

Luther.



FOKUS
Die Vergütung von
Betriebsräten

Newsletter Arbeitsrecht

1. Ausgabe 2024

Inhalt

Die Vergütung von Betriebsräten – De lege lata = de lege ferenda?	4
Datenschutzbeauftragte und Interessenkonflikte: Zur Gefahr der Unvereinbarkeit mit sonstigen Aufgaben und Ämtern	7
Nach der Krise ist vor der Krise? Altes und Neues zum Kurzarbeitergeld	9
■ ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN	
Widerspruch gegen einen Betriebsübergang – Inhalts des Unterrichtungsschreibens	11
Keine Mitbestimmung des Betriebsrats bei Einführung eines Smartphone-Verbots während der Arbeit	12
Teilzeit während der Elternzeit – Verweigerung der Zustimmung durch den Arbeitgeber	14
Beendigung des Arbeitsverhältnisses als Leistungsvoraussetzung einer Invaliditätsrente	16
Wirksame Kündigung trotz fehlerhafter Massentlassungsanzeige?	17
Erschütterung des Beweiswerts von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen	19
Ablehnung eines Teilzeitbegehrens – Anforderung an die Darlegung eines Organisationskonzepts	21
Virtuelle Betriebsratssitzung – Anspruch auf Überlassung von Tablets oder Notebooks?	23
■ RECHTSPRECHUNG IN KÜRZE	
■ INTERNATIONALER NEWSFLASH AUS UNYER	
Österreich: Kostenerstattung bei Heimarbeit?	30
■ ALLGEMEINE HINWEISE	
Autoren dieser Ausgabe	31
Veranstaltungen, Veröffentlichungen und Blog	32

Liebe Leserinnen und Leser

der Frühling steht endlich vor der Tür. Wir freuen uns, Ihnen mit diesem Newsletter unsere erste Ausgabe im aktuellen Kalenderjahr präsentieren zu können.

Den Anfang machen wir in dieser Ausgabe mit einem für die Praxis äußerst relevanten und aktuellen Thema: Astrid Schnabel und Volker von Alvensleben aus unserem Hamburger Büro befassen sich mit Fragen zur Vergütung von Betriebsräten. Unternehmen bereitet die Festsetzung der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern auf der Grundlage des sog. Lohnausfallprinzips regelmäßig Schwierigkeiten. Dies gilt insbesondere bei über viele Jahre hinweg gänzlich freigestellten Betriebsratsmitgliedern. Vor diesem Hintergrund hat das Bundeskabinett einen Regierungsentwurf zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes vorgelegt. Astrid Schnabel und Volker von Alvensleben äußern in ihrem instruktiven Beitrag erhebliche Zweifel, dass die vorgesehene Gesetzesänderung zur Problemlösung beiträgt.

Kevin Brinkmann, ebenfalls aus Hamburg, beleuchtet in seinem Beitrag die Risiken und Interessenkonflikte, die sich ergeben, wenn Datenschutzbeauftragte weitere Aufgaben und Ämter im Unternehmen übernehmen. Er zeigt auf, was Unternehmen beachten sollten, wenn Datenschutzbeauftragte benannt werden und wie im Falle eines später eintretenden Interessenkonflikts zu reagieren ist.

In Zeiten gestiegener Energiekosten kann Kurzarbeit und der Bezug von Kurzarbeitergeld eine Möglichkeit sein, um potenziellen Arbeitsausfällen im Unternehmen zu begegnen. In ihrem Beitrag zum Kurzarbeitergeld geben Axel Braun und Christoph Corzeilius aus unserem Kölner Büro einen Überblick hinsichtlich der aktuellen Kriterien dieses in der Praxis weiterhin relevanten Instruments.

Auch in dieser Ausgabe berichten wir daneben wieder über aktuelle arbeitsrechtliche Themen und Entwicklungen aus der unyer Welt. Anna Mertinz, Partnerin unserer österreichischen unyer Netzwerk-Kanzlei KWR, berichtet in ihrem Beitrag über ein aktuelles Urteil des Obersten Gerichtshofs in Wien zur Kostenerstattung bei Heimarbeit.

Neben unseren Schwerpunktthemen erhalten Sie auch mit dieser Ausgabe den gewohnten Überblick über aktuelle Entscheidungen der Arbeitsgerichte, die aus unserer Sicht für die Personalarbeit von besonderer Relevanz sind. Lassen Sie uns gern wissen, welche Themen für Sie von besonderem Interesse sind. Wir freuen uns auf Ihr Feedback!

Wir wünschen Ihnen viel Spaß bei der Lektüre.

Herzliche Grüße

Ihr

Achim Braner

Die Vergütung von Betriebsräten – De lege lata = de lege ferenda?

Während Betriebsratsmitglieder für ihre Betriebsratsstätigkeit keine gesonderte Vergütung erhalten, muss der Arbeitgeber nach dem sog. Lohnausfallprinzip das Entgelt bezahlen, das die Betriebsratsmitglieder erhalten würden, wenn sie keine Betriebsratsstätigkeiten, sondern ihre Arbeitsaufgaben wahrgenommen hätten. Die Festsetzung einer Vergütung, die weder begünstigt noch benachteiligt, bereitet in der Praxis jedoch erhebliche Schwierigkeiten. Aus diesem Grund hat das Bundeskabinett einen Regierungsentwurf zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes vorgelegt.



I. Das Betriebsratsamt als Ehrenamt

Nach § 37 Abs. 1 BetrVG führen die Mitglieder des Betriebsrats ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt. Begründet wird dies damit, dass sich nur so die Unabhängigkeit des Betriebsratsmitglieds und des Betriebsrats als Organ gewährleisten lassen. Mit § 78 Satz 2 BetrVG stellt der Gesetzgeber sicher, dass davon abweichende Regelungen untersagt sind. Gleichwohl getroffene Vereinbarungen sind gem. § 78 Satz 2 BetrVG i. V. m. § 134 BGB nichtig. Nach wohl h. M. können zu viel geleistete Beträge kondiziert werden, ohne, dass der Ausschluss des § 817 Satz 2 BGB dem entgegensteht. Ferner können verbotswidrig bemessene Betriebsratsvergütungen den Tatbestand des § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG erfüllen; im Übrigen kommt eine Strafbarkeit wegen Untreue gem. § 266 StGB in Betracht, wenn eine zu hoch bemessene Vergütung vorliegt.

II. Vergütung nach dem Lohnausfallprinzip

Nach den §§ 37 Abs. 2, 78 Satz 2 BetrVG sowie § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG dürfen Betriebsräte aufgrund ihres Betriebsratsamts nicht benachteiligt werden. Die arbeitsvertragliche Vergütung ist auch für die Zeit, in der sie Betriebsratsarbeit leisten, zu zahlen. Gemäß § 37 Abs. 2 BetrVG sind die Mitglieder des Betriebsrats von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts zu befreien, wenn und soweit es nach Umfang und Art des Betriebs zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Liegen die Voraussetzungen vor, wird das Betriebsratsmitglied von der Arbeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts befreit. Demnach gilt das sog. Lohnausfallprinzip. Sollte der Arbeitnehmer eine feste Vergütung erhalten, ist dies unproblematisch. Problematischer ist die Umsetzung bei variablen Vergütungskomponenten, deren Höhe von der Leistung oder dem Erfolg des Mitarbeiters abhängig ist. Die Berechnung der variablen Ver-

gütung erfolgt ebenfalls nach dem Lohnausfallprinzip. Dies erfordert eine hypothetische Betrachtung, welches Arbeitsentgelt das Betriebsratsmitglied ohne die Arbeitsbefreiung verdient hätte. Zur Berechnung der hypothetischen Vergütung ist die Methode zu wählen, die dem Lohnausfallprinzip am besten gerecht wird.

III. Berufliche Entwicklung des Betriebsratsmitglieds

Nach § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG darf das Arbeitsentgelt von Mitgliedern des Betriebsrats einschließlich eines Zeitraums von einem Jahr nach Beendigung der Amtszeit nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. Erhebliche Schwierigkeiten stellen sich vor allem bei über viele Jahre hinweg gänzlich freigestellten Betriebsräten. Um einen Vergleich zu ermöglichen, sind dem Betriebsratsmitglied solche Mitarbeiter gegenüberzustellen, die im Zeitpunkt der Übernahme des Amtes im Wesentlichen eine objektiv vergleichbare Tätigkeit ausgeübt haben. Zur Feststellung der betriebsüblichen Entwicklung wird geprüft, welche Entwicklung Arbeitnehmer mit vergleichbarer fachlicher und persönlicher Qualifikation bei objektiv vergleichbarer Tätigkeit und bei Berücksichtigung der normalen betrieblichen und personellen Entwicklung in beruflicher Hinsicht genommen haben. Individuelle Sonderentwicklungen bleiben unberücksichtigt.

Die Betriebsüblichkeit wird durch gleichmäßiges Verhalten des Arbeitgebers geschaffen. Der Ablauf muss so typisch sein, dass mit dieser Entwicklung in der Mehrzahl der vergleichbaren Fälle aufgrund der betrieblichen Gegebenheiten und Gesetzmäßigkeiten gerechnet werden kann. Bei Vergütungserhöhung um einen bestimmten Prozentsatz innerhalb der Vergleichsgruppe hat das Betriebsratsmitglied Anspruch auf dieselbe Gehaltserhöhung. Bei unterschiedlichen Gehaltserhöhungen innerhalb der Vergleichsgruppe kommt es darauf an, in welchem Umfang die Gehälter der Mehrzahl der Arbeitnehmer der Vergleichsgruppe angehoben werden. Bei sehr kleinen Vergleichsgruppen kann für den Gehaltsanpassungsanspruch der Durchschnitt der gewährten Gehaltserhöhungen maßgebend sein, wenn nur auf diese Weise eine unzulässige Begünstigung oder Benachteiligung des Betriebsratsmitglieds vermieden werden kann. Wenn es darum geht, eine höherwertige Tätigkeit zu übertragen, erfordert die Anerkennung einer betrieblichen Entwicklung zusätzlich, dass dem Betriebsratsmitglied die höhere Tätigkeit hätte übertragen werden müssen oder dass die Mehrheit der Arbeitnehmer in der Vergleichsgruppe diesen Aufstieg erreicht hat.

IV. Konkreter Nachweis der fiktiven Entwicklung

Die Vorschrift des § 37 Abs. 4 BetrVG ist nach der Rechtsprechung des BAG nicht abschließend. Daneben kann sich ein Anspruch des Betriebsratsmitglieds auf eine bestimmte Vergütung aus § 78 Satz 2 BetrVG ergeben. Dafür muss sich die Zahlung einer geringeren Vergütung als Benachteiligung wegen der Betriebsrattätigkeit darstellen. Ein Betriebsratsmitglied, das nur infolge der Amtsübernahme nicht in eine Position mit höherer Vergütung aufsteigt, kann den Arbeitgeber auf Zahlung der höheren Vergütung in Anspruch nehmen. Der auf § 78 Satz 2 BetrVG gestützte Zahlungsanspruch setzt jedoch voraus, dass das Betriebsratsmitglied nachweist, dass es ohne Betriebsratsmandat mit einer Aufgabe betraut worden wäre, die ihm den Anspruch auf das begehrte Arbeitsentgelt geben würde. Nicht zu berücksichtigen ist dagegen die Entwicklung des Betriebsratsmitglieds aufgrund seiner Amtstätigkeit, also z. B. der Erwerb von Fähigkeiten gerade aufgrund der Wahrnehmung von Betriebsratsaufgaben.

