



Update Arbeitsrecht
Neue Rechtsprechung und Gesetzgebung
2023/2024

Seminar der IHK-Akademie München Westerham

Anke Voswinkel

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht,
Mediatorin



Anke Voswinkel
Rechtsanwältin

Copyright

Die folgenden Dokumentationsunterlagen wurden im Auftrag der IHK Akademie München und Oberbayern erstellt und sind vom Verfasser durch das Urheberrecht geschützt. Nachdruck, Vervielfältigung, (Weiter)-Bearbeitung – auch auszugsweise – und / oder Weiterleitung an Dritte ist urheberrechtlich nicht gestattet. Verfasser/-in dieser Unterlagen:
Rechtsanwältin Anke Voswinkel

Kontaktdaten:

Voswinkel Rechtsanwälte

Rechtsanwältin Anke Voswinkel

Nymphenburger Straße 62

80335 München

Tel.: 089/ 55 05 47 80

Fax: 089/ 55 05 47 85

E-Mail: mail@ra-voswinkel.de

www.ra-voswinkel.de



Anke Voswinkel
Rechtsanwältin

Gliederung

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



- K. Mutterschutz – Elternzeit
 - I. Gesetzgebung
 - II. Rechtsprechung
- L. Schadensersatz – Vertragsstrafe - Datenschutz
 - I. Gesetzgebung
 - II. Rechtsprechung
- M. Betriebsrat
- 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

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, dort unter Entscheidungen.



A. Einstellung

Keine neue Rechtsprechung vorzustellen.



Kündigungsschutz für GmbH-Geschäftsführer mit Arbeitsvertrag

Fragestellung:

Geschäftsführer, die als Organ einer GmbH bestellt sind, können ihr Amt aufgrund eines Dienst- und Anstellungsvertrages ausüben. Das BAG hatte einen Fall zu entscheiden, in dem es darum ging, in welchem Umfang dem GmbH-Geschäftsführer Kündigungsschutz zusteht. Konkret ging es um einen Geschäftsführer, der vom Insolvenzverwalter betriebsbedingt gekündigt wurde, und daraufhin sein Amt als Geschäftsführer niederlegte. Im Raum stand, dass der Betrieb von einem anderen Konzernunternehmen übernommen worden war und der Kündigung die Sperre wegen Betriebsübergangs nach § 613a Abs. 4 BGB entgegenstand.

Lösung:

Nach BAG 20.07.2023, 6 AZR 228/22 steht der Kündigungsschutz des § 613a Abs. 4 BGB bei Betriebsübergang auch Arbeitnehmern zu, die als GmbH-Geschäftsführer tätig sind. Die Organstellung des GmbH-Geschäftsführers schließt dies nicht aus, weil sie keine schuldrechtliche Beziehung zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer begründet. Die Organstellung könne zwar nicht auf den Betriebsübernehmer übergehen, wohl aber das Arbeitsverhältnis.



C. Befristung

Keine neue Rechtsprechung vorzustellen.



Abrufarbeit – Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit 1/2

Fragestellung:

Vereinbaren AG und AN Arbeit auf Abruf, sind wesentliche Bedingungen wie beispielsweise die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit vertraglich zu vereinbaren. Ansonsten greifen die strengen Grenzen des TzBfG ein. Nach § 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG gilt mangels anderweitiger vertraglicher Vereinbarung dann eine Arbeitszeit von 20 Stunden wöchentlich als vereinbart. Das ist meistens deutlich mehr, als faktisch gewünscht ist.

Das BAG hatte einen Fall zu entscheiden, in dem eine Druckhelferin ohne entsprechende vertragliche Vereinbarung tätig war. Sie wurde, wie bei Abruf üblich, in unterschiedlichem zeitlichem Umfang zur Arbeit herangezogen. Nachdem sich der Umfang des Abrufs ab dem Jahr 2020 im Vergleich zu den unmittelbar vorangegangenen Jahren deutlich reduziert hatte, machte sie einen Abruf und eine Bezahlung im durchschnittlichen Umfang der vorangegangenen drei Jahre geltend. Die AN machte geltend, durch eine ergänzende Vertragsauslegung sei davon auszugehen, dass durchschnittliche 103,2 Stunden monatlich, was bei 4,33 Wochen 23,83 Stunden wöchentlich entspräche, nunmehr die geschuldete und zu vergütende Arbeitszeit ist.



Abrufarbeit – Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit 2/2

Lösung:

Nach BAG 18.10.2023, 5 AZR 22/23 ist hier die gesetzliche Fiktion anzuwenden, nach der eine Arbeitszeit von 20 Wochenstunden gilt. Eine davon abweichende Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit könne zwar im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung angenommen werden, jedoch nur dann, wenn die Fiktion keine sachgerechte Regelung ergebe und objektive Anhaltspunkte dafür vorlägen, AG und AN hätten bei Vertragsschluss in Kenntnis der Regelungslücke eine andere Bestimmung getroffen und eine höhere oder niedrigere Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit vereinbart. Dafür hatte die AN nichts vorgetragen.

- Das Abrufverhalten des AG in einem bestimmten Zeitraum, lange nach Beginn des Arbeitsverhältnisses reiche als Anhaltspunkt nicht aus. Das Abrufverhalten des AG alleine habe keinen rechtsgeschäftlichen Erklärungswert dahingehend, er wolle sich an eine abweichende höhere Arbeitszeit binden. Auch die Bereitschaft des AN, in einem bestimmten Zeitraum mehr zu arbeiten, reiche nicht für die Unterstellung einer Bindungsabsicht des AN für die Zukunft.



E. AÜG - Werk- und Dienstvertrag

Keine neue Rechtsprechung vorzustellen.



Gleiches Entgelt für Frauen 1/3

Fragestellung:

Das BAG hatte die Klage einer ANin zu entscheiden, die ein höheres Grundentgelt in der Höhe wie bei einem vergleichbaren männlichen Kollege verlangte. Das Grundentgelt war ursprünglich einzelvertraglich vereinbart, später jedoch nach einem Haustarifvertrag bemessen worden.

Die AGin berief sich darauf, dass der männliche Kollege individuell ein höheres Grundentgelt gefordert hatte. Sie berief sich auch darauf, der AN sei einer ausgeschiedenen, besser vergüteten Vertriebsmitarbeiterin nachgefolgt. Der AN war zwei Monate vor der Klägerin eingestellt worden.

Die Klägerin meinte, ihr stehe ein ebenso hohes Grundgehalt zu wie dem fast zeitgleich eingestellten männlichen Kollegen, da sie die gleiche Arbeit wie dieser verrichte. Sie verlangte zudem eine Entschädigung wegen einer geschlechtsbezogenen Diskriminierung.



Gleiches Entgelt für Frauen 2/3

Art. 157 Abs. 1 AEUV

Jeder Mitgliedsstaat stellt die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicher.

§ 3 Abs. 1 EntgTranspG

Bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit ist eine unmittelbare oder mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts im Hinblick auf sämtliche Entgeltbestandteile und Entgeltbedingungen verboten.

§ 7 EntgTranspG

Bei Beschäftigungsverhältnissen darf bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit nicht wegen des Geschlechts der oder des Beschäftigten ein geringeres Entgelt vereinbart oder gezahlt werden als bei einer oder einem Beschäftigten des anderen Geschlechts.



Gleiches Entgelt für Frauen 3/3

Lösung:

Das BAG hat mit Urteil vom 16.02.2023, 8 AZR 450/21 der Klägerin überwiegend Recht gegeben. Die ANin habe nach Art. 157a AEUV, § 3 Abs. 1 und § 7 EntgTranspG einen Anspruch auf das gleiche Grundentgelt wie ihr männlicher Kollege.

