



**Update Arbeitsrecht**  
**Neue Rechtsprechung und Gesetzgebung**  
**2020/2021**

**Seminar der IHK-Akademie München Westerham**

**Anke Voswinkel**

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht,  
Mediatorin



Anke Voswinkel  
Rechtsanwältin

## Einleitung



**Welche Themen möchten Sie besprechen?**



Anke Voswinkel  
Rechtsanwältin

# Gliederung

- A. Einstellung
- B. Betriebsübergang
- C. Befristung
- D. Teilzeit
- E. AÜG - Werk- und Dienstvertrag
- F. Geldleistungen
  - I. Gesetzgebung
  - II. Rechtsprechung
- G. Vertragsklauseln
  - I. Gesetzgebung
  - II. Rechtsprechung
- H. Arbeitszeit – Überstunden
  - I. Krankheit
    - I. Gesetzgebung
    - II. Rechtsprechung
- J. Urlaub - Pflegezeit



Anke Voswinkel  
Rechtsanwältin

# Gliederung

- K. Mutterschutz – Elternzeit
  - I. Gesetzgebung
  - II. Rechtsprechung
- L. Schadensersatz – Vertragsstrafe
- M. Betriebsrat
  - I. Gesetzgebung
  - II. Rechtsprechung
- N. Soziale Mitbestimmung
- O. Versetzung – Vertragsänderung
- P. Abmahnung - Beurteilung
- Q. Kündigung
- R. Personenbedingte Kündigung
- S. Verhaltensbedingte Kündigung
- T. Betriebsbedingte Kündigung
- U. Mitbestimmung Kündigung
- V. Freistellung
- W. Austrittsvereinbarung
- X. Zeugnis



## Einleitung 1/4

Update Arbeitsrecht ist eine jährliche Veranstaltung der IHK. Sie dient der Vertiefung arbeitsrechtlicher Kenntnisse und dem Erfahrungsaustausch unter Praktikern. Die Referentin stellt Ihnen gesetzliche Neuregelungen und ausgewählte Gerichtsentscheidungen vor. Sie bespricht aktuelle Probleme zum Arbeitsvertrags-, Kündigungs- und Betriebsverfassungsrecht. Erörtert werden insbesondere die Konsequenzen neuer arbeitsrechtlicher Entwicklungen für die betriebliche Praxis und Personalarbeit.

Die zitierten Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (BAG) finden Sie veröffentlicht in vielen Fachzeitschriften und regelmäßig auch unter [www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de), dort unter Entscheidungen.



## Einleitung 2/4

2019/2020 sind noch eine Reihe von Rechtsänderungen in Kraft getreten, die in diesem Halbtagsseminar aufgrund ihres Umfangs oder, weil sie spezielle Interessenlagen regeln, nicht im Einzelnen besprochen werden können:

1. BBiG – Änderungen zum 01.01.2020: Einführung einer Mindestvergütung in § 17 Abs. 2 und einer Teilzeitausbildung in § 7a BBiG, Ausweitung der Freistellungspflichten für Berufsschulunterricht in § 15
2. AEntG – Änderungen i.d.R. ab 30.07.2020 aufgrund der Umsetzung der EU-Entsenderichtlinie RL 2018/957 zur Änderung der RL 96/71/EG
3. Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG), in Kraft seit 26.04.2019 mit neuer Definition des Geschäftsgeheimnisses und der Voraussetzung, angemessene Vorkehrungen zur Geheimhaltung zu treffen
4. Sog. Transparenzrichtlinie RiLi 2019/1152/EU vom 20.6.2019 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen, umzusetzen in deutsches Recht bis 01.08.2022
5. Sog. Whistleblower-Richtlinie RiLi 2019/1937/EU vom 23.10.2019, umzusetzen in deutsches Recht bis 17.12.2021, Einrichtung interner Meldekanäle für juristische Personen mit weniger als 250 Arbeitnehmer\*innen 2 Jahre später



## Einleitung 3/4

### 6. Neuregelungen aufgrund der Covid-19-Pandemie:

- Ausweitung des Kurzarbeitergelds, § 95 ff SGB III
- Ausweitung des Elterngeldes rückwirkend zum 1. März 2020 nach BEEG, insbes. dass Einkommensersatzleistungen wie beispielsweise Kurzarbeitergeld oder Arbeitslosengeld I das Elterngeld nicht mehr reduzieren, und durch den
- Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes
- Covid-19-Arbeitszeitverordnung, Änderungen des § 14 Abs. 4 ArbZG ab 28.03.2020
- Steuerfreien Bonus für 2020 von € 1500

Sie finden jedoch Informationen zu arbeitsrechtlichen Corona-Folgen in diesem Skript:

- Änderungen des Infektionsschutzgesetzes, Entschädigungsrechts → F
- Änderungen zum Arbeitsschutz und Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen → I
- Änderungen der Elternzeit → K
- Virtuelle Sitzungen des Betriebsrats → M



## Einleitung 4/4

Hilfreiche websites für Fragen zur Corona-Pandemie:

<https://www.stmgp.bayern.de/coronavirus/>

<https://www.bmas.de/DE/Schwerpunkte/Informationen-Corona/informationen-corona.html>

<https://www.ihk-muenchen.de/de/Service/corona/>

Verband bayerischer Wirtschaft:

<https://www.vbw-bayern.de/vbw/vbw-Fokusthemen/Fokus-Corona/index.jsp>

Beantragung einer Entschädigung nach IfSchG:

<https://www.freistaat.bayern/dokumente/leistung/668069451898>

Kurzarbeit:

<https://www.arbeitsagentur.de/unternehmen>

Datenschutz im homeoffice:

<https://www.lda.bayern.de/de/checklisten.html>





Anke Voswinkel  
Rechtsanwältin

# A. Einstellung

Keine neue Rechtsprechung vorzustellen.



## B. Betriebsübergang

Keine neue Rechtsprechung vorzustellen.



## C. Befristung

Keine neue Rechtsprechung vorzustellen.



Keine neue Rechtsprechung vorzustellen.



## Rückforderung überzahlter Honorare bei Scheinselbstständigkeit

**Fragestellung:** Beschäftigt ein Auftraggeber einen freien Mitarbeiter und wird rückwirkend dessen Arbeitnehmerstatus festgestellt, stellt sich immer wieder die Frage nach den Auswirkungen auf die Vergütung. Als freies Mitarbeiter hat der Betroffene i.d.R. ein deutlich höheres Honorar erhalten als vergleichbare Arbeitnehmer als Bruttogehalt im Hinblick auf die Notwendigkeit, selbst für seine soziale Absicherung Sorge zu tragen. Nunmehr hat der Betroffene jedoch Anspruch auf alle arbeitsvertraglichen Nebenleistungen, Sozialschutz und Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung. Die Rechtsprechung war bisher restriktiv, was die Rückforderung „überschießender“ freier Mitarbeiterhonorare angeht. Dies sollte grundsätzlich nur möglich sein, wenn eindeutig feststand, was der Mitarbeiter als Arbeitnehmer verdient hätte. Das ist aber bei flexibler, ausgehandelter Vergütung oft nicht klar. Das BAG 26.06.2019, 5 AZR 178/18 lockert jetzt diese Rechtsprechung zugunsten des AG:

**Lösung:** Lässt sich durch ergänzende Vertragsauslegung die Höhe der Vergütung nicht zweifelsfrei bestimmen, führt dies zur Anwendung von § 612 Abs. 2 BGB und damit zu einem Anspruch auf die übliche Vergütung.

- Dem Mitarbeiter muss regelmäßig klar sein, dass er die für ein freies Dienstverhältnis vereinbarte Vergütung nicht als Bruttoarbeitsentgelt beanspruchen kann.