V. Zukünftige Konkretisierung

Anfang 2023 entstanden aufgrund einer Entscheidung des BGH Rechtsunsicherheiten hinsichtlich der Strafbarkeitsrisiken (BGH, Urteil vom 10.01.2023 – 6 StR 133/22). Dies mündete in den Regierungsentwurf vom 1. November 2023 zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes. Vorgesehen sind Ergänzungen der §§ 37 Abs. 4 und 78 BetrVG, die nach dem erklärten Ziel die Rechtslage nicht ändern, sondern lediglich klarstellen sollen.

Der Vorschrift des § 37 Abs. 4 BetrVG sollen folgende Sätze angefügt werden:

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

Zudem soll § 78 Satz 3 BetrVG künftig lauten:

„Eine Begünstigung oder Benachteiligung liegt im Hinblick auf

das gezahlte Arbeitsentgelt nicht vor, wenn das Mitglied einer in Satz 1 genannten Vertretung in seiner Person die für die Gewährung des Arbeitsentgelts erforderlichen betrieblichen Anforderungen und Kriterien erfüllt und die Festlegung nicht ermessensfehlerhaft erfolgt.“

Ob diese Änderungen indes tatsächlich der Klarstellung dienen und Risiken minimieren, ist fraglich. Mit dem hinzugefügten Satz 3 in § 37 Abs. 4 BetrVG wird eine durch das BAG anerkannte Ausnahme erweitert. Ausnahmsweise kann, wenn das Betriebsratsmitglied sich zur Begründung von Vergütungsansprüchen gemäß § 37 Abs. 4 BetrVG nicht mehr auf die ursprünglich gebildete Vergleichsgruppe bei Amtsübernahme berufen kann, eine Anpassung dieser Vergleichsgruppe zu einem späteren Zeitpunkt zulässig sein. Der Gesetzgeber entwickelt die Ausnahme weiter und lässt Änderungen zu, wenn ein sachlicher Grund vorliegt. Was alles ein sachlicher Grund sein kann, werden dann die Gerichte zu entscheiden haben. Jedenfalls ist dies keine bloße Klarstellung. Auch die angefügten Sätze 4 und 5 in § 37 Abs. 4 BetrVG werfen neue Fragen auf. Zwar wurde ein Verfahren zur Festlegung von vergleichbaren Arbeitnehmern in der Vergangenheit bereits akzeptiert (BAG, Urteil vom 18.1.2017 – 7 AZR 205/15). Allerdings muss sich dies im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben der §§ 37 Abs. 4, 78 Satz 2 BetrVG halten. Ob die Überprüfbarkeit nur auf grobe Fehlerhaftigkeit insoweit beschränkt ist, ist im Gesetzeswortlaut nicht eindeutig erkennbar. Nach dem Gesetzeswortlaut soll lediglich die Konkretisierung der Vergleichbarkeit und die Festlegung der Vergleichspersonen nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüfbar sein. Die Einordnung und Anwendung dieser Regelungen wird daher mit erheblichen Problemen behaftet sein.

In der geplanten Ergänzung in § 78 Satz 3 BetrVG fehlt jeder Hinweis darauf, dass die Vergütung sich auf bestimmte im Betrieb vorhandene Arbeitsplätze, auf die das Betriebsratsmitglied sich z. B. beworben hat, beziehen muss. Offenbar soll es zukünftig für die Bemessung der Vergütung nur noch auf die Fähigkeiten des Betriebsratsmitglieds ankommen und nicht mehr auf die betrieblich vorhandenen Arbeitsplätze. Betriebsratsmitglieder könnten eine hypothetische, im Betrieb nicht mögliche Rolle zur Rechtfertigung einer bestimmten Entgelthöhe einnehmen, die einem die arbeitsvertraglichen Pflichten erfüllenden Kollegen nicht zuteilwerden würde.

VI. Zusammenfassung

Die Betriebsratstätigkeit ist als Ehrenamt ausgestaltet und wird nicht gesondert vergütet. Dieser Grundsatz sichert die Unabhängigkeit der Mandatsausübung, stellt aber die Praxis

vor erhebliche Schwierigkeiten, die kaum zu bewältigen sind. Allerdings bestehen erhebliche Zweifel, dass die vorgesehene Gesetzesänderung zur Problemlösung beiträgt.

Autoren

Dr. Astrid Schnabel, LL.M. (Emory)

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft
Hamburg

Volker von Alvensleben

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft
Hamburg

Datenschutzbeauftragte und Interessenkonflikte: Zur Gefahr der Unvereinbarkeit mit sonstigen Aufgaben und Ämtern

Datenschutzbeauftragte müssen ihre Tätigkeit völlig unabhängig und frei von Interessenkonflikten ausführen können. Nach jüngster Rechtsprechung des BAG (Urteil vom 6.6.2023 – 9 AZR 383/19) ist ein Betriebsratsvorsitzender, der zum Datenschutzbeauftragten ernannt wird, nicht unabhängig i. S. d. DSGVO, da er sich selbst kontrollieren müsste. Die Rechtsprechungsänderung schafft Klarheit darüber, wann neben der Stellung des Datenschutzbeauftragten bestehende weitere Aufgaben und Pflichten nicht mehr mit dem Amt vereinbar sind. Zugleich stellt sich indes die Frage, welche Positionen und Ämter in Unternehmen mit der gleichzeitigen Bestellung zum Datenschutzbeauftragten unvereinbar sind.



I. Anforderungen an den Datenschutzbeauftragten als neutrale betriebliche Datenschutzaufsicht

Der Datenschutzbeauftragte hat als neutrale Stelle die Einhaltung des Datenschutzrechts im Unternehmen zu überwachen. Es ist gesetzlich zwar nicht ausgeschlossen, dass der Datenschutzbeauftragte auch andere Aufgaben und Pflichten wahrnimmt. Die wahrgenommenen Aufgaben und Pflichten dürfen jedoch zu keinem Interessenkonflikt im Sinne des Art. 38 Abs. 6 Satz 2 DSGVO führen. Laut EuGH (Urteil vom 9.2.2023 – C-453/21 [X-FAB]) kann ein Interessenkonflikt bestehen, wenn einem Datenschutzbeauftragten andere Aufgaben oder Pflichten übertragen werden, die ihn dazu veranlassen würden, die Zwecke und Mittel der Verarbeitung personenbezogener Daten bei den Verantwortlichen oder seinem Auftragsverarbeiter festzulegen. Es ist daher stets im Einzelfall zu prüfen, ob die funktionelle Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten in der jeweiligen Konstellation noch gewährleistet ist. Seine Überwachungsaufgabe darf nicht von anderen Aspekten beeinflusst werden, die ihn dazu verleiten könnten, an bestimmten Stellen „wegzuschauen“.

II. Ämter und Positionen mit potenziellen Interessenkonflikten

Betriebsratsvorsitz: Einem Datenschutzbeauftragten, der an der Festlegung der Verarbeitungsvorgänge als Betriebsratsvorsitzender beteiligt gewesen ist und nun seine Überwachungsaufgabe im Spannungsfeld seiner funktionalen Interessen und Aufgaben erfüllen muss, fehlt es an der für die Gewährleistung des gesetzlichen Datenschutzes erforderlichen Unabhängigkeit. Der Betriebsratsvorsitzende vertritt die ihn bindende Beschlusslage des Gremiums nach außen, die er zugleich auf ihre Vereinbarkeit mit den Bestimmungen des Datenschutzrechts zu prüfen hat. Die dabei auftretende, strukturell bedingte fehlende Distanz und Neutralität führt zu einem Interessenkonflikt, der die unbedingt notwendige funktionelle Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten und damit die wirksame Durchsetzung datenschutzrechtlicher Regelungen gefährdet.

Betriebsratsmandat: Alle Mitglieder des Betriebsrats bestimmen in selbem Maße über die Gestaltung der Verarbeitung der ihnen im Rahmen ihrer Betriebsrattätigkeit zur Ver-

fügung gestellten personenbezogenen Daten. Als an der Willensbildung Beteiligten fehlt auch dem einfachen Mitglied das notwendige Maß an Neutralität und Objektivität hinsichtlich der Gestaltung und Durchführung der Verarbeitungsvorgänge. Bei einer späteren Prüfung in der Rolle des Datenschutzbeauftragten ist mit einer vorurteilsbehafteten Prüfung des Sachverhalts zu rechnen.

Ersatzmitgliedschaft im Betriebsrat: Aus der bloßen Ersatzmitgliedschaft folgt kein Interessenkonflikt, da das Ersatzmitglied solange nicht an der Aufstellung von Verarbeitungsgrundsätzen beteiligt ist, solange es nicht zeitweilig oder dauerhaft ins Gremium nachrückt. Tritt ein solcher Fall ein, besteht für das Ersatzmitglied im Vertretungszeitraum dieselbe Ausgangssituation wie bei den ordentlichen Betriebsratsmitgliedern, was unmittelbar zu einem unauflösbaren Interessenkonflikt führt.

Führungsorgane: Unvereinbar mit der Position des Datenschutzbeauftragten sind die **Inhaberschaft des Unternehmens sowie die Zugehörigkeit zur Geschäftsleitung und den gesetzlichen Vertretungsorganen**. Personen in diesen Positionen sind grundsätzlich für die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften verantwortlich und würden sich selbst kontrollieren. Ebenso Prokuristen, deren Befugnisse sie jedenfalls in die Lage versetzen, Gestaltungsentscheidungen betreffend die Verarbeitung personenbezogener Daten zu treffen.

(Leitende) Angestellte: Mit zunehmender Distanz zur Führungsebene werden Interessenkonflikte weniger eindeutig. Es bedarf einer sorgfältigen Einzelfallprüfung. **Leiter der Personalabteilung**, die regelmäßig die Verantwortung für den Umgang mit Beschäftigtendaten tragen, **Leitern der IT-Abteilungen**, die regelmäßig für die Auswahl und Implementierung der technisch organisatorischen Maßnahmen verantwortlich sind und denen die übergeordnete Administratorenfunktion obliegen, sind ebenso für Interessenkonflikte prädestiniert, wie **Leiter der Marketingabteilung**, denen die Verantwortung für den Umgang mit Kundendaten obliegt.