- Der Umstand, dass die ANin für die gleiche Arbeit ein niedrigeres Grundentgelt als der männliche Kollege erhalten habe, begründe die Vermutung nach § 22 AGG einer Benachteiligung aufgrund des Geschlechts. Diese habe die AGin nicht widerlegen können.
- Das Argument, der Kollege habe ein höheres Entgelt verlangt bzw. ausgehandelt, ließ das BAG nicht gelten. Gerade das Verhandlungsargument schließe es nämlich nicht aus, dass das Geschlecht mitursächlich für die Vereinbarung der höheren Vergütung sei.
- Die Lage auf dem Arbeitsmarkt bzw. der Besetzungsdruck seien per se ebenso wenig ein Argument für eine unterschiedliche Bezahlung wie eine Kompensation durch eine frühere erfolgsabhängige Vergütung für die Frau.
- Ein tragfähiges Argument könnte z.B. sein: eine **unterschiedliche Qualifikation**
- Die Klägerin erhielt auch eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG.



Erstattungspflicht einer Provision für die Personalvermittlung

Fragestellung:

Kann einem AN in einem Arbeitsvertrag durch eine vorformulierte Klausel eine Erstattungspflicht für die Provision, die der AG an einen Personalvermittler für seine Einstellung gezahlt hat, auferlegt werden für den Fall, dass der AN das Arbeitsverhältnis vor einem Stichtag durch Eigenkündigung beendet?

Lösung:

Nach BAG v. 20.06.2023 1 AZR 265/22 ist eine solche AGB-Klausel unwirksam, weil sie den AN in seinem Grundrecht auf freie Arbeitsplatzwahl beeinträchtigt und er keinen gleichwertigen Vorteil erhält, der dies ausgleichen könnte.

- Das AG-Interesse, dass sich die Vermittlungsprovision amortisiert, ist insoweit nicht geschützt, weil es grundsätzlich zu dem von ihm zu tragenden unternehmerischen Risiko gehört, dass sich seine finanziellen Aufwendungen für die Personalrekrutierung nicht lohnen.



Keine neue Rechtsprechung vorzustellen.



Anke Voswinkel
Rechtsanwältin

I. Krankheit

I. Gesetzgebung



Elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung 1/5

Übersicht

I. Einführung der elektronischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, eAU

- **Abrufung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung** für gesetzlich versicherte AN
 - durch den AG
 - bei der Krankenkasse des AN über den GKV-Kommunikationsserver
 - verpflichtend für AG seit 01.01.2023
 - Voraussetzung berechtigter AG: Beschäftigung bei AU, nach Anzeige der AU durch AN
 - unter Angabe der Versicherungsnummer des Beschäftigten und des Datums des Beginns der AU
- Krankenkasse erstellt dann eine Meldung nach § 109 Abs. 1 SGB IV von
- Namen des Beschäftigten,
 - Beginn und das Ende der Arbeitsunfähigkeit,
 - Datum der ärztlichen Feststellung der Arbeitsunfähigkeit,
 - Kennzeichnung als Erst- oder Folgemeldung und
 - Angabe, ob Anhaltspunkte, dass die Arbeitsunfähigkeit aufgrund Arbeitsunfall oder sonstigen Unfall oder auf deren Folgen



Elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung 2/5

II. Bisherige Rechtslage bei Erkrankung des AN arbeitsrechtlich – Arbeitnehmerpflichten

1. Unverzügliche Mitteilung der Arbeitsunfähigkeit und ihrer voraussichtlichen Dauer an den AG, § 5 Abs. 1 S.1 EFZG
2. Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung darüber an den AG, wenn die AU länger als 3 Kalendertage dauert (oder AG sie verlangt), § 5 Abs. 1 S.2 EFZG – „gelber Zettel“ -
3. und wenn die AU über den bereits bescheinigten Zeitraum hinaus fortbesteht

III. **Neue Rechtslage arbeitsrechtlich seit 01.01.2023 – Arbeitnehmerpflichten**

1. **Unverzügliche Mitteilung** der Arbeitsunfähigkeit und ihrer voraussichtlichen Dauer an den AG, § 5 Abs. 1 S.1 EFZG – bleibt bestehen!
2. a) Bei **gesetzlich Versicherten und behandelnden Vertragsärzten: Feststellungspflicht des AN der Arbeitsunfähigkeit und voraussichtlicher Dauer**, § 5 Abs. 1a Se. 2 EFZG und Pflicht, sich Papierbescheinigung aushändigen zu lassen, wenn die AU länger als 3 Kalendertage dauert.
→ grundsätzlich keine Verpflichtung dieser AN zur Vorlage an den AG mehr

b) Bei privat Versicherten und behandelndem Arzt, der nicht Vertragsarzt, bleibt es bei: Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung (in Papier) darüber an den AG, wenn die AU länger als 3 Kalendertage dauert, § 5 Abs. 1 S.2 EFZG



Elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung 3/5

3. Entsprechende Pflichten 1. und 2. bleiben bei Fortdauer der AU über den bisher bescheinigten Zeitraum bestehen.
 4. Das Recht des AG, die Attest früher zu verlangen, auch schon ab dem 1. Tag der Arbeitsverhinderung im Fall 2 b) bleibt bestehen und entsprechend darf er auch die Feststellung der AU vom AN früher verlangen, § 5 Abs. 1a S. 2 EFZG.
Mitbestimmungspflicht des BR bei allgemeiner Anordnung der früheren Vorlage nach § 87 Nr. 1 BetrVG, nicht bei individueller Anordnung.
- IV. Tipps: 1. Infoblatt an AN über Pflichten und neues Verfahren
2. Arbeitsverträge anpassen

V. Weiterführende Informationen:

BDA: <https://arbeitgeber.de/elektronische-arbeitsunfaehigkeitsbescheinigung/>

Spitzenverband Bund der Krankenkassen: https://www.gkv-datenaustausch.de/media/dokumente/arbeitgeber/eau/verfahrensbeschreibung_3/2022_07_05_finale_Version_Verfahrensbeschreibung_1.2.pdf



Elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung 4/5

Fallgruppen, bei denen es bei der bisherigen Vorlagepflicht von (Papier)Bescheinigungen bleibt

- privat versicherten Beschäftigten
- AU-Bescheinigungen aus dem Ausland
- sonstigen AU-Bescheinigungen:
 - Privatärzte
 - Kind krank
 - stufenweise Wiedereingliederung
 - Rehabilitationsleistungen
 - Beschäftigungsverbote von Schwangeren
- Bestätigung Arztbesuch (ohne AU)

Gesetzliche Ausweitung der elektronischen Bescheinigungen ist zu erwarten.



Elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung 5/5

Störfälle – Weitere Arbeitnehmerpflichten

- Der AN erhält ein unterschriebenes Exemplar weiterhin auf Papier (sog. Papierausdruck mittels „Stylesheet“), § 5 Abs. 1a S. 2 EFZG
- Dies v.a. für Störfälle wie z.B. technische Störungen bei der Übermittlung durch den Arzt, AN wechselt die Krankenkasse, ohne es dem AG mitzuteilen, oder Arzt übermittelt Daten verspätet oder an die falsche Krankenkasse.
- **Strittig: Muss der AN den Papierausdruck dem AG zum Nachweis der AU dann vorlegen?**

contra: § 12 EFZG verbietet vom Gesetz abweichende Vereinbarungen zum Nachteil des AN; § 7 EFZG nennt den Fall mangelnder Feststellung oder mangelnder Abrufbarkeit nicht als Fall des Leistungsverweigerungsrechts (Entgelteinbehalt) des AG; Nach Anlage 2b zum Bundesmantelvertrag-Ärzte Ziff. 4.1.2 Ausstellung auf Wunsch des AN

pro: allgemeine Darlegungs- und Beweislastregelungen des § 3 EFZG;
Rücksichtnahmepflicht des AN nach § 241 Abs. 2 BGB; Jedenfalls bei Bestreiten der Arbeitsunfähigkeit überhaupt durch den AG, Behauptung des Verschuldens durch den AG oder sonstigen Fehlens der Voraussetzung der Entgeltfortzahlung Beweislast des AN; außerdem Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB



Anke Voswinkel
Rechtsanwältin

I. Krankheit

II. Rechtsprechung



Darlegungslast bei Fortsetzungserkrankungen 1/2

Fragestellung:

Ist ein AN häufig krank oder länger krank stellt sich immer wieder die Frage, ob eine Fortsetzungserkrankung vorliegt und die Dauer der Entgeltfortzahlung des AG auf 6 Wochen beschränkt ist. Das BAG hat sich zur Frage der Darlegungslast geäußert in einem Fall, in dem der AN bei einer hohen Zahl Kurzerkrankungen immer wieder Erstbescheinigungen vorgelegt und dazu vorgetragen hatte, welche ICD-10-Codes der Krankenkassen mit welchen Diagnosen oder Symptomen darin enthalten gewesen seien. Der AN hatte auch seine Einschätzung bezüglich etwaiger Vorerkrankungen hinsichtlich der einzelnen AU-Zeiten gegeben hat. Er hat sich jedoch unter Berufung auf Datenschutz geweigert, sämtliche Erkrankungen aus vorliegenden Zeiträumen offenzulegen.

Lösung:

Das BAG, Urteil vom 18.01.2023, 5 AZR 93/22 hat unter Berufung auf die Regelung des § 3 Abs. 1 Satz 2 EFZG wiederholt, dass vor Ablauf der dort genannten Zeiträume nach 6-wöchiger Entgeltfortzahlung ein neuer Entgeltfortzahlungsanspruch nur bei Vorliegen einer anderen Krankheit entstehe. Verlangt der AN länger als 6 Wochen Entgelt, gilt die abgestufte Darlegungs- und Beweislast:



Darlegungslast bei Fortsetzungserkrankungen 2/2

1. Der AN hat darzulegen, dass keine Fortsetzungserkrankung vorliegt. Dazu reicht zunächst z. B. eine ärztliche Bescheinigung darüber.
 2. Bestreitet der AG das Vorliegen einer neuen Erkrankung,
 3. hat der AN Tatsachen vorzutragen, die den Schluss erlauben, es habe keine Fortsetzungserkrankung bestanden.
- für letzteres genügt nicht mehr die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung
 - der AN muss für den gesamten maßgeblichen Zeitraum schildern, unter welchen gesundheitlichen Beschwerden und Beeinträchtigungen er jeweils gelitten hat, wie sich diese jeweils auf seine Arbeitsunfähigkeit auswirkten und dass er die behandelnden Ärzte von ihrer Schweigepflicht entbindet.
 - Ist die Fortsetzungserkrankung nicht erweislich, trägt der AG jedoch die Folgen in Form von Entgeltfortzahlung.
 - Der Datenschutz steht nicht entgegen.

Tipp: Der AG muss sich überlegen, ob er die Entgeltfortzahlung durch ein solches Bestreiten zu begrenzen versucht. Andererseits ist bei hohen AU-Zeiten und hohen Entgeltfortzahlungskosten die personenbedingte Kündigung u.U. erleichtert.



Erfordernis eines BEM bei Verweigerung der datenschutzrechtlichen Einwilligung 1/3

Fragestellung:

Sind AN länger oder häufig erkrankt, verpflichtet § 167 Abs. 2 SGB IX den AG zur Durchführung eines sog. BEM. Dies gilt immer, wenn der AN innerhalb von 12 Monaten durchgängig oder durch verschiedene Kurzerkrankungen länger als 6 Wochen arbeitsunfähig ist.

Das Angebot eines betrieblichen Eingliederungsmanagements durch den AG an den AN ist grundsätzlich Voraussetzung späteren personenbedingten Kündigung. Versäumt der AG ein ordnungsgemäßes BEM, wird die Kündigung scheitern, wenn er nicht darlegen und beweisen kann, dass auch ein BEM schlechterdings nichts hätte beitragen können, andauernde oder erneute Krankheitszeiten zu verhindern und das Arbeitsverhältnis zu erhalten.

Das BAG hatte nunmehr einen Fall zu entscheiden, in dem der AG das BEM zwar angeboten hat, der AN dazu aber auch eine datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung übermittelt hatte. Die AN stimmte dem BEM zwar zu, unterzeichnete die Einwilligungserklärung jedoch nicht, stellte Fragen dazu und wählte eigene Formulierungen. Der AG meinte, ohne die vorformulierte Einwilligungserklärung sei kein BEM möglich und kündigte nach Zustimmung des Inklusionsamts ohne ein BEM.



Erfordernis eines BEM bei Verweigerung der datenschutzrechtlichen Einwilligung 2/3

Lösung:

Nach BAG 15.12.2023, 2 AZR 162/22 war die Kündigung unwirksam. Es sei dem AG auch ohne vorherige datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung möglich und zumutbar, zunächst mit dem beabsichtigten BEM zu beginnen und mit dem AN in einem Erstgespräch den möglichen Verfahrensablauf zu besprechen. Erst wenn sich die Beteiligten des BEM darüber verständigt hätten, welche Angaben über den Gesundheitszustand für die Reduzierung der Arbeitsunfähigkeitszeiten voraussichtlich erforderlich seien, seien datenschutzrechtliche Fragen i.H.a. die Erhebung und Verarbeitung von Gesundheitsdaten des AN von Bedeutung.

- Eine schriftliche Einwilligung des AN in die Verarbeitung der personenbezogenen und Gesundheits-Daten ist nach § 167 Abs. 2 SGB IX keine Voraussetzung für das BEM
- Der AG muss also **auf jeden Fall ein Erstgespräch des BEM auch ohne datenschutzrechtliche Einwilligung anbieten und in diesem klären**, ob personenbezogene Daten und/oder Gesundheitsdaten zu erheben und zu verarbeiten sind und wie die datenschutzrechtlichen Bedenken des AN ausgeräumt werden können bzw. wieweit die Einwilligung des AN dazu zu erreichen ist. Erst danach darf er ggf., z.B. bei Verweigerung von Diagnosen oder Arztberichten, die Fortführung des BEM ablehnen.





Erfordernis eines BEM bei Verweigerung der datenschutzrechtlichen Einwilligung 3/3

Lösung:

- Unterlaufen dem AG also beim Angebot oder bei der Durchführung des BEM Fehler gilt ähnliches wie beim unterbliebenen Angebot:
- Der AG muss darlegen und beweisen, dass der Fehler keinen Einfluss auf die Möglichkeit hatte oder hätte haben können, Maßnahmen zu identifizieren, die die Arbeitsunfähigkeitszeiten reduzieren könnten.
- Wenn der AN gerade wegen des Fehlers eine (weitere) Durchführung des BEM verweigert, spricht dies für eine Möglichkeit, ohne das fehlerhafte Verfahren solche Maßnahmen zu identifizieren.
- Eine Verweigerung aus anderen Gründen spricht grundsätzlich gegen Erfolgsaussichten des BEM.
- Nicht alle Fehler beim BEM haben also Auswirkungen auf die Kündigung.
- Die Zustimmung des IA zur Kündigung begründet keine Vermutung, ein BEM hätte die Kündigung nicht verhindern können.