Anke Voswinkel  
Rechtsanwältin

# F. Geldleistungen

## I. Gesetzgebung



### Änderungen des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) 1/4

Bisheriges Recht: Nach § 56 IfSG erhielten AN bislang eine Entschädigung durch die Bezirksregierung, die abgesondert wurden

- aufgrund einer behördlichen Maßnahme nach dem IfSG (Anordnung der zuständigen Behörde, Verordnung, Allgemeinverfügung) → *nicht des AG, nicht Quarantäneregelungen anderer Staaten, keine freiwillige oder ärztlich empfohlene Quarantäne*
- als Ausscheider oder Ansteckungsverdächtige → *nicht zur Betreuung der Kinder wegen Schließung von Schulen/Kindergärten oder wegen Schließung des gesamten Betriebs*
- ohne krank zu sein → *sonst Entgeltfortzahlung nach EFZG und Krankengeld*
- und dabei einen Verdienstausschlag erlitten → *nicht gegeben bei Entgeltfortzahlung nach § 616 BGB wegen Verhinderung aus einem Grund in der (konkreten) Person für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit, i.d.R. maximal 5 Arbeitstage*

Höhe: Die Entschädigung bemisst sich für 6 Wochen nach dem Verdienstausschlag, danach nach dem Krankengeld.

Verfahren: Der AG hat zu diesem Zweck für maximal 6 Wochen das (Netto)Entgelt an den AN fortzuzahlen und Sozialversicherungsbeiträge abzuführen, er kann sich die Zahlungen dann von der Bezirksregierung (die die Quarantäne angeordnet hat) erstatten lassen



### Änderungen des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) 2/4

Neues Recht: § 56 IfSG ist 2020 mehrfach geänderte worden:

- seit 23.05.2020 sind auch Krankheitsverdächtige in Quarantäne erfasst
- seit 19.11.20 mit dem 3. Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (schon zuvor von bay. Behörden so gehandhabt)
- erhält der AN keine Entschädigung, der die Quarantäne durch Nichtantritt einer vermeidbaren Reise in ein bereits zum Zeitpunkt der Abreise eingestuftes Risikogebiet hätte vermeiden können
  - vermeidbare Reise: wenn aus Sicht eines verständigen Dritten keine zwingenden und unaufschiebbaren Gründe für eine entsprechende Reise zum Zeitpunkt der Abreise vorlagen, verschiebbare Dienstreise
  - unvermeidbar: besondere und außergewöhnliche Umstände z.B. Geburt eines Kindes, Ableben eines nahen Angehörigen.
  - Exkurs: Entsprechendes gilt auch für Reisen in ein Gebiet, für das eine Reisewarnung gilt.
  - Seit 19.11.2020 erhält der AG auch eine Erstattung für die Umlagen U1 (Entgeltfortzahlung bei Krankheit), U 2 (Mutterschutz), U 3 (Insolvenzgeld)
  - Seit 19.11.2020 Entschädigungsklagen des AG vor dem Verwaltungsgericht





### Änderungen des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) 3/4

- nach dem am 30.03.2020 zunächst bis 31.12.2020, inzwischen verlängert bis 31.03.2021 eingeführten § 56 Abs. 1a IfSG erhalten
  - Eltern von Kindern bis zu 12 Jahren, behinderten Kindern oder auf Hilfe angewiesenen Kindern eine Entschädigung:
    - 1. Voraussetzung: die Betreuung kann nicht anderweitig ermöglicht werden, vom AN zu bestätigen → *anderweitige Betreuungsmöglichkeit ist gegeben, wenn homeoffice möglich und zumutbar, vom AN zu bestätigen*
    - 2. Voraussetzung bisher: Verdienstausschluss wegen der Schließung/Teilschließung von Schulen und Betreuungseinrichtungen beziehungsweise Betretungsverboten für diese → *d.h. bis 18.11.2020 nicht bei Quarantäne für das Kind*
    - oder seit 19.11.2020 wegen Quarantäne des Kindes → *nicht Erkrankung des Kindes*
  - in Höhe von 67 % des Verdienstausschlusses, maximal 2016 €
  - bis zur von 10 Wochen pro erwerbstätigem Elternteil, 20 Wochen für Alleinerziehende
  - Verfahren: Auszahlung zunächst durch den AG, der sich die Zahlungen von der Bezirksregierung erstatten lassen kann, Antragsfrist 12 Monate, Klagefrist 1 Monat



### Änderungen des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) 3/4

- Achtung: Ausweitung des Kinderkrankengelds für 2021 für gesetzlich Versicherte
  - Eltern von Kindern bis zu 12 Jahren, behinderten Kindern oder auf Hilfe angewiesenen Kindern eine Entschädigung:
  - Voraussetzung: Betreuungsbedarf zuhause wegen der Schließung/Teilschließung von Schulen und Betreuungseinrichtungen beziehungsweise Betretungsverboten für diese
  - auch, anders als die Entschädigung nach § 56 Abs. 1a IfSG, wenn grundsätzlich homeoffice möglich
  - bis zur von 10 Tagen pro erwerbstätigem Elternteil, 20 Tagen für Alleinerziehende
  - Von den AN selbst bei Krankenkasse zu beantragen
  - Keine parallele Geltendmachung der Entschädigung nach § 56 Abs. 1a IfSG
- Offen, str.: Ist das Kinderkrankengeld vorrangig vor der Entschädigung nach § 56 Abs. 1a IfSG in Anspruch zu nehmen, wenn die Voraussetzungen für beides erfüllt sind? →
- **Tipp:** zunächst keine Auszahlung der Entschädigung durch den AG, wenn die Voraussetzungen für Kinderkrankengeld erfüllt sind, wegen des Risikos, dass die Bezirksregierung die Erstattung verweigert.



Anke Voswinkel  
Rechtsanwältin

# F. Geldleistungen

## II. Rechtsprechung



### Auskunft nach dem Entgelttransparenzgesetz

**Fragestellung:** Nach § 10 Abs. 1 S. 1 Entgelttransparenzgesetz (EntgTranspG) haben „Beschäftigte“ zur Überprüfung der Einhaltung des Entgeltgleichheitsgebots einen Auskunftsanspruch, wer Beschäftigte/r im Sinne des Gesetzes ist. Das Gesetz verwendet auch die Begriffe Arbeitnehmerin und Arbeitnehmer, vgl. § 5 Abs. 2. Diese Begriffe sind jedoch nicht eng i.S.d. deutschen Rechts zu verstehen, sondern unionsrechtskonform wie i.S.d. RiLi 2006/54EG auszulegen. Das BAG hatte nunmehr zu entscheiden, ob eine arbeitnehmerähnliche selbständige Person, nämlich hier eine freie Redakteurin für eine Fernsehanstalt, unter das Gesetz fällt.

**Lösung:** BAG 25.06.2020, 8 AZR 145/19 stellt klar, dass Arbeitnehmerin im Sinne des EntgTranspG bei unionsrechtskonformer Auslegung „im Einzelfall“ auch arbeitnehmerähnliche Personen sein können.

→ Bezüglich der Redakteurin wurde das in Übereinstimmung mit dem Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie 2006/54/EG bejaht.

S. auch Kapitel M zu den Rechten des Betriebsrats nach dem EntgTranspG



Anke Voswinkel  
Rechtsanwältin

# G. Vertragsklauseln

## I. Gesetzgebung



### Änderungen im Datenschutzrecht

#### Fragestellung:

Nicht nur die EU-DSGVO wird wegen der strengen Vorgaben für Unternehmen kritisiert, sondern auch die Umsetzung in deutsches Recht, die Spielräume des EU-Rechts nicht ausnutzt.

#### Lösung:

Mit dem Zweiten Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz, das am 25.11.2019 in Kraft getreten ist, sind zwei wesentliche Erleichterungen für AG eingeführt worden:

- Die Einwilligung der AN im Arbeitsverhältnis gem. § 26 Abs. 2 S. 3 BDSG, die nach EU-Recht „nachweislich“ sein soll, kann nunmehr nicht mehr nur grundsätzlich schriftlich, sondern auch elektronisch erfolgen.
- Eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten bedarf es nicht mehr ab 10 mit der Verarbeitung personenbezogener Daten befasster Personen, sondern erst ab 20 Personen.



## II. Rechtsprechung

Keine neue Rechtsprechung vorzustellen.



Keine neue Rechtsprechung vorzustellen.





