. 24.

Sie besteht auch, wenn der **Arbeitnehmer berechtigt ist, Urlaub, ohne eine explizite vorige Genehmigung zu nehmen**. BAG 22.10.2019, 9 AZR 98/19, NZA 2020, 307.

Der übernommene Urlaub besteht **im Folgejahr als gewöhnlicher Urlaubsanspruch** fort. Damit unterliegt er allen Regelungen, die für den „normalen“ Jahresurlaub gelten.

Der überschriebene Urlaub geht zum Ende des Folgejahres unter, dies indes nur dann, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nunmehr korrekt über Bestand und Verfall des Urlaubs informiert hat. Ein gesonderter Ausweis (im Verhältnis zum aktuellen Urlaub) ist mE nicht erforderlich.

Überstundenzuschläge Teilzeit

Typische Tarifklausel

„Arbeitsstunden, die über die tarifliche wöchentliche Regelarbeitszeit von 38 Stunden hinausgehen, sind mit einem Zuschlag von 15 % zu vergüten.“

BAG 5.12.2024, 8 AZR 370/20; EuGH 29.7.2024, C- 184/22 KfH Kuratorium Dialyse; EuGH 19.10.2023, C-660/20, MK/Lufthansa CityLine GmbH (Vorlage: BAG 11.11.2020, 10 AZR 185/20, NZA 2021, 57). I.E. bereits: BAG 19.12.2018, 10 AZR 231/18, NZA 2019, 790.

Der Anspruch auf Überstundenzuschläge darf regelmäßig nicht daran anknüpfen, dass die Arbeitszeit eines Teilzeitbeschäftigten die reguläre Arbeitszeit eines Vollzeitbeschäftigten übersteigt.

Vielmehr ist die Grenze, ab der Teilzeitbeschäftigte Anspruch auf Mehrarbeitszuschläge haben, entsprechend dem Verhältnis der vereinbarten individuellen Arbeitszeit zur regulären Vollzeitarbeitszeit zu bestimmen.

Überstundenzuschläge Teilzeit

Ungleichbehandlung von Arbeitnehmern in Teilzeit, § 4 TzBfG:

Eine derartige Regelung kann gerechtfertigt sein, wenn sie den besonderen Auswirkungen auf die physische oder psychische Gesundheit der Mehrarbeit von Vollzeitarbeitskräften Rechnung tragen soll. Ebenso kann das Ziel anerkannt werden, den Arbeitgeber von der übermäßigen Anordnung von Überstunden abzuhalten. Das sind aber eng auszulegende Ausnahmefälle.

Ist die Differenzierung nicht gerechtfertigt, findet eine Anpassung nach oben statt.

Danach erhalten Teilzeitbeschäftigte regelmäßig ab der 1. Überstunde den fraglichen Zuschlag.

Darüber hinaus kann eine benachteiligende Regelung auch eine Diskriminierung wegen des Geschlechts sein. Benachteiligten Arbeitnehmer(innen) steht in diesem Fall – und zwar auch bei einer tariflichen Regelung – ein (zusätzlicher) Anspruch auf eine immaterielle Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG zu (im Fall: 250 €).

AUB - Erschütterung des Beweiswerts

Bezugspunkt der Entscheidungen ist die Pflicht zur Entgeltfortzahlung! (**unterschiedliche Darlegungs- und Beweislast** im Entgelt –und Kündigungsschutzverfahren!!!)

BAG 13.12.2023, 5 AZR 137/23, NZA 2024, 539; BAG 8.9.2021, 5 AZR 149/21, NZA 2022, 39

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

Nicht entscheidend ist,

- ob es sich um eine Kündigung des Arbeitnehmers oder eine Kündigung des Arbeitgebers handelt
- ob für den Beweis der Arbeitsunfähigkeit eine oder mehrere Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vorgelegt werden.

Im EFZG ist nur der Beweiswert der Bescheinigung erschüttert. Dem Arbeitnehmer steht frei, nun den Vollbeweis für die Arbeitsunfähigkeit anzutreten (Arzt als Zeuge, Familienmitglieder usw.).

Im KSchProzess dürfte die Vortragslast des Arbeitgebers von vornherein wesentlich höher anzusiedeln sein.

AUB - Erschütterung des Beweiswerts

LAG Niedersachsen, 18.04.2024, 6 Sa 416/23, NZA-RR 2024, 386 (teils zu überholter Rechtslage):

Dies kann der Fall sein:

- wenn eine Folgebescheinigung nicht nach unmittelbar persönlicher Untersuchung unzulässigerweise alleine auf einen telefonischen Kontakt hin ausgestellt worden ist

oder

- wenn (bei einer physischen Untersuchung) ohne besonderen Anlass eine AU für einen Zeitraum von mehr als zwei Wochen festgestellt wird.

Beachte:

Videosprechstunde: geeignete Erkrankung; maximal 3 Tage (7 Tage bei Bestandspatienten); Feststellung Fortsetzungserkrankung nur bei voriger physischer Untersuchung;

Telefonische Sprechstunde: Beweiswert umstritten; ausschließlich bei Bestandspatienten; keine schwere Symptomatik; maximal 5 Tage; Feststellung Fortsetzungserkrankung ungerügt.

AUB - Erschütterung des Beweiswerts

Frage: Woher weiß der Arbeitgeber das alles?

Letztlich ist das eine prozessuale Frage der Darlegungs- und Beweislast bei Gericht.

Teils wird folgende Vertragsklausel empfohlen – deren **Wirksamkeit** (§ 12 EFZG) m.E. **mehr als fraglich** ist. (Klausel nach Uffmann, NZA 2024, 2017, 226)

- 1. Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, wenn die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage dauert (... ab dem ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit ...), das Bestehen einer Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer ärztlich feststellen zu lassen.*
- 2. Der Arbeitnehmer hat den Arbeitgeber unverzüglich über die ärztliche Feststellung der Arbeitsunfähigkeit sowie deren Dauer zu informieren. Hierbei hat er den Arzt, dessen Sitz sowie Fachrichtung anzugeben.*
- 3. Kommt der Arbeitnehmer der Pflicht zur ärztlichen Feststellung und Mitteilung hierüber gem. Nr. 2 S. 1 nicht nach, ist der Arbeitgeber berechtigt, die Lohnfortzahlung zu verweigern.*

AUB - Erschütterung des Beweiswerts

Elektronische Feststellung

Der AN muss dem AG die Tatsache der Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich mitteilen (und ggf. unverzüglich aktualisieren), § 5 Abs. 1 S. 1 EFZG.

Der AG kann den Umstand der AU und deren voraussichtliche Dauer (aber nicht mehr die Person des Arztes) bei der Krankenkasse abrufen. Zulässig ist das aber nur, wenn der AN seine Arbeitsunfähigkeit mitgeteilt hat. Jedenfalls kein regelmäßiger Abruf.

Die elektronische Mitteilung hat denselben Beweiswert wie eine Papier-AUB (**bestritten**).

§ 7 EFZG (Leistungsverweigerungsrecht), ist nicht an das neue Recht angepasst. Eine analoge Anwendung scheidet aus.

Vergleiche: BSG 30.11.2023, B 3 KR 23/22 R

Auch wenn eine Krankschreibung erst verspätet bei einer gesetzlichen Krankenkasse eingereicht wird, muss diese dem Versicherten Krankengeld zahlen, da seit 2021 allein die Vertragsarztpraxen verpflichtet sind, die Arbeitsunfähigkeit den Krankenkassen zu melden.

AUB - Erschütterung des Beweiswerts

Möglicher Weg:

Entgelteinbehalt: Zwar kein Leistungsverweigerungsrecht nach § 7 EFZG.

Aber: „Ohne Arbeit kein Lohn“ = §§ 275, 326 BGB. Das ist risikobehaftet: Schuldnerverzug (§ 286 ff. BGB), wenn der Arbeitnehmer tatsächlich arbeitsunfähig war (und dies ggf. anderweitig nachweist). Massives Konfliktpotential.

Literaturansicht: Nebenpflicht zur Vorlage der Papierbescheinigung (AN soll sich beim Arzt eine solche aushändigen lassen) auf Basis eines Hinweises des AG, wonach eine Feststellung nicht abrufbar ist.

Abmahnungen und Kündigungen beziehen sich nunmehr alleine auf die Nichtvorstellung bei einem Arzt, keinesfalls auf die Nichtabrufbarkeit der ärztlichen Feststellung und auch nicht auf die Weigerung des Arbeitnehmers, im Störfall die Papierbescheinigung des Arztes vorzulegen.

AUB – ab dem 1. Tag?

BAG 14. 11. 2012, 5 AZR 886/11, NZA 2013, 322

Die Ausübung des dem Arbeitgeber nach § 5 Ia S. 2 iVm I S. 3 EFZG eingeräumten Rechts, von dem Arbeitnehmer die Vorstellung beim Arzt (bzw. Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung) über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer schon vom ersten Tag der Erkrankung an zu verlangen, steht im nicht gebundenen Ermessen des Arbeitgebers.

Mitbestimmung

BAG 15.11.2022, 1 ABR 5/22, NZA 2023, 369

- bei **Leistungsverhalten** keine Mitbestimmung
- bei **Ordnungsverhalten** Mitbestimmung, wenn **kollektiver Bezug**

Das ist etwa der Fall, wenn er das Verlangen gleichermaßen gegenüber allen Arbeitnehmern, gegenüber einer Gruppe von ihnen oder zumindest dann ausübt.

Beachte: Ohne Mitbestimmung keine Vorlagepflicht (Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung).-

Entgeltfortzahlung bei AU über 6 Wochen pro Jahr

BAG 18.1.2023, 5 AZR 93/22, NZA 2023, 1036

Ist ein Arbeitnehmer innerhalb der Zeiträume des § 3 I 2 Nr. 1 und 2 EFZG länger als sechs Wochen arbeitsunfähig erkrankt, muss er, wenn der Arbeitgeber das Vorliegen einer neuen, auf einem anderen Grundleiden beruhenden Krankheit bestreitet, Tatsachen vortragen, die den Schluss erlauben, es habe keine Fortsetzungserkrankung vorgelegen.

Dies wird **regelmäßig substantiierten Vortrag** dazu erfordern, **welche gesundheitlichen Beeinträchtigungen** und **Beschwerden** mit **welchen Auswirkungen** auf die Arbeitsfähigkeit im gesamten maßgeblichen Zeitraum bestanden haben, und es notwendig machen, die **behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht** zu entbinden.

Im Anschluss an BAG 13.07.2005

SMS in der Freizeit?

BAG 23.8.2023, 5 AZR 349/22, NZA 2023, 1607

Ist dem Arbeitnehmer auf der Grundlage der betrieblichen Regelungen bekannt, dass der Arbeitgeber die Arbeitsleistung für den darauffolgenden Tag in Bezug auf Uhrzeit und Ort konkretisieren wird, ist er verpflichtet, eine solche, per SMS mitgeteilte Weisung auch in seiner Freizeit zur Kenntnis zu nehmen.

Die Kenntnisnahme einer solchen Weisung in der Freizeit stellt keine Arbeitszeit im arbeitsschutzrechtlichen Sinne dar.

Nichterscheinen: Abmahnung, kein Entgelt usw.

Beachte:

- Das BAG spricht zwar von einer „Nebenpflicht“ zur Kenntnisnahme aus § 241 Abs. 2 BGB (besser: § 241 Abs. 1 BGB). Zu deren Begründung bedarf es regelmäßig einer zumindest konkludenten einschlägigen Vereinbarung. Sie folgt nicht alleine aus dem Gesetz und kann auch nicht einseitig über das Direktionsrecht begründet werden.
- Keine vereinbarungsunabhängige Verpflichtung des Arbeitnehmers, die Weisung auf eigenen Geräten zur Kenntnis zu nehmen.

Formvorschriften AÜG

§ 12 Abs. 1: Der **Arbeitnehmerüberlassungsvertrag** (= Vertrag zwischen Verleiher und Entleiher) kann künftig auch in **Textform** geschlossen werden.

§ 14 Abs. 3 S. 2 AÜG: Der Entleiher kann seinem Betriebsrat die Erklärung des Verleihers, dass er eine Erlaubnis besitzt (§ 12 Abs. 1 S. 3 AÜG) in Textform vorlegen. Der Arbeitsvertrag selbst kann (weiterhin) formlos geschlossen werden.

Hinweis: BAG 5.3.2024, 9 AZR 204/23, NZA 2024, 984

Der Arbeitsvertrag mit dem Verleiher wird (mit der Überlassung) unwirksam und es entsteht* ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher, wenn

- zum fraglichen Zeitpunkt kein formwirksamen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag bestanden hat,
- zwischen Entleiher und Verleiher die Arbeitnehmerüberlassung entgegen § 1 I 5 und 6 AÜG nicht ausdrücklich als solche bezeichnet
- und die Person des Leiharbeitnehmers nicht vor der Überlassung konkretisiert worden ist.

* Ausnahme: Der Arbeitnehmer erklärt sein Festhalten am Leiharbeitsvertrag.

Urlaub und Freistellung

BAG 19.6.2024, 5 AZR 167/23 (Fokus: Einrichtungsbezogene Impfflicht)

Die aufgrund einer rechtmäßigen Freistellung nicht geleisteten Arbeitstage sind zwar kein Urlaub. Sie sind aber auch nicht Zeiten mit Arbeitspflicht gleichzustellen. Entsprechend kann der Arbeitgeber den Urlaub proportional um die Freistellungstage kürzen (ohne dass es hierzu einer ausdrücklichen Kürzungserklärung bedarf).

Das gilt schon nach bisheriger Rechtsprechung für

- die (rechtmäßige bzw. einvernehmliche) Freistellung nach einer Kündigung bzw. auf Basis eines Aufhebungsvertrags oder
- für die Freistellungsphase der Altersteilzeit und ein Sabbatical sowie
- bei der Kurzarbeit

Nicht aber:

- bei Krankheit.