Meldestelle nach dem HinSchG: Ähnlich wie der Betriebsrat organisiert sich die interne Meldestelle unabhängig vom Arbeitgeber, auch hinsichtlich der Verarbeitung der ihr im Rahmen der Erfüllung ihrer Aufgaben bekannt gewordenen personenbezogenen Daten. Gleiches gilt bei der Implementierung der Meldekanäle oder der Auswahl der genutzten Software. Es ist von einem unüberbrückbaren Interessenkonflikt auszugehen.

Geldwäsche- oder Compliance-Beauftragte: Die Gefahr eines Interessenkonflikts besteht in Konstellationen, in denen

der Datenschutzbeauftragte Aufgaben wahrnimmt, im Rahmen derer er auf die Sammlung möglichst vieler personenbezogener Daten angewiesen ist. In diesen Risikobereich fallen z. B. der Geldwäschebeauftragte und der Compliance-Officer. Schnell kann eine Situation auftreten, in der sie ihr eigenes Handeln neutral bewerten müssten.

Beratende Rechtsanwälte: Jedenfalls im Bereich des Datenschutzes beratende Rechtsanwälte sind für das Vorliegen eines (datenschutzrechtlichen) Interessenkonflikts prädestiniert. Die fachkundige Beratung wird regelmäßig die Entscheidungen bezüglich der Verarbeitung personenbezogener Daten der verantwortlichen Stellen maßgeblich beeinflussen. Es besteht die begründete Besorgnis einer fehlenden Objektivität im Rahmen einer späteren Bewertung in der Rolle als Datenschutzbeauftragter.

Externe IT-Dienstleister: Ist im Rahmen der Tätigkeit der ausreichende Schutz und/oder die datenschutzkonforme Verarbeitung personenbezogener Daten sicherzustellen, würde, bei einer gleichzeitigen Bekleidung der Stellung des Datenschutzbeauftragten, die eigene Arbeit objektiv kontrollieren werden müssen, was naturgemäß zu einem unauflösbaren Interessenkonflikt führt.

III. Fazit

Nicht selten besteht die Gefahr, dass die Übernahme weiterer Aufgaben und Ämter im Unternehmen zu Interessenkonflikten mit dem Amt des Datenschutzbeauftragten führt. Es ist auszuschließen, dass Datenschutzbeauftragte als „Richter in eigener Sache“ tätig werden. Bereits vor der Benennung bzw. Beauftragung muss sorgfältig geprüft werden, ob Interessenkonflikte bestehen oder entstehen können. Besteht aufgrund konkreter Aufgaben und Pflichten auch nur den Anschein eines Interessenkonflikts mit der zusätzlichen Rolle des Datenschutzbeauftragten, sollte von einer Benennung bzw. Beauftragung abgesehen werden. Entsteht ein Interessenkonflikt im Laufe der Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter ist zugunsten eines effektiven Datenschutzes und der ansonsten bestehenden Sanktionsgefahr mit einer unverzüglichen Abberufung von der Rolle des Datenschutzbeauftragten zu reagieren.

Autor

Kevin Brinkmann, LL.M.

**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft
Hamburg**

Nach der Krise ist vor der Krise? Altes und Neues zum Kurzarbeitergeld

Mitte 2023 liefen die befristeten Sonderregelungen zum Kurzarbeitergeld aus der COVID-19-Pandemie aus, Anfragen aus Unternehmen zum Thema Kurzarbeit häuften sich jedoch zuletzt wieder. Weil etwa auch aufgrund der Energiekrise Produktionsstillstände drohen, verliert das Thema Kurzarbeit nichts an Aktualität. Für uns Anlass genug, die Kriterien dafür neuerlich zu begutachten.



I. Grundlegende Voraussetzungen

Der Bezug von Kurzarbeitergeld folgt seit dem Ende der Pandemie wieder den allgemeinen Parametern. Der Anspruch setzt grundlegend voraus, dass ein erheblicher Arbeitsausfall vorübergehender Natur mit Entgeltausfall eingetreten ist. Dazu müssen bestimmte betriebliche und persönliche Voraussetzungen erfüllt sein. Ferner muss der Arbeitsausfall der Agentur für Arbeit fristgerecht angezeigt werden – im Falle eines unabwendbaren Ereignisses unverzüglich. Der für den Bezug von Kurzarbeitergeld notwendige „erhebliche“ Arbeitsausfall liegt vor, wenn er auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht, vorübergehend ist, nicht vermeidbar ist und im jeweiligen Kalendermonat mindestens ein Drittel der in dem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von einem Entgeltausfall von jeweils mehr als 10 % ihres monatlichen Bruttoentgelts betroffen ist. Der Entgeltausfall kann dabei auch gar 100 % des monatlichen Bruttoentgelts betragen.

II. Erleichterte Kriterien im Krisenfall

Während der Pandemie wurden die Zugangsvoraussetzungen zum Kurzarbeitergeld in wesentlichen Teilen erleichtert – was auch in Zukunft durch eine neuerliche Rechtsverordnung der Bundesregierung wieder möglich wäre. Nach § 109 Abs. 5 SGB III können im Fall „außergewöhnlicher Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt“ ohne Zustimmung des Bundesrats drei zentrale Modifikationen erfolgen: Einmal das Absenken des Quorums der vom Arbeitsausfall betroffenen Arbeitnehmer

von einem Drittel auf bis zu 10 %, der Verzicht auf den Einsatz von Urlaubsansprüchen, um dem Arbeitsausfall zu begegnen, und der Verzicht auf den Einsatz von Arbeitszeitguthaben. Durch Verordnungsermächtigungen sind zudem eine Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge während des Kurzarbeitergeldbezugs für den Arbeitgeber möglich, auf Arbeitnehmerseite kann ferner die Anrechnung zum Hinzuverdienst aus geringfügiger Beschäftigung ausbleiben. Bei neu auftretenden wirtschaftlichen Krisen kann der Gesetzgeber so auch durch kurzfristige Maßnahmen den verbundenen Belastungen begegnen.

III. Dauer des Bezugs

Während der Pandemie erhöhte die Bundesregierung die maximale Bezugsdauer für Kurzarbeitergeld auf 28 Monate, generell gilt aber eine Bezugsdauer von maximal zwölf Monaten. Maßgeblich ist hier eine betriebsbezogene Perspektive – nicht der einzelne, von Kurzarbeit betroffene Arbeitnehmer. Der Zeitraum kann sich indes um die Monate verlängern, in denen zwischenzeitlich womöglich kein Kurzarbeitergeld gezahlt wurde. Wird drei Monate lang kein Kurzarbeitergeld bezogen, beginnt der Zwölf-Monats-Zeitraum neu.

IV. Wirtschaftliche Gründe und unabwendbare Ereignisse

Inhaltliches Kernkriterium für den Anspruch auf Kurzarbeitergeld ist ein erheblicher Arbeitsausfall aus wirtschaftlichen Gründen oder aufgrund eines unabwendbaren Ereignisses.

Gemäß der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts müssen die wirtschaftlichen Gründe auf einen Zusammenhang mit der Gesamtheit der laufenden Produktions- und Konsumvorgänge abstellen, was konkret bedeutet, dass sie von externen Wirtschaftsprozessen und ihren konjunkturellen, zyklisch verlaufenden Phasen sowie den hierfür verantwortlichen Strukturelementen wie den ökonomischen und außerökonomischen Rahmenbedingungen abhängig sind. Hierzu zählen explizit auch die ökonomischen Auswirkungen politischer Entscheidungen. Notwendig ist mit eine konjunkturelle und strukturelle Störung der Gesamtwirtschaftslage. Demgegenüber ist ein unabwendbare Ereignis ein objektiv feststellbares Ereignis, das auch durch die äußerste, nach den Umständen des Falles gebotene Sorgfalt durch den Arbeitgeber oder seine Mitarbeiter nicht abzuwenden ist. Es muss daher zeitlich begrenzt und außergewöhnlich sein und von außen auf den Betrieb einwirken. Klassisches historisches Beispiel sind extreme Wetterereignisse.

V. Folgen der aktuellen Energiepolitik

Seit Beginn des russischen Angriffskriegs auf die Ukraine sowie auch bereits durch den deutschen Atomausstieg und aufgrund der allgemeinen Inflationslage entstand die Frage, ob der sprunghafte Anstieg der Energiekosten die Möglichkeit zum Bezug von Kurzarbeitergeld eröffnet. Hiervon betroffen sind naturgemäß vor allem energieintensive Branchen, zum Beispiel die chemische Industrie oder das Handwerk. Obwohl die das Problem schon im Herbst 2022 im Bundestag diskutiert wurde, folgten keine gesetzlichen Anpassungen. Auch unter Geltung der allgemeinen Voraussetzungen kann aber argumentiert werden, dass wirtschaftliche Gründe vorliegen, die einen Anspruch auf Kurzarbeitergeld begründen. Der sprunghafte Anstieg der Energiekosten hat keinen betriebspezifischen, vom einzelnen Unternehmen zu verantwortende Ursprung, während die ökonomischen Auswirkungen auch auf politischen Entscheidungen beruhen.

VI. Arbeitgeberinstrumente

Unter Anwendung der allgemeinen Regelungen zur Kurzarbeit sind Arbeitgeber jedenfalls zuvor verpflichtet, potenzielle arbeitsrechtliche Möglichkeiten zu nutzen. So muss beispielsweise ein möglicherweise bestehendes einseitiges Anordnungsrecht – sei es einzelvertraglich oder durch Betriebsvereinbarung – genutzt werden, um den Arbeitsausfall durch Arbeitszeitsalden abzufangen, das heißt durch den Aufbau von Minusstunden in der Belegschaft. Allerdings besteht keine Verpflichtung des Arbeitgebers, eine Rechtsgrundlage hierfür zu schaffen, sofern diese bisher noch nicht besteht.

Bei der Gestaltung der Arbeitszeitregelungen kann derweil ein bestimmter Einfluss genommen werden, etwa durch eine Anpassung des Umfangs der zulässigen Minusstunden eines Arbeitszeitkontos. Auch im Rahmen von Betriebsvereinbarungen zur Einführung der Kurzarbeit sind entsprechende Regelungen dem Grunde nach denkbar; sie sollten aber zum gesetzlichen Konzept und den betrieblichen Arbeitszeitregelungen passen.

Daneben kommt zur Vermeidung des Arbeitsausfalls auch die Gewährung von Urlaub in Betracht. Vorrangige Urlaubswünsche der Arbeitnehmer dürfen allerdings der Urlaubsgewährung nicht entgegenstehen. Gerade bei einer möglichen Kurzarbeit gegen Jahresende kann von Arbeitnehmern nicht gefordert werden, dass diese ihren Resturlaub bis zum Ende des laufenden Urlaubsjahrs zur Vermeidung von Kurzarbeit einbringen bzw. dass der Arbeitgeber eine Bestimmung über den Antritt des Urlaubs trifft. Gemäß der Bundesagentur für Arbeit besteht aber eine Obliegenheit des Arbeitgebers, den Urlaubszeitpunkt einseitig festzulegen, da anderenfalls kein unvermeidbarer Arbeitsausfall vorliegt. Im Übrigen entschied erst jüngst das Bundesarbeitsgericht, dass der Arbeitgeber für jeden Monat der Kurzarbeit den Urlaubsanspruch anteilig kürzen darf.