Anke Voswinkel  
Rechtsanwältin

# I. Krankheit

## I. Gesetzgebung



## **SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard**

= Allgemeine Regelung für den Infektionsschutz des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) vom 16.04.2020

= kein Gesetz, keine Rechtsverordnung

= keine verpflichtende Arbeitsschutzregel

→ Abweichungen möglich,

→ grundsätzlich sind im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung jedoch Maßnahmen zu treffen, die gleich wirksam sind,

*z.B. wenn ein AN eine vom AG aufgrund der besonderen Gegebenheiten des Betriebs wie bei Gastronomie oder Einzelhandel angeordnete Maskenpflicht nach ärztlichem Attest nicht umsetzen kann, beispielsweise eine Schichtentzerrung oder Zuweisung eines Alleinarbeitsplatzes oder Zur-Verfügung-Stellung von filtrierenden Halbmasken (FFP2) an die im unmittelbaren Umfeld arbeitenden Kollegen*

→ BR ist bei der Auswahl konkreter Maßnahmen zu beteiligen nach § 87 Abs 1 Nr. 7 BetrVG

→ Entsprechend auch:

**SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel** des BMAS vom 20.08.2020

= kein Gesetz, keine Rechtsverordnung

= Konkretisierung/ Empfehlung von Maßnahmen des Arbeitsschutzes nach § 5 IfSchG

→ Bei Einhaltung kann AG davon ausgehen, dass die Anforderungen aus den Verordnungen erfüllt sind



## Was kann der AG tun, wenn sich der AN von einer Maskenpflicht im Betrieb durch Attest befreien lässt?

Eine Maskenpflicht, die nach § 24 IfSMV besteht, z.B. auf den Begegnungs- und Verkehrsflächen der Arbeitsstätte oder an Arbeitsplätzen, soweit der Mindestabstand nicht eingehalten werden kann, gilt aufgrund staatlicher Anordnung gegenüber den AN selbst. Ist der AN nach ärztlichem Attest davon befreit, kann der AG die Befreiung nicht überprüfen, die Überprüfung obliegt vielmehr nur den staatlichen Behörden → der AG sollte bei Zweifeln das zuständige Gesundheitsamt um Klärung bitten.

Anders bei vom AG – ggf. zusätzlich - angeordneter Maskenpflicht aus Gründen des Arbeitsschutzes und bei der Maskenpflicht besonderer Berufsgruppen, z.B. Gastronomie und Einzelhandel, bei denen der AG für die Einhaltung der Maskenpflicht durch das Personal verantwortlich ist → der AG muss die Verwertbarkeit des Attests bei Zweifeln prüfen.

Lässt sich ein AN ärztlich von einer vom AG angeordneten Maskenpflicht befreien, muss er die Berechtigung bzw. gesundheitlichen Gründe glaubhaft machen. →

**Tipp:** Das Attest kann vom AG angezweifelt werden, wenn die Beeinträchtigungen und Nachteile für den AN nicht erkennbar sind oder z.B. *Anhaltspunkte für ein „Gefälligkeitsattest“ vorliegen oder mehrere AN ein inhaltsgleiches Attest desselben Arztes vorlegen* → Zweitbegutachtung durch Betriebsarzt empfehlenswert

Genügt das Attest nicht den Anforderungen → letztes Mittel unbezahlte Freistellung des AN



## Corona-Arbeitsschutzverordnung 1/3

Grundlage: neuer § 18 Abs.3 ArbSchG:

*„In epidemischen Lagen von nationaler Tragweite nach § 5 Absatz 1 des Infektionsschutzgesetzes kann das Bundesministerium für Arbeit und Soziales ohne Zustimmung des Bundesrates spezielle Rechtsverordnungen nach Absatz 1 für einen befristeten Zeitraum erlassen.“*

→ Corona-ArbSchVO vom 27.01.2021 – 15.03.2021:

- Verbindlich
- Nicht per se bußgeldbewehrt, bußgeldbewehrt sind aber Verstöße gegen vollziehbare Anordnung nach § 22 ArbSchG zu ihrer Erfüllung
- Sonstige ArbSchVO und die Sars-Cov-2-Arbeitsschutzregel, auch z.B. die Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung bleiben unberührt, sind also daneben zu beachten

**Handlungsbedarf** für AG:

- Gefährdungsbeurteilungen sind zu aktualisieren bzw. anzupassen, § 2 Abs. 1
- Ergreifung technischer und organisatorischer Maßnahmen:



## Corona-Arbeitsschutzverordnung 2/3

Wesentlicher Inhalt, §§ 2 und 3 ArbSchVO:

- Reduzierung von betriebsbedingten Personenkontakten und Zusammenkünften mehrerer Personen, z.B. durch *Nutzung von Informationstechnologie*
- Reduzierung der gleichzeitigen Nutzung von Räumen durch mehrere auf Minimum
- Soweit unvermeidbares Zusammentreffen mehrerer: Schutzmaßnahmen für gleichwertigen Schutz, z.B. *Abtrennungen, Lüftungsmaßnahmen*
- und Ausweitung der Mindestfläche auf 10 m<sup>2</sup> pro Person, soweit nach Tätigkeit möglich
- Bereitstellung von Mund-Nasen-Schutz oder FFP2-Masken, wenn Mindestabstand nicht eingehalten werden kann oder Gefahr des erhöhtem Aerosolausstoßes besteht, Anlage zur VO listet gleichwertige Masken auf
- Angebot für Homeoffice bei Büroarbeit oder vergleichbarer Tätigkeit, soweit keine zwingenden betrieblichen Gründe entgegenstehen – homeoffice in diesem Sinn ist kein Telearbeitsplatz gem. § 2 Abs. 7 ArbStättVO, sondern Unterfall der mobilen Arbeit –  
Beispiele zwingender Gründe: *Betriebsorganisation und –abläufe: Mindestbesetzungen, Postbearbeitung, Materialausgabe, Wartung; Datensicherheit: fehlende Verschlüsselungssysteme für homeoffice, unverhältnismäßige Kosten*
- Bildung fester, möglichst kleiner Arbeitsgruppen in Betrieben mit mehr als 10 Beschäftigten, z.B. *auch für Pausen*



## Corona-Arbeitsschutzverordnung 3/3

Bedeutung insbesondere der Angebotsverpflichtung für homeoffice:

- Angebotsverpflichtung AG für homeoffice = kein individueller Anspruch der AN
- = keine Verpflichtung der AN zur Annahme des homeoffice-Angebots
- = räumliche und technische Voraussetzungen in der Wohnung müssen gegeben sein
- = Vereinbarung für die Umsetzung erforderlich
- = Mitbestimmungspflicht des BR, wo kollektive Regelungen zum homeoffice
- Unterweisungspflicht des AG gegenüber AN hinsichtlich Pflichten und Risiken im homeoffice, z.B. Arbeitszeiten, Arbeitspausen, ergonomische Arbeitsplatzgestaltung
- Kein Klagerecht der AN auf homeoffice
- Beschwerderecht der AN nach BetrVG und § 17 ArbSchG, wenn es unzureichende Umsetzung der VO annimmt, Zuständigkeit Gewerbeaufsicht



## **Beweiswert von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen aufgrund telefonischer oder Videosprechstunde 1/2**

Arbeitsrechtliche Ausgangslage:

§ 3 Abs. 1 S. EFZG Entgeltfortzahlungsanspruch des AN bei unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit bis zu 6 Wochen →

Grundsätzlich muss der AN die anspruchsbegründenden Tatsachen beweisen, der AG die anspruchsvernichtenden.

Bisherige Rechtsprechung: Die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist ein sog. „Beweis des ersten Anscheins“. Will der AG ihn erschüttern, muss er Tatsachen beweist, die zu ernsthaften Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit Anlass geben.

Neuregelung des ärztlichen Berufsrechts:

1. § 4 Abs. 4 S. 3 Musterberufsordnung für Ärzten (MBO-Ärzte) lockerte 2018 das Fernbehandlungsverbot und erlaubt im Einzelfall die Möglichkeit zur ausschließlichen Beratung oder Behandlung über Kommunikationsmedien.
2. Befristete Änderung der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie durch den Gemeinsamen Bundesausschuss (G-BA) (verbindlich für gesetzliche Krankenkassen, deren Versicherte und die Kassenärzte nach § 91 Abs. 6 SGB V) seit Sommer bis 31.03.2021: Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung kann nach telefonischer oder per Video durchgeführter Anamnese durch eingehende Befragung für Erkrankungen der oberen Atemwege bis zu 7 Kalendertagen ausgestellt werden.
3. Zulassung nach Pflegepersonal-Stärkungsgesetz und § 4 der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie durch den G-BA mit Wirkung ab 07.10.2020 auch die Feststellung der AU ...