Urlaub und Freistellung

Beachte aber - für den Arbeitgeber wirtschaftlich wesentlich attraktiver:

Der Arbeitgeber kann den Urlaubsanspruch auch dadurch erfüllen, dass er den Arbeitnehmer unter Anrechnung auf den Urlaubsanspruch von der Erbringung der Arbeitsleistung unwiderruflich freistellt.

Interessant insbesondere: Freistellung nach Abschluss eines Aufhebungsvertrags, Ausspruch einer Kündigung.

BAG 22.10.2019, 9 AZR 98/19, NZA 2020, 307.

Der Arbeitgeber muss jedoch – spätestens mit dem Abschluss der Freistellung – hinreichend deutlich erklären, dass die Freistellung die Urlaubserteilung (auch Freistellung für Zeitguthaben) beinhaltet. Eine Urlaubsgewährung (Freistellung zum Abbau Zeitguthaben) nach einer unwiderruflichen Freistellung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber ist nicht mehr möglich.

Immer wieder der § 17 BEEG ...

§ 17 BEEG (1) Der Arbeitgeber kann den Erholungsurlaub, der dem Arbeitnehmer ... für das Urlaubsjahr zusteht, für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit um ein Zwölftel kürzen.

BAG 16.4.2024, 9 AZR 165/23

Während der mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbote und der Elternzeit verfällt weder zuvor nicht genommener noch während dieser Zeiten erworbener Urlaub.

Der Arbeitgeber muss sein Kürzungsrecht nach dem BEEG stets im noch bestehenden Arbeitsverhältnis ausüben (Zugang beim Arbeitnehmer erforderlich). Eine Kürzung nach Vertragsbeendigung ist nicht möglich. Wird die Kürzung nicht rechtzeitig erklärt, entsteht der Urlaubsabgeltungsanspruch in voller Höhe.

Beachte nochmals:

- Anderes gilt in den Fällen, in denen die Arbeitspflicht durch eine vertragliche Gestaltung aufgehoben ist (Freistellung, Sabbatical, Altersteilzeit, Kurzarbeit usw.). Hier findet eine „automatische“ Kürzung statt.

AGG

BAG 25.4.2024, 8 AZR 140/23, NZA 2024, 988.

Die Wiedereinstellung eines Bewerbers, dessen Arbeitsverhältnis aufgrund einer tarifvertraglichen Altersgrenze beendet wurde, kann wegen seines Alters abgelehnt werden, falls ein jüngerer qualifizierter Bewerber zur Verfügung steht. Dies entspricht dem mit der Altersgrenze verfolgten Ziel der ausgewogenen Beschäftigungsverteilung zwischen den Generationen.

AGG

BAG 23.11.2023, 8 AZR 212/22, NZA 2024, 184

Die Beteiligungspflichten (Schwerbehindertenvertretung) nach §§ 164 Abs. 1 S. 4, 178 Abs. 2 S. 1 SGB IX greifen erst dann ein, wenn über den Gleichstellungsantrag positiv entschieden worden ist.

Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, die Schwerbehindertenvertretung im Bewerbungsverfahren zu beteiligen, wenn der Arbeitnehmer die Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen zwar beantragt und dies dem Arbeitgeber mitgeteilt hat, über den Gleichstellungsantrag jedoch noch nicht entschieden worden ist.

Ergänzende Hinweise:

- (1) Grundsätzlich ist Voraussetzung, dass der AN seine Schwerbehinderung im Bewerbungsschreiben offengelegt hat; ein bloß „versteckter“ Hinweis (zB unter „sonstige Qualifikationen“) genügt nicht.
- (2) Eine Verletzung der Beteiligung der SBV ist ein ausreichendes Indiz für die Benachteiligung wegen der Behinderung iSv § 22 AGG. BAG 2.6.2022, 8 AZR 191/21, NZA 2022, 1461 Rn. 30.
- (3) Offen ist die Situation bei schwerbehinderten Menschen ohne Vorliegen einer Anerkennung. Hier wird dasselbe gelten müssen (→ alleine die Behauptung einer SB in der Bewerbung genügt nicht)

Zugang Kündigung

BAG 20.6.2024, 2 AZR 213/23, NZA 2024, 1135; sowie: BAG 22.8.2019, 2 AZR 111/19, NZA 2019, 1490

Das in einen Hausbriefkasten eingeworfene Kündigungsschreiben geht dem Empfänger in dem Zeitpunkt zu, sobald nach der Verkehrsanschauung mit der nächsten Entnahme zu rechnen ist.

Was diesen Zeitpunkt betrifft, ist nicht auf die individuellen Verhältnisse beim Empfänger abzustellen. Maßgeblich ist vielmehr eine typisierende Betrachtung nach der allgemeinen Verkehrsanschauung.

Es besteht ein Beweis des ersten Anscheins, dass Bedienstete der Deutschen Post AG Briefe zu den postüblichen Zeiten zustellen.

Danach geht eine postalisch übermittelte, in den Hausbriefkasten eingeworfene Kündigung typischerweise bis 18.00 Uhr zu (komplexe Ausnahmen bestätigen die Regel). Das gilt dann auch für alle äquivalenten Zustellungsformen (Einwurf durch Boten, Kurier usw.).

Insoweit aber nicht widerspruchsfrei: „Dabei ist in den Blick zu nehmen, dass der typische Abschluss der üblichen Postzustellzeiten regional stark variieren kann.“

Zugang Kündigung

LAG Baden-Württemberg 12.12.2023, 15 Sa 20/23; 28.7.2021, 4 Sa 68/20, NZA-RR 2021, 596; LAG Nürnberg 15.6.2023, 5 Sa 1/23; LAG Schleswig-Holstein, 18.1.2022, 1 Sa 159/21, NZA-RR 2022, 165

Für den Absender streitet beim Einwurfeinschreiben der Beweis des ersten Anscheins dafür, dass die Sendung durch Einlegen in den Briefkasten bzw. das Postfach zugegangen ist.

So auch: BGH 27.9.2016, II ZR 299/15, NJW 2017, 68.

Dies gilt jedoch nur bei Vorlage des Einlieferungsbelegs zusammen mit der Reproduktion des Auslieferungsbelegs. Dagegen ist die Vorlage des bloßen Sendungsstatus nicht ausreichend.

„Der Sendungsstatus hat mit einem Auslieferungsbeleg nichts gemein, sondern bietet dem Absender die Möglichkeit, unter Angabe der Lieferungsnummer den jeweiligen Status der Sendung, vornehmlich den Hinweis auf deren Zustellung, bestätigt zu bekommen. Aus dem Sendungsstatus geht weder der Name des Zustellers hervor, noch beinhaltet er eine technische Reproduktion einer Unterschrift des Zustellers, mit der dieser beurkundet, die Sendung eingeworfen zu haben. Die Aussagekraft des Sendungsstatus reicht nicht aus, um auf ihn den Anscheinsbeweis des Zugangs zu gründen.“

Beachte:

- Anforderung des Auslieferungsbelegs bei der Deutschen Post nur innerhalb von 15 Monaten nach Auslieferung
- Vorsorgliches Benennen des Zustellers als Zeugen? Etwa, wenn nur ein Sendenachweis vorhanden ist?
- Beweis für den Inhalt der Sendung (Kündigungsschreiben) sicherstellen (Zeugenbeweis)

Mutterschutz

LAG Mecklenburg-Vorpommern 16.8.2022, 5 Sa 6/22

Die Missachtung der besonderen Schutzvorschriften des Mutterschutzgesetzes zu Gunsten der werdenden Mutter bei Erklärung einer Kündigung indiziert eine Benachteiligung der Frau wegen ihrer Schwangerschaft und damit wegen ihres Geschlechts. Diese kann ungeachtet des § 2 Abs. 4 AGG einen Anspruch auf immaterielle Entschädigung (§ 15 Abs. 2 AGG) auslösen (im Fall aber wegen Widerlegung des Indizes durch den Arbeitgeber abgelehnt).

BAG 24.11.2022, 2 AZR 11/22, NZA 2023, 291

Das Kündigungsverbot aus § 17 I 1 Nr. 1 MuSchG beginnt **280 Tage vor dem voraussichtlichen Entbindungstermin.**

Vorlage zur **Unionrechtskonformität der Klagefristen** der §§ 4 und 5 KSchG, ArbG Mainz 2.5.2023, beim EuGH C-284/23, TC, Haus Jacobus.

Präventionsverfahren § 169 Abs. 1 SGB IX

Der Arbeitgeber ist in der Wartezeit nicht verpflichtet, ein **Präventionsverfahren nach § 167 Abs. 1 SGB IX** (nicht mit dem BEM nach Abs. 2 verwechseln?) durchzuführen (Frage: auch nicht im Kleinbetrieb?).

BAG 21.4.2016. 8 AZR 402/14, NZA 2016, 1131; LAG Thüringen 4.6.2024, 1 Sa 201/23, nicht rechtskräftig, 2 AZR 178/24.

anderer Ansicht: LAG Köln 12.9.2024, 6 SLa 76/24, nicht rechtskräftig, beim BAG: 2 AZR 271/24, Termin 3.4.2025; ArbG Freiburg 4.6.2024, 2 Ca 51/24.

Der Arbeitgeber ist auch in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses verpflichtet, das Präventionsverfahren durchzuführen. (Beteiligung Schwerbehindertenvertretung nach § 178 Abs. 3 SGB IX ohnehin!)

Die Nichtdurchführung des (ggf. erforderlichen) Verfahrens kann nach § 22 AGG eine widerlegbare Vermutung einer Benachteiligung begründen.

Kann der Arbeitgeber diese nicht widerlegen, ist die Kündigung nach §§ 134 BGB iVm. 164 Abs. 2 S. 1 SGB IX, 7 AGG unwirksam.

Beachte: Kenntnis des Arbeitgebers von der SB erforderlich!

Kündigung (bei GbR)

§ 174 BGB findet analoge Anwendung auf einseitige Rechtsgeschäfte, die ein abweichend von der gesetzlichen Grundregel der §§ 709, 714 BGB – demnächst § 720 BGB – allein vertretungsberechtigter Gesellschafter im Namen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts vornimmt.

BAG 5.12.2019, 2 AZR 147/19, NZA 2020, 505

Beachten Sie: Die Regelung der Vertretungsbefugnis im Gesellschaftsvertrag reicht nicht für ein In-Kennntnis-Setzen des Arbeitnehmers aus. Diese muss vielmehr nach außen deutlich gemacht werden. Dies muss von allen Gesellschaften veranlasst sein.

→ Unterzeichnung der Kündigung von allen Gesellschaftern, einzelfallbezogene Bevollmächtigung und Vorlage an den AN.

Kündigung (bei GbR)

Die Zurückweisung einer derartigen Kündigung durch den Arbeitnehmer kann allerdings nach § 242 BGB ausgeschlossen sein. Voraussetzung ist, dass der Kündigungsempfänger den Vertreter in der bestehenden Geschäftsverbindung auch ohne Vorlage einer Vollmachtsurkunde wiederholt als solchen anerkannt hat.

Beachte ab 1.1.2024:

Bei der ins **Gesellschaftsregister eingetragenen BGB-Gesellschaft**, bedarf es nach § 174 S. 2 BGB keiner Vorlage der Vollmachtsurkunde, wenn die Einzelvertretungsbefugnis des Gesellschafters im Register eingetragen ist: § 707 Abs. 2 Nr. 3, 707a Abs. 3 BGB, vgl. BAG 11.7.1991, 2 AZR 107/91, NJW 1992, 449 (zum Prokuristen).

Dies gilt indes nicht bei der „einfachen“ rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung von Gesellschaftern und ebenso nicht bei einer Gesamtvertreterermächtigung nach § 720 Abs. 2 BGB.

Meinungsfreiheit

BAG 24.8.2023, 2 AZR 17/23, NZA 2023, 1595; 19.11.2015, 2 AZR 217/15, NZA 2016, 540

Erforderlich ist eine Abwägung zwischen den kollidierenden Grundrechten des Arbeitnehmers einer- und des Arbeitgebers andererseits.

Dabei gilt insbesondere zu beachten, dass der Arbeitnehmer grundsätzlich berechtigt ist unternehmensöffentliche Kritik am Arbeitgeber und den betrieblichen Verhältnissen zu äußern. Er bleibt im außerdienstlichen Bereich in seiner Meinungsäußerung frei.

Die Meinung darf dabei auch überspitzt oder polemisch gefasst sein.

Es bedarf einer abwägenden Gewichtung der Beeinträchtigungen, die der persönlichen Ehre, die dem Arbeitgeber oder Dritten drohen, auf der einen und der Meinungsfreiheit auf der anderen Seite. Aspekte der Unternehmensorganisation (Betriebsfrieden usw.) kommen hinzu.

Meinungsfreiheit

BAG 5.12.2019, 2 AZR 240/19, NZA 2020, 646

Die Meinungsfreiheit tritt bei herabsetzenden Äußerungen zurück, ohne dass es einer Einzelfallabwägung bedarf, und zwar bei Äußerungen, die die **Menschenwürde** anderer antasten oder eine **Formalbeleidigung** oder **Schmähung** darstellen. Dies kann bei einer **rassistischen, menschenverachtenden und diskriminierenden** Beleidigung bzw. sonstigen Äußerung der Fall sein.

Solche Äußerungen rechtfertigen idR die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach § 626 BGB.

S. auch: BVerfG 2.11.2020, 1 BvR 2727/19, NZA-RR 2020, 1704; LAG Baden-Württemberg, 15.1.2020, 4 Sa 19/19, NZA-RR 2020, 253; LAG Rheinland-Pfalz 1.2.2021, 3 Sa 249/20 (Vorinstanz zu BVerfG aaO): Die Abgabe ausländerfeindlicher Äußerungen durch einen Arbeitnehmer im Betrieb ist an sich geeignet, eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen.