VII. Fazit

Auch ohne gesetzgeberische Initiative im Lichte der energiepolitischen Entwicklungen kann potenziellen Arbeitsausfällen in Unternehmen mit dem Instrument der Kurzarbeit begegnet werden. Ob die Anspruchsvoraussetzungen vorliegen, ist gleichwohl eine Frage des Einzelfalls. Unternehmen ist jedenfalls zu raten, bei finanziellen Problemen aufgrund der gestiegenen Energiekosten den Bezug von Kurzarbeitergeld zu prüfen, sofern ein signifikanter Teil der Belegschaft betroffen ist und somit die notwendigen Schwellenwerte erreicht werden.

Autoren

Axel Braun

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft
Köln

Dr. Christoph Corzelius

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft
Köln

■ ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Widerspruch gegen einen Betriebsübergang – Inhalts des Unterrichtungsschreibens

Vor einem Betriebsübergang muss auch über die Anwendbarkeit tariflicher Normen beim Betriebserwerber grundsätzlich unterrichtet werden; entbehrlich ist aber eine Unterrichtung von außertariflichen Arbeitnehmern über einen Tarifvertrag, der für sie weder normativ noch durch Inbezugnahme gilt.

BAG, Urteil vom 29.6.2023 – 2 AZR 326/22



Der Fall

Im Rahmen eines Betriebsübergangs widersprach der klagende Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf eine Betriebserwerberin. Er arbeitete seit 2004 als außertariflicher Mitarbeiter bei der Beklagten und deren Rechtsvorgängerinnen. Im selben Jahr schloss die Konzernobergesellschaft der beklagten Arbeitgeberin einen Tarifvertrag zur sozialverträglichen Begleitung von Personalanpassungsmaßnahmen. Dieser galt für alle tarifgebundenen Arbeitnehmer des Konzerns. Für außertarifliche Arbeitnehmer sollte die Anwendung des Tarifvertrags seitens des Konzerns sichergestellt werden. Anschließend entschloss sich die Beklagte, die bisher selbst erbrachten IT-Dienstleistungen mit Wirkung zum 1. Februar 2017 auf einen externen Dienstleister zu übertragen, ebenso wie sämtliche Betriebsmittel der bestehenden Data Center. Hierüber wurde der Kläger mit Schreiben vom 2. Dezember 2016 informiert. Am 13. Mai 2019 widersprach er dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses schriftlich. Das ArbG wies die Klage ab, das LAG gab ihr statt.

Die Entscheidung

Der Zweite BAG-Senat gab der Revision der Beklagten statt. Zwischen den Parteien bestehe kein Arbeitsverhältnis, weil dieses im Wege des Betriebs(teil)übergangs gem. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die Betriebserwerberin übergegangen sei. Grundsätzlich habe diesem zwar ein Widerspruchsrecht gem. § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB zugestanden, gleichwohl habe er dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses nicht wirksam widersprochen. Dies müsse innerhalb der Monatsfrist geschehen, die mit dem Zugang der ordnungsgemäßen Unterrichtung durch den Arbeitgeber gem. § 613a Abs. 5 BGB zu laufen beginnt. Der Widerspruch sei daher verfristet gewesen.

Die Unterrichtung seitens des Arbeitgebers sei wiederum ordnungsgemäß erfolgt und weder unklar noch unvollständig. Der Arbeitnehmer sei so zu informieren, dass er sich über den Gegenstand des Betriebs(teil)übergangs und die Person des Übernehmers sowie über die in § 613a Abs. 5 BGB genannten Umstände „ein Bild machen“ kann. Hierzu gehöre grundsätz-

lich auch die Anwendbarkeit tariflicher Normen und inwieweit beim Veräußerer geltende Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen durch beim Erwerber geltende Tarifverträge abgelöst würden. Diese Angaben seien jedoch entbehrlich, wenn für den Arbeitnehmer mangels Tarifbindung oder Bezugnahmeklausel beim Betriebsveräußerer kein Tarifvertrag gelte.

Unser Kommentar

Die Erstellung der Unterrichtungsschreiben vor einem Betriebsübergang stellt Arbeitgeber regelmäßig vor große Herausforderungen, da eine fehlerhafte Unterrichtung weitreichende Folgen haben kann: So wird insbesondere die für den Widerspruch geltende Monatsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB nur durch eine ordnungsgemäße Unterrichtung in Gang gesetzt. Das BAG bestätigt hier die inhaltlichen Anforderungen an ein Unterrichtungsschreiben. Es genügt demnach weiterhin ein Standardschreiben für alle Arbeitnehmer, wobei auch etwaige Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses erfasst werden müssen. Der Arbeitgeber ist dennoch nicht gehalten, darauf hinzuweisen, dass eine vor Betriebsübergang bestehende „Nichtanwendbarkeit“ von Tarifverträgen auch nach dem Betriebsübergang fortbesteht. Deklaratorische Hinweise auf rechtlich evidente Aspekte eines Arbeitsverhältnisses sind nicht erforderlich. Insgesamt genügt es, wenn der Arbeitnehmer die beim konkreten Betriebsübergang auftretenden Rechtsfolgen erkennen kann.

Autor

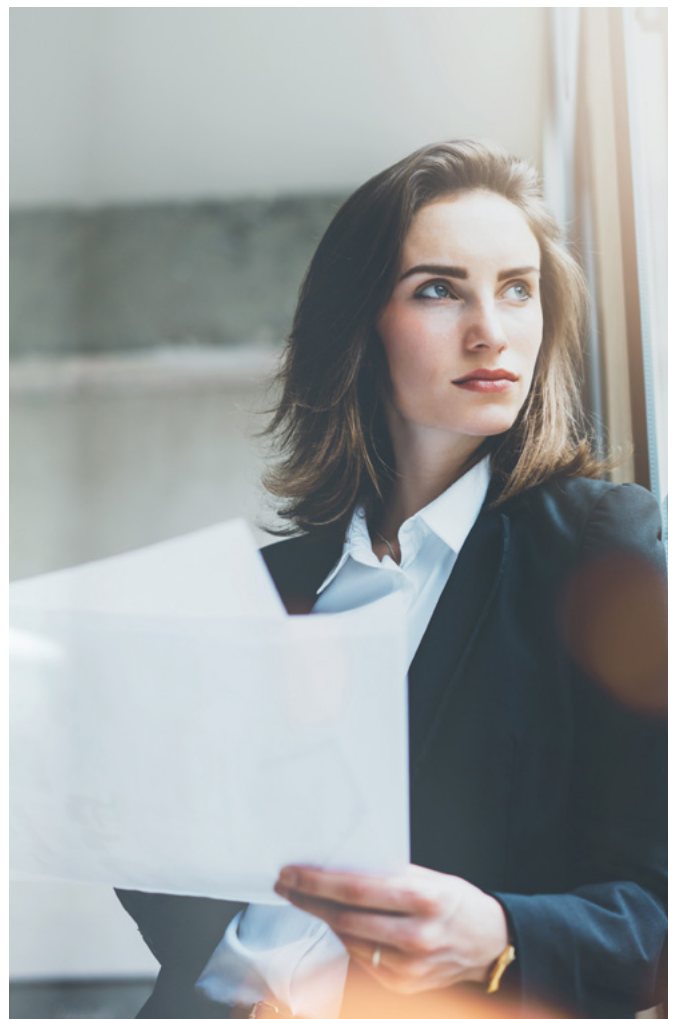
Achim Braner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft
Frankfurt am Main

Keine Mitbestimmung des Betriebsrats bei Einführung eines Smartphone-Verbots während der Arbeit

Verbietet der Arbeitgeber die private Nutzung von Smartphones während der Arbeitszeit, um eine ordnungsgemäße Arbeitsleistung sicherzustellen, steht dem Betriebsrat kein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zu, da die Untersagung nicht das Ordnungsverhalten betrifft.

BAG, Beschluss vom 17.10.2023 – 1 ABR 24/22



Der Fall

Der Arbeitgeber ist ein Betrieb zur Herstellung von Kfz-Teilen. Durch eine im Betrieb ausgehängte Mitarbeiterinformation untersagte er jede private Nutzung von Mobiltelefonen/Smartphones während der Arbeitszeit. Der Aushang, der die Überschrift „Regeln zur Nutzung privater Handys während der Arbeitszeit“ trug, enthielt neben dem absoluten Verbot auch die Androhung arbeitsrechtlicher Konsequenzen für den Fall eines Verstoßes. Hintergrund des Vorgangs war, dass es in der Produktion sowie in den Bereichen Versand und Wareneingang gelegentlich zu Arbeitsunterbrechungen kommt; während dieser Zeiten werden die Arbeitnehmer teilweise anderweitig eingesetzt oder sie sollen, ohne dass es eine konkrete Anweisung im Einzelfall gibt, anfallende Nebenarbeiten wie z. B. das Aufräumen des Arbeitsplatzes oder das Nachfüllen von Verbrauchsmaterial erledigen.

Der Betriebsrat war der Auffassung, ihm stehe bei dieser Anordnung ein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zu, weil das Verbot das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer im Betrieb betreffe. Nachdem er den Arbeitgeber vergeblich aufgefordert hatte, das Verbot unverzüglich zurückzunehmen, verfolgte er die Unterlassung im Beschlussverfahren weiter. ArbG und LAG wiesen den Antrag zurück.

Die Entscheidung

Der Erste BAG-Senat bestätigte die Vorinstanzen und wies die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats als unbegründet zurück. Diesem stehe kein Mitbestimmungsrecht zu, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmern die private Nutzung von Smartphones während der Arbeitszeit untersagt, um eine ordnungsgemäße Arbeitsleistung sicherzustellen. Die Erfurter Richter stellten dabei die Abgrenzung der Regelung des mitbestimmungspflichtigen Ordnungsverhaltens von der des mitbestimmungsfreien Arbeitsverhaltens in den Mittelpunkt. Der Umstand, dass eine arbeitgeberseitige Maßnahme nicht nur das Arbeits-, sondern auch das Ordnungsverhalten betrifft, führe nicht automatisch zu einem Mitbestimmungsrecht. Entscheidend sei vielmehr der überwiegende Regelungszweck der Maßnahme. Die Beurteilung richte sich nach einer qualitativen Gewichtung aller objektiven Umstände des Einzelfalls; die subjektiven Vorstellungen des Arbeitgebers seien irrelevant.