## Beweiswert von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen aufgrund telefonischer oder Videosprechstunde 2/2

3. ... durch Videosprechstunde, wenn der Erkrankte dem Vertragsarzt aufgrund früherer Behandlung unmittelbar persönlich bekannt ist und die Art der Erkrankung dies nicht ausschließt, bei Erstbescheinigung nur für 7 Kalendertage, bei Folgebescheinigung nur nach unmittelbarer persönlicher Untersuchung wegen derselben Erkrankung durch den Arzt
- Online-Fragebogen, Chat-Befragung, Telefonat reichen für diesen Fall nicht
  - mögliche Erkrankungen z.B. Erkältungen, Menstruationsbeschwerden, Magen-Darm-Infekte, Migräne, Reaktionen auf schwere Belastungen

**Fragestellung:** Kommt den mittels Ferndiagnose ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen derselbe Beweiswert wie den aufgrund unmittelbarer ärztlicher Untersuchung ausgestellten zu?

- offen, verlässliche Rechtsprechung dazu fehlt bislang, Skepsis des BAG im nachstehenden Urteil angedeutet
- nicht bei online-Befragung ohne direkten Arztkontakt mit Whatsapp-Attest
- Wohl grundsätzlich nicht bei rein telefonischem Kontakt, evtl. aber nach der Corona-Sonderregelung oben Ziff. 2
- Möglicherweise aber ja bei Videosprechstunden, da diese nach Willen des Gesetzgebers ausdrücklich gestärkt werden sollten
- **Tipp:** Im Zweifel als AG die AU nach einem solchen Attest zunächst bestreiten





Anke Voswinkel  
Rechtsanwältin

# I. Krankheit

## II. Rechtsprechung



## Einheitlicher Krankheitsfall 1/3

**Fragestellung:** Erkrankt ein AN und tritt während der Erkrankung eine weitere Erkrankung hinzu, wird immer wieder strittig, wie lange die Entgeltfortzahlung dauern muss.

**Ausgangslage:**

Der gesetzliche Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 3 EFZG ist auf 6 Wochen beschränkt, wenn während bestehender Arbeitsunfähigkeit eine neue Krankheit hinzutritt, die auf einem anderen Grundleiden beruht, ein sog. Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalls. Ein neuer Entgeltfortzahlungsanspruch entsteht nur, wenn die erste krankheitsbedingte Arbeitsverhinderung bereits zu dem Zeitpunkt beendet war, zu dem eine weitere Erkrankung zur Arbeitsunfähigkeit führt.



## Einheitlicher Krankheitsfall 2/3

**Entschiedene Situation:** Das BAG hat jetzt über die Klage einer Altenpflegerin auf weitere Entgeltfortzahlung zu entscheiden:

- AU wegen eines psychischen Leidens ab 07.02.2017
- EFZ bis einschließlich 20.03.2017
- Folgebescheinigungen bis 18.05.2017, Krankengeldzahlungen
- 19.05.2017 OP wegen eines gynäkologischen Leidens, Erstbescheinigung deswegen vom 19.05.2017 – 16.06.2017, ausgestellt bereits am 18.05.2017, weder EFZ noch Krankengeld
- Folgebescheinigung wegen des gynäkologischen Leidens bis 30.06.2017
- Juli 2017 Urlaub und Überstundenausgleich, Beginn einer Psychotherapie bei einem Neurologen
- Entgeltfortzahlungsklage für die Zeit ab 19.05.2017 wegen angeblicher Arbeitsunfähigkeit aufgrund eines neuen Leidens



## Einheitlicher Krankheitsfall 3/3

**Lösung:** Das BAG hat am 11.12.2019, 5 AZR 505/18 festgehalten, dass ein AN, der krankheitsbedingt arbeitsunfähig ist und anschließend in engem zeitlichen Zusammenhang eine im Wege der „Erstbescheinigung“ attestierte weitere Arbeitsunfähigkeit behauptet, darlegen und beweisen muss, dass die vorangegangene Arbeitsunfähigkeit im Zeitpunkt des Eintritts der weiteren Arbeitsverhinderung geendet hatte.

- Dieser Beweis war der Klägerin im Streitfall nicht gelungen
- Auch deswegen, weil die behandelnden Ärzte bei Ausstellung der zweiten „Erstbescheinigung“ keine Untersuchung der AN vorgenommen hatten.

Enger zeitlicher Zusammenhang:

- die bescheinigten Arbeitsverhinderungen folgen zeitlich unmittelbar aufeinander  
oder
- zwischen ihnen liegt lediglich ein für den erkrankten Arbeitnehmer arbeitsfreier Tag  
oder ein arbeitsfreies Wochenende



## Hinzuziehung von Interessenvertretern beim BEM

**Fragestellung:** Bei einem betrieblichen Eingliederungsmanagement nach § 167 Abs. 2 SGB IX ist der Mitarbeiter berechtigt, den Betriebsrat und/oder die Schwerbehindertenvertretung hinzuziehen. Fraglich ist, wie weit der AG ihn darauf hinweisen muss. Dem entschiedenen Fall lag eine Betriebsvereinbarung zugrunde, die eine Hinweispflicht nur für ein sog. Informationsgespräch, vorsah, nicht aber sicherstellte, dass auch bei dem eigentlichen Fallgespräch der AG den AN zuvor auf das Recht zur Hinzuziehung eines Interessenvertreters hinwies.

**Lösung:** BAG 19.11.2019, 1 ABR 36/18 betont nochmal, wie formal die Einladungen zu einem BEM gestaltet werden müssen. Es muss sichergestellt werden, dass in der Einladung zum BEM-Fallgespräch, also der eigentlichen Erörterung der gesundheitlichen Situation des Mitarbeiters der AN darauf hingewiesen wird, dass er einen Betriebsrat und/oder ggf. die Schwerbehindertenvertretung hinzuziehen kann.

- dies ist zwingend Teil der initiativen Verantwortung des AG
- ➔ **Tipp:** Auf sorgfältigste Formulierung der Einladungsschreiben achten!



## Beteiligung Schwerbehindertenvertretung bei Gleichstellungsantrag

**Fragestellung:** Werden die Beteiligungspflichten des AGs gegenüber der Schwerbehindertenvertretung schon ausgelöst, wenn ein AN einen Gleichstellungsantrag stellt, über den zum Zeitpunkt der Maßnahme noch nicht entschieden ist, der aber rückwirkend bewilligt wird? Im zu entscheidenden Fall ging es um die Umsetzung einer Mitarbeiterin, die bereits einen Gleichstellungsantrag gestellt und ihrem AG mitgeteilt hatte, zum Zeitpunkt der Umsetzung aber noch nicht gleichgestellt war.

**Lösung:** Nach BAG 22.01.2020, 7 ABR 18/18 besteht in einem solchen Fall keine Beteiligungspflicht nach § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX. Diese Regelung gilt nach § 151 Abs. 1 SGB IX für Schwerbehinderte und diesen gleichgestellte behinderte Menschen. Die Gleichstellung tritt erst durch konstitutiv wirkende Feststellung der Bundesagentur für Arbeit ein, erst ab diesem Zeitpunkt wirken nach dem Wortlaut die Beteiligungsrechte.

- Die Rückwirkung der Gleichstellung begründet keine Verpflichtung des AG zur vorsorglichen Anhörung durch den AG über eine Umsetzung



## Forderungsübergang auf Dritte gemäß § 6 Abs. 1 EFZG 1/2

**Fragestellung:** Verursacht ein Dritter die Arbeitsunfähigkeit eines AN, geht ggf. dessen Schadensersatzanspruch nach § 6 EFZG auf den AG über. Macht der AG diese Ansprüche gegen den Schädiger geltend muss er darlegen, dass

- der AN infolge des Unfalls, den der Dritte verschuldet hat, Verletzungen erlitten hat,
- der AN deshalb in einem näher bezeichneten Zeitraum arbeitsunfähig krank gewesen ist und
- der AG für diesen Zeitraum Entgeltfortzahlung geleistet hat.