Eine Aufstellung mit Fallbeispielen aus der Rechtsprechung mit inakzeptablen Äußerungen findet sich bei D. Weigert, NZA-RR 2023, 279.

Meinungsfreiheit (außerdienstlich)

Verhalten und Meinungsäußerung des Arbeitnehmers im außerdienstlichen Bereich

Im außerdienstlichen Bereich steht dem Arbeitnehmer prinzipiell volle Meinungsfreiheit zu und zwar auch was negative Äußerungen über den Arbeitgeber betrifft.

BayVGH 29.02.2012, 12 C 12.264:

„Unter der Geltung des GG entscheidet allein die Kl., was sie „ankotzt“ und was nicht.“

Im privaten Bereich ist zudem zu beachten, dass eine etwaige besondere **Vertraulichkeitserwartung** bestehen kann. Hier reicht die Meinungsfreiheit signifikant weiter und auch können Äußerungen getätigt werden, die ggf. nicht durch die Meinungsfreiheit abgedeckt wären.

Meinungsfreiheit (außerdienstlich)

Arbeitsrechtlich relevant wird eine Äußerung aber wiederum dann, wenn Inhalt, Art und Umfang der Verbreitung auf das Arbeitsverhältnis zurückbezogen werden können.

Dann greifen die allgemeinen Grundsätze (Abwägung zwischen den widerstreitenden Interessen, respektive der Meinungsfreiheit des Arbeitnehmers, kein Schutz reiner Formalbeleidigungen, rassistischer oder fremdenfeindlicher Äußerungen).

Drei Fallgestaltungen sind denkbar:

1) Der Arbeitnehmer stellt einen Bezug zu seinem Arbeitgeber her und die Äußerung nimmt zumindest mittelbar Einfluss auf das Betriebsgeschehen iwS (etwa: absolut inakzeptable Qualität der Äußerung, Herabsetzung der Leistungen oder Produkte des Arbeitgebers).

- Beispiele: reportageartige Videoaufnahme auf facebook, aufgenommen vor dem Betrieb mit Betriebslogo (LAG Sachsen 17.3.2023, 4 Sa 78/22, im Fall aber: Äußerung war durch die Meinungsfreiheit gedeckt);

- LAG Berlin-Brandenburg 17.1.2020, 9 Sa 434/19, NZA-RR 2020, 247: Bestreiten (Verharmlosung) des Holocaust bei einem Abendtermin mit Kunden und Repräsentanten anderer Firmen anlässlich einer Schulung.

- LAG Nds. 28.2.2024, 2 Sa 375/23: Kündigung wegen außerdienstlicher sexueller Belästigung, dort: Schulungsseminar der Gewerkschaft, NZA-RR 2024, 416, 421/422

Meinungsäußerungsfreiheit – Kündigungsgrund (Vertraulichkeit der WhatsApp-Gruppe)

BAG 24.08.2023, 2 AZR 17/23

Ein Arbeitnehmer, der sich in einer aus sieben Mitgliedern bestehenden privaten Chat-Gruppe 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 berechtigte Vertraulichkeitserwartung berufen.

Anders noch die Vorinstanz: LAG Niedersachsen 19.12.2022, 15 Sa 286/22

Äußerungen in einer privaten Chatgruppe genießen als Ausdruck der Persönlichkeit und Bedingung ihrer Entfaltung verfassungsrechtlichen Schutz, der dem Schutz der Ehre des durch die Äußerung Betroffenen vorgeht, wenn der Äußernde auf die Wahrung der Vertraulichkeit vertrauen durfte.

Meinungsäußerungsfreiheit – Kündigungsgrund (Vertraulichkeit der WhatsApp-Gruppe)

„Drecks L stellt es so hin als würden wir hier alle nur rausfliegen weil die Piloten geblockt haben ... Was kann denn das Gebäude dafür?
Sollen diese Leute besser den F aufsuchen und zusammenschlagen ... Ich komme her ... rei mir aber kein Arm aus ... aber bin da ...werde ja schließlich noch bezahlt.
Rest interessiert mich nicht Und der ganze Rest von dieser Drecksfirma ... Drecksladen
Der soll bloß abhauen der Knecht F geht unter ... aber ist mit egal alles ... Ich hasse ihn und den ganzen Laden
Lcherlicher Laden ... G war mal gut zum blasen ... das war` s
M dicke Titten .. das wars ... Covidioten sollten vergast werden (...) ... KZ oder so
F hasse ich am meisten Ich will alle anderen aber auch ficken Lasst uns das letzte Jahr noch mal richtig ficken ... haben eh nix zu verlieren
S und M schicke ich in toolshop ... mal gucken ... F darf fegen jeden Tag ... auf Knie
Unsere Piloten müssten alle vergast werden ... Bomben platzieren? ... Nie wieder t. fliegen
Steckt ein was geht C habe ich direkt gesagt: Wollen die mich verarschen? Wenn sie bläst überlege ich es mir nochmal
Diese Firma ist ein Behinderten- und Pflegeheim zugleich Ich sehne den tag herbei wo diese Bude anfängt zu brennen
Und wir wollte nach S und die Boote von G versenken ... Anbrennen
Wie damals im Reich Anschlag auf BR wenn das alles so kommt
Vernichten müssen wir sie alle
Gewöhnt Euch dran. Mit Türken an der Spitze wird das nix mit dieser Stadt und diesen verein“

Meinungsäußerungsfreiheit – Kündigungsgrund (außerdienstlich)

2. Dem Arbeitnehmer fehlt aufgrund seines außerdienstlichen Verhaltens die Eignung für die Ausübung der vertraglich geschuldeten Tätigkeit. → personenbedingte Kündigung. Im privaten Dienstverhältnis absoluter Ausnahmefall (etwa: prominenter Arbeitnehmer, eklatanter Ausfall), eher denkbar im öffentlichen Dienst, soweit es tatsächlich auf die Loyalität des Arbeitnehmers ankommen

- LAG Berlin-Brandenburg 4.4.2024, 5 Sa 894/23: Kündigung eines Redakteurs der DW wegen antisemitischer (israelfeindlicher) Äußerungen auf mehreren social-media Kanälen.
- ArbG Mainz, 12.7.2024, 10 Ca 1411/23: El Ghazi vs. 1 .FSV Mainz: Nutzung des social media Profils des Arbeitgebers für einen israelfeindlichen Kommentar. Aber: Noch keine Kündigung gerechtfertigt.
- ArbG Köln 3.2024, 17 Ca 543/24, BeckRS 2024, 18237; LAG München 18.7.2023, 7 Sa 71/23: keine gesteigerte staatsbürgerliche Loyalitätspflicht gewöhnlicher bzw. gehobener Verwaltungsmitarbeiter.

3. Der Arbeitnehmer ist auf Grund von Straf- oder Untersuchungshaft nicht mehr in der Lage, seine Arbeit auszuführen. = Personenbedingte Kündigung, Prognoseentscheidung erforderlich, vgl. BAG 23. 5.2013, 2 AZR 120/12, NZA 2013, 1211.

4. Frage: Druckkündigung?

2-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB (Interne Ermittlungen)

BAG 5.5.2022, 2 AZR 483/21, NZA 2022, 1276

1. Die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB beginnt erst dann zu laufen, wenn eine kündigungsberechtigte Person von den Umständen positive Kenntnis erlangt hat, die den Arbeitgeber zur sofortigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses berechtigt. Der Kündigungsberechtigte muss allein aufgrund seines tatsächlichen Kenntnisstands und ohne weitere Nachforschungen seine Kündigungsentscheidung abschließend treffen können.
2. Auf die Kenntnis einer Compliance-Abteilung kommt es nicht an, soweit diese nicht zum Ausspruch einer Kündigung berechtigt ist.
3. Auf die frühere Kenntnis einer nicht-kündigungsberechtigten Person kann aber abgestellt werden, wenn
 - diese Person eine Position und Funktion innehat, dass sie die Sachlage tatsächlich und rechtlich so überschauen kann, um zu erkennen, dass eine Kündigung in Erwägung zu ziehen sein könnte. Das kann auf den Leiter einer Compliance-Abteilung zutreffen und
 - die verzögerte Weiterleitung der Informationen an die kündigungsberechtigten Personen auf Vorsatz oder jedenfalls auf einer unsachgemäßen Organisation beruht.
4. Beachte: ggf. separates Anlaufen von Erklärungsfristen für eine Verdachtskündigung bei partiellen Vorabinformationen der Compliance-Abteilung.

Wegfall Beschäftigungsmöglichkeit

BAG 28.2.2023, 2 AZR 227/22, NZA 2023, 578:

Bekräftigung der ständigen Rechtsprechung: Betriebsbedingte Kündigung, unternehmerische Entscheidung (so genannte innerbetriebliche Ursachen)

Die **Unternehmerentscheidung** wird von den Gerichten **nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung oder ihre Zweckmäßigkeit** überprüft. Sie darf lediglich nicht offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich sein.

„Es kommt nicht darauf an, ob die dem Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses zugrunde liegende unternehmerische Entscheidung – etwa aus wirtschaftlichen Gründen – „dringend“ war. Der Arbeitgeber ist – bis zur Grenze der Willkür – nicht gehindert, auch wirtschaftlich nicht zwingend notwendige Organisationsentscheidungen zu treffen.“

Daher ist auch ein Outsourcing hinzunehmen und zwar auch, wenn die Aufgabenverlagerung lediglich im Konzern stattfindet

Hinweis zur **Missbräuchlichkeit der Unternehmerentscheidung**: Es besteht eine **abgestufte Darlegungs- und Beweislast**: Zunächst hat der Arbeitnehmer die Umstände darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, aus denen sich ergeben soll, dass die beschlossene Organisationsmaßnahme offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist.

Sozialauswahl bei Betriebsstillegung

Bei einer Betriebsstillegung ist die Sozialauswahl entbehrlich.

BAG 11.05.2023, 6 AZR 267/22, NZA 2023, 906 Rn. 25.

Entscheidend für die Beurteilung der **Sozialauswahl** ist das **Ergebnis**, nicht der Auswahlvorgang (keine Dominotheorie). „... wenn sich ihr Ergebnis als ... fehlerhaft erweist. Dagegen ist regelmäßig nicht maßgebend, ob das gewählte Auswahlverfahren beanstandungsfrei ist. Ein mangelhaftes Auswahlverfahren kann zu einem richtigen – nicht ... fehlerhaften – Auswahlergebnis führen.“

Dies kann sogar dann gelten, wenn die Sozialauswahl gänzlich unterlassen wurde.

BAG 8.12.2022, 6 AZR 32/22, NZA 2023, 625;

Lebensalter in der Sozialauswahl

BAG 8.12.2022, 6 AZR 31/22, NZA 2023, 692

Das Kriterium „Lebensalter“ ist **ambivalent**. Die soziale Schutzbedürftigkeit nimmt zunächst mit steigendem Lebensalter und der damit typischerweise verbundenen geringeren Chancen, einen neuen Arbeitsplatz zu finden, zu. Diese Entwicklung kehrt sich um, je näher die versorgungsrechtliche Absicherung durch eine Rente wegen Alters rückt. Dies können der Arbeitgeber bzw. die Betriebsparteien im Rahmen der Sozialauswahl bei der lediglich erforderlichen „ausreichenden“ Gewichtung des Kriteriums „Lebensalter“ zulasten des Arbeitnehmers berücksichtigen.

Rückfrage:

1. Gilt das nur für mehr oder weniger unmittelbar rentenberechtigte oder auch für nur rentennahe Arbeitnehmer? Ab wann?
2. Kann oder muss der Arbeitgeber die Gewichtung des Lebensalters abschmelzen? Wird eine Sozialauswahl fehlerhaft, wenn er das Lebensalters eines rentennahen Arbeitnehmers „voll“ verbucht und dieser deshalb den „nächstalten“ Arbeitnehmer verdrängt?
3. Was gilt für fortbeschäftigte „Altersrentner“?

Wichtige Einschränkungen:

Soweit bei Arbeitnehmern Zeiten der Arbeitslosigkeit nicht anerkannt werden und darum die für den Anspruch auf eine Altersrente für besonders langjährig Versicherte (§§ 38, 236 b SGB VI) erforderliche Wartezeit von 45 Jahren nicht erfüllt werden kann, dürfen diese Arbeitnehmer bei der Sozialauswahl nicht als rentennah angesehen werden.

Aus diskriminierungsrechtlichen Gründen muss eine **Altersrente für schwerbehinderte Menschen** (§§ 37, 236a SGB VI) für die Frage der „Rentennähe“ außer Betracht bleiben.

BEM bei Einschaltung Integrationsamt

BAG 15.12.2022, 2 AZR 162/22, NZA 2023, 500

Die **Zustimmung des Integrationsamts** zu einer krankheitsbedingten Kündigung begründet nicht die Vermutung, dass ein (unterbliebenes) **betriebliches Eingliederungsmanagement** die Kündigung nicht hätte verhindern können.

LAG Düsseldorf 17.5.2022, 14 Sa 825/21, NZA-RR 2022, 522; vgl. Auch BAG 18.11.2021, 2 AZR 138/21, NZA 2022, 253.

Eine **schriftliche Zustimmung des Arbeitnehmers in die Verarbeitung seiner im Rahmen eines bEM erhobenen personenbezogenen und Gesundheitsdaten** sieht § 167 II SGB IX **nicht als tatbestandliche Voraussetzung für die Durchführung** eines bEM vor. Es ist dem Arbeitgeber auch ohne vorherige datenschutzrechtliche Einwilligung möglich und zumutbar, zunächst mit dem beabsichtigten bEM zu beginnen und mit dem Arbeitnehmer in einem Erstgespräch den möglichen Verfahrensablauf zu besprechen.

Datenschutzrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Erhebung und Verarbeitung von Gesundheitsdaten des Arbeitnehmers sind frühestens dann von Bedeutung, wenn sich die Beteiligten des bEM darüber verständigt haben, welche Angaben über den Gesundheitszustand für eine Reduzierung der Arbeitsunfähigkeitszeiten voraussichtlich erforderlich sind.

Kündigungsrechtlich ist das BEM irrelevant, wenn der Arbeitnehmer dessen Durchführung – bei korrekter Einladung – ablehnt bzw. darauf verzichtet (schwierige Beratungsfrage!), dieses für beendet erklärt oder dessen Abbruch wünscht.

(Teil-)Kündbarkeit Home-Office-Vereinbarung

LAG Hamm, 16.3.2023, 18 Sa 832/22, NZA-RR 2023, 401

Die Abrede über die „**Teilkündbarkeit**“ einer individuellen Homeoffice-Vereinbarung ist zulässig, sofern für alle Parteien ein **Kündigungsrecht vereinbart** wurde.

Maßstab für die Beurteilung der Frage, ob eine unangemessene Benachteiligung durch die Teilkündbarkeit der Homeoffice-Abrede vorliegt, ist das gesetzliche Leitbild des § 106 S. 1 GewO und nicht das gesetzliche Leitbild von § 2 KSchG.

Eine solche Klausel verstößt nicht gegen § 307 Abs. 2 BGB und erst recht nicht gegen § 309 Nr. 8 BGB.

Hinweise

Ist das Homeoffice vertraglich zugelassen, erfolgt die Zuweisung im Rahmen des billigen Ermessens nach § 106 GewO.

Das Homeoffice ist dann ein „normaler“ Arbeitsort und folgt den allgemeinen Regeln zur Bestimmung des Arbeitsorts. Daher kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer unter den Voraussetzungen des § 106 GewO (Billigkeitsprüfung!) aus diesem auch wieder zurückrufen.

LAG München 26.8.2021, 3 SaGa 13/21, NZA-RR 2021, 629; etwas strenger LAG Rheinland-Pfalz 13.10.2016, 5 Sa 114/16, BeckRS 2016, 74520 (aber Sonderfall [u.a. Kollektivabrede])

Auf spezielle „Rückrufsabreden“, die eher Ähnlichkeit mit einem Versetzungs- oder Widerrufsvorbehalt haben, als mit einer „Teilkündigung“, kommt es allenfalls dann an, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ganz ausdrücklich zugesagt hat, dass dieser im Homeoffice arbeiten „darf“.

Arbeitnehmerüberwachung

BAG 29.6.2023, 2 AZR 296/22, NZA 2023, 1105

Es besteht weder nach der DS-GVO, noch nach der ZPO ein **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. Das grundgesetzlich verbürgte Recht auf informationelle Selbstbestimmung kann nicht zu dem alleinigen Zweck in Anspruch genommen werden, sich der Verantwortung für vorsätzliches rechtswidriges Handeln zu entziehen. Datenschutz ist kein Tatenschutz.

Arbeitnehmerüberwachung

Beachte: Dieses Urteil ist kein Anlass zum Müßiggang beim Sachvortrag vor Gericht!

Gegenstand war eine offene Videoüberwachung; das datenschutzrechtliche Fehlverhalten des Arbeitgebers war nur von geringem Gewicht.

Ansonsten gilt:

Vertreter auf Arbeitgeberseite sollten sich unbedingt um einen umfassenden und strukturierten Sachvortrag bemühen, der die Zulässigkeit der Beweiserhebung untermauert. Besonderes Augenmerk verdient hier die **Schilderung des Erhebungsanlasses** und des Umstands, dass **keine mildereren Mittel** zur Verfügung standen.

Denn: Eine heimliche Überwachung ist zulässig, wenn der – zu dokumentierende – konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers besteht, weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung des Verdachts ausgeschöpft sind, die verdeckte Überwachung praktisch das einzig verbleibende Mittel darstellt und insgesamt nicht unverhältnismäßig ist.

Oder die Faustformel des BAG:

„Der AG muss hinreichend genau darlegen, woraus er den Verdacht herleitet, warum sich dieser gegen den überwachten Personenkreis richtet, was er ansonsten unternommen hat und warum tatsächlich keine weniger einschneidenden Mittel zur Aufklärung des Verdachts zur Verfügung standen.“

Hierfür braucht es eines substantiierten Sachvortrags seitens des Arbeitgebers.

Mitbestimmungsrecht bei Videokamera

BAG 29.6.2023, 2 AZR 296/22, NZA 2023,

Ein Mitbestimmungsrecht besteht bei Installation eines Videokamerasystems jedenfalls nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Ohne vorherige Zustimmung des BR – die ggf. durch die Einigungsstelle ersetzt werden müsste, § 87 Abs. 2 BetrVG – ist eine technische Überwachungsmaßnahme des AG unzulässig.

Alleine aus dem Unterlassen der notwendigen Mitbestimmung folgt indes kein eigenständiges Beweisverwertungsverbot, da dadurch nicht gesondert in das Persönlichkeitsrecht des AN eingegriffen wird.

So bereits: BAG 13.12.2007, 2 AZR 537/06, NZA 2008, 1008.

Anders die Vorinstanz: LAG Niedersachsen 6.7.2022, 8 Sa 1149/20.

Vereinbarung über Verwertungsverbot mit BR

BAG 29.6.2023, 2 AZR 296/22, NZA 2023, 1105

Der Arbeitgeber hatte sich in einer Betriebsvereinbarung verpflichtet, eine personenbezogene Auswertung von Daten, die er durch den Einsatz von Kartenlesegeräten gewonnen hat, nicht bzw. nur in verhältnismäßig engen Grenzen vorzunehmen:

- (1) Den Betriebsparteien fehlt die Regelungsmacht, ein über das formelle Verfahrensrecht der ZPO hinausgehendes Verwertungsverbot zu begründen, oder die Möglichkeit des Arbeitgebers wirksam zu beschränken, in einem Individualrechtsstreit Tatsachenvortrag über betriebliche Geschehnisse zu halten.
- (2) Betriebliche Regelungen sind nach § 134 BGB nichtig, die auf eine erhebliche Erschwerung des Rechts des Arbeitgebers zur außerordentlichen Kündigung hinauslaufen. Solche ist bei einem Verbot, Erkenntnisse aus einer Überwachungsmaßnahme in einen Kündigungsschutzprozess einzuführen, regelmäßig der Fall.

Annahmeverzug

BAG 7.2.2024, 5 AZR 177/23, NZA 2024, 685; BAG 12.10.2022, 5 AZR 30/22, NZA 2023, 229

Der AN unterlässt böswillig einen anderweitigen Verdienst, wenn

- er trotz Kenntnis aller objektiven Umstände vorsätzlich untätig bleibt; Schädigungsabsicht ist nicht erforderlich
- er eine ihm nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) unter Beachtung des Grundrechts auf freie Arbeitsplatzwahl nach Art. 12 GG zumutbare anderweitige Arbeit nicht aufnimmt
- oder die Aufnahme der Arbeit bewusst verhindert.

Die Einschätzung der Böswilligkeit setzt stets eine Gesamtabwägung der beiderseitigen Interessen anhand einer Bewertung aller Umstände des konkreten Einzelfalls voraus.

Annahmeverzug

BAG, 7.2.2024, 5 AZR 177/23, NZA 2024, 685

Anrechenbar ist nur böswillig unterlassener Verdienst aus anderweitiger zumutbarer Arbeit. Die Zumutbarkeit beurteilt sich insbesondere nach der Art der Arbeit, der Person des Arbeitgebers oder den sonstigen Arbeitsbedingungen. Auch hinsichtlich der Beschäftigungsmöglichkeit bei einem Dritten folgt die Unzumutbarkeit nicht allein aus einem im Verhältnis zum bisherigen niedrigeren Verdienst. Es ist jeweils nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu ermitteln, inwieweit eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen zB nach der Art der Tätigkeit, der Arbeitszeit oder des Ortes der anderweitigen Beschäftigung sowie hinsichtlich des Verdienstes hinnehmbar ist. Dabei muss der Arbeitnehmer eine erhebliche Verschlechterung der Arbeitsbedingungen grundsätzlich nicht akzeptieren.

Annahmeverzug

BAG 7.2.2024, 5 AZR 177/23, NZA 2024, 685; BAG 12.10.2022, 5 AZR 30/22, NZA 2023, 229

Eine **Verletzung der Meldeobliegenheit** nach § 38 Abs. 1 SGB III muss auch bei Streitigkeiten über den Annahmeverzugslohn bei der Auslegung des Begriffs des böswilligen Unterlassens anderweitigen Verdienstes berücksichtigt werden, und zwar anhand der gemeinsamen Vertragsbeziehung unter Berücksichtigung der Verkehrssitte.

Erforderlich ist stets eine **Gesamtabwägung der beiderseitigen Interessen**. Das schließt es grundsätzlich aus, einen bei dieser Gesamtabwägung zu berücksichtigen Umstand losgelöst von den sonstigen Umständen des Einzelfalls gleichsam absolut zu setzen.

Daher sind die sozialversicherungsrechtlichen Pflichten nicht gleichsam „eins zu eins“ bei der Bestimmung des böswilligen Unterlassens heranzuziehen. Sie bilden vielmehr Anknüpfungspunkte für die Konkretisierung des böswillig unterlassenen anderweitigen Verdienstes.

Annahmeverzug

Mithin kann sich die Unzumutbarkeit einer anderweitigen Arbeit etwa unter folgenden Gesichtspunkten ergeben:

- Verschlechterung der Arbeitsbedingungen, weiter entfernter Arbeitsort
- Niedrigere Hierarchiestufe, schlechterer Verdienst
- Art der anderen Arbeit
- „schlechterer“ anderer Arbeitgeber
- Prozesschancen, namentlich: eindeutig unwirksame Kündigung (MuSchG, Betriebsratsanhörung übersehen usw.)
- obsiegendes Urteil des Arbeitnehmers in 1. oder 2 Instanz

Annahmeverzug

Der Arbeitgeber sollte mit diesem kalkulieren, hat im Fall eines Unterliegens aber realistische Möglichkeiten, sich gegen diesen zumindest partiell zu verteidigen.

Insoweit kann ihm auch zu Gute kommen:

BAG 27.5.2020, 5 AZR 387/19, NZA 2020, 1113

Der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zur Auskunft über Vermittlungsangebote der Agentur für Arbeit und des Jobcenters nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verpflichtet, wenn er Vergütung wegen Annahmeverzugs fordert und die Einwendung böswillig unterlassenen anderweitigen Erwerbs wahrscheinlich begründet ist.

Der Arbeitgeber ist in entschuldbarer Weise in Unkenntnis über Vermittlungsvorschläge der Agentur für Arbeit und des Jobcenters. Ein Anspruch des Arbeitgebers auf Mitteilung gegen die staatlichen Arbeitsvermittlungstellen besteht im Hinblick auf das Sozialgeheimnis nach § 35 SGB I nicht.

Dieser Auskunftsanspruch kann in die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast eingebracht werden.

Er muss nicht im Wege der Widerklage durchgesetzt werden. (Eventuell mag bereits eine Auskunft im „reinen“ Kündigungsschutzprozess in Betracht kommen.)

Annahmeverzug

BAG 24.1.2024, 5 AZR 331/22, NZA 2024, 408

Auf den Vergütungsanspruch wegen Annahmeverzugs sind auch Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit oder einem freien Mitarbeiterverhältnis anzurechnen.

Maßgeblich ist nicht der Zeitpunkt des Zuflusses des Ertrags, sondern der kausal durch das Freiwerden der Arbeitskraft ermöglichte Wert des Erwerbs.

Ein böswilliges Unterlassen anderweitigen Erwerbs kann auch dann vorliegen, wenn sich der Arbeitnehmer in dem im Laufe des Kündigungsschutzprozesses neu begründeten Arbeits- oder Dienstverhältnis vorsätzlich mit einem – gemessen an der üblichen Vergütung für die ausgeübte Tätigkeit – zu geringen Entgelt zufrieden gibt oder unentgeltlich eine Leistung erbringt, die regelmäßig nur gegen eine Vergütung erbracht wird.

Annahmeverzug

BAG 29.3.2023, 5 AZR 255/22, NZA 2023, 894

Kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis fristlos, weil er die weitere Beschäftigung des Arbeitnehmers für unzumutbar hält, bietet aber gleichwohl eine Prozessbeschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen an, spricht wegen dieses widersprüchlichen Verhaltens eine tatsächliche Vermutung dafür, dass es sich um kein ernstgemeintes Angebot handelt.

Der verhaltensbedingt fristlos gekündigte Arbeitnehmer unterlässt in der Regel nicht böswillig anderweitigen Verdienst, wenn er es ablehnt, beim kündigenden Arbeitgeber im Rahmen einer Prozessbeschäftigung weiterzuarbeiten, solange die gegen ihn erhobenen Vorwürfe im Kündigungsschutzprozess nicht – zumindest erstinstanzlich – geklärt sind.

Annahmeverzug

LAG Berlin-Brandenburg, 30.09.2022, 6 Sa 280/22

1. Ein den Anspruch auf Annahmeverzugslohn ausschließendes böswilliges Unterlassen der Erzielung anderweitigen Verdienstes liegt dann vor, wenn der Arbeitnehmer nicht vollständig Auskunft über die ihm zugeleiteten Vermittlungsvorschläge der Agentur für Arbeit erteilt.
2. Trägt der Arbeitgeber Indizien vor, die für eine Zumutbarkeit der Vermittlungsvorschläge streiten, ist es am Arbeitnehmer, hierauf substantiiert zu erwidern.
3. Geht es nicht um eine Arbeitsmöglichkeit bei dem bisherigen Arbeitgeber, darf der Arbeitnehmer nicht untätig bleiben, wenn sich ihm eine realistische Arbeitsmöglichkeit bietet.