I. Gesetzgebung, siehe für Pflege- und Familienpflegezeit zu K



Anke Voswinkel
Rechtsanwältin

J. Urlaub - Pflegezeit

II. Rechtsprechung



Urlaubsverjährung bei fehlender Aufforderung zur Urlaubnahme

Fragestellung:

Kann nach den neuen Leitlinien der EuGH- und BAG-Rechtsprechung der Urlaubsanspruch verjähren, wenn der AG seinen Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten nicht nachgekommen ist?

Lösung:

Das BAG 20.12.2022, 9 AZR 266/20 hat sich zwei Urteilen des EuGH vom 22.09.2022, C-120/21 und C-518/20 angeschlossen, wonach der gesetzliche Mindesturlaubsanspruch nicht verjähren kann, wenn der AG seine Mitwirkungsobliegenheiten nicht erfüllt hat.

- Grundsätzlich, ist eine Verjährung von Urlaubsansprüchen gem. § 194 Abs. 1 BGB aber möglich. Die dreijährige Verjährungsfrist beginnt jedoch erst am Ende des Kalenderjahrs, indem der AG den AN korrekt belehrt hat und der AN den Urlaub freiwillig nicht genommen hat.
- Anders für die Urlaubsabgeltung nach Vertragsende: Sie unterliegt nach BAG 31.01.2023, 9 AZR 456/20 der dreijährigen Verjährung beginnend mit Ende des Jahres, in dem das Arbeitsverhältnis endet. Auf die Erfüllung der Belehrungspflichten des AG kommt es für den Verjährungsbeginn bei dem rein finanziellen Anspruch nicht an.



Anke Voswinkel
Rechtsanwältin

K. Mutterschutz - Elternzeit

I. Gesetzgebung



Beantwortungs- und Begründungspflicht bei Teilzeitantrag in Elternzeit, neuer § 15 Abs. 5 S. 4 BEEG 1/2

Ausgangslage:

- Möchte eine AN/ein AN in der Elternzeit Teilzeit arbeiten kannte das Gesetz schon bisher 2 Verfahrensstufen, die praktisch meist in einer zusammengezogen wurden:
- Die/der AN kann nach § 15 Abs. 5 S. 1 BEEG eine Verringerung der Arbeitszeit und ihre Verteilung beantragen. Darüber sollen sich AG und AN innerhalb von 4 Wochen einigen, § 15 Abs. 5 S. 3 BEEG. Sog. Konsensualverfahren.
- Der Antrag kann nach § 15 Abs. 1 S. 2 BEEG mit einer schriftlichen Mitteilung nach Abs. 7 S. 1 NR. 5 verbunden werden. Das beinhaltet die Geltendmachung eines Anspruchs auf Teilzeit in der Elternzeit. In der Praxis wurden die Erklärungen meist verbunden.
- Der Anspruch auf Teilzeit kann nach § 15 Abs. 6 i.V.m Abs. 7 BEEG nur unter bestimmten Voraussetzungen geltend gemacht werden. Gleichzeitig mit dem ersten Antrag oder im Fall eines Scheiterns des Konsensualverfahrens kann der Anspruch verlangt werden, sog. Antragsverfahren.
- Ein Anspruch auf Teilzeit besteht insbes. bei AG, die regelmäßig mehr als 15 AN beschäftigen. Sie können einen TZ-Antrag nur aus dringenden betrieblichen Gründen mit schriftlicher Begründung ablehnen. Für diese AG hat sich nichts geändert.



Beantwortungs- und Begründungspflicht bei Teilzeitantrag, § 15 Abs. 5 S. 4 BEEG 2/2

Neuregelung:

- Mit Gesetz vom 23.12.2023, in Kraft seit 24.12.2023 in Umsetzung einer EU-Richtlinie wurde § 15 Abs. 5 S. 4 BEEG neu eingeführt, der
- v.a. für Kleinbetriebe mit in der Regel mehr als 15 AN (ausschließlich der Auszubildenden) Bedeutung hat, in denen es also keinen Anspruch auf Teilzeit in Elternzeit gibt.
- Auch diese AN müssen schon bislang im Konsensualverfahren mit ihren AN innerhalb von 4 Wochen eine Einigung versuchen.
- Neu eingeführt ist die Verpflichtung eines solchen AG,
 - der/dem AN **innerhalb von 4 Wochen**
 - seine Ablehnung der Elternzeitleistzeit mitzuteilen
 - **mit Begründung**
 - jedoch ohne Formanforderungen, d.h. eine mündliche Ablehnung oder per E-Mail reicht
- Für Verstöße sind keine Sanktionen gegen den AG vorgesehen



Änderungen bei Pflegezeit und Familienpflegezeit

Neuregelung:

- Mit demselben Gesetz vom 23.12.2023, in Kraft seit 24.12.2023 in Umsetzung einer EU-Richtlinie wurden auch das PflegeZG und FPfZG geändert eingeführt.
- Neu eingeführt ist die Verpflichtung eines Kleinunternehmens i.S. des PflegeZG und des FPfZG mit in der Regel 15 oder weniger Beschäftigten gem. § 3 Abs. 6a S.2,3 PflegeZG bzw. § 2a Abs. 5a S.2,3 FPfZG,
 - der/dem AN **innerhalb von 4 Wochen**
 - seine Ablehnung der (teilweisen) Freistellung mitzuteilen
 - **mit Begründung**
 - jedoch ohne Formanforderungen, d.h. eine mündliche Ablehnung oder per E-Mail reicht
- Für Verstöße sind keine Sanktionen gegen den AG vorgesehen.

- Daneben ist für solche Kleinunternehmen neu ein Kündigungsschutz für auf vertraglicher Basis freigestellte AN vorgesehen, § 5 Abs. 1 PflegeZG.



II. Keine neue Rechtsprechung vorzustellen.



Anke Voswinkel
Rechtsanwältin

L. Schadensersatz - Vertragsstrafe

I. Gesetzgebung



Hinweisgeberschutzgesetz 1/7

Gesetz und Zweck

- Gesetz zum besseren Schutz hinweisgebender Personen = Hinweisgeberschutzgesetz, sog. HinSchG vom 31.05.2023, in Kraft seit 02.07.2023
- Hintergrund: EU-RiLi zum Schutz von Whistleblowern war umzusetzen bis 17.12.2021
- Zweck: Hinweisgeber sollen einfach und ohne Angst vor Repressalien auf Missstände bzw. Rechts- und Regelverstöße aufmerksam machen können

- Sachlicher Gegenstand, § 2 HinSchG:
 - strafbewehrte Verstöße oder wichtige bußgeldbewehrte Verstöße gegen Vorschriften zum Schutz von Leben, Gesundheit, Beschäftigtenrecht, Rechte der ANvertretungen
 - aufgezählte Vorschriften des EU- und Bundesrechts
 - Verstöße gegen nationale oder europäische Rechtsakte in bestimmten aufgezählten Rechtsbereichen, z. B. öffentliches Auftragswesen, Umweltrecht
 - auch Geschäftsgeheimnisse, § 6 HinSchG und der Verschwiegenheit unterliegende Vorgänge, § 5 HinSchG, aber in Grenzen



Hinweisgeberschutzgesetz 2/7

Übersicht: Wesentliche Regelungen

- **Schutz der Vertraulichkeit** des Hinweisgebers
- **Schutz** des Hinweisgebers **vor Repressalien**, § 36 HinSchG (entspricht weitgehend Maßregelverbot des § 612 a BGB)
- **Gleichrangige Möglichkeiten „externer“ Meldungen** neben „interner“ – anders als nach bisheriger Rechtsprechung kein Vorrang interner Meldungen, § 7
- Verpflichtung zur **Einrichtung einer internen Meldestelle**
- Bußgeldkatalog bei Verstößen z.B. Nichteinrichtung einer internen Meldestelle (bis 20.000 Euro), Behinderung einer Meldung, verbotener Repressalie oder Verstoß gegen das Vertraulichkeitsgebot (jeweils bis 50.000 Euro), § 40 Abs. 2 HinSchG – Voraussetzung: Vorsatz, Verschulden
- Schadensersatzpflicht von Hinweisgebern, die vorsätzlich oder grob fahrlässig Informationen über Verstöße melden, § 38 HinSchG
- Verbot abweichender Vereinbarungen, § 39 HinSchG → **Empfehlung**: Betriebsvereinbarungen, bestehende Regelungen zu Beschwerdesystem z.B. nach AGG und insbes. vertragliche Verschwiegenheitsklauseln prüfen