Fraglich war in einem vom BGH zu entscheidenden Fall, wieweit die Beweislast geht.

**Lösung:** Der BGH hat mit Urteil vom 23.06.2020, –VI ZR 435/19 festgehalten, dass für die sog. haftungsbegründende Kausalität das strenge Beweismaß des § 286 ZPO gilt, es ist vom AG der sog. Vollbeweis für den Kausalzusammenhang zwischen der Verletzungshandlung und der Rechtsgutsverletzung zu erbringen. Erforderlich ist die volle Überzeugung des Gerichts. Verlangt wird keine absolute oder unumstößliche Gewissheit, sondern nur einen für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit, der Zweifeln Schweigen gebietet.



## Forderungsübergang auf Dritte gemäß § 6 Abs. 1 EFZG 2/2

Allein der Umstand, dass der behandelnde Arzt ein Schleudertrauma diagnostiziert, lässt nach dem BGH nicht darauf schließen, dass diese Diagnose richtig ist.

- Der Arzt, der einen Unfallgeschädigten untersucht und behandelt, betrachtet diesen nicht aus der Sicht eines Gutachters, sondern als Therapeut. Die Notwendigkeit einer Therapie steht im Mittelpunkt, während die Benennung der Diagnose als solche für ihn zunächst von untergeordneter Bedeutung ist.
- Auch aus dem Attest der Arbeitsunfähigkeit ergibt sich nichts anderes. Denn auch hierfür steht die objektiv richtige Diagnose, die nicht Gegenstand der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist, nicht im Mittelpunkt.
- Konsequenz: Erforderlich ist regelmäßig ein Sachverständigengutachten.

Geht es dann um die sog. haftungsausfüllende Kausalität, nämlich den ursächlichen Zusammenhang zwischen der primären Rechtsgutsverletzung und weiteren Schäden des Verletzten (Sekundärschäden) gilt das erleichterte Beweismaß des § 287 ZPO. Ausreichend für die Überzeugungsbildung des Gerichts ist eine hinreichende bzw. überwiegende Wahrscheinlichkeit.





## Kein Urlaub in der Freistellungsphase der Altersteilzeit 1/2

**Fragestellung:** Einem AN in der Altersteilzeit im Blockmodell, der sich bereits in der Freistellungsphase befindet steht kein Anspruch auf Erholungsurlaub zu. Da er keine Arbeitspflicht mehr hat, kommt insoweit auch keine Freistellung von der Arbeitspflicht durch Urlaubsgewährung in Betracht.

Offen war, wie der Urlaub in dem Kalenderjahr zu berechnen ist, in dessen Lauf der Wechsel von der Arbeits- in die Freistellungsphase im Laufe des Kalenderjahres eintritt.

Für Zeiten unbezahlten Sonderurlaubs und Elternzeit hatte das BAG in den letzten Jahren ja die Kürzung bestätigt ebenso wie der EuGH für Zeiten mit Kurzarbeit 0. Daher hatte das BAG eine neue Formel zur Berechnung aufgestellt:

- 24 Werktage : 312 Arbeitstage x Arbeitstage des AN pro Jahr =  
24 Werktage Urlaub x Anzahl der Tage mit Arbeitspflicht  
312 Werktage

Das BAG geht dabei in der Sechstageswoche von 312 (= 52 Wochen x 6 Werktage) und in der Fünftageswoche von 260 möglichen Arbeitstagen im Jahr aus.



## Kein Urlaub in der Freistellungsphase der Altersteilzeit

**Lösung:** Nach BAG 03.12.2019, 9 AZR 33/19 ist der gesetzliche Urlaubsanspruch nach Zeitabschnitten entsprechend der arbeitsvertraglich vorgesehenen Zahl der Arbeitstage mit Arbeitspflicht zu bemessen, wenn der Wechsel von der Arbeits- zur Freistellungsphase im Laufe eines Kalenderjahrs stattfindet. Die Freistellungsphase ist bei der Berechnung des Urlaubsanspruchs nach den allgemeinen Grundsätzen mit 0 Arbeitstagen anzusetzen.

- Das BAG wendet also auch für diese Fallkonstellation vorstehende Formel an.



Anke Voswinkel  
Rechtsanwältin

# K. Mutterschutz - Elternzeit

## I. Gesetzgebung



## Reform des Elterngelds und Änderung der Elternzeit

Zum 01.03.2020 sind infolge der Corona-Krise eine Reihe von Erleichterungen des Elterngelds in Kraft getreten und das Elterngeld soll mit dem Zweiten Gesetz zur Änderung des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes weiter ausgeweitet werden, was jedoch nicht die arbeitsrechtliche Elternzeit betrifft bis auf eine Ausnahme:

- Anhebung der Grenze für Teilzeitarbeit in § 15 Abs. 4 S. 1 und S. 2 BEEG für die Dauer des Bezugs von Elterngeld von 30 auf 32 Stunden
- 4 Tage Woche wird dann möglich



Anke Voswinkel  
Rechtsanwältin

# K. Mutterschutz - Elternzeit

## II. Rechtsprechung



### Kündigungsschutz bei Vertragsbeginn

**Fragestellung:** Wann beginnt der Sonderkündigungsschutz Schwangerer, wenn der Arbeitsvertrag abgeschlossen ist, das Arbeitsverhältnis aber erst zu einem späteren Zeitpunkt beginnen soll? Das BAG hatte einen Fall zu entscheiden, in dem die Mitarbeiterin den AG nach Abschluss des Arbeitsvertrags, aber vor dem einen Monat später beginnenden Arbeitsantritt über die Schwangerschaft informierte. Kann der AG in einer solchen Situation das Arbeitsverhältnis vor Vertragsbeginn kündigen, wenn nicht ohnehin die Kündigung vor Dienstantritt ausgeschlossen ist?

**Lösung:** Nach BAG 27.02.2020, 2 AZR 498/19 ist die Kündigung nichtig wegen Verstoßes gegen § 17 Abs. 2 Nr. 1 MuSchG i.V.m. § 134 BGB. Der Kündigungsschutz beginnt bereits mit Abschluss des Arbeitsvertrags. Dies ergebe sich aus Normverständnis und Gesetzessystematik, auch wenn der Wortlaut nicht eindeutig sei. Bereits dadurch würden wechselseitige Rechte und Pflichten begründet, die den Schutzbedarf auslöse.



# L. Schadensersatz - Vertragsstrafe

Siehe I.



Anke Voswinkel  
Rechtsanwältin

# M. Betriebsrat

## I. Gesetzgebung





## Virtuelle Sitzungen – Neuregelung des § 129 BetrVG, 1/3

Nach bisherigem Recht, insbes. nach dem Wortlaut des § 33 Abs. 1 S. 1 BetrVG konnten der Betriebsrat und andere Arbeitnehmervertreter nur in Präsenz tagen und mit den „Anwesenden“ Beschlüsse fassen.

Zweck:

Damit sollte die gleiche Teilhabe an – nach § 30 BetrVG nicht öffentlichen – den Beratungen und der Ausschluss fremde Einflüsse sicher gestellt werden.

Kritik:

Schon vor der Pandemie wurde v.a. für Betriebe mit verschiedenen Betriebsstätten eine Öffnung für Video- oder Telefonkonferenzen oder Umlaufbeschlüsse gefordert.

Die Pandemie, die oft schnelles Handeln des BR erforderte, hat die Nachteile des Präsenzverfahrens gezeigt.

→ Seit 21.05.2020 vorerst befristet bis 30.06.2021 ist zur Verbesserung der Handlungsmöglichkeiten der AN-Vertretungen daher ein neuer § 129 in das BetrVG eingefügt worden und entsprechende Regelungen sind beispielsweise für den Sprecherausschuss und europäische BRe festgelegt worden.