„Schließlich liegt ein weiteres Indiz in der Qualität der verfassten Bewerbungen des Klägers. Seinen eingereichten Bewerbungsmails lässt sich weder ein Stellenkennzeichen, eine schlagwortartige Bezeichnung der Stelle, auf die er sich bewirbt oder ein sonstiger Betreff entnehmen. Die Anrede ist nicht individualisiert mit Ausnahme der als Anlage K24 eingereichten Bewerbung an die Firma T GmbH. Hier fehlt jedoch in der Anrede das Wort „Herr“. Inhaltlich sind die Bewerbungen nicht an die zu besetzende Stelle und/oder den potentiellen Arbeitgeber angepasst; weiter weist der vergleichsweise kurze Text zwei Fehler auf, nämlich „Sachbearbeiter in Innendienst“ (statt „im“) sowie die Erwähnung beigefügter „Zeugnisse“, obwohl lediglich ein Zeugnis beigefügt war (und werden konnte).“

Annahmeverzug

Hinweis

Auch ansonsten gilt es mit dem Angebot einer Prozessbeschäftigung Zurückhaltung walten zu lassen:

(1) Erhebliches Risiko einer Selbstwiderlegung bei der verhaltensbedingten (insb. außerordentlichen) Kündigung, aber auch bei der betriebsbedingten Kündigung.

(2) Die (freiwillige) Prozessbeschäftigung lässt nicht den Annahmeverzug enden, sondern begründet ein zweites Arbeitsverhältnis. Dies ist aufschiebend befristet bis zum rechtskräftigen Urteil. Es bedarf daher der strengen Schriftform des § 14 Abs. 4 TzBfG. Fehlt es daran, besteht mit dem Arbeitnehmer auch dann weiterhin ein unbefristetes Arbeitsverhältnis, wenn der Arbeitgeber im Prozess obsiegt!

Lieber: Flutung mit Bewerbungsmöglichkeiten!!!

§ 12a ArbGG – uferlos?

Keine Geltung bei diskriminierender Kündigung?

EuGH 14.9.2023, C-113/22, NZA 2023, 1235

Schadensrechtliche Rechtsfolge einer Diskriminierung (entsprechend § 15 Abs. 2 AGG):

„... nicht nur aufgeben muss, dem Betroffenen ... zu gewähren, sondern sie auch zur Zahlung einer Entschädigung verurteilen muss, die es ermöglicht, den durch die Diskriminierung tatsächlich entstandenen Schaden gemäß den anwendbaren nationalen Bestimmungen in vollem Umfang – einschließlich der dem Betroffenen in diesem Verfahren entstandenen Prozesskosten und Anwaltshonorare – auszugleichen, wenn die der Betroffene zur gerichtlichen Geltendmachung seines Anspruchs auf die Zulage gezwungen wurde.“

Frage:

- Ebenso Kündigung unter Verstoß gegen das MuSchG? Wegen Whistleblowing? Kündigung entgegen den Vorgaben der DS-GVO (etwa auf Basis eines unzulässig erhobenen Beweises)?

- Ergänzender Antrag der Arbeitnehmerseite: Materiellrechtlicher Kostenerstattungsanspruch nach §§ 15 Abs. 1 AGG bzw. 826 BGB?

Nachvertragliches Verwenden Fotografie

LAG Baden-Württemberg 27.7.2023, 3 Sa 33/22, NZA-RR 2023, 511

Auch wenn ein Arbeitnehmer zum Zeitpunkt des Anfertigens von Fotos hiermit und mit der Verwendung des Bildmaterials zu Werbezwecken einverstanden war, bedeutet dies nicht, dass dieses Einverständnis über den Zeitpunkt seines Ausscheidens hinaus fortbestand, insbesondere wenn der Arbeitnehmer in unmittelbarem zeitlichem Anschluss bei einem Wettbewerber in vergleichbarer Position tätig wurde.

Der Arbeitgeber kann dann verpflichtet sein, sämtliches Bildmaterial des Arbeitnehmers unaufgefordert spätestens mit Ausscheiden des Arbeitnehmers aus ihren Werbemedien zu entfernen.

Verwendet der Arbeitgeber ein Bild entgegen diesen Vorgaben weiterhin nach Ablauf des Arbeitsverhältnisses, macht er sich schadensersatzpflichtig (im Fall – bei einem erheblichen Eingriff – 10.000 €).

Nachvertragliches Verwenden von Fotografien

Beachte:

Die Verwendung eines Fotos des Arbeitnehmers **bedarf prinzipiell der schriftlichen Einwilligung** (BAG, ggf. § 26 Abs. 2 S. 3 BDSG). Anderes kann sich fallabhängig ergeben, wenn die Abbildung lediglich untergeordneten Illustrationszwecken bzw. als Beiwerk dient.

Eine **formlose Einwilligung** ist zulässig bzw. eine konkludente Einwilligung kann angenommen werden, wenn der Arbeitnehmer dafür, dass er sich abbilden lässt, eine **gesonderte Entlohnung** erhält (§ 22 S. 2 KUG).

Die Einwilligung erlischt nicht automatisch mit dem **Ende des Arbeitsverhältnisses**, wenn die Abbildung nur belanglosen Illustrationszwecken dient.

Je nach Fallgestaltung kann es daher sinnvoll sein, eine Einwilligungsvereinbarung auf eine nachvertragliche Verwendung zu erstrecken. Die Grenzen des nicht disponiblen Persönlichkeitsrechts sind aber zu beachten.

Regelung durch Betriebsvereinbarung ist denkbar. Vorgaben des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers – insbesondere im Umfeld der Vertragsbeendigung – müssen aber auch in einer solchen beachtet werden.

Schadenersatz nach Art 82 DSGVO

BAG 20.6.2024, 8 AZR 124/23; EuGH 20.6.2024, C-590/22 AT Steuerberater; C-182/22, C-189/22; 11.4.2024, C-741/21, NJW 2024, 1561 juris; 15.1.2024, C-687/21, Saturn; EuGH 4.5.2023, C-300/21, NZA 2023, 621, Österreichische Post

Wer einen Schadensersatz nach der DS-GVO geltend machen will, muss

- eine Verletzung einer Schutzregelung der DS-GVO darlegen,
- durch die er kausal
- einen materiellen oder immateriellen Schaden erlitten hat.

Der Anspruchsteller hat das kumulative Vorliegen dieser drei Voraussetzungen darzulegen und ggf. zu beweisen.

Es gibt keinen, auch keinen immateriellen Schadensersatz, nur weil **abstrakt** gegen die DS-GVO verstoßen wurde.

Bloßer Ärger oder Zorn über den Arbeitgeber reicht nicht. Auch ein ungutes Gefühl begründet keinen immateriellen Schaden, zumindest dann nicht, wenn der Datenmissbrauch nachweislich ausgeschlossen werden kann.

Umgekehrt darf der materielle, aber auch der immaterielle Schaden nicht davon abhängig gemacht werden, dass der der betroffenen Person entstandene Schaden einen bestimmten Grad an Erheblichkeit erreicht hat. Es darf keine Bagatellgrenze im nationalen Recht geben.

Schadenersatz nach Art 82 DSGVO

BAG 25.7.2024, 8 AZR 225/23; 20.6.2024, 8 AZR 124/23; EuGH 20.6.2024, C-590/22 AT Steuerberater; C-182/22, C-189/22; 11.4.2024, C-741/21, NJW 2024, 1561 juris; 15.1.2024, C-687/21, Saturn. BGH 18.11.2024, VI ZR 10/24.

Ein immaterieller Schaden kann in einem zu befürchtenden Verlust der Kontrolle über die weitere Verwendung der Daten durch den Arbeitgeber oder durch Dritte liegen.

Auch die Sorge vor einem Datenmissbrauch kann für sich genommen einen immateriellen Schaden darstellen. Es ist jedoch zu prüfen, ob eine solche Befürchtung unter den gegebenen Umständen als begründet angesehen werden kann. Dabei ist ein objektiver Maßstab anzulegen.

Beachte: Deshalb können gerade „**kleine Unachtsamkeiten**“ zu Ansprüchen führen, wie z.B. Versand einer Gehaltsabrechnung an eine alte Wohnadresse; unzulässige Speicherung von Daten, Zusendung von Newslettern usw.).

Schadenersatz nach Art 82 DSGVO

Die Ermittlung der Schadenshöhe bleibt den nationalen Gerichten überlassen. Dies gilt auch für den immateriellen Schaden.

- BAG 25.7.2024, 8 AZR 225/53: Kontrollverlust bei Erhebung von Gesundheitsdaten durch eine Detektei: 1.500 € (statt der geforderten 25.000 €).
- BAG 5.5.2022, 2 AZR 363/21, NZA 2022, 1191: 1.000 € haben keineswegs nur symbolischen Charakter.
- LAG Düsseldorf 10.4.2024, 12 Sa 1007/23, NZA-RR 2024, 399 (nicht rechtskräftig): „Googlet“ der AG unzulässigerweise über einen Stellenbewerber, schuldet er diesem wegen des damit verbundenen „Kontrollverlustes“ immateriellen Schadensersatz (1.000 €).
- BGH 18.11.2024, VI ZR 10/24: kurzzeitiger „Kontrollverlust“: 100 €.

Schadenersatz nach Art 82 DSGVO

Schadenersatzanspruch, wenn die Auskunft nicht oder verspätet erteilt wird?

BAG 20.6.2024, 8 AZR 124/23

Die reine („abstrakte“) Verletzung der Auskunftspflicht nach Art. 15 DSGVO, ohne dass dadurch ein konkreter Schaden entstanden ist, genügt jedenfalls noch nicht. (S. oben).

So auch: LAG Rheinland-Pfalz 8.2.2024, 5 Sa 154/23, NZA-RR 2024, 272; LAG Düsseldorf 28.11.2023, 3 Sa 285/23; LAG Baden-Württemberg 27.7.2023, 3 Sa 33/22, NZA-RR 2023, 511, Revision anhängig unter 8 AZR 215/23.

Ein immaterieller Schaden kann aber im Verlust der Kontrolle über Daten liegen. S. oben.

Alleine die Befürchtung weiterer Verstöße gegen die DS-GVO reicht für die Annahme eines Schadens aber noch nicht aus.

Auskunftsanspruch nach Art 15 DSGVO

EuGH 4.5.2023, C-487/21, NJW 2023, 2253.

Grundsätzlich umfasst der datenschutzrechtliche Auskunftsanspruch nach Art. 15 III DSGVO auch das Recht auf den Erhalt einer Kopie, die die originalgetreue und vollständige Reproduktion aller Daten und Auszüge von Datenbanken abbildet, wenn diese Kopien unerlässlich für die wirksame Ausübung der Betroffenenrechte nach Art. 15 DS-GVO sind.

EuGH 26.10.2023, C- 307/22, FT gegen DW (ärztlicher Behandlungsvertrag), ebenso: BGH 5.3.2024, VI ZR 330/21, GRUR-RS 2024, 6518 (Finanzdienstleister), BGH 16. April 2024, VI ZR 223/21 (Versicherung)

Die Kopie muss erstellt werden, ohne dass dem Anspruchsteller hierdurch Kosten entstehen und ohne dass er seinen Antrag begründen muss.

Kein Ablehnungsargument ist, dass der Anspruchsteller die Informationen nutzen möchte, um seinen Vortrag in einem gegen den Anspruchsschuldner geführten Prozess zu unterfüttern.

LAG Schleswig-Holstein 17.9.2024, 5 Sa 30 öD/24.

Der Streitwert der Auskunftsklage nach Art. 15 DS-GVO ist mit 500,00€ zu bewerten.

Auskunftsanspruch nach Art 15 DSGVO

Meines Ermessens können die Urteile des EuGH nicht im Verhältnis 1:1 auf das Arbeitsrecht übertragen werden. Sie befassen sich mit punktuellen Rechtsverhältnissen (Kaufvertrag, Behandlungsvertrag).

Im Arbeitsverhältnis muss eine Abwägung eine größere Rolle spielen:

- Keine offenkundig unbegründete und exzessiven Verlangen (Art. 12 Abs. 5 s. 1 lit. b S. 2 DS-GVO),
- überwiegende Rechte Dritter (Art. 15 Abs. 4 DS-GVO),
- berechnete Geheimhaltungsinteressen (§ 29 Abs. 1 S. 2 BDSG u. 23 Abs. 1 lit. i DS-GVO),
- unverhältnismäßiger Aufwand (Art. 14 Abs. 5 lit. b DS-GVO).

Deshalb kann der Arbeitnehmer nicht schlichtweg einen Ausdruck aller über ihn vorhandenen Daten (bis hin zur Mailkorrespondenz) fordern (aA aber EDSA).

Deutlich **zurückhaltender** auch:

BAG 16.12.2021, 2 AZR 235/21, NZA 2022, 362; BAG 27.4.2021, 2 AZR 342/20:

- Stufenverhältnis zwischen beiden Ansprüchen. Auskunftsanspruch ist dem Recht auf Erhalt einer Kopie vorgelagert.
- Forderung von Kopien: Präzisierung und Eingrenzung erforderlich, bloße Wiederholung des Gesetzeswortlauts reicht nicht.

Einwand: „DS-GVO-Hopper“? Zurückhaltend: ArbG Hannover 23.1.2024, 1 Ca 121/23.