Hinweisgeberschutzgesetz 3/7

Interne Meldestellen, § 12 ff HinSchG – Verpflichtende Einrichtung

- Unternehmen/Beschäftigungsgeber mit 50 oder mehr AN (wohl Kopfprinzip) sowie
- kleinere Unternehmen bestimmter Branchen (Wertpapiere, Börse, Kapitalverwaltung)
- Betrieb durch Dritte z.B. eine Anwaltskanzlei = Auslagerung möglich, str. wie weit durch konzerneinheitlichen Meldekanal (dt. Gesetzgeber: zulässig; Kommission: unzulässig)
- Gemeinsamer Betrieb von Unternehmen mit 50-249 AN möglich
- Unabhängigkeit und Fachkunde der beauftragten Personen müssen gewahrt sein (= keine Weisungsgebundenheit für die Funktion), aber kein Sonderkündigungsschutz beauftragter AN
- Zwingende Offenheit des Meldekanals für Leih-AN, fakultativ für Dienstleister
- Ermöglichung anonymer Meldungen nicht zwingend, § 16 Abs. 1 S. 5
- Befugnis zur Prüfung von Meldungen und Ergreifung von Folgemaßnahmen erforderlich
- detaillierte Verfahrensregelungen zur Behandlung von Meldungen, §§ 11,16-18, insbes. zwingende Ermöglichung Meldungen mündlich oder in Textform und von persönlichen Treffen, fristgebundener Eingangsbestätigung und fristgebundenen Rückmeldepflichten
- Mitbestimmungspflicht des BR nach allgemeinen Regeln bei der Ausgestaltung = „Wie“



Hinweisgeberschutzgesetz 4/7

Geschützte Hinweisgeber, §§ 33, 34 HinSchG - wer

- ✓ im Zusammenhang mit seiner beruflichen Tätigkeit oder deren Vorfeld, § 1 HinSchG
- ✓ zum Zeitpunkt der Meldung oder Offenlegung hinreichenden Grund zur Annahme hatte
- ✓ der Wahrheit der gemeldeten oder offengelegten Informationen,
- ✓ die Verstöße im Anwendungsbereich des Gesetzes betreffen,
- ✓ auch Dritter = nicht selbst von Verstoß Betroffener z.B. *nicht selbst durch eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz Betroffener, sondern Beobachter (anders als nach AGG)*

≠ „wissentlich unwahre oder leichtfertig falsche Angaben“ oder richtige Angaben, aber zu nicht strafbaren Vorgängen, wenn für den AN die Haltlosigkeit des Vorwurfs erkennbar war

- Bei **vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Falschmeldungen kein Vertraulichkeitsschutz** des Hinweisgebers über seine Identität. Personen, die von seiner Meldung betroffen waren, haben ein Interesse an der Bekanntmachung zur Geltendmachung evtl. Schadensersatzansprüche



Hinweisgeberschutzgesetz 5/7

→ Wahl zwischen interner und externer Meldung, § 7 HinSchG

- kein Vorrang des innerbetrieblichen Klärungsversuchs wie nach bisheriger kündigungrechtlicher Rechtsprechung mehr
- aber „Soll“-Vorschrift = Appell: bevorzugt interne Meldung, wenn intern lösbar und keine Repressalien zu befürchten
- zudem: enger Kreis möglicher externer Meldestellen, §§ 27 ff. HinSchG (beim Bundesamt für Justiz, von Ländern eingerichteten, BaFin, Bundeskartellamt)
- darüber hinausgehende Offenlegung, insbes. an Presse und Öffentlichkeit ist nachrangig, § 32 HinSchG: wenn auf Meldung an ext. Stelle nicht innerhalb bestimmter Frist angemessen reagiert wird oder bei unmittelbarer oder offenkundiger Gefährdung des öffentlichen Interesses



Hinweiserschutzesgesetz 6/7

Vertraulichkeitsgebot, § 8 HinSchG

- zugunsten Hinweisgeber
 - Ausnahmen für Hinweisgeber, § 9 HinSchG
 - im Strafverfahren auf Verlangen der Strafverfolgungsbehörden
 - im Verwaltungsverfahren auf behördliche Anordnung
 - Weitergabe ist für Folgemaßnahmen erforderlich und der Hinweisgeber hat in Textform eingewilligt
 - Verhältnis zu Datenschutz unklar, § 26 BDSG als weitere Grenze oder zusätzlicher Ausnahmetatbestand?
- zugunsten betroffener Person
 - Ausnahmen umfangreicher, § 9 Abs 4 HinSchG, Ergreifung von Folgemaßnahmen möglich
 - Problem: Verhältnis **zu datenschutzrechtlichem Informations- und Auskunftsanspruch** des Betroffenen, Art. 14 u. 15 DS-GVO → in beide Richtungen Bußgeldandrohung für AG, ob er nun Auskünfte erteilt (Vertraulichkeit evtl. verletzt) oder nicht erteilt (evtl. Datenauskunft verletzt)



Hinweisgeberschutzgesetz 7/7

Beweislastumkehr beim Schutz vor Repressalien, § 36 Abs. 2 HinSchG

„Erleidet eine hinweisgebende Person eine Benachteiligung im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit und macht sie geltend, diese Benachteiligung infolge einer Meldung oder Offenlegung nach diesem Gesetz erlitten zu haben, so wird vermutet, dass diese Benachteiligung eine Repressalie für diese Meldung oder Offenlegung ist. In diesem Fall hat die Person, die die hinweisgebende Person benachteiligt hat, zu beweisen, dass die Benachteiligung auf hinreichend gerechtfertigten Gründen basierte oder dass sie nicht auf der Meldung oder Offenlegung beruhte..“

- Dauer der Vermutungswirkung?
- **Empfehlung:** Trennung Personalverantwortliche und Meldestelle; aussagekräftige Dokumentation von Personalentscheidungen
- Kündigungsschutzrechtliche Darlegungs- und Beweislast des AG bleibt unberührt → Auswirkungen im Kündigungsfall eher im Kleinbetrieb oder Wartezeit nach KSchG
- Beispiel: Bei Nichtverlängerung von befristeten Arbeitsverhältnissen kein Einstellungsanspruch, aber evtl. Schadensersatzanspruch des AN, s.u.
- Schadensersatzpflicht des „Verursachers“ der Benachteiligung, § 37 Abs. 2, also u.U. eines anderen AN; kein Anspruch auf Einstellung oder Vertragsschluss, § 37 Abs. 3



Checkliste To Do´s Hinweisgeberschutzgesetz

1. Bestandsaufnahme:
Bestehende Meldekanäle auf Konformität prüfen; für die erstmalige Einrichtung Projektverantwortlichen benennen; ggf. internationale Tochterunternehmen und Rechtslage im Ausland berücksichtigen
2. Einbeziehung der arbeitsrechtlich Verantwortlichen und des Datenschutzbeauftragten, evtl. der Compliance-Verantwortlichen
3. Entscheidung über den Aufbau einer internen Meldestelle oder Auslagerung auf Dritten
4. Beteiligung des BR
5. Entscheidung für Meldekanäle und Zuständigkeiten, Festlegung des Verfahrens
6. Schulung der Verantwortlichen
7. Prüfung von Betriebsvereinbarungen und Arbeitsverträgen auf Anpassungsbedarf
8. Ggf. Information der Belegschaft und Motivierung der Nutzung interner Kanäle, Erstellung einer Richtlinie für das Hinweisgebersystem, Vermittlung der Unternehmenswerte als Anreiz für eine interne vorrangig vor einer externen Meldung



L. Schadensersatz - Vertragsstrafe

II. Rechtsprechung



Verletzung der Hinweispflicht auf die Ausschlussfrist

Fragestellung:

Das Nachweisgesetz verlangt, dass der AG den AN auch auf eine Ausschluss- bzw. Verfallfrist in Schriftform hinweist. Das BAG hatte erstmals ein Urteil zu entscheiden, welche Rechtsfolgen eine Verletzung dieser Pflicht hat.