## Virtuelle Sitzungen– Neuregelung des § 129 BetrVG 2/3

1. Teilnahme an Sitzungen sowie die Beschlussfassung per Video- und Telefonkonferenz ist zulässig - als Option - für

- den BR
- GBR, KBR,
- die entsprechenden Jugend- und Auszubildendenvertretungen,
- deren Ausschüsse
- Einigungsstelle (ESt)
- Wirtschaftsausschuss (WA)

2. Voraussetzungen

- Sicherstellung, dass keine Dritte von der Sitzung Kenntnis nehmen können  
z.B. durch *Verschlüsselung der Verbindung, Versicherung der Teilnehmer zu Protokoll, Mitteilung des Eintritts Dritter in den Raum, Unterbrechung der Sitzung* – Kosten technischer Maßnahmen trägt der AG
- Keine Aufzeichnung der Sitzung
- Bestätigung der Sitzungsteilnehmer o.g. AN-Vertretungen (nicht ESt, WA) über ihre Anwesenheit gegenüber dem Vorsitzenden in Textform



## Virtuelle Sitzungen– Neuregelung des § 129 BetrVG 3/3

3. Versammlungen könne mittels audiovisuellen Einrichtungen durchgeführt werden für
  - Betriebsversammlungen
  - Betriebsräteversammlungen
  - Jugend- und Auszubildendenversammlungen
  
4. Voraussetzungen
  - Sicherstellung, dass nur Teilnahmeberechtigte vom Inhalt der Versammlung Kenntnis nehmen können  
z.B. durch technische und organisatorische Maßnahmen
  - Keine Aufzeichnung der Sitzung



Anke Voswinkel  
Rechtsanwältin

# M. Betriebsrat

## I. Rechtsprechung



### Anspruch des BR auf Bruttoentgeltlisten nach dem EntgTranspG - 1/2

**Fragestellung:** Nach § 13 Abs. 2 Satz 1 EntgTranspG ist ein Betriebsausschuss berechtigt, Bruttoentgeltlisten des AG einzusehen und auszuwerten. Dies dient der Einbindung des BR in das individuelle Verfahren einer AN zur Überprüfung von Entgeltgleichheit durch die Beantwortung von Auskunftsverlangen der Beschäftigten. Strittig war, ob dieses Einsichts- und Auswertungsrecht auch dann gilt, wenn der AG die Erfüllung der Auskunftsverpflichtung berechtigter Weise an sich gezogen hat.

**Lösung:** Nach BAG 28.07.2020, 1 ABR 6/19 steht dem BR das Einsichts- und Auswertungsrecht im Rahmen der dem BR zugewiesenen Aufgabe zu, individuelle Auskunftsansprüche von Beschäftigten zu beantworten. Erfüllt der AG wie im vorliegenden Fall die Aufgabe selbst, besteht dieses Recht des BR nicht.



### Einsichtnahme in Bruttolohnlisten und EntgTranspG – 2/2

**Fragestellung:** Einem Urteil des LAG München lag erneut die Streitfrage zugrunde, wie weit ein Betriebsrat auf dauerhafte Überlassung der Bruttolohnlisten haben kann. § 80 Abs. 2 S. 2 2. HS BetrVG sieht die Einsichtnahme vor. Im entschiedenen Fall machte ein Betriebsrat aus der Aufgabe, die Durchsetzung der Gleichstellung von Frauen und Männern zu fördern und der Berechtigung, nach § 13 Abs. 2 EntgTranspG die Entgeltlisten auf die Ungerechtigkeit auszuwerten, entgegen dem Gesetzeswortlaut einen Anspruch auf Vorlage der Bruttolohnlisten gelten.

**Lösung:** LAG München, 17.12.2019, 6 TaBV 33/19 lehnte dieses Recht ab. Aus § 13 Abs. 2 EntgTranspG folge allein ein Anspruch auf Aufbereitung der zur Einsicht vorgelegten Listen nach Geschlecht, Tätigkeit, etc.. Die Auswertung sei auch bei bloßer Einsichtnahme der – nach Wahl des Arbeitgebers – elektronisch oder in Papierform zur Verfügung gestellten Listen möglich, da die Einsichtnahme zeitlich nicht beschränkt sei.

S. Kapitel F zu den individuellen Ansprüchen arbeitnehmerähnlicher Personen nach EntgTranspG



### Mitbestimmung bei außerbetrieblichen Wegezeiten

**Fragestellung:** Hat der BR ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG – Lage der Arbeitszeit -, soweit es um die Fahrten von und zur Arbeit geht? Im zu entscheidenden Fall war die Besonderheit, dass die AN\*innen – Busfahrer – auf den außerbetrieblichen Wegen betriebliche Arbeitsmittel dabei haben mussten, z.B. Ausweisdokumente, Schlüssel, Arbeitshandschuhe

**Lösung:** Das BAG 22.10.2019, 1 ABR 11/18 bestätigt den Grundsatz, dass mitbestimmungsrechtliche Arbeitszeit nur die Zeit ist, innerhalb derer der AN seine vertragliche geschuldete Leistung erbringen soll, also um die Erfüllung der Hauptleistungspflicht. Der außerbetriebliche Weg von und zur Arbeit gehört – anders als innerbetriebliche Wegezeiten – zur privaten Lebensführung und stellt keine Arbeitszeit dar. Dies gelte auch, wenn die AN Arbeitsmittel bei sich führen müssten, auch wenn dies darauf beruhe, dass die AN den Dienst mit dieser Ausrüstung anzutreten hätten.

- Wegezeiten sind nur dann mitbestimmungsrechtliche Arbeitszeit, wenn sie als zeitliche Komponente vom Arbeitgeber zwingend vorgegeben werden, d.h. aus Sicht des AN fremdbestimmt sind.
- Achtung: Die Frage, was vergütungspflichtige Arbeitszeit ist, kann abweichen.



## Bedingungen für eine Betriebsvereinbarung

**Fragestellung:** Können AG und BR beim Abschluss einer Betriebsvereinbarung diese abhängig von der Zustimmung der AN bzw. einem Mindestquorum zustimmender AN machen?

Im entschiedenen Fall ging es darum, dass die BV nur unter der Bedingung in Kraft treten sollte, dass mindestens 80 % der abgegebenen Stimmen der AN der BV einzelvertraglich zustimmen.

**Lösung:** Nach BAG 28.07.2020, 1 ABR 4/19 kann die normative Wirkung einer BV nicht von einem Zustimmungsquorum der Belegschaft abhängig gemacht werden

- Gesetzlich hat eine abgeschlossene BV unmittelbar und zwingende Wirkung zugunsten und zu Lasten der AN
- Widerspruch zu den Strukturprinzipien der Betriebsverfassung, der BR als Repräsentant der Belegschaft entscheidet im eigenen Namen Kraft seines Amtes
- Der BR ist an weder an Weisungen gebunden noch bedarf sein Handeln derer Zustimmung
- Insoweit ist die Gestaltungsfreiheit der Betriebspartner beschränkt





### Vergütung eines außerbetrieblichen Einigungsstellenbesitzers

**Fragestellung:** Muss ein Betrieb mit Betriebsrat eine Einigungsstelle durchführen, stellt sich immer wieder die Frage, welche Vergütung die Vorsitzenden und Beisitzer der Einigungsstelle verlangen können. Die Vergütung des Vorsitzenden, der typischerweise ein Arbeitsrichter ist, ist seltener im Streit. Strittig ist aber oft, welche Vergütung die vom BR benannten Beisitzer verlangen können. Nach § 76a Abs. 4 Satz 3 – 5 BetrVG kommt es auf den Zeitaufwand, die Schwierigkeiten und den Verdienstaufschlag an. Typischerweise beträgt die Vergütung der Beisitzer 7/10 des Vorsitzenden, sie muss auf jeden Fall niedriger als dessen Vergütung sein. Bei der Festsetzung sind die berechtigten Interessen der Mitglieder der Einigungsstelle und des Arbeitgebers zu berücksichtigen. Damit ist nicht klar geregelt, wer die Vergütung festsetzt.

**Lösung:** BAG 18.09.2020, 7 ABR 15/18 stellt klar, dass der außerbetriebliche Einigungsstellenbeisitzer nicht auf eine Vereinbarung mit dem AG angewiesen ist. Zwar kann und sollte der Umfang der Vergütung mit dem AG vereinbart werden. Wenn eine solche Vereinbarung nicht besteht, ist der Beisitzer jedoch berechtigt, die Vergütung nach billigem Ermessen durch einseitige Erklärung zu bestimmen. Er hat dabei die Grundsätze der §§ 315, 316 BGB und des § 76 a Abs. 3-5 BetrVG zu beachten.