Zum Arbeitsverhalten gehörten Maßnahmen, mit denen die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers unmittelbar konkretisiert und eingefordert wird. Dazu zählten auch Anweisungen, die die Tätigkeit zwar nicht unmittelbar näher bestimmt, aber

gleichwohl ihre Erbringung sicherstellen sollen. Den Schwerpunkt der Untersagung sah das BAG hier bei der Steuerung des mitbestimmungsfreien Arbeitsverhaltens: Die wesentlichen Verwendungsarten von Mobiltelefonen – insbesondere das Telefonieren, das Lesen und Verfassen von Kurznachrichten und die Nutzung sozialer Medien – erforderten eine aktive Betätigung des Geräts, was die Aufmerksamkeit des Arbeitnehmers zumindest für eine kurze Zeit einschränke. Dies könne zu Arbeitsunterbrechungen, unkonzentriertem und mangelhaftem Arbeitsverhalten führen. Für ein Mitbestimmungsrecht komme es ferner nicht darauf an, ob eine Nutzung von Mobiltelefonen und Smartphones als sozialadäquat anzusehen und ein entsprechendes Verbot mit Blick auf seinen Umfang deshalb individualrechtlich unzulässig sei oder das Persönlichkeitsrecht verletze.

Unser Kommentar

Die Entscheidung illustriert, dass sich ein Mitbestimmungsrecht gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nach dem überwiegenen Regelungszweck einer Maßnahme richtet. Bei Weisungen, welche sowohl das mitbestimmungsfreie Arbeitsverhalten als auch das mitbestimmungspflichtige Ordnungsverhalten betreffen, ist eine saubere Abwägung im Einzelfall unerlässlich. Lässt sich die Maßnahme so gestalten, dass überwiegend das Arbeitsverhältnis betroffen ist, besteht die Möglichkeit, Maßnahmen ohne Mitbestimmung des Betriebsrats umzusetzen.

Autoren

Dr. Volker Schneider

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft
Hamburg

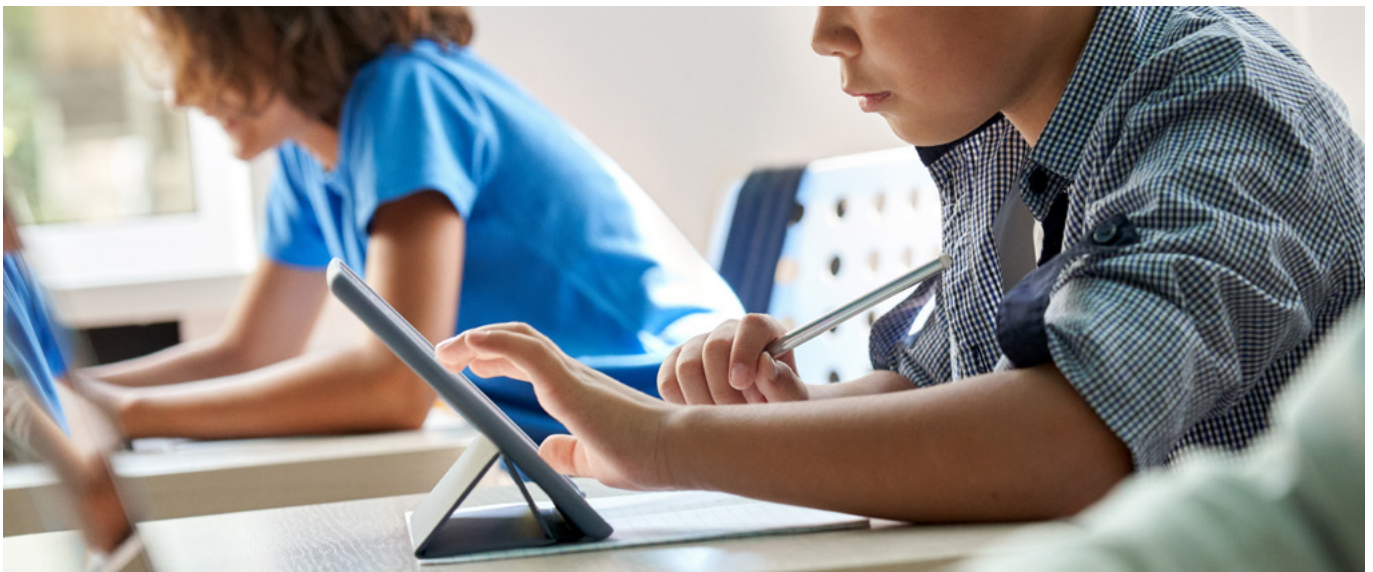
Martina Ziffels

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft
Hamburg

Teilzeit während der Elternzeit – Verweigerung der Zustimmung durch den Arbeitgeber

Auf Grundlage einer Namensliste in einem Interessenausgleich kann das Vorliegen dringender betrieblicher Gründe, die einem Teilzeitverlangen während der Elternzeit gem. § 15 Abs. 7 1 Nr. 4 BEEG entgegenstehen, nicht vermutet werden.

BAG, Beschluss vom 5.9.2023 – 9 AZR 329/22



Der Fall

Der klagende Arbeitnehmer hat zwei Kinder und nahm nach der Geburt seines ersten Kindes im Jahr 2016 Elternzeit in Anspruch, während der er bei der beklagten Arbeitgeberin in Teilzeit beschäftigt war. Im Sommer 2019 schloss diese mit dem Gesamtbetriebsrat einen Interessenausgleich mit Namensliste und Sozialplan, gemäß dem der Arbeitsplatz des Klägers wegfallen sollte. Einen Monat später beantragte dieser wegen der Geburt seines zweiten Kindes erneut eine Teilzeitbeschäftigung. Die Beklagte lehnte diesen Antrag unter Verweis auf dringende betriebliche Gründe ab, woraufhin der Kläger klageweise eine Beschäftigung im Umfang der begehrten Teilzeit begehrte. Ferner behauptet er, in Bezug auf sein erstes Kind einen Antrag auf Verlängerung der Elternzeit gestellt zu haben und einen Anspruch auf unveränderte Fortsetzung der auf Teilzeit gerichteten Arbeit in Verlängerung der ursprünglich beantragten Teilzeit zu haben. Die Beklagte ist der Auffassung, die Zustimmung aufgrund entgegenstehender betrieblicher Gründe verweigern zu dürfen. Das ArbG wies die Klage ab, das LAG gab ihr auf die Berufung des Klägers hin statt.

Die Entscheidung

Das BAG wies die Revision der Beklagten überwiegend zurück. Das LAG sei zutreffend davon ausgegangen, dass die Beklagte verpflichtet war, der beantragten Teilzeit zuzustimmen. Die Voraussetzungen des § 15 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1, 2, 3 und 5 BEEG seien erfüllt, während dem Begehren keine dringenden betrieblichen Gründe iSd § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BEEG entgegenstünden. Das Vorliegen solcher Gründe sei auch nicht nach § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG zu vermuten. Sind bei einer Betriebsänderung nach § 111 BetrVG Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, in einem Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat namentlich bezeichnet, so werde gemäß der Norm zwar vermutet, dass eine daraufhin ausgesprochene Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist. Aufgrund des eindeutigen Wortlauts sei dies jedoch auf betriebsbedingte Kündigungen beschränkt, die gegenüber einem im Interessenausgleich namentlich bezeichneten Arbeitnehmer ausgesprochen werden. Wenn der Ausspruch einer Kündigung aus Rechtsgründen daher ausbleibe, so lasse sich die Vorschrift nicht dahin gehend auslegen, dass auch das Vorliegen dringender betrieblicher Grün-

de zu vermuten sei, das einem Teilzeitbegehren entgegengehalten werden könne.

Auch eine analoge Anwendung des § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG scheide aus. Es fehle sowohl an der planwidrigen Regelungslücke als auch an der Vergleichbarkeit. Weder sei es nach Maßgabe des Gleichheitssatzes noch zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen geboten, die in § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG angeordnete Rechtsfolge über den dort geregelten Fall hinaus anzuwenden. Schon sprachlich bestehe ein erheblicher Unterschied, die Vorschrift von dringenden betrieblichen Erfordernissen spreche, während § 15 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BEEG dringende betriebliche Gründe verlangt. Auch systematisch verlange das KSchG, dass eine Weiterbeschäftigung der betroffenen Arbeitnehmer dauerhaft nicht möglich ist. Das Recht der Elternteilzeit zielt hingegen darauf ab, ob dringende betriebliche Erfordernisse einer befristeten Beschäftigung zu der gewünschten verringerten Arbeitszeit entgegenstehen. Bezugsobjekt sei somit der Umfang der Beschäftigung und nicht die Beschäftigung als solche.

Unser Kommentar

Zwei Aspekte des Urteils verdienen Beachtung: Zum einen kann die Zustimmung zu einem Antrag auf Teilzeit während der Elternzeit nicht auf der Grundlage eines Interessensausgleichs mit Namensliste verweigert werden, zum anderen bedarf eine Verlängerung der Elternzeit nach § 16 Abs. 3 BEEG stets der Zustimmung des Arbeitgebers. Eine solche wird nicht fingiert (vgl. zu dieser Konstellation bereits BAG, Urteil vom 29.9.2016 – 9 AZR 435/18). Wird mit der Verlängerung der Elternzeit gleichzeitig auch eine Teilzeittätigkeit während der Elternzeit beantragt, ist die Regelung zur Fiktion der Zustimmung des § 15 Abs. 7 Satz 5 BEEG insgesamt nicht anwendbar.

Autorin

Barbara Enderle, LL.M.

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft
Düsseldorf

Beendigung des Arbeitsverhältnisses als Leistungsvoraussetzung einer Invaliditätsrente

Das bloße Gewähren einer Zusatzversorgung im Rahmen einer betrieblichen Altersversorgung trotz Nichtvorliegens der Gewährungsbedingungen begründet bei einer erneuten Beantragung zu einem späteren Zeitpunkt keinen Anspruch auf abermaligen Erhalt von Leistungen jener Zusatzversorgung.

BAG, Urteil vom 10.10.2023 – 3 AZR 250/22



Der Fall

Die Parteien streiten über das Bestehen eines Anspruchs des klagenden Arbeitnehmers auf Zahlung einer betrieblichen Invaliditätsversorgung vor der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Der Kläger war seit 1979 bei der Beklagten beschäftigt, einer IHK. Auf Grundlage einer Zusatzverordnung („ZVO“) aus dem Jahr 1981 gewährte die Beklagte eine Zusatzversorgung. Diese regelte u. a. die Erteilung der Versorgungszusage sowie die Leistungsarten und deren Voraussetzungen. Die Regelung des § 7 Abs. 4 ZVO sah dabei vor, dass versorgungsberechtigte Mitarbeiter, die wegen Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit eine Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung beziehen und aus den Diensten der Kammer ausscheiden, ein Ruhegeld gemäß der ZVO erhalten.