Lösung:

BAG 22.09.2022, 8 AZR 4/21 legt fest, dass der AN in diesem Fall einen Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB hat. Dieser beläuft sich auf die Höhe des erloschenen Vergütungsanspruchs, wenn der Vergütungsanspruch nur wegen der Versäumung der Ausschlussfrist erloschen ist und er bei gesetzmäßigem Nachweis seitens des AG nicht untergegangen wäre.

- Grundsätzlich wird vermutet, dass der AN die Frist im Falle eines Hinweises beachtet hätte.
- Die Vermutung aufklärungsgemäßen Verhaltens reicht allerdings nicht soweit, dass angenommen werden kann, der Geschädigte hätte ihm nicht bekannte Ansprüche rechtzeitig vor Ablauf der Frist geltend gemacht. Bei Ansprüchen, die dem AN nicht bekannt waren, ist davon auszugehen, dass dieser sie auch in Kenntnis der Ausschlussfrist nicht rechtzeitig hätte geltend machen können.



Höhe einer Vertragsstrafe 1/2

Fragestellung:

Vertragsstrafen für den Fall, dass der AN das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung der vereinbarten Kündigungsfrist löst, sind grundsätzlich zulässig. Die Gestaltung ist jedoch schwierig. Das BAG hatte einen Fall zu entscheiden, in dem nach einer 5-monatigen Probezeit die ordentliche Kündigung für drei Jahre ausgeschlossen war und es bestand eine 6-monatige Kündigungsfrist. Es ging um eine Ärztin in der Weiterbildung zur Fachärztin. Neben dem Kündigungsausschluss war eine Vertragsstrafe in Höhe von drei Bruttomonatsgehältern für die vertragswidrige Loslösung vereinbart. Während eine Vertragsstrafe in Höhe von einem Bruttomonatsgehalt grundsätzlich für zulässig erachtet wurde, ist offen unter welchen Umständen eine höhere Vertragsstrafe vereinbart werden kann.

Lösung:

Nach BAG 20.10.2022, 8 AZR 332/21 kommt es auf den Einzelfall an. Auch nach AGB-Recht gibt es keine allgemeine Höchstgrenze. Hier spreche zwar der langfristige Kündigungsausschluss mit der langen Kündigungsfrist für ein gesteigertes AG-Interesse an der Arbeitsleistung. Dies rechtfertigt jedoch die Höhe der Vertragsstrafe nicht.



Höhe einer Vertragsstrafe 2/2

Denn gerade die Kombination aus langfristigem Kündigungsausschluss und hoher Vertragsstrafe würde den betroffenen AN besonders stark belasten. Der relativ überschaubare Weiterbildungszeitaufwand von knapp 20 – 40 Minuten täglich oder etwaige Schwierigkeiten bei der Neubesetzung der Stelle könnten eine solch hohe Vertragsstrafe ebenfalls nicht rechtfertigen.

➤ Empfehlung:

Proportional zur Beschäftigungsdauer ansteigende Vertragsstrafe vereinbaren, insbesondere für eine Kündigung kurz nach der Probezeit; Anknüpfungspunkt grundsätzlich das Bruttogrundgehalt, das für den Zeitraum der Kündigung geschuldet wird, die zum Zeitpunkt des vertragswidrigen Verhaltens gelten würde.



Auskunftsanspruch des BR über betriebliche Schwerbehinderte

Fragestellung:

Ein BR hat von einer AG gefordert, ihm ein Verzeichnis aller im Betrieb und Unternehmen beschäftigten Schwerbehinderten und Gleichgestellten zu übermitteln, einschließlich der leitenden Angestellten. Der AG verneinte den Auskunftsanspruch im Hinblick darauf, dass nach seiner Ansicht der Schwellenwert für die Wahl einer Schwerbehindertenvertretung nicht gegeben sei.

Lösung:

Nach BAG 09.05.2023, 1 ABR 14/22 stehen dem BR die geforderten Daten zu. Der Anspruch ergibt sich aus § 80 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 BetrVG i.V.m. §§ 80 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG, 176, 164 SGB IX. Die Aufgaben des BR zur Förderung der Eingliederung Schwerbehinderter und deren Überwachung erfassen alle Schwerbehinderten und Gleichgestellten, auch die Leitenden nach § 5 Abs. 3 BetrVG.

- Datenschutzrechtlich ist die Auskunft nach § 26 Abs. 3 i.V.m. § 22 Abs. 2 BDSG legitimiert.
- Der BR muss aber **darlegen, dass er die erforderlichen Datenschutzmaßnahmen wahrt, andernfalls ist der Auskunftsanspruch ausgeschlossen**
- Das Einverständnis der betroffenen Schwerbehinderten ist nicht erforderlich.





Betriebsratsvorsitzender als Datenschutzbeauftragter 1/2

Fragestellung:

Ist ein Betriebsratsvorsitzender als Datenschutzbeauftragter geeignet? Diese Frage hatte das BAG zu beantworten, nachdem der Arbeitgeber die bereits erfolgte Bestellung auf Veranlassung des Landesbeauftragten für Datenschutz widerrufen hatte und der AN/BR-Vorsitzende sich dagegen wehrte.

Lösung:

Ein Datenschutzbeauftragter muss die erforderliche Fachkunde und Zuverlässigkeit aufweisen. Letztere ist gefährdet, wenn ein Interessenkonflikt droht. Nach BAG 06.06.2023, 9 AZR 383/19 sind für diese Feststellung seien alle relevanten Umstände des Einzelfalls zu würdigen. Nach dem BAG droht ein Interessenkonflikt, wenn der Datenschutzbeauftragte innerhalb einer Einrichtung eine Position bekleidet, die die Festlegung von Zwecken und Mitteln der Verarbeitung personenbezogener Daten zum Gegenstand hat.

Die Aufgaben eines Betriebsratsvorsitzenden und eines Datenschutzbeauftragten könnten typischerweise nicht durch dieselbe Person ohne Interessenkonflikt ausgeübt werden:



Betriebsratsvorsitzender als Datenschutzbeauftragter 2/2

- Personenbezogene Daten dürften dem Betriebsrat nur für Zwecke zur Verfügung gestellt werden, die das BetrVG ausdrücklich vorsieht. Der BR habe als Gremium darüber zu entscheiden, warum er unter welchen konkreten Umständen in Ausübung seiner gesetzlichen Aufgaben personenbezogene Daten vom AG fordere und auf welche Weise er diese anschließend verarbeite. In diesem Rahmen lege er die Zwecke und Mittel der Verarbeitung personenbezogener Daten fest.
- Die hervorgehobene Funktion des BR-Vorsitzenden, der den BR im Rahmen der gefassten Beschlüsse vertrete, hebe die zur Erfüllung der Aufgaben eines Datenschutzbeauftragten erforderliche Zuverlässigkeit i.S.v. § 4f Abs. 2 Satz 1 BDSG a.F. auf.
- Dem entsprechend sei der Widerruf der Bestellung aus wichtigem Grund i.S.v. § 4f Abs. 3 Satz 4 BDSG a.F. i.V.m. § 26 Abs. 1 BGB gerechtfertigt.