# O. Versetzung – Vertragsänderung

Keine neue Rechtsprechung vorzustellen.



## P. Abmahnung

Keine neue Rechtsprechung vorzustellen.



### Frist für die Kündigungserklärung bei Schwerbehinderten 1/2

**Fragestellung:** Das BAG hatte nunmehr zu entscheiden, wann eine fristlose Kündigung ausgesprochen werden kann, wenn der AG in Unkenntnis der Schwerbehinderteneigenschaft rechtzeitig zunächst eine fristlose Kündigung ausspricht, welche sich jedoch aufgrund nachträglicher rechtzeitiger Mitteilung der Schwerbehinderung als unwirksam herausstellt. Wenn der AG daraufhin die Zustimmung des Inklusionsamts zu einer erneuten Kündigung beantragt, fragt sich, wann er nach erteilter Zustimmung noch kündigen darf und wann dies zu spät ist.

**Lösung:** Nach BAG 27.02.2020, 2 AZR 390/19 hat der AG bei nachträglicher Kenntnis der Schwerbehinderteneigenschaft bei der außerordentlichen Kündigung den Antrag auf Zustimmung des Inklusionsamts nach § 174 Abs. 2 SGB IX innerhalb von zwei Wochen zu stellen. Wird die Zustimmung erteilt, ist nach § 174 Abs. 5 SGB IX die Kündigung unverzüglich auszusprechen.

- Hier war die Kündigung zwei Tage nach Zustimmung des Inklusionsamts ausreichend.
- Eine Zeitspanne von mehr als einer Woche ist ohne Vorliegen besonderer Umstände nicht ausreichend.



### Frist für die Kündigungserklärung bei Schwerbehinderten 2/2

**Fazit:** Für den Arbeitgeber ist es also bei Unkenntnis der Schwerbehinderteneigenschaft wichtig

1. die 2-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 zu wahren und
  2. bei nachträglicher Mitteilung der Schwerbehinderteneigenschaft dann die zweiwöchige Antragsfrist gem. § 174 Abs. 2 SGB IX zu wahren.
- Dann ist es unschädlich, dass der Ausspruch der Kündigung außerhalb von zwei Wochen nach Kenntnis der Umstände des wichtigen Kündigungsgrunds erfolgt
  - Würde der AG in einer solchen Situation schon nicht die allgemeine 2-Wochen-Frist nach § 626 Abs. 2 BGB einhalten, könnte dieser Fehler nicht dadurch geheilt werden, dass bei nachträglicher Mitteilung der Schwerbehinderung das Inklusionsamt noch angerufen würde. Allerdings prüft das nach dem BAG das Inklusionsamt – beanstandet dieses die Fristversäumnis nicht, wird das nicht mehr vom Arbeitsgericht beanstandet, sog. Tatbestandswirkung der verwaltungsrechtlichen Entscheidung.



### Frist für die Kündigungserklärung bei erkranktem AN 1/2

**Fragestellung:** Will der AG einen AN außerordentlich wegen einer Pflichtverletzung kündigen, muss er die Kündigung nach § 626 Abs. 2 BGB grundsätzlich innerhalb von 2 Wochen nach Kenntnis der Kündigungsgründe erklären. Entscheidend ist die zuverlässige und vollständige Kenntnis der maßgebenden Tatsachen für die Kündigungsgründe durch den Kündigungsberechtigten. Die Frist beginnt zwar nicht mit jedem Anfangsverdacht, jedoch muss der AG den Sachverhalt zügig ermitteln. Die Frist beginnt nur solange nicht, wie der AG „aus verständigen Gründen“ mit der „gebotenen Eile“ Ermittlungen durchführt.

Will der AG zur Aufklärung der Vorwürfe den AN anhören, stellt sich immer wieder die Frage, wie lange er mit der Anhörung warten darf. Regelmäßig darf er das nach der Rechtsprechung nur für eine Woche.

Ausnahmsweise kann eine längere Frist vorliegen, wenn besondere Umstände vorliegen.

Zu entscheiden war ein Fall, bei dem der AG (nach Verdacht auf Nutzung des Diensttelefons für eine Glückspielhotline) wegen Erkrankung des AN 2 Wochen mit der Anhörung wartete und diese am Tag nach Wiederantritt des Dienstes durchführte.



### Frist für die Kündigungserklärung bei erkranktem AN 2/2

**Lösung:** Nach BAG 11.06.2020 2 AZR 442/19 war hier die Erklärungsfrist noch nicht angelaufen und durfte der AG

- die Anhörung abwarten – da auch entlastende Umstände ermittelt werden sollen,
- von einer schriftlichen Anhörung absehen – da diese eine Absprache des AN mit einem beteiligten Kollegen ermöglicht hätte
- der mit der Pflicht zur gebotenen Eile kollidierenden Pflicht zur Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) hier für diesen Zeitraum von 2 Wochen Vorrang geben und musste auch nicht nachforschen, ob der AN trotz Krankheit an der Anhörung hätte teilnehmen können – die Erkrankung ist ein „besonderer Umstand“.

Den AG trifft eine Pflicht zur Kontaktaufnahme nach „angemessener Frist“, wobei 3 Wochen ausreichen, verbunden damit, dem AN eine „kurze Erklärungsfrist“ zu setzen.

- Hätte der AG früher ohne Durchführung der Anhörung kündigen können? Grundsätzlich ist die Anhörung nicht Voraussetzung für die Kündigung, Ausnahme: Verdachtskündigung. Der AG hätte nach dem BAG bei einer Verdachtskündigung seine Aufklärungspflicht nicht verletzt, wenn er annehmen konnte, der AN werde sich „in absehbarer Zeit“ nicht äußern und dann kündigt



### **Kenntnis des Kündigungsberechtigten von den Kündigungsgründen 1/2**

**Fragestellung:** Um den Beginn der 2-Wochen-Frist für die Erklärung einer außerordentlichen Kündigung nach § 626 Abs. 2 BGB ging es auch in der folgenden Entscheidung des BAG. Strittig ist immer wieder, wessen Kenntnis im Betrieb maßgebend ist. Der Anfangsverdacht kommt oft beim Vorgesetzten oder Mitarbeiter\*innen der Personalabteilung auf, die regelmäßig aber nicht zur Kündigungsentscheidung befugt sind.

**Lösung:** Nach BAG 27.02.2020, 2 AZR 570/19 ist erforderlich, dass der Kündigungsberechtigte zuverlässige und hinreichend vollständige Kenntnis von den einschlägigen Tatsachen hat, die die Entscheidung über die Kündigung ermöglichen.

➤ Grob fahrlässige Unkenntnis ist unschädlich.

Kündigungsberechtigt sind

- Bei juristischen Personen das zuständige Organ (Geschäftsführer bei der GmbH, Vorstand bei der AG), wobei bei Vertretungsberechtigung mehrerer Personen Kenntnis eines der Gesamtvertreter genügt.
- Mitarbeiter\*innen, denen der AG das Recht zur Kündigung übertragen hat





### **Kenntnis des Kündigungsberechtigten von den Kündigungsgründen 2/2**

Nach dem BAG ist die Kenntnis anderer Arbeitnehmer, z.B. des Vorgesetzten, grundsätzlich unbeachtlich.

Ausnahme: Dem AG ist das Wissen von Personen zuzurechnen

- wenn die Person eine herausgehobene Position und Funktion im Betrieb hat und tatsächlich und rechtlich in der Lage ist, den Sachverhalt so umfassend zu ermitteln, dass der Kündigungsberechtigte nach Bericht ohne weitere Nachforschungen die Kündigungsentscheidung treffen kann

und

- die Verspätung der Kenntniserlangung des Kündigungsberechtigten auf unsachgemäßer Organisation des Betriebs beruht



### Böswilliges Unterlassen anderweitigen Erwerbs

**Fragestellung:** Besteht nach erfolgreicher Kündigungsschutzklage das Arbeitsverhältnis fort, muss sich der AN nach § 11 S. 1 Nr. 2 KSchG auf das Arbeitsentgelt, das ihm der AG für die Zeit nach der Entlassung schuldet, das anrechnen lassen, was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen.