Urlaub - Information und Verfall

Fehlt es in den Folgejahren erneut an einer ordnungsmäßigen Mitteilung, schreibt sich der Urlaub immer weiter (endlos**) fort.**

BAG 31.1.2023, 9 AZR 107/20, NZA 2023, 968

Bedeutung kann dies vor allem bei der Beendigung (Verrentung, Aufhebungsvertrag, Kündigung) von Arbeitsverhältnissen haben. Wurde in der Vergangenheit nicht hinreichend informiert, können sich einige Urlaubsreste angesammelt haben. Diese sind nach § 7 Abs. 4 BUrlG abzugelten – weder verfallen, noch verjährt!

Urlaub - Verjährung

Der Urlaub unterliegt der gesetzlichen Verjährung. Diese greift aber erst mit dem Ende des Kalenderjahres, in dem der Arbeitnehmer ordnungsgemäß über den Urlaub – und die drohende Verjährung - informiert wurde.

BAG 20.12.2022, 9 AZR 266/20, NZA 2023, 683

In praktischer Hinsicht ist die Verjährung von Urlaub allerdings bedeutungslos. Wurde der Arbeitnehmer ordnungsgemäß informiert, verfällt der Urlaub ohnehin zum Ende des entsprechenden Kalenderjahres. Verfällt er nicht, verjährt er ohne diese Information auch nicht.

Urlaubsabgeltung: Verjährung und Ausschlussfristen

Der Anspruch auf Urlaubsabgeltung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses unterliegt sowohl der gesetzlichen Verjährung als auch Ausschlussfristen.

Die Fristen laufen mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Ausschlussfrist) bzw. dem Ende des Kalenderjahres, in dem dieses geendet hat (Verjährung).

BAG 31.1.2023, 9 AZR 456/20, NZA 2023, 757; 31.1.2023, 9 AZR 244/20, NZA 2023, 818; 24.5.2022, 9 AZR 461/21, NZA 2022, 1328.

Hinweis: Das schließt aus, dass sich „Betriebsrentner“ lange Zeit nach ihrem Ausscheiden beim Arbeitgeber melden mit Forderungen auf Abgeltung eines lange zurückliegenden Urlaubsanspruchs unter Hinweis darauf, dass sie seinerzeit nicht hinreichend über dessen möglichen Verfall informiert worden seien.

Urlaub und Dauererkrankung

Ausgangspunkt Ist der AN **dauerhaft erkrankt** oder vollständig erwerbsgemindert und kann er deshalb seinen Urlaub nicht nehmen, **verfällt dieser 15 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres**. Das ist mittlerweile ständige Rechtsprechung.

Es ist **nicht erforderlich**, dass ein dauerhaft erkrankter Arbeitnehmer während seiner Erkrankung über den Urlaub oder dessen Verfall innerhalb von 15-Monaten nach Ende des Bezugszeitraums **unterrichtet** wird.

BAG 31.1.2023, 9 AZR 107/20, NZA 2023, 968; 20.12.2022, 9 AZR 245/19; EuGH 22.9.2022, C-518/20 u. 727/20, NZA 2022, 3203 Fraport und St. Vincent-KKH

Ausnahme: Sollte der Arbeitnehmer im jeweiligen Urlaubsjahr allerdings imstande gewesen sein, den Urlaub zumindest teilweise zu nehmen und erkrankt der Arbeitnehmer dann Langzeit, greift die 15-Monats-Regel nur, wenn der Arbeitnehmer (vor dem Erkrankungszeitpunkt !) über den (seinerzeit: zum Jahresende) drohenden Verfall informiert wurde.

Beachte: In dieser Situation kann der Arbeitgeber den Urlaub bis auf Weiteres nicht mehr zum Verfall bringen. Eine „Nachunterrichtung“ während der Erkrankung ist nicht möglich. Weitere Entwicklung:

- Der Arbeitnehmer gesundet: Nachgewährung im Gesundheitsjahr.
- Der Arbeitnehmer scheidet aus dem Arbeitsverhältnis aus, ohne wieder arbeitsfähig zu werden. Der Urlaub abgegolten werden.

Urlaub und Dauererkrankung

Dies spricht dafür, Arbeitnehmer stets gleich zu Jahresbeginn über ihren Urlaubsanspruch und den drohenden Verfall zum Jahresende zu informieren. Erkrankt dieser dann im Verlauf des Jahres, greift die 15-Monats-Regel.

Die Information sollte unverzüglich und entsprechend der BAG-Rechtsprechung innerhalb der ersten sechs Werktage nach Jahresbeginn erfolgen.

Beachte: Fortgeschrieben außerhalb der 15-Monatsregel wird nur der Urlaub, den der Arbeitnehmer bis zur Erkrankung noch hätte nehmen können.

- Beispiel: Keine Unterrichtung. 5-Tage-Woche, Erkrankung am 18. Januar 2022. Bis zum 17. Januar 2022: 10 Arbeitstage. Diese werden fortgeschrieben; die übrigen 10 Urlaubstage verfallen am 31. Mär 2024.

Und was gilt bei einer Wiedergesundung des Arbeitnehmers?

- Im laufenden Urlaubsjahr. Verfall des Urlaubs zum 31.12., soweit der Arbeitnehmer entsprechend unterrichtet wird oder wurde.
- Im Folgejahr und im 1. Quartal des „übernächsten“ Jahres: Verfall zum 31.12. bzw. 31.3. bei entsprechender Unterrichtung.
- Frage in der Praxis: Soll ein wiedereintretender Arbeitnehmer sogleich unterrichtet werden und ggf. Urlaub nehmen? Auch dann, wenn nicht ersichtlich ist, ob der Wiedereingliederungsversuch von dauerhaftem Erfolg sein wird?

Zusatzurlaub schwerbehinderter AN

BAG 30.11.21, 9 AZR 143/21, AP SGB IX 2018 § 208 Nr. 1

Die Informationsobliegenheit des Arbeitgebers gilt auch für den Anspruch schwerbehinderter Menschen auf Zusatzurlaub: § 208 SGB IX.

Dieser erlischt daher zum Jahresende nur dann, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer (auch) über diesen hinreichend informiert hat.

Dies gilt allerdings nicht, wenn es dem Arbeitgeber unmöglich war, den Arbeitnehmer durch seine Mitwirkung in die Lage zu versetzen, den Zusatzurlaub zu realisieren.

Daher: Hatte 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 oder eines zulässigen Übertragungszeitraums, wenn der Arbeitgeber seinen Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten nicht nachgekommen ist.

Schicksal des arbeits- oder tariflichen Mehrurlaubs

Die Arbeits- oder Tarifvertragsparteien können Urlaubsabgeltungsansprüche, die den gesetzlichen Anspruch auf Mindestjahresurlaub von vier Wochen übersteigen, **frei regeln**. BAG 25.7.2023, 9 AZR 285/22, NZA 2023, 1200.

Dies schließt die Befugnis ein, zu bestimmen, dass der Mehrurlaub am Ende des Urlaubsjahres oder des Übertragungszeitraums verfällt, ohne dass der Arbeitgeber zuvor seinen Mitwirkungsobliegenheiten entsprochen hat.

Indes braucht es einer entsprechenden Abrede, zumindest aber **deutlicher Anhaltspunkte** hierfür im Vertrag. Erforderlich ist eine Regelung, die in einem inneren Zusammenhang mit Information, Untergang oder Verfall des Urlaubs steht und aus der sich schließen lässt, dass der vertragliche Urlaub allgemein vom gesetzlichen Urlaub abgekoppelt sein soll. BAG 28.3.2023 – 9 AZR 488/21, NZA 2023, 826 Rn. 25

Wurde dagegen **nichts weiteres vereinbart, folgt der tarifliche Mehrurlaub den Regeln des gesetzlichen Urlaubs**. BAG 20.12.2022, 9 AZR 266/20, NZA 2023, 683; BAG 26.5.2020, 9 AZR 259/19, NZA 2020, 1416 Rn. 22.

Schicksal des arbeits- oder tariflichen Mehrurlaubs

Formulierungsidee

Beispiel für eine Vertragsklausel (5-Tage-Woche)

Der Arbeitnehmer erhält 30 Urlaubstage (einschließlich des gesetzlichen Urlaubs in Höhe von 20 Tagen). Der vertragliche Mehrurlaub in Höhe von 10 Tagen ist im Verlauf eines Kalenderjahres zu nehmen. Er verfällt zum 31.12. eines Kalenderjahres ohne Rücksicht darauf, ob der Arbeitgeber den Arbeitnehmer über den Urlaub bzw. dessen Verfall zum Jahresende informiert hat oder der Arbeitnehmer ihn wegen Erkrankung nicht nehmen konnte. Kann der Urlaub aus betrieblichen Gründen nicht genommen werden, gilt § 7 Abs. 3 S. 2 BetrVG entsprechend.

Urlaub - Tilgungsreihenfolge

BAG 1.3.2022, 9 AZR 353/21, NZA 2022, 911

Stehen dem Arbeitnehmer im Kalenderjahr Ansprüche auf Erholungsurlaub zu, die auf unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen beruhen und für die unterschiedliche Regelungen bezüglich seines Untergangs gelten, gilt § 366 Abs. 1 BGB. Der Arbeitgeber kann daher bestimmen, welcher Urlaub jeweils erfüllt werden soll.

Hinweis: Sollten für den vertraglichen Urlaub „einfachere“ oder „raschere“ Verfallsregeln bestehen, ist es stets sinnvoll, zunächst den gesetzlichen Urlaub „abzuarbeiten“.

Nimmt der Arbeitgeber **keine Tilgungsbestimmung** vor, werden **zuerst gesetzliche Urlaubsansprüche** und erst dann die den gesetzlichen Mindesturlaub übersteigende Urlaubsansprüche erfüllt. BAG 1.3.2022, 9 AZR 353/21, NZA 2022, 911

Dies ist indes umstritten und daher ist eine Tilgungsbestimmung in jedem Fall empfehlenswert. Diese kann leicht zusammen mit der Urlaubsgenehmigung erfolgen.

Spontane Frage aus dem Publikum

Bundesurlaubsgesetz

- Umgang mit halben Tagen oder weniger?
- Dürfen Mitarbeiter auch halbe Tage nehmen oder darf man dies verbieten?

Ämter, Vertretungen, materielles Betriebsverfassungsrecht, Betriebsratsvergütung

Datenschutzbeauftragte

BAG 6.6.2023, 9 AZR 383/19, NZA 2023, 1329

Zwischen der Betriebsratstätigkeit und dem Amt als Datenschutzbeauftragter besteht ein Interessenkonflikt. **Ein Betriebsrat kann nicht zugleich Datenschutzbeauftragter sein.**

Dieser Interessenkonflikt stellt einen **wichtigen Grund zur Abberufung des Betriebsrats aus dem Amt** (des Datenschutzbeauftragten) nach § 4f III 4 BDSG a.F. i.V.m. § 626 I BGB dar.

BAG 6.6.2023, 9 AZR 621/19, NZA 2023, 1314

Der besondere Schutz des betrieblichen Datenschutzbeauftragten vor einer Abberufung nach § 6 6 Abs. 4 S. 1 BDSG steht im Einklang mit Unionsrecht.

Nach §§ 6 Absatz Abs. 4 S. 1 BDSG, 626 Abs. 1 BGB muss für die Abberufung ein wichtiger Grund vorliegen, der es dem Verantwortlichen unzumutbar macht, die betreffende Person als betrieblichen Datenschutzbeauftragten auch nur bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist weiterhin einzusetzen.

Eine Abberufung kann durch Gründe gerechtfertigt sein, die mit der Funktion und Tätigkeit des Datenschutzbeauftragten zusammenhängen und deren Ausübung unmöglich machen oder sie zumindest erheblich gefährden. Dies kann dann der Fall sein, wenn der zum Beauftragten für den Datenschutz bestellte Arbeitnehmer die für die Aufgabenerfüllung erforderliche Fachkunde oder Zuverlässigkeit nicht (mehr) besitzt.

Die Zuverlässigkeit eines Beauftragten für den Datenschutz kann in Frage stehen, wenn Interessenkonflikte drohen.

Zustimmung nach § 99 BetrVG

BAG 11.10.2022, 1 ABR 18/21, NZA 2023, 182

Hat der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer ohne Beteiligung des Betriebsrats eingestellt oder versetzt, kann er ein rechtzeitiges – und damit insoweit ordnungsgemäßes – Zustimmungersuchen nach § 99 I BetrVG nur dann an den Betriebsrat richten, wenn er die personelle Einzelmaßnahme **zuvor aufgehoben** hat.

Hierfür genügt es nicht, wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat lediglich nachträglich mitteilt, er nehme die personelle Einzelmaßnahme „zurück“ und führe sie nunmehr nur noch „vorläufig“ durch.

Erforderlich ist vielmehr, dass der Einsatz des betroffenen Arbeitnehmers – zumindest vorübergehend bis zur Einleitung eines etwaigen neuen Beteiligungsverfahrens nach §§ 99 I, 100 II BetrVG – tatsächlich unterbleibt = Abstandnahme von der Versetzung.

Ausschreibung – Rechtsfolge der Versäumung?

BAG 11.10.2022, 1 ABR 16/21, NZA 2023, 236

Der Arbeitgeber hat eine – vom Betriebsrat verlangte – **innerbetriebliche Ausschreibung** von Arbeitsplätzen nach § 93 BetrVG vorzunehmen, bevor er eine Entscheidung über deren Besetzung trifft und den Betriebsrat zu der beabsichtigten personellen Maßnahme um Zustimmung ersucht.

Die Ausschreibung kann grundsätzlich nicht während des gerichtlichen Zustimmungseretzungsverfahrens nachgeholt werden.

Quintessenz: Auch in Fällen fehlender Ausschreibung ist Abstand von der bisherigen Maßnahme zu nehmen und **eine eigenständige, neue personelle Maßnahme durchzuführen.**

Faktische Konsequenz: zeitweiser Nichteinsatz des Arbeitnehmers.