Mitbestimmungspflicht bei sozialen Medien 1/3

Fragestellung:

Hat ein BR ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG i.H.a. eine technische Überwachungseinrichtung, wenn der AG in sozialen Medien Seiten oder Kanäle betreibt und auf die dort eingestellten Beiträge Nutzer nach eigenen Belieben Kommentare abgeben konnten und dabei auch Verhalten oder Leistungen einzelner Beschäftigter thematisieren können? Dies insbesondere, wenn Beiträge und Kommentare in den sozialen Medien gespeichert werden? Kommt es auf die Auswertung an?

Im entschiedenen Fall des Bundesverwaltungsgerichts ging es um eine Dienststelle der Deutschen Rentenversicherung Bund und einen Antrag des Personalrats, die Rechtslage im BetrVG ist jedoch vergleichbar.

§ 80 Abs. 1 Nr. 21 BPersVG und § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG sind fast wortgleich, sollten also eine einheitliche Auslegung haben.



Mitbestimmungspflicht bei sozialen Medien 2/3

Lösung:

Nach BVerwG 04.05.2023, 5 P 16.21 ist ein Mitbestimmungsrecht bei der Einrichtung und Anwendung von Seiten oder Kanälen in sozialen Medien mit Kommentarfunktion nicht generell, sondern nach Maßstäbe der Umstände des Einzelfalls gegeben. Zweck sei es, einen Überwachungsdruck für die AN zu vermeiden. Dieser Schutzzweck gebiete es, bereits das Speichern von Nutzerkommentaren mit verhaltens- oder leistungsbezogenen Angaben als selbständige (Überwachungs-)Leistung einer technischen Einrichtung anzusehen, denn dies berge grundsätzlich die Gefahr, dass der AG diese Daten auswerte und erzeuge daher den Überwachungsdruck.

Ob dies im Einzelfall der Fall sei, also ob eine konkrete Überwachungseignung gegeben sei, hänge von der Wahrscheinlichkeit für das Einstellen entsprechen Nutzerkommentare ab.



Mitbestimmungspflicht bei sozialen Medien 3/3

Ginge es bei den Beiträgen lediglich um sachbezogene allgemeine Informationen über die Aufgaben der Dienststelle, scheidet ein Mitbestimmungsrecht aus. Berichte die Dienststelle dagegen selbst über konkrete Beschäftigte und ihr Tätigkeitsfeld und lenke damit den Blick des Publikums auf das dienstliche Verhalten und die Leistung der Beschäftigten, sei dies anders. Auch das tatsächliche Nutzerverhalten, wenn im Laufe der Zeit eine nennenswerte Zahl verhaltens- oder leistungsbezogener Nutzerkommentare abgegeben würden, könne eine Überwachungseignung begründen, auch wenn dies ursprünglich nicht gegeben war.

- Was bedeutet dies für den privaten AG?
- Das BAG stellt weniger als das BVerwG auf die Wahrscheinlichkeit des Einstellens der Postings ab und hat es im Beschluss vom 13.12.2016, 1 ABR 7/15 für das Mitbestimmungsrecht schon genügen lassen, dass es Nutzern von Facebook ermöglicht wird, über die Funktion „Besucher-Beiträge“ Postings zum Verhalten und zur Leistung der AN einzustellen. Dem entsprechend wurde das Betreiben eines Twitter-Accounts durch den AG aufgrund der Funktionalität „Antwort“ als vom LAG Hamburg mitbestimmungspflichtig angesehen.
- noch keine abschließende Klärung der Rechtsprechung



O. Versetzung – Vertragsänderung

Versetzung ins Ausland per Direktionsrecht

Fragestellung:

Zum Kern des Weisungsrechts des AG gehört nach § 106 Abs. 1 GewO das Recht, den Arbeitsort des ANs zu bestimmen. Wie weit das örtliche Direktionsrecht geht, war bislang unklar, insbesondere ob es auf die politische Gemeinde des ursprünglichen Einsatzorts beschränkt war. Nach verbreiteter Meinung war es jedenfalls auf die BRD beschränkt, wenn keine Versetzbarkeit ins Ausland vereinbart war. Nach dem BAG ist der Umfang des Weisungsrechts besonders weitgehend, wenn der AN von vornherein keinen bestimmten Arbeitsort zugewiesen bekommen hat, z.B. Monteure, Außendienstler.

Lösung:

BAG 30.11.2022, 5 AZR 336/21 stellt klar, dass das gesetzliche Weisungsrecht nach § 106 Abs. 1 GewO auch die Versetzung ins Ausland umfasst. Solange nicht im Arbeitsvertrag etwas anderes ausdrücklich oder nach den Umständen stillschweigend vereinbart ist, ist das Versetzungsrecht nicht auf das Inland beschränkt.

- Die Ausübung des als solches bestehenden Rechts unterliegt allerdings wie allgemein einer Billigkeitskontrolle, d.h. die konkrete Versetzung muss nach den Umständen der Billigkeit entsprechen.
- I.H.a. das NachwG **Tipp**: bei Angaben zum Arbeitsort im Arbeitsvertrag immer klarstellen, dass die Weisungsbefugnis unberührt bleiben soll.



P. Abmahnung

Keine neue Rechtsprechung vorzustellen.



Böswilliges Unterlassen und fehlende Arbeitslosmeldung 1/2

Fragestellung:

Ist ein AN gekündigt und dauert der Kündigungsschutzprozess nach Ablauf der Kündigungsfrist noch an, stellt sich bei späterem Prozessverlust des AG immer wieder die Frage, ob er dem AN für Dauer des Prozesses Annahmeverzugslohn schuldet. Diese Pflicht entfällt oder wird durch Anrechnung reduziert nach § 11 Nr. 2 KSchG, wenn der AN es böswillig unterlassen hat, zumutbaren anderweitigen Verdienst zu erzielen. Unklar war bislang immer noch die Auswirkung fehlender Arbeitslosmeldung des AN. In einem aktuellen Fall hatte der AN als leitender Mitarbeiter sich nicht arbeitssuchend gemeldet und bezog keine Leistungen der Arbeitsagentur.

Lösung:

Nach BAG 12.10.2022, 5 AZR 30/22 ist die fehlende Arbeitssuchendmeldung im Rahmen der Gesamtabwägung zu berücksichtigen. Diese Pflichtverletzung sei jedoch nicht das alleinige Kriterium zur Beurteilung der „Böswilligkeit“ und „Zumutbarkeit“. Es sind auch andere Umstände wie beispielsweise eine leitenden Position und eigene Bemühungen um eine anderweitige Tätigkeit zu berücksichtigen. Außerdem sei hypothetisch zu prüfen, ob die Arbeitsagentur Vermittlungsangebote gemacht hätte und welchen Erfolg diese gehabt hätten.



Böswilliges Unterlassen und fehlende Arbeitslosmeldung 2/2

- Die Beweislast hat der AG nach den Grundsätzen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast

- **Tipp:**
 1. AN bei der Kündigung auf die Meldepflicht – als arbeitssuchend - hinweisen und
 2. vom AN Auskünfte über die Arbeitslosmeldung sowie die etwaigen Vermittlungsangebote der Arbeitsagentur verlangen sowie
 3. wenn möglich, passende (externe) Stellenangebote selbst an den AN senden.



R. Personenbedingte Kündigung

Keine neue Rechtsprechung vorzustellen.