In den Jahren 2004/2005 erhielt der Kläger eine befristete Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung. Obwohl das Arbeitsverhältnis nicht beendet war, zahlte die Beklagte ihm eine Betriebsrente in Form eines Ruhegeldes nach der ZVO. Im Januar 2021 wurde dem Kläger rückwirkend ab dem 1. November 2020 erneut eine bis zum 31. August 2022 befristete Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung wegen voller Erwerbsminderung bewilligt. Infolgedessen wandte er sich an die Beklagte und beantragte die erneute Gewährung der Zusatzversorgung. Diese lehnte die Zahlung des Ruhegeldes

zunehmend jedoch mit der Begründung ab, dass der Kläger nicht aus den Diensten der Kammer ausgeschieden sei. Daraufhin kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis fristgerecht zum 31. März 2022 und begehrte die rückwirkende Zahlung des Ruhegeldes ab Januar 2021. Seines Erachtens könne es für die Gewährung nicht auf die rechtliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses ankommen, zudem sei § 7 Abs. 4 der ZVO wegen Unbestimmtheit nach § 305c Abs. 2 BGB unwirksam und benachteilige ihn darüber hinaus unangemessen. Das ArbG wies die Klage ab, genauso wie das LAG die Berufung des Klägers.

Die Entscheidung

Auch der Dritte BAG-Senat wies die Revision des Klägers zurück. Nach Ansicht der Erfurter Richter stehe dem Kläger für die Zeit vor Beendigung seines Arbeitsverhältnisses kein Anspruch auf Zahlung des betrieblichen Ruhegeldes aus § 7 Abs. 4 ZVO zu. Die im Rahmen der AGB-Kontrolle vorzunehmende Auslegung der Regelung ergebe, dass der Begriff der „Berufs- und Erwerbsunfähigkeit“ im Sinne der sozialversicherungsrechtlichen Bedeutung zu verstehen sei. Sofern der Arbeitgeber einen abweichenden Bedeutungsgehalt gewollt habe, wäre er gehalten gewesen, dies in den Regelungen der ZVO deutlich zu machen. Ferner sei anhand des Wortlauts „Ausscheiden aus den Diensten der Kammer“ nicht das bloß

vorübergehende Ruhen, sondern die endgültige Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu verstehen. Dem stehe auch die Unklarheitenregelung des § 305c Abs. 2 BGB nicht entgegen, da die Regelung eindeutig sei.

Daneben liege auch keine unangemessene Benachteiligung gem. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB vor, da es der betroffene Arbeitnehmer selbst in der Hand habe, durch Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Voraussetzungen für die Gewährung der Invaliditätsrente nach der ZVO zu schaffen. Auch aus der nach § 307 Abs. 1 BGB durchzuführenden Interessenabwägung folge nichts anderes. Denn das Interesse des Arbeitgebers, Doppelzahlungen zu vermeiden, sei zumindest gleichwertig zum Interesse des Arbeitnehmers, trotz Fortbestand des Arbeitsverhältnisses eine Invaliditätsrente zu erhalten.

Unser Kommentar

Das Urteil beweist, wie wichtig die klare und zweifelsfreie Formulierung von Versorgungsordnungen ist. Dort, wo auf Rechtsbegriffe (hier des Sozialversicherungsrechts) Bezug genommen wird, muss der Klauselverwender diese in ihrer tradierten Bedeutung gegen sich gelten lassen. Möchte er dies vermeiden, muss er eine abweichende Definition in die Versorgungsordnung aufnehmen. Dazu führt die Gewährung einer Leistung – trotz ausbleibenden Vorliegens der Voraussetzungen – nicht zu einer Bindung des Arbeitgebers, wenn die Leistung später erneut beantragt wird. Vielmehr muss der Arbeitnehmer damit rechnen, dass der Arbeitgeber ihm (nach entsprechender Prüfung der Voraussetzungen) die Leistung nunmehr rechtswirksam versagt. Schließlich stellt das Anknüpfen der Leistungsgewährung an die arbeitnehmerseitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers dar – zumindest dann, wenn der Arbeitnehmer die Gewissheit hat, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses die versprochenen Leistungen zu beziehen.

Autoren

Jan Hansen

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft
Köln

Benedikt Strohdächer

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft
Frankfurt am Main

Wirksame Kündigung trotz fehlerhafter Massenentlassungsanzeige?

Der Sechste BAG-Senat will seine Rechtsprechung aufgeben, wonach eine Kündigung als Rechtsgeschäft gegen ein gesetzliches Verbot i. S. d. § 134 BGB verstößt und die Kündigung deshalb unwirksam ist, wenn bei ihrer Erklärung keine wirksame Anzeige nach § 17 Abs. 1, Abs. 3 KSchG vorliegt. Nachdem er beim Zweiten Senat anfragte, ob dieser seine abweichende Rechtsprechung aufgibt, legt dieser dem EuGH die Frage vor, ob ein entsprechendes Verständnis mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

BAG, Vorlagebeschluss vom 14.12.2023 – 6 AZR 157/22 (B) und BAG, Vorlagebeschluss vom 1.2.2024 – 2 AS 22/23 (A)

Der Fall

Der klagende Arbeitnehmer war seit 1994 bei einer Handelsgesellschaft tätig. Ende 2020 wurde über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt. Dieser kündigte im Anschluss sämtliche noch bestehenden Arbeitsverhältnisse und dabei in einem 30-Tage-Zeitraum mehr als fünf Arbeitnehmer. Eine vorherige Massenentlassungsanzeige erfolgte nicht. Der Kläger ist der Auffassung, die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses sei deshalb nichtig. ArbG und LAG gaben der entsprechenden Kündigungsschutzklage statt.

Die Entscheidung(en)

Der Sechste BAG-Senat beschloss die Aufgabe seiner Rechtsprechung, wonach eine Kündigung als Rechtsgeschäft gegen ein gesetzliches Verbot i. S. d. § 134 BGB verstößt und die Kündigung deshalb unwirksam ist, wenn bei ihrer Erklä-

zung keine wirksame Anzeige nach § 17 Abs. 1 und 3 KSchG vorliegt. Er vertritt nunmehr die Auffassung, die Regelungen in § 17 Abs. 1 und Abs. 3 KSchG seien kein Verbotsgesetz, da es an einem notwendigen Verbotscharakter der Arbeitgeberpflichten im Anzeigeverfahren fehlt. Selbst, wenn die Vorschrift als Verbotsgesetz angesehen werden könnte, sei dem Zweck des Gesetzes nach nicht die Nichtigkeit von Kündigungen aufgrund von Verstößen gegen Anzeigepflichten gefordert. Es handele sich um eine Vorschrift mit reiner Ordnungsfunktion, die die Kündigung als Rechtsgeschäft als unbedenklich ansehe und nur in deren Vorfeld Verfahrenspflichten rein arbeitsmarktpolitischer Art begründe. Die Folge einer angenommenen Nichtigkeit stelle einen Eingriff in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers dar und ginge über das Ziel des Anzeigeverfahrens, die sozio-ökonomischen Auswirkungen von Massenentlassungen zu mildern, hinaus.

Die Nichtigkeit der Kündigung ergebe sich auch nicht aus § 18 Abs. 1 KSchG. Massenentlassungen stünden nicht unter einem staatlichen Genehmigungsvorbehalt. Die Arbeitsverwaltung entscheide durch ihren Sperrzeitbescheid lediglich über die Dauer der Sperrfrist. Die Nichtigkeitsfolge fördere auch nicht den verfolgten Zweck der Massenentlassungsanzeige. Die korrespondierenden Nachteile für die betroffenen Arbeitgeber stünden nicht mehr in einem angemessenen Verhältnis zu den dadurch erlangten Vorteilen für das Erreichen der vom Gesetzgeber mit der Anzeigepflicht verfolgten arbeitsmarktpolitischen Ziele. Dem stehe mangels Stringenz auch nicht das differenzierende Sanktionssystem von Fehlern bei den Muss- und Sollangaben gem. § 17 Abs. 3 KSchG entgegen

Auf die Anfrage des Sechsten an den Zweiten Senat hin, ob dieser an seiner bisherigen Rechtsprechung festhalte, wonach eine ohne notwendige vorherige Massenentlassungsanzeige erklärte Kündigung unwirksam ist, erklärte der Zweite Senat, dass er sich der Rechtsauffassung des Sechsten Senats anschließen will. Allerdings könne er nicht beurteilen, ob Art. 4 Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG („MERL“) bei einer Massenentlassung ohne vorherige Anzeige nach § 17 Abs. 1 KSchG nach der „unrettbaren“ Unwirksamkeit der Kündigung verlange. Er legte die Frage daher dem EuGH vor.

Unser Kommentar

Den vorliegenden Beschlüssen ging bereits eine Entscheidung des EuGH auf Vorlage des Sechsten Senats voraus, wonach zumindest Art. 2 Abs. 3 MERL keinen Individualschutz gewährt (EuGH, Urteil vom 13.7.2023 – C-134/22 [G GmbH]). Dass die beiden zuständigen BAG-Senat daraufhin ihre Rechtsauffassungen überprüfen, ist äußerst erfreulich, da es in der Vergangenheit für Arbeitgeber zunehmend schwerer wurde, Personalabbaumaßnahmen durchzuführen, ohne über einen der zahlreichen Fallstricke des Massenentlassungsverfahrens zu stolpern. Zunächst bedarf es nun jedoch der grundlegenden Klärung der Unionsrechtskonformität der angestrebten Auslegung. Bereits die Rechtsprechungsänderung dahin gehend, dass bloße Fehler im Anzeigeverfahren nach § 17 Abs. 1 und Abs. 2 KSchG nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung gem. § 134 BGB führen, würde zu einer großen Erleichterung im fehleranfälligen Massenentlassungsverfahren führen.

Autorin

Nadine Ceruti

**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft
Frankfurt am Main**

Erschütterung des Beweiswerts von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen

Der Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung wird erschüttert, wenn diese passgenau auf die Dauer der Kündigungsfrist nach einer arbeitgeberseitigen Kündigung zugeschnitten ist.

BAG, Urteil vom 13.12.2023 – 5 AZR 137/23



Der Fall

Der klagende Arbeitnehmer war ab März 2021 als Helfer bei der Beklagten beschäftigt, einem Arbeitnehmerüberlassungsunternehmen. Die wöchentliche Arbeitszeit betrug 35 Stunden, seit dem 21. April 2022 setzte die Beklagte den Kläger nicht mehr ein. Am 2. Mai 2022 legte der Kläger eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für die Zeit vom 2.-6. Mai 2022 vor. Wiederum mit Schreiben vom 2. Mai 2022, das dem Kläger einen Tag später zugegangen ist, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 31. Mai 2022. Im Anschluss reichte der Kläger bis zum Beendigungsdatum weitere Folgebescheinigungen ein. Ab dem 1. Juni 2022 war er wieder arbeitsfähig und nahm eine neue Beschäftigung auf. Die Beklagte verweigerte daraufhin die Entgeltfortzahlung für den betreffenden Zeitraum, weil der zeitliche Ablauf Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit begründe. Der Kläger vertritt die Auffassung, der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen sei nicht erschüttert, da er sich originär zuerst krankgemeldet die die Beklagte erst danach das Arbeitsverhältnis gekündigt hat. ArbG und LAG gaben der auf Zahlung gerichteten Klage statt.