Der AN unterlässt böswillig anderweitigen Verdienst, wenn er vorsätzlich ohne ausreichenden Grund Arbeit ablehnt oder vorsätzlich verhindert, dass ihm Arbeit angeboten wird. Die Untätigkeit muss dem AN damit vorwerfbar sein.

Fraglich ist, wie der AG mögliche Arbeit bzw. böswilliges Unterlassen nachweisen kann.

**Lösung:** Nach BAG 27.05.2020, -5 AZR 387/19 hat der AG Anspruch gegen den AN auf schriftliche Auskunft über die von der Agentur für Arbeit und dem Jobcenter dem AN im Verzugszeitraum unterbreiteten Vermittlungsvorschläge unter Nennung von Tätigkeit, Arbeitszeit, Arbeitsort und Vergütung.

- Grund: Nebenpflicht des AN aus dem Arbeitsverhältnis gemäß § 242 BGB.
- Der AG hat anders keine Möglichkeit, den anderweitigen Verdienst oder dessen Höhe darzulegen oder zu beweisen.



## R. Personenbedingte Kündigung

Keine neue Rechtsprechung vorzustellen.



# S. Verhaltensbedingte Kündigung

## Kündigung bei Schmähkritik 1/4

**Fragestellung:** Das BAG hatte sich mit einem Fall heftiger Kritik an dem Vorgesetzten zu befassen und hat die Abgrenzung zwischen freier Meinungsäußerung und unzulässiger Schmähkritik präzisiert.

In der Kündigungsschutzklage ging es um die ordentliche Kündigung einer Klägerin, die gegenüber dem Vorstandsvorsitzenden geäußert hatte, sie wolle nicht, dass dieser „von den Zuständen in dem Betrieb aus der Presse erfahre“, was dieser als Drohung auffasste. Die Klägerin hatte in dem Gespräch ihren Vorgesetzten als einen „unterbelichteten Frauen- und Ausländerhasser“ bezeichnet. Zudem schrieb sie ihm, dass kein Jude in diesem Land jemals solche seelischen Qualen erleiden musste, wie sie, das sei zumindest ihr Empfinden. Außerdem schrieb sie an den Vorgesetzten in einer E-Mail mit einem Verteiler von 12 weiteren Mitarbeitern und dem Betreff „Lebenswerk der unfähigen Führungskräfte“, er habe diese Position nur inne, damit er einer intellektuellen Frau wie ihr das Leben zur Hölle machen könne und würde nicht einmal den „Unterschied zwischen Kosten und Preis“ verstehen. Diese Äußerung stufte die Beklagte als Beleidigungen ein. Nachdem die Klägerin eingeräumt hatte, sich im Ton vergriffen zu haben, sich aber nicht beim Vorgesetzten entschuldigte, kündigte die AGin. Die Klägerin machte geltend, sie fühle sich wegen ihrer Herkunft und ihres Geschlechts vom Vorgesetzten diskriminiert.



## Kündigung bei Schmähkritik 2/4

**Lösung:** Nach BAG 05.12.2019, 2 AZR 240/19 reicht die bloße Drohung, die Presse zu informieren, nicht für eine Kündigung. Sie verstößt noch nicht per se gegen das Rücksichtnahmegebot aus § 241 Abs. 2 BGB. Die Drohung mit einem empfindlichen Übel kann jedoch eine Kündigung rechtfertigen, wenn sie gegen das Rücksichtnahmegebot verstößt.

Im entschiedenen Fall kam ein Verstoß gegen das Rücksichtnahmegebot durch die AN in Betracht, da es innerbetrieblich (vor Information der Presse) noch zahlreiche Lösungsansätze gegeben habe, die noch nicht abgeschlossen worden seien.



## Kündigung bei Schmähkritik 3/4

Exkurs: Grundsätze nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG für „Whistleblowing“:

- Vorrang eines innerbetrieblichen Klärungsversuchs gegenüber externen Meldungen – insbes. wenn nicht nur Meldung gegenüber Fachbehörde, sondern sogar Strafverfolgungsbehörde
- Ausnahmen, wenn dem AN eine vorherige innerbetriebliche Meldung und Klärung unzumutbar ist,
  - weil er Kenntnis von Straftaten erhält, durch deren Nichtanzeige er sich selbst einer Strafverfolgung aussetzen würde,
  - wenn es um schwerwiegenden oder vom AG selbst begangenen Straftaten geht
  - oder berechtigterweise anzunehmen steht, dass Abhilfe nicht zu erwarten ist.
- Änderung durch Whistleblowerrichtlinie RiLi 2019/1937/EU, die keinen Vorrang eines innerbetrieblichen Klärungsversuch kennt? Str., Umsetzung der RiLi abzuwarten
- Mitteilung an die (breite) Öffentlichkeit bzw. die Presse nachrangig. Ausnahmen:
  - keine Reaktion auf interne oder externe Meldungen innerhalb einer bestimmten Frist
  - hinreichender Grund zur Annahme kollusiven Zusammenwirkens von Unternehmen und Behörde
  - unmittelbare oder offenkundige Gefährdung des öffentlichen Interesses



## Kündigung bei Schmähkritik 4/4

Nach dem BAG waren auch die Äußerungen der Klägerin überwiegend durch das Grundrecht der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG gedeckt. Auch die Verbreitung von Äußerungen ist vom Grundrecht auf Meinungsfreiheit grundsätzlich umfasst.



Lediglich als Schmähkritik könnte eine Kündigung gerechtfertigt sein. Eine Schmähung liegt jedoch nur dann vor, wenn eine Diffamierung der Person im Vordergrund steht und das sachliche Anliegen völlig in den Hintergrund rückt.

Die Äußerungen der Klägerin sah das BAG hier nicht als Schmähung an, da es nicht um die persönliche Kränkung des Vorgesetzten gegangen sei, sondern die „Beeinflussung der persönlichen Situation zu ihren Gunsten“. Es sei zugunsten der Klägerin zu berücksichtigen, dass sie im Ausland geboren sei und die Äußerung eine Reaktion auf das Verhalten des Vorgesetzten gewesen sei. Auch der Vergleich mit der NS-Zeit sei geschmacklos, aber eindeutig subjektiv geprägt und vom Recht auf freie Meinungsäußerung gedeckt.



## T. Betriebsbedingte Kündigung

Keine neue Rechtsprechung vorzustellen.





## U. Mitbestimmung Kündigung

### Information des Betriebsrats über Einhaltung der Frist für die außerordentliche Kündigung

**Fragestellung:** Will der AG eine außerordentliche Kündigung aussprechen, ist Wirksamkeitsvoraussetzung, dass er die 2-Wochen-Frist gem. § 626 Abs. 2 BGB nach Kenntnis der Kündigungsgründe durch den Kündigungsberechtigten einhält. Existiert im Betrieb ein Betriebsrat ist dieser vor einer Kündigung gem. § 102 BetrVG vollumfänglich über die Kündigungsgründe zu informieren. Gehören die Umstände, die für die Einhaltung der 2-Wochen-Frist sprechen zu den dem Betriebsrat mitzuteilenden Tatsachen?

**Lösung:** Nach BAG 07.05.2020, 2 AZR 678/19 nicht: Die Mitteilungspflicht gegenüber dem BR reicht nicht so weit, wie die Darlegungslast des AG im Kündigungsschutzverfahren. Der BR soll nicht die rechtliche Wirksamkeit der Kündigung überprüfen. Vielmehr geht es darum, dass er die Stichhaltigkeit und das Gewicht der Kündigungsgründe prüfen kann. Er soll in die Lage versetzt werden, sachgerecht, ggf. zugunsten des AN auf den AG einzuwirken.

- Daher muss der AG bei außerordentlicher Kündigung auch nicht einen tariflichen Kündigungsschutz vor ordentlicher Kündigung mitteilen.



## V. Freistellung

Keine neue Rechtsprechung vorzustellen.



# W. Austrittsvereinbarung

Keine neue Rechtsprechung vorzustellen.



Keine neue Rechtsprechung vorzustellen.



Anke Voswinkel  
Rechtsanwältin