S. Verhaltensbedingte Kündigung

Verwertungsverbot bei offener Videoüberwachung 1/2

Fragestellung:

Das BAG hatte sich wieder mit der Frage zu befassen, ob für Beweismittel, die per offener Videoüberwachung ermittelt wurden, ein Verwertungsverbot im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses besteht.

Grundsätzlich wird ein solches Verwertungsverbot in Bezug auf solche Aufzeichnungen abgelehnt, die vorsätzlich vertragswidriges Verhalten des AN belegen sollen.

Im zu entscheidenden Fall ging es um die außerordentliche Kündigung eines AN, der einen Arbeitszeitbetrug in der Art begangen hatte, dass er Mehrarbeit angegeben, aber nicht geleistet hatte. Die Beklagte hatte festgestellt, dass er das Betriebsgelände noch vor Schichtbeginn wieder verlassen hatte, in dem sie Aufzeichnungen einer durch ein Piktogramm ausgewiesenen und auch sonst nicht zu übersehender Videokamera an einem Tor zum Werksgelände ausgewertet hatte. Der Kläger hatte gerügt, dass der AG das Bildmaterial zu lange aufbewahrt hatte.

Lösung:

Nach BAG 29.06.2023, 2 AZR 296/22 besteht kein Verwertungsverbot bezüglich Aufzeichnungen aus einer offenen Videoüberwachung, selbst dann nicht, wenn die Überwachungsmaßnahme nicht vollständig im Einklang mit den Vorgaben des Datenschutzrechts stand.



Verwertungsverbot bei offener Videoüberwachung 2/2

Lösung:

Es spiele keine Rolle, ob die Überwachung in jeder Hinsicht den Vorgaben des BDSG oder der DSGVO entspreche. Dies gelte jedenfalls dann, wenn die Datenerhebung wie im entschiedenen Fall offen erfolge und vorsätzlich vertragswidriges Verhalten des AN in Rede stehe. In einem solchen Fall sei es grundsätzlich irrelevant, wie lange der AG mit der erstmaligen Einsichtnahme in das Bildmaterial zugewartet und es bis dahin vorgehalten habe.

- Die Verarbeitung sei auch bei einer Änderung des Zwecks zulässig wegen des Schutzes der Unabhängigkeit der Justiz und von Gerichtsverfahren und zur Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Rechtspflege. „Datenschutz ist kein Tatschutz.“
- Auch eine BV könnte kein Verwertungsverbot regeln:
keine Regelungsmacht der Betriebspartner für Verfahrensrecht der ZPO, unzulässige Erschwerung der außerordentlichen Kündigung des AG; nicht mit Ziel der Zusammenarbeit „Wohl des Betriebs vereinbar“



S. Verhaltensbedingte Kündigung

Kündigung wegen Äußerung in einer Chatgruppe 1/2

Fragestellung:

Äußern sich AN beleidigend über den AG oder seine Mitarbeiter im privaten Kreis, stellt sich immer wieder die Frage, wie weit dies Anlass für eine Kündigung sein kann.

Das BAG hatte einen Fall zu entscheiden, in dem ein AN sich in einer aus 7 Mitgliedern bestehenden privaten Chatgruppe in stark beleidigender, rassistischer, sexistischer und zu Gewalt aufstachelnder Weise über Vorgesetzte und andere Kollegen geäußert hat. Zu den Mitgliedern gehörten auch 6 andere AN des AG. Alle Gruppenmitglieder waren „langjährig befreundet“, zwei miteinander verwandt. Der AG hatte zufällig von den Äußerungen Kenntnis erhalten und das Arbeitsverhältnis fristlos gekündigt. Die Frage war, ob der AN bei Äußerung im engen privaten Kreis auf der Linie früherer Rechtsprechung berechtigt Vertraulichkeit erwarten durfte.



S. Verhaltensbedingte Kündigung

Kündigung wegen Äußerung in einer Chatgruppe 2/2

Lösung:

Nach BAG 24.08.2023, 2 AZR 17/23 bestand in diesem Fall keine berechnigte Vertraulichkeitserwartung des AN. Eine solche sei nur dann berechnigt, wenn die Mitglieder der Chatgruppe den besonderen persönlichkeitsrechtlichen Schutz einer Sphäre vertraulicher Kommunikation in Anspruch nehmen können. Dies ist abhängig vom Inhalt der ausgetauschten Nachrichten sowie der Größe und der personellen Zusammensetzung der Chatgruppe. Sind Gegenstand der Nachrichten, wie im entschiedenen Fall, beleidigende und menschenverachtende Äußerungen über Betriebsangehörige, bedarf es einer besonderen Darlegung, warum der AN berechnigt erwarten konnte, deren Inhalt werde von keinem Gruppenmitglied an einen Dritten weitergegeben. Um dies festzustellen, verwies das BAG die Sache wieder an das LAG.



T. Betriebsbedingte Kündigung

Kein Individualschutz durch Massenentlassungsanzeige

Fragestellung:

Kann ein AN die Wirksamkeit einer Kündigung dadurch angreifen, dass der zuständigen Arbeitsagentur bei einer Massenentlassungsanzeige keine Abschrift der Mitteilung an den BR übermittelt worden ist, wie das nach § 17 Abs. 3 S.1 KSchG Wirksamkeitsvoraussetzung für die Entlassung ist. Das BAG hatte Zweifel, ob ein Verstoß gegen die Vorschrift zwangsläufig zur Nichtigkeit der Kündigung führe, da weder die EU-Richtlinie noch das nationale Recht eine ausdrückliche Sanktion für einen solchen Verstoß vorstehen.

Lösung:

Nach EuGH 13.07.2023, C-134/22 ist die Kündigung nicht nichtig. Die Verpflichtung des AG, der zuständigen Behörde eine Abschrift zumindest bestimmter Anteile der schriftlichen Mitteilung an den BR zu übermitteln, habe nicht den Zweck, dem betroffenen AN Individualschutz zu gewähren. Die Mitteilung habe nur Informations- und Vorbereitungszwecke für die zuständige Behörde, um sich auf die zu vermittelnden AN vorzubereiten.



U. Mitbestimmung Kündigung

Sozialplan „Null“ bei einem Konzernunternehmen

Fragestellung:

Kann eine Einigungsstelle in einem Einigungsstellenspruch bei der Aufstellung eines Sozialplans über eine Betriebsstillegung außerhalb der Insolvenz Abfindungen zusagen, wenn das Unternehmen stark defizitär ist, u. and. das Eigenkapital aufgebraucht ist? Gilt dies auch, wenn andere Konzernunternehmen wirtschaftlich solvent sind und Liquiditätszusagen zugunsten des Unternehmens abgegeben hatten, die jedoch im konkreten Fall nahezu aufgebraucht waren? Oder muss der Spruch von Abfindungen absehen, sog. Null-Sozialplan?

Lösung:

Die Einigungsstelle muss sich nach § 112 Abs. 5 BetrVG auch von der wirtschaftlichen Vertretbarkeit für das Unternehmen leiten lassen. Nach BAG 14.02.2023, 1 ABR 28/21 sind deren Grenzen überschritten, wenn die Erfüllung der Sozialplanansprüche zu Illiquidität, bilanzieller Überschuldung oder nicht hinnehmbarer Schmälerung des Eigenkapitals führen würde. Das gilt auch wenn das Unternehmen in einen Konzern eingebunden ist und andere Konzernunternehmen den Sozialplan erfüllen könnten. Eine konzernweite Betrachtung ist nicht geboten.

- Jedoch schließen wirtschaftliche Schwierigkeiten als solche einen Sozialplan mit Abfindungen nicht aus, Umkehrschluss aus § 123 InsO.



V. Freistellung

Keine neue Rechtsprechung vorzustellen.



W. Austrittsvereinbarung

Keine neue Rechtsprechung vorzustellen.



Keine neue Rechtsprechung vorzustellen.