Die Entscheidung

Das BAG gar indes teilweise der Revision statt. Die Beklagte habe den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen für den Zeitraum vom 7.-31. Mai 2022 erschüttert. Dies könne immer dann der Fall sein, wenn der Arbeitgeber tatsächliche Umstände darlegt und ggfs. beweist, die bei Gesamtbetrachtung Anlass zu ernsthaften Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers geben würden. Bei Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen, die während einer laufenden Kündigungsfrist ausgestellt werden, könnten solche Zweifel insbesondere dadurch begründet werden, dass die Arbeitsunfähigkeit genauso lange dauere wie die Kündigungsfrist. Hierbei sei unerheblich, ob es sich um eine Kündigung des Arbeitnehmers oder des Arbeitgebers handele und ob eine oder mehrere Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vorgelegt würden. Stets erforderlich sei allein eine einzelfallbezogene Würdigung der Gesamtumstände.

Danach sei der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vom 2. Mai 2022 hier nicht als erschüttert anzusehen,

jener der sich daran anschließenden Bescheinigungen aber aufgrund der passgenauen Dauer von Arbeitsunfähigkeit und Arbeitsvertragsende schon. Daraus folge, dass der Kläger die volle Darlegungs- und Beweislast für das Bestehen der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit trage. Das LAG habe hierzu keine Feststellungen getroffen. Die Sache war insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

Unser Kommentar

Die Entscheidung fügt sich nahtlos in die bisherige Rechtsprechung des BAG ein und stärkt endlich einmal die Position des Arbeitgebers. Dieser kann nun in einem „klassischen“ Fall der Arbeitsunfähigkeit die Entgeltfortzahlung verweigern: Es ist nämlich nicht ungewöhnlich, dass Arbeitnehmer nach arbeitgeberseitiger Kündigung erkranken und passend für den Beginn eines neuen Arbeitsverhältnisses „gesund“ sind. Dennoch verbleibt es dabei, dass ein Arbeitgeber bei bescheinigter Arbeitsunfähigkeit in einer „schwächeren“ Position ist. Er hat keinen Einblick in die Krankengeschichte und kann etwaige Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers nur in besonderen Fallgestaltungen geltend machen. Der Einsatz eines Detektivs, um den Arbeitnehmer bei Tätigkeiten zu ertappen, die einer Arbeitsunfähigkeit typischerweise widersprechen, ist mit Blick auf datenschutzrechtliche Gesichtspunkte nur sehr restriktiv möglich. Anhaltspunkte für Zweifel können sich aber z. B. aus den sozialen Medien ergeben: Postet der Arbeitnehmer ein Foto von sich beim Skifahren oder anderer körperlich belastender Tätigkeiten, obwohl er vorgibt, arbeitsunfähig zu sein, kann dies Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit begründen. Diese kann der Arbeitnehmer dann nur ausräumen, wenn er darlegen und beweisen kann, dass er nicht bettlägerig erkrankt ist und er sich durch sein Verhalten auch nicht genesungswidrig verhält.

Autorin

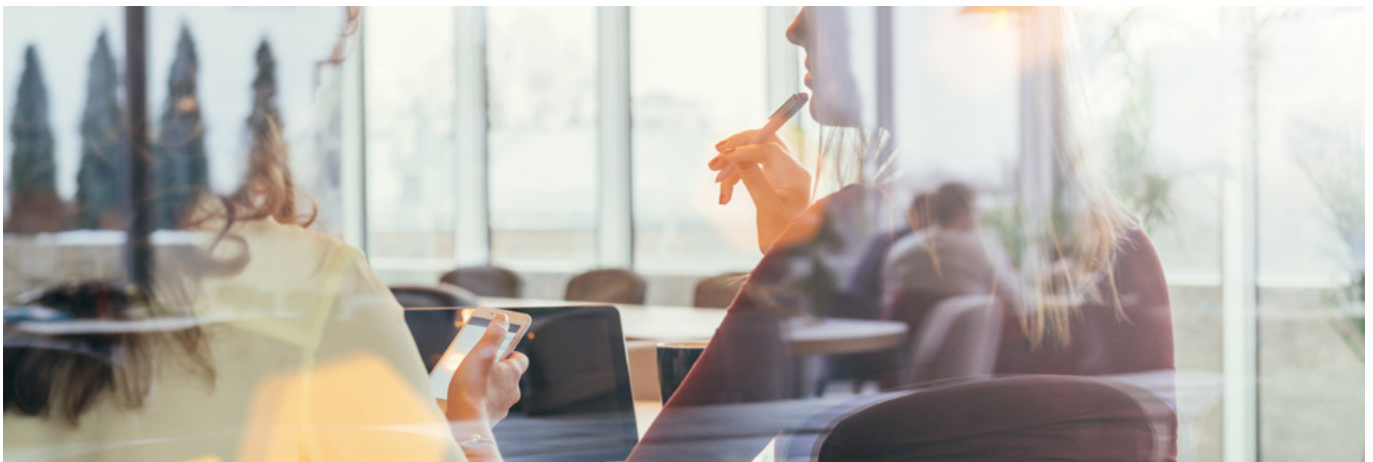
Jana Voigt

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft
Düsseldorf

Ablehnung eines Teilzeitbegehrens – Anforderung an die Darlegung eines Organisationskonzepts

Für die Darlegung eines Organisationskonzepts, auf das zur Ablehnung eines arbeitnehmerseitigen Antrags auf Verringerung der Arbeitszeit verwiesen wird, ist es nicht ausreichend, wenn der Arbeitgeber vorbringt, dass die Aufgaben nach seiner unternehmerischen Zielsetzung von einer Vollzeitkraft erledigt werden müssen. Das gewünschte Arbeitszeitmodell muss sich vielmehr als notwendige Folge aus einem bestimmten Organisationskonzept ableiten lassen.

LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 29.9.2023 – 2 Sa 29/23



Der Fall

Die beklagte Arbeitgeberin betreibt ein Einzelhandelsunternehmen mit über 340 Filialen. In einer dieser Filialen wurde die Klägerin zuletzt als Marktleiterin im Rahmen einer Vollzeitbeschäftigung mit 39 Stunden pro Woche eingesetzt. Neben der Klägerin werden in dem Markt fünf weitere Mitarbeiter beschäftigt. Bei Abwesenheit der Klägerin übernimmt einer der anderen Mitarbeiter die Schichtleitung. Als die Klägerin eine Arbeitszeitreduzierung auf 32 Stunden pro Woche begehrte, lehnte die Beklagte diesen Antrag mit der Begründung ab, dass die Führung und Organisation eines Marktes eine Vollzeitbeschäftigung voraussetzten. Die Klägerin machte ihr Begehren daraufhin gerichtlich geltend und verwies insbesondere auf die Vertretungsregelungen. Die Beklagte hielt dem entgegen, dass es ihr betriebliches Organisationskonzept sei, dass die Marktleitung in Vollzeit tätig ist. Ferner seien alle Marktleiter in Vollzeit tätig. Das Arbeitsgericht gab der Klage statt.

Die Entscheidung

Das LAG Mecklenburg-Vorpommern bestätigte diese Entscheidung. Die Klägerin hat einen Anspruch auf Arbeitszeitreduzierung aus § 8 TzBfG. Der Beklagten sei es nicht gelungen, hinreichende Tatsachen zu entgegenstehenden betrieblichen Gründen i. S. d. § 8 Abs. 4 Satz 1 TzBfG darzulegen. Es sei nicht ausreichend, dass der Arbeitgeber die Ablehnung allein mit seiner abweichenden unternehmerischen Vorstellung von der „richtigen Arbeitszeitverteilung“ begründe. Dem Vortrag der Beklagten könne kein nachvollziehbares betriebliches Organisationskonzept entnommen werden. Allein die Vorgabe, die Position der Marktleitung könne nur in Vollzeit ausgeführt werden, stelle noch kein Organisationskonzept dar. Dabei sei auch das Ausmaß der zeitlichen Einbindung der anderen bei der Beklagten tätigen Marktleiter zu berücksichtigen. Die Ausübung von Personalverantwortung und die Gesamtverantwortung für eine Filiale stehen in Relation zur Größe der Filiale und zur Anzahl der Mitarbeiter. Die

Beklagte beschäftige jedoch unabhängig von der Größe und Beschäftigtenanzahl jeweils lediglich eine Filialleitung in Vollzeit. Es sei vor diesem Hintergrund nicht nachvollziehbar, weshalb es der Klägerin nicht möglich sein solle, die ihr unterstehenden fünf Mitarbeiter in der verkürzten Arbeitszeit von 32 Stunden derart zu führen und zu lenken, wie es auch ein Marktleiter könne, der innerhalb von 39 Stunden die Betreuung von 20 Vollzeitmitarbeitern zu verantworten habe.

Unser Kommentar

Die Rechtsprechung setzt hohe Anforderungen an den vom Arbeitgeber zu leistenden Vortrag, dass ein Teilzeitbegehren aufgrund entgegenstehender betrieblicher Gründe abgelehnt wird. Aufgrund der ihm obliegenden Darlegungs- und Beweislast muss der Arbeitgeber detailliert zu den betrieblichen Gründen vortragen und ggfs. auch umfangreich darlegen, welche negativen Konsequenzen mit der Umsetzung des Teilzeitbegehrens für den Betrieb verbunden wären. Das Vorliegen einer wesentlichen Beeinträchtigung wurde seitens der Rechtsprechung beispielsweise in einem Fall angenommen, in dem das Verkaufskonzept des Arbeitgebers es erfordert, dass Kunden jeweils nur durch einen bestimmten Verkäufer betreut werden. Für Arbeitgeber ist es wichtig, sich frühzeitig bewusst zu machen, welche Schritte er bei einem Teilzeitantrag einzuleiten hat. Der Gesetzgeber hat hierzu stark formalisierte Vorgaben zu Fristen und Begründungserfordernissen aufgestellt, an denen sich der Arbeitgeber zu orientieren hat. Im Kontext der zeitlich nicht begrenzten Verringerung der Arbeitszeit gem. § 8 TzBfG hat der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer bspw. die gewünschte Verringerung der Arbeitszeit mit dem Ziel zu erörtern, zu einer Vereinbarung zu gelangen. Kommt der Arbeitgeber dieser Vorgabe nicht nach, kann er in einem späteren Prozess keine Ablehnungsgründe mehr einwenden, die im Rahmen der Erörterung mit dem Arbeitnehmer hätten geklärt werden können. Kommt keine Einigung zustande, muss der Arbeitgeber das Teilzeitbegehren spätestens einen Monat vor dem gewünschtem Beginn in Textform ablehnen. Ansonsten verringert sich die Arbeitszeit in dem vom Arbeitnehmer gewünschten Umfang aufgrund der gesetzlichen Regelung.

Autorin

Kathy Just

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft
Frankfurt am Main

Virtuelle Betriebsratssitzung – Anspruch auf Überlassung von Tablets oder Notebooks?