§ 101 S. 1 BetrVG

BAG 15.11.2022, 1 ABR 15/21, NZA 2023, 581

Das Aufhebungsverfahren nach § 101 S. 1 BetrVG hat die Frage zum Gegenstand, ob die betreffende personelle Einzelmaßnahme gegenwärtig und zukünftig als endgültige Maßnahme zulässig ist. **Hat die Maßnahme vor Abschluss des gerichtlichen Verfahrens geendet, wird der Aufhebungsantrag unbegründet.**

Der in § 23 III BetrVG vorgesehene Unterlassungsanspruch dient dem Schutz der betriebsverfassungsrechtlichen Ordnung gegen grobe Verstöße des Arbeitgebers in der Zukunft. Mit Blick auf diese Sicherstellungsfunktion ist ein solcher nicht gegeben, wenn ein erneuter Verstoß gegen die im Anlassfall verletzten Pflichten aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ausgeschlossen ist.

Betriebsratsvergütung

Zunehmend enge Rechtsprechung des BAG:

Nach § 37 Abs. 2 und 4 BetrVG kann ein freigestellter Betriebsrat das Arbeitsentgelt beanspruchen, das er verdienen würde, wenn er weiterhin an seinem bisherigen Arbeitsplatz beschäftigt werden würde. Sein Arbeitsentgelt darf nicht geringer bemessen werden als derjenige vergleichbare Arbeitnehmer. In diesem Rahmen hat ein Mitglied des Betriebsrats auch einen Anspruch darauf, (vergütungsrechtlich) so „befördert“ zu werden, wie vergleichbare Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung stehen.

Umgekehrt darf der Arbeitgeber wegen des Begünstigungsverbots des § 78 S. 2 BetrVG Mitgliedern des Betriebsrats keine Zahlungen, Zuwendungen oder andere Vergünstigungen gewähren, die diese alleine mit Rücksicht auf ihre Betriebsrattätigkeit erhalten. Derartige Leistungen sind unzulässig, einschlägige Abreden nach § 134 BGB nichtig.

BAG 23.11.2022, 7 AZR 122/22, NZA 2023, 513; 22.1.2020, 7 AZR 22/19; 29.8.2018, 7 AZR 206/17, NZA 2019, 253 Rn. 34; BAG 21.3.2018, 7 AZR 590/16, NZA 2018, 1019 Rn. 14; BAG 8.11.2017, 5 AZR 11/17, NZA 2018, 528 Rn. 31; BAG 20.1.2010, 7 ABR 68/08, NZA 2010, 777 Rn. 10.

Betriebsratsvergütung

Ein Betriebsrat ist vergütungsrechtlich („hypothetisch“) dann zu „befördern“, wenn die Beförderung dem typischen Normalverlauf im Unternehmen entsprechen würde. Ansatzpunkt ist dabei alleine die Tätigkeit, die der Betriebsrat vor Übernahme seines Amtes ausgeübt hat.

Entscheidend ist die Entwicklung, die Arbeitnehmer mit vergleichbarer fachlicher und persönlicher Qualifikation bei objektiv vergleichbarer Tätigkeit und bei Berücksichtigung der normalen betrieblichen und personellen Entwicklung (sog. „Vergleichsgruppe“) genommen haben. Vergleichbar mit dem Betriebsrat sind Arbeitnehmer, die im Zeitpunkt der Amtsübernahme ähnliche, im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten ausgeführt haben wie der Amtsträger und dafür in gleicher Weise wie dieser fachlich und persönlich qualifiziert waren.

Die Beförderung im Betrieb muss so typisch sein, dass Arbeitnehmer aufgrund der betrieblichen Gegebenheiten und Gesetzmäßigkeiten ganz grundsätzlich oder aber zumindest in der überwiegenden Mehrzahl der vergleichbaren Fälle mit einem entsprechenden Aufstieg rechnen dürfen („betriebsübliche Entwicklung“). Sonderkarrieren müssen dabei außer Betracht bleiben.

BAG 23.11.2022, 7 AZR 122/22, NZA 2023, 513; BAG 18.1.2017, 7 AZR 205/15, NZA 2017, 935 Rn. 25; BAG 28.9.2016, 7 AZR 248/14, NZA 2017, 791 Rn. 33 (zu § 37 Abs. 2 BetrVG); BAG 10.11.2015, 3 AZR 574/14, NJOZ 2016, 509; BAG 4.11.2015, 7 AZR 972/13, NZA 2016, 1339.

Betriebsratsvergütung - Strafbarkeit

Eine über das Entgeltausfallsprinzip nach § 37 Abs. 2 BetrVG hinausgehende Bezahlung von Betriebsratsmitgliedern als Gegenleistung für ihre Amtsführung stellt eine strafbare Begünstigung nach § 119 Absatz 1 Nr. 3 BetrVG dar.

Beachte: Strafbarkeit nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG (Begünstigung) ist ein Antragsdelikt. Mögliche Änderung durch den Gesetzgeber: Koalitionsvertrag, S. 71 f.: „Die Behinderung der demokratischen Mitbestimmung stufen wir künftig als Offizialdelikt ein.“

Diese kann sich – abhängig von den Umständen des Einzelfalls – als eine Untreue nach § 266 StGB zum Nachteil des Unternehmens erweisen. Eine Strafbarkeit nach §§ 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG, 370 Abs. 1 Nr. 1 AO kann hinzutreten. Angesprochen sind hiervon aber nur Person mit Vermögensbetreuungspflicht (Vorstand, GmbH Geschäftsführer, Prokuristen) + das betreffende Betriebsratsmitglied (Beihilfe!).

Beachte: Was die Ermittlung der „richtigen“ Betriebsratsvergütung betrifft, verfährt BGH 10.1.2023, 6 StR 133/22, NZA 2023, 301 außerordentlich streng, ja direkt kleinlich.

Zweiten Gesetzes zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes

§ 37 Absatz 4 BetrVG nach S. 3:

„Zur Bestimmung der vergleichbaren Arbeitnehmer nach Satz 1 ist auf den Zeitpunkt der Übernahme des Betriebsratsamts abzustellen, soweit nicht ein sachlicher Grund für eine spätere Neubestimmung vorliegt. Arbeitgeber und Betriebsrat können in einer Betriebsvereinbarung ein Verfahren zur Festlegung vergleichbarer Arbeitnehmer regeln. Die Konkretisierung der Vergleichbarkeit in einer solchen Betriebsvereinbarung kann nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden; Gleiches gilt für die Festlegung der Vergleichspersonen, soweit sie einvernehmlich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat erfolgt und in Textform dokumentiert ist.“

§ 78 S. 3 BetrVG:

„Eine Begünstigung oder Benachteiligung liegt im Hinblick auf das gezahlte Arbeitsentgelt nicht vor, wenn das Mitglied einer in Satz 1 genannten Vertretung in seiner Person, die für die Gewährung des Arbeitsentgelts erforderlichen betrieblichen Anforderungen und Kriterien erfüllt und die Festlegung nicht ermessensfehlerhaft erfolgt.“

Mitbestimmung Handynutzung während Arbeitszeit

BAG 17.10.2023, 1 ABR 24/22, NZA 2024, 201

Das **Verbot eines Arbeitgebers, Mobiltelefone und Smartphones während der Arbeitszeit zu privaten Zwecken zu benutzen**, um die ordnungsgemäße Erledigung der vertraglich geschuldeten Arbeit sicherzustellen, betrifft überwiegend das **Arbeitsverhalten** und unterliegt deshalb nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats.

Das mitbestimmungspflichtige Ordnungsverhalten ist berührt, wenn die arbeitgeberseitige Maßnahme darauf gerichtet ist, das kollektive Miteinander der Arbeitnehmer zu gestalten oder die Ordnung des Betriebs zu gewährleisten und aufrechtzuerhalten. Maßnahmen, mit denen die Arbeitspflicht unmittelbar abgefordert oder konkretisiert wird, unterliegen hingegen nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats.

Wirkt sich eine Weisung des Arbeitgebers nicht nur auf das Arbeitsverhalten, sondern **auch** auf das Ordnungsverhalten aus, unterliegt sie nicht schon deshalb der Mitbestimmung des Betriebsrats. Das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts hängt vielmehr vom **überwiegenden Regelungszweck** der Maßnahme ab. Dieser ist objektiv im Wege einer qualitativen Gewichtung der Einzelfallumstände zu bestimmen.

Social Media des AG – Mitbestimmung § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG?

BAG 13.12.2016, 1 ABR 7/15, NZA 2017, 657

Die Freischaltung der Funktion „Besucher-Beiträge“ auf einer vom Arbeitgeber betriebenen Facebookseite ermöglicht eine Überwachung des Verhaltens und der Leistung der von ihm beschäftigten Arbeitnehmer durch eine technische Einrichtung iSd § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Die Maßnahme unterliegt der Mitbestimmung des Betriebsrats.

Nicht erforderlich ist, dass die Daten über das Verhalten oder die Leistung von Arbeitnehmern von der technischen Einrichtung selbst – „automatisch“ – erhoben werden. Deren manuelle Eingabe ist ausreichend, wenn diese Daten anschließend gespeichert werden und auf sie zugegriffen werden kann.

Social Media des AG – Mitbestimmung § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG?

Anders aber nun das BVerwG 4.5.2023, 5 P 16.21, NZA 2024, 74 zum wortgleichen § 80 I Nr. 21 PersVG

Betreibt eine Stelle in sozialen Medien eigene Seiten oder Kanäle, kann wegen der für alle Nutzer bestehenden Möglichkeit, dort eingestellte Beiträge zu kommentieren, eine technische Einrichtung zur Überwachung des Verhaltens und der Leistung von Beschäftigten vorliegen, deren Einrichtung oder Anwendung der Mitbestimmung des Personalrats unterliegt. Diese Frage entzieht sich einer generellen Beantwortung, sondern ist nur nach Maßgabe der Umstände des jeweiligen Einzelfalles zu beurteilen.

Es muss im konkreten Fall bei objektiver Betrachtung die hinreichende Wahrscheinlichkeit bestehen, dass auch tatsächlich Nutzerkommentare abgegeben werden und daher die Befürchtung einer Überwachung durch Auswertung der Kommentare begründet sein könnte.

Zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme muss mit hinreichender Wahrscheinlichkeit prognostiziert werden können, dass personenbezogene Nutzerkommentare in beachtlichem Umfang eingestellt werden. Eine Neubewertung kann erforderlich sein, wenn sich das Nutzungskonzept ändert oder entgegen der ursprünglichen Annahme doch personenbezogene Kommentare in größerem Umfang abgegeben werden.

Headset – Mitbestimmung § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG?

BAG 16.7.2024, 1 ABR 16/23, BeckRS 2024, 31158

Ein Headset-System, das nicht lediglich der innerbetrieblichen Kommunikation dient, so dass es den Vorgesetzten ermöglicht, die Kommunikation unter Arbeitnehmern mitzuhören, ist eine technische Einrichtung, die zur Überwachung der Arbeitnehmer bestimmt ist. Seine Einführung und Nutzung unterliegt auch dann der betrieblichen Mitbestimmung, wenn die Gespräche nicht aufgezeichnet oder gespeichert werden.

Wird ein Headset-System im gesamten Unternehmen eingeführt und von den Arbeitnehmern der IT-Zentrale einheitlich, für alle oder mehrere Betriebe betreut und gewartet, besteht ein zwingendes Erfordernis für eine unternehmenseinheitliche Regelung, für welche der Gesamtbetriebsrat zuständig ist. Daran ändert auch nichts, wenn lediglich Vorgesetzte auf betrieblicher Ebene die Gespräche zur Kenntnis nehmen würden.

ChatGPT /KI

Die Anweisung, KI zu nutzen bewegt sich regelmäßig innerhalb des Direktionsrecht des Arbeitgebers nach § 106 GewO. Eventuell kann eine Abwägung mit ggf. tangierten Persönlichkeitsrechten des Arbeitnehmers erforderlich werden, etwa bei Programmen, die – ggf. mittelbar – Persönlichkeit, Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers ermitteln und dokumentieren könn(t)en.

Gleiches gilt für das Verbot, KI zu nutzen. Eine Abwägung bezüglich der Billigkeit der Weisung ist eher nur in Ausnahmefällen erforderlich. Für eine Nutzung können persönlichkeitsrechtliche Aspekte sprechen (signifikante Arbeitsvereinfachung), für ein Verbot vor allem datenschutz- und urheberrechtliche Belange.

Eine Weisung zum Anlegen eines privaten Accounts gegen den Willen des Arbeitnehmers ist unzulässig.

Nutzt der Arbeitnehmer einen selbst beschafften Zugang, dürfen ihm hierfür die Kosten für die Nutzung nicht auferlegt werden (vgl. BAG 10.11.2021, 5 AZR 334/21, NZA 2022, 401 [Fahrradkurier]), zumindest sind diese nach § 670 BGB zu ersetzen.

ChatGPT /KI

ArbG Hamburg 16.1.2024, 24 BVGa 1/24, NZA-RR 2024, 137

Die Anweisung gegenüber Arbeitnehmern zur Nutzung von ChatGPT als Arbeitsmittel unterliegt nicht der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, da sie nicht das Ordnungs-, sondern ausschließlich das Arbeitsverhalten betrifft.

Eine solche Anweisung unterliegt auch nicht der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, sofern (= wie im Fall !) der Arbeitgeber keinen Zugriff auf die Datenbestände und Chatverläufe von ChatGPT hat, etwa weil er nicht über die Accountdaten zur Anmeldung verfügt, sondern diese ausschließlich über private Accounts der Arbeitnehmer erfolgt.

Beachte:

Der Beschluss liest sich missverständlich!

Sofern der Arbeitgeber dienstliche Nutzeraccounts zur Verfügung stellt, dürfte die Mitbestimmungspflichtigkeit außer Frage stehen, da sich derart Kontroll- und Nachverfolgungsmöglichkeiten (Chateingaben und -verläufe) eröffnen.

Das Mitbestimmungsrecht wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass ein Dritter die Dienste anbietet, jedenfalls dann nicht, wenn der Arbeitgeber über diesen auf relevante Nutzungsdaten zurückgreifen kann.

Gewerkschaft – Herausgabe betrieblicher Mailadressen?

LAG Nürnberg 26.09.2023, 7 Sa 344/22, BeckRS 2023, 44386 Nicht rechtskräftig, AZ b. BAG 1 AZR 33/24, Termin: 28.1.2025 (Entscheidung bestätigt)

Art. 9 Abs. 3 GG gewährt Gewerkschaften keinen Anspruch

- auf Mitteilung und laufende Aktualisierung der dienstlichen E-Mail-Adressen der Mitarbeiter und zwar auch dann nicht, wenn in einem Betrieb bis zu 40 % der Beschäftigten mobil oder im Home Office arbeiten.
- auf einen Zugang zum Intranet (social media usw.) des Arbeitgebers und/oder: Einrichtung eines Gewerkschaftsbereichs, eines permanenten Links zu einer ihrer Internetseiten auf der Startseite.
- Dabei greift das LAG auch auf datenschutzrechtliche Belange der Beschäftigten zurück.

Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO (Die Verarbeitung ist rechtmäßig, wenn sie) zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen ...

Gewerkschaft – Herausgabe betrieblicher Mailadressen?

Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet einer Gewerkschaft zwar grundsätzlich die Befugnis, betriebliche E-Mail-Adressen der Arbeitnehmer zu Werbezwecken und für deren Information zu nutzen. Allerdings haben die Gerichte – mangels Tätigwerdens des Gesetzgebers – bei der Ausgestaltung der Koalitionsbetätigungsfreiheit auch die mit einem solchen Begehren konfligierenden Grundrechte des Arbeitgebers aus Art. 14 und Art. 12 Abs. 1 GG sowie die ebenfalls berührten Grundrechte der Arbeitnehmer aus Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG bzw. Art. 8 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union in den Blick zu nehmen. Sie haben alle betroffenen Positionen im Weg der praktischen Konkordanz so in Ausgleich zu bringen, dass sie trotz ihres Gegensatzes für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden. Hiervon ausgehend blieb der auf eine bloße Übermittlung der betrieblichen E-Mail-Adressen gerichtete Klageantrag erfolglos. Ein solches isoliertes Begehren ermöglicht keine – die kollidierenden Verfassungswerte ausgleichende – Ausgestaltung der Koalitionsbetätigungsfreiheit.

Auch der hilfsweise Klageantrag, der auf eine Mitteilung der betrieblichen E-Mail-Adressen und eine Duldung ihrer Verwendung in bestimmtem Umfang abzielte, war unbegründet. Die mit dem Leistungs- und Duldungsverlangen jeweils einhergehenden Belastungen der Beklagten beeinträchtigen sie erheblich in ihrer verfassungsrechtlich garantierten wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit und begründen – schon jeweils für sich genommen – ihr überwiegendes Schutzbedürfnis gegen eine solche Inanspruchnahme. Das Abwägungsergebnis hat nicht zur Folge, dass damit für die Klägerin keine Möglichkeit eröffnet wäre, das E-Mail-System der Beklagten zu Werbe- oder Informationsmaßnahmen zu nutzen. Ihr steht die Möglichkeit offen, die Arbeitnehmer vor Ort im Betrieb nach ihrer betrieblichen E-Mail-Adresse zu fragen. Auch für deren grundrechtlich verbürgte Belange stellt dies den schonendsten Ausgleich dar.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 28. Januar 2025 – 1 AZR 33/24 –

Gewerkschaft – Nutzung betrieblicher Mailadressen?

BAG 20.01.2009, 1 AZR 515/08, NZA 2009, 615

- Eine tarifzuständige Gewerkschaft darf sich an Arbeitnehmer über deren betriebliche E-Mail- Adressen mit Werbung und Informationen wenden. Dies gilt auch, wenn der Arbeitgeber den Gebrauch der E-Mail-Adressen zu privaten Zwecken untersagt hat
- er Arbeitgeber kann sich insoweit nicht auf Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer oder auf zu Gunsten dieser bestehenden Datenschutzbestimmungen berufen.
- Etwas anderes gilt, wenn der E-Mail-Versand zu nennenswerten Betriebsablaufstörungen oder spürbaren, der Gewerkschaft zuzurechnenden wirtschaftlichen Belastungen führt, etwas bei häufigen oder umfangreichen Mails

Aber: **BAG 15.10.2013, 1 ABR 31/12, NZA 2014, 319**: Keine Verbreitung von Streikaufrufen über das Intranet. Vom Arbeitgeber kann nicht verlangt werden, durch eigene Betriebsmittel die koalitionspezifische Betätigung eines Arbeitnehmers in einem gegen ihn gerichteten Arbeitskampf zu unterstützen.

Etwas großzügiger: **BAG 20.11.2018, 1 AZR 189/17, NZA 2019, 402**: Verteilen von Flugblättern (Streikaufruf) auf dem Firmenparkplatz kann zulässig sein.

Beachte: Globalanträge von Seiten des Arbeitgebers, die zulässige „Nutzungsarten“ mit umfassen oder Seiten der Gewerkschaft, die unzulässige Zugangsrecht mitumfassen, sind unbegründet.

Gewerkschaft – Nutzung betrieblicher Mailadressen?

BAG 20.01.2009, 1 AZR 515/08, NZA 2009, 615

- Eine tarifzuständige Gewerkschaft darf sich an Arbeitnehmer über deren betriebliche E-Mail- Adressen mit Werbung und Informationen wenden. Dies gilt auch, wenn der Arbeitgeber den Gebrauch der E-Mail-Adressen zu privaten Zwecken untersagt hat
- er Arbeitgeber kann sich insoweit nicht auf Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer oder auf zu Gunsten dieser bestehenden Datenschutzbestimmungen berufen.
- Etwas anderes gilt, wenn der E-Mail-Versand zu nennenswerten Betriebsablaufstörungen oder spürbaren, der Gewerkschaft zuzurechnenden wirtschaftlichen Belastungen führt, etwas bei häufigen oder umfangreichen Mails

Aber: **BAG 15.10.2013, 1 ABR 31/12, NZA 2014, 319**: Keine Verbreitung von Streikaufrufen über das Intranet. Vom Arbeitgeber kann nicht verlangt werden, durch eigene Betriebsmittel die koalitionspezifische Betätigung eines Arbeitnehmers in einem gegen ihn gerichteten Arbeitskampf zu unterstützen.

Etwas großzügiger: **BAG 20.11.2018, 1 AZR 189/17, NZA 2019, 402**: Verteilen von Flugblättern (Streikaufruf) auf dem Firmenparkplatz kann zulässig sein.

Beachte: Globalanträge von Seiten des Arbeitgebers, die zulässige „Nutzungsarten“ mit umfassen oder Seiten der Gewerkschaft, die unzulässige Zugangsrecht mitumfassen, sind unbegründet.

Digitale BR-Wahl

LAG Berlin-Brandenburg 21.4.2023, 26 TaBVGa 436/23 - zu § 24 Abs. 2 S. 2 WO (ähnlich LAG Hessen 10.08.2020, 16 TaBVGa 75/20)

- Der Arbeitgeber ist verpflichtet, dem Betriebsrat die postalischen Adressen und die dienstlichen E-Mail-Adressen aller Beschäftigten mitzuteilen.
- Dies gilt nicht nur im Hinblick auf Beschäftigte, für die die schriftliche Stimmabgabe vorgesehen ist („Unerreichbare“ nach § 24 Abs. 2 WO, entfernte Betriebsteile nach § 24 Abs. 3 WO). Der Auskunftsanspruch besteht auch bezüglich der Belegschaftsmitglieder im Hauptbetrieb, für den keine Briefwahl vorgesehen ist.
- Erforderlich ist, dass dem Wahlvorstand sämtliche Daten vorab vorliegen, damit er im konkreten Einzelfall seine als Gremium getroffene Entscheidung über die Bewilligung des jeweiligen Antrags auf Briefwahl durch Übersendung der Briefwahlunterlagen umsetzen kann.

Onlinewahl im Betrieb? § 18a BetrVG (im Einvernehmen mit dem Arbeitgeber) Referentenentwurf BTTG

Digitales Leserecht an BR bei digitalem Auswahlverfahren (Bewerbungen)

BAG 13.12.2023, 1 ABR 28/22, NZA 2024, 636

Führt der Arbeitgeber den Bewerbungsprozess um eine ausgeschriebene Stelle mithilfe eines Softwareprogramms digital durch, genügt er seiner Pflicht zur Vorlage der Bewerbungsunterlagen an den Betriebsrat nach § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG, wenn er dessen Mitgliedern für die Dauer des Zustimmungsverfahrens ein auf die im Programm hinterlegten Bewerbungsunterlagen bezogenes Einsichtsrecht gewährt, das sie mithilfe von ihnen zur Verfügung gestellten Laptops jederzeit nutzen können, und die Möglichkeit besteht, Notizen anzufertigen.

Nicht erforderlich ist also:

- ein Ausdruck und die Zurverfügungstellung auf Papier
- eine Option, die Unterlagen downloaden oder ausdrucken zu können.

Hinweis: Der Betriebsrat muss während des gesamten Verfahrens „jederzeit“ auf die Daten zugreifen können, so etwa auch während einer Betriebsratssitzung.

Schulung – Webinar / Präsenz

BAG 7.2.2024, 7 ABR 8/23, NZA 2024, 767

Nach §§ 37 Abs. 6 S. 1, 40 BetrVG haben Betriebsräte Anspruch auf für die Betriebsratsarbeit erforderliche Schulungen, deren Kosten der Arbeitgeber zu tragen hat. Davon können Übernachtungs- und Verpflegungskosten für ein auswärtiges Präsenzseminar auch dann erfasst sein, wenn derselbe Schulungsträger ein inhaltsgleiches Webinar anbietet. (Für § 37 Abs. 7 BetrVG dürfte Gleiches gelten).

Der Betriebsrat hat bei der Beurteilung, zu welchen Schulungen er seine Mitglieder entsendet, einen gewissen Spielraum. Dieser umfasst grundsätzlich auch das Schulungsformat. Dem steht nicht von vornherein entgegen, dass bei einem Präsenzseminar im Hinblick auf die Übernachtung und Verpflegung der Schulungsteilnehmer regelmäßig höhere Kosten anfallen als bei einem Webinar.

Anhörung BR bei Kündigung nach § 102 BetrVG

BAG 28.2.2023, 2 AZR 194/22, NZA 2023, 627

Die unzutreffende **Mitteilung von Sozialdaten** eines Arbeitnehmers bei der Anhörung des Betriebsrats zu einer beabsichtigten „verhaltensbedingten“ außerordentlichen Kündigung durch den Arbeitgeber bleibt jedenfalls unschädlich, wenn die Falschangabe nur versehentlich erfolgt, das Gremium ohne das Erfordernis eigener Nachforschungen Kenntnis von den zutreffenden Sozialdaten hat und es durch die abweichende Angabe im Anhörungsschreiben nicht „verunsichert“ wird.

Vorsicht: Keine unbesehene Übertragung auf den Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung!

Es bleibt offen, ob bei einer verhaltensbedingten Kündigung die Sozialdaten des Arbeitnehmers überhaupt zu den „Gründen für die Kündigung“ iSv § 102 BetrVG rechnen.

Kessel Bunt

- **Geschäftsführeransetzungsvertrag** und Nachträge. Müssen z.B. auch Zielvereinbarungen, Sonderzahlungen, etc. über Gesellschafterversammlung laufen oder nur Nachträge?
- Ist eine zeitliche **Festlegung der Pausen** erforderlich oder darf auch mit einem automatischen Pausenabzug gearbeitet werden?
- **Entgelttransparenzgesetz** Outcome?
- **Arbeitszeiterfassung bei Führungskräfte AT-** reicht eine Excel-Tabelle?
- **Ansprüche von Teilzeitkräften** auf Urlaubsgeld, Prämien

Digitale Entgeltabrechnung

Erteilt der Arbeitgeber Entgeltabrechnungen, indem er diese in ein digitales Mitarbeiterpostfach einstellt, wahrt er damit grundsätzlich die von § 108 Abs. 1 Satz 1 GewO vorgeschriebene Textform. Der Anspruch eines Arbeitnehmers auf Abrechnung seines Entgelts ist eine sog. Holschuld, die der Arbeitgeber erfüllen kann, ohne für den Zugang der Abrechnung beim Arbeitnehmer verantwortlich zu sein. Es genügt, dass er die Abrechnung an einer elektronischen Ausgabestelle bereitstellt. Hierbei hat er den berechtigten Interessen der Beschäftigten, die privat nicht über die Möglichkeit eines Online-Zugriffs verfügen, Rechnung zu tragen.

Die in der Konzernbetriebsvereinbarung im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG geregelte digitale Zurverfügungstellung der Entgeltabrechnungen greift nicht unverhältnismäßig in die Rechte der betroffenen Arbeitnehmer ein. Der Senat ist jedoch an einer abschließenden Entscheidung gehindert, weil bisher keine Feststellungen dazu getroffen worden sind, ob Einführung und Betrieb des digitalen Mitarbeiterpostfachs in die Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats fallen.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 28. Januar 2025 – 9 AZR 48/24 –

Ende ...

Danke für Ihre Geduld und Ihre Aufmerksamkeit.

Bei Hinweisen, Fragen, Kritik (zur Not auch Lob ;-)):



zobel@kanzlei-frauenkirche.de



0351 / 254 000 8



An der Frauenkirche 12, 01067 Dresden (Coselpalais, Eingang Pulverturm)