Der Betriebsrat kann zur Durchführung von virtuellen Betriebsratssitzungen die Überlassung von je einem Tablet oder Notebook pro Betriebsratsmitglied verlangen. Dies setzt grundsätzlich voraus, dass sich der Betriebsrat eine Geschäftsordnung gegeben hat, welche die Voraussetzungen für eine solche Teilnahme unter Sicherung des Vorrangs der Präsenzsitzung festlegt.

LAG München, Urteil vom 7.12.2023 – 2 TaBV 31/23



Der Fall

Der in einer Filiale eines bundesweit tätigen Textileinzelhandelsunternehmens gebildete dreiköpfige Betriebsrat beantragte beim ArbG, den Arbeitgeber zu verpflichten, drei Tablets oder Notebooks mit einer Displaygröße von mindestens 7,9 Zoll und Internetzugang zur Verfügung zu stellen. Nachdem die Klage abgewiesen wurde, änderte der Betriebsrat seine Geschäftsordnung und verfolgte sein Begehren im Wege der Beschwerde weiter. Er ist der Auffassung, die Durchführung virtueller Betriebsratssitzungen, die in § 30 Abs. 2 BetrVG vorgesehen ist, stünde in seinem Ermessen

und mache die Überlassung der beantragten Ausstattung erforderlich. Der Arbeitgeber wendete ein, die bloße Möglichkeit des Betriebsrats, in einer Geschäftsordnung zu regeln, Betriebsratssitzungen virtuell durchzuführen, könne nicht allein zu einer Erforderlichkeit führen. Vielmehr sei ein konkreter betrieblicher Bedarf notwendig.

Die Entscheidung

Das LAG München entsprach sodann der Beschwerde. Der Betriebsrat habe gem. § 40 Abs. 2 i.V.m. § 30 Abs. 2 BetrVG einen Anspruch auf Überlassung der geforderten Geräte, weil

es sich um sachliche Mittel in Form von Informations- und Kommunikationstechnik in erforderlichem Umfang i.S.d. § 40 Abs. 2 BetrVG handele. Der Anspruch des Betriebsrats setze jedoch in jedem Fall voraus, dass sich der Betriebsrat eine Geschäftsordnung i.S.d. § 30 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BetrVG gegeben hat. In einer solchen müsse unter Sicherung des Vorrangs der Präsenzsitzung festgelegt sein, unter welchen Voraussetzungen einzelne Mitglieder virtuell an einer Betriebsratssitzung teilnehmen können, und unter welchen Voraussetzungen eine Sitzung vollkommen virtuell stattfinden kann. Unzureichend sei es, wenn sich die Regelung darin erschöpft, die Entscheidung über das Ob und Wie virtueller Betriebsratssitzungen dem Vorsitzenden zu übertragen. Dieser dürfe nur auf der Grundlage einer Geschäftsordnungsregelung sowie nach deren Vorgaben handeln. Diesen Anforderungen würde die geänderte Geschäftsordnung des Betriebsrats hier genügen, da darin Präsenzsitzungen als Regelfall und die Durchführung von virtuellen Betriebsratssitzungen als Ausnahme vorgesehen seien.

Im Übrigen sei es anhand von Telos und Systematik des Gesetzes alleinige Entscheidung des Betriebsrats, ob und wie Betriebsratssitzungen virtuell stattfinden. Daher könne der Betriebsrat auch nicht auf die (kostenschonende) Durchführung einer Präsenz- oder Telefonkonferenz verwiesen werden. Hierin liege auch keine unzulässige Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern i.S.d. § 78 Satz 2 BetrVG, wenn diese lediglich von der in § 30 Abs. 2 BetrVG gesetzlich eingeräumten Möglichkeit der Teilnahme an Betriebsratssitzungen mittels Videokonferenz Gebrauch machen. Der Grundsatz, Betriebsratsmitglieder müssten während ihrer arbeitsvertraglichen Arbeitszeit im Betrieb anwesend sein, finde für die Dauer der Teilnahme an einer virtuellen Betriebsratssitzung nach § 30 Abs. 2 BetrVG eine Einschränkung.

Unser Kommentar

Der Betriebsrat kann mithin selbst darüber entscheiden, ob er von der in § 30 Abs. 2 BetrVG normierten Möglichkeit Gebrauch macht, virtuelle Betriebsratssitzungen durchzuführen, und dazu die Überlassung einer technischen Ausstattung verlangt, solange die in § 30 Abs. 2 BetrVG normierten Vorgaben eingehalten werden. Insbesondere hat der Betriebsrat sicherzustellen, dass Präsenzsitzungen Vorrang haben. Darüber hinaus ist zu beachten, dass ein etwaiger Anspruch des Betriebsrats auf Zurverfügungstellung von Informations- und Kommunikationstechnik auf eine Ausstattung in erforderlichem Umfang begrenzt ist. Insbesondere ist es Sache des Arbeitgebers, darüber zu entscheiden, welches Fabrikat er dem Betriebsrat zur Verfügung stellt.

Autor

Daniel Greger

**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft
Hamburg**

■ RECHTSPRECHUNG IN KÜRZE

Kohärentes Kopftuchverbot auch für Arbeitnehmer ohne Kundenkontakt

EuGH, Urteil vom 28.11.2023 – C-148/22 (Commune d’Ans)

Eine interne Regel in einer Gemeindeverwaltung, die es verbietet, am Arbeitsplatz sichtbare Zeichen weltanschaulicher oder religiöser Überzeugungen zu tragen, ist zulässig, wenn der Arbeitgeber damit ein vollständig neutrales Verwaltungsumfeld schaffen möchte, und das Verbot undifferenziert für alle Mitarbeiter gilt.

Der Fall

Die klagende Arbeitnehmerin arbeitet in einer belgischen Gemeinde. In ihrer Funktion hat sie keinen Publikumskontakt. Rund fünf Jahre nach ihrer Einstellung beantragte sie beim Arbeitgeber, am Arbeitsplatz ein Kopftuch tragen zu dürfen. Dies wurde abgelehnt, ferner änderte die Gemeinde anschließend ihre Arbeitsordnung und fügte darin eine Passage ein, nach der Arbeitnehmer zur Einhaltung des Grundsatzes der Neutralität verpflichtet sind, und es untersagt ist, auffällige Zeichen zu tragen, die eine ideologische oder weltanschauliche Zugehörigkeit bzw. politische oder religiöse Überzeugung zeigen. Dies sollte explizit sowohl für Kontakte im Publikumsverkehr als auch im Verhältnis zu Vorgesetzten und Kollegen gelten. Die Klägerin ging hiergegen vor, woraufhin das Tribunal du travail de Liège (Arbeitsgericht Lüttich) insbesondere aufgrund der allgemeinen Geltung des Verbots auch für Beschäftigte ohne „Kundenkontakt“ eine mögliche ungerechtfertigte Diskriminierung erkannte. Es legte dem EuGH daher die Frage vor, inwiefern ein derartiges Verbot mit der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG vereinbar sei.

Die Entscheidung

Der EuGH bestätigte zunächst seine bereits in den vergangenen Jahren gefasste Rechtsprechung, nach der ein Verbot religiöser, philosophischer und weltanschaulicher Zeichen keine unmittelbare Diskriminierung gem. Art. 2 Abs. 2 Buchst. a) RL 2000/78/EG darstellt, wenn es auf einem umfassenden Neutralitätswunsch des Arbeitgebers gegenüber Kunden besteht und unterschiedslos für alle Überzeugungen und Beschäftigten gilt. Eine mittelbare Diskriminierung nach Art. 2 Abs. 2 Buchst. b) RL 2000/78/EG sei wiederum möglich, allerdings bestehe in dem Neutralitätsinteresse ein rechtmäßiges Ziel für das Verbot. Der zur Rechtfertigung notwendige Neutralitätswunsch des Arbeitgebers müsse jedoch

einem wirklichen Bedürfnis entsprechen, das Verbot konsequent und systematisch erfolgen und im Umfang auf das beschränkt bleiben, was hinsichtlich möglicher Nachteile unbedingt erforderlich ist; ein bloßer Neutralitätswille reiche nicht aus.

Komplettverbote auch für Arbeitnehmer ohne Kontakt nach außen seien im vorliegenden Fall jedenfalls durch den Grundsatz der Neutralität des Staates bzw. des öffentlichen Dienstes in „dem für sie spezifischen Kontext“ gerechtfertigt. Die finale Entscheidung über die Verbotszulässigkeit richte sich nach dem mitgliedstaatlichen Recht. Daneben müsse das Ziel einer „exklusiven“ – also vollständigen – Neutralität auch in der öffentlichen Verwaltung tatsächlich in kohärenter und systematischer Weise verfolgt werden. Auch dort dürften deshalb überhaupt keine sichtbaren Überzeugungsbekundungen erlaubt sein, wenn die Arbeitnehmer mit Personen, die die öffentlichen Dienstleistungen in Anspruch nehmen, oder untereinander in Kontakt stehen. Der EuGH führt sein Kohärenzerfordernis hier demnach fort, sodass in Ländern, in denen präventive Komplettverbote (noch) zulässig sind, nicht nur keinerlei Unterschiede anhand der „Intensität“ des Zeichens bzw. Kleidungsstücks gemacht werden dürfen, sondern auch keine Differenzierungen danach, ob jemand Publikumskontakt hat oder nicht. Da der EuGH hier keine Einschränkungen für den öffentlichen Dienst konstatiert, gilt dies erst recht in privaten Unternehmen.

Kein Verwertungsverbot von Äußerungen in privater Chatgruppe

BAG, Urteil vom 24.8.2023 – 2 AZR 17/23

Bei beleidigenden, fremdenfeindlichen und menschenverachtenden Äußerungen über Betriebsangehörige in einer privaten Chatgruppe bedarf es einer besonderen Darlegung, warum ein Arbeitnehmer berechtigt erwarten durfte, seine Äußerungen würden von keinem Beteiligten an Dritte weitergegeben. Dass die Äußerungen in einem privaten Austausch mit mehreren anderen Kollegen stattfinden, bedingt kein Sachvortrags- oder Beweisverwertungsverbot.

Der Fall

Der klagende Arbeitnehmer war seit 1999 bei der beklagten Arbeitgeberin in der Lagerlogistik beschäftigt. Mit Kollegen unterhielt er eine Chatgruppe bei Whatsapp. In der Gruppe wurden private Themen diskutiert, dazu äußerten sich jedoch

sowohl der Kläger als auch andere Teilnehmende häufig in beleidigender, fremdenfeindlicher, sexistischer und menschenverachtender Weise über Vorgesetzte und Kollegen und riefen auch zu Gewalt gegen diese auf. Ende 2020 wurde temporär ein Ex-Kollege Mitglied in der Chatgruppe, der einem Mitarbeiter der Beklagten den Chatverlauf weiterleitete. Über den Betriebsrat gelangte der Chat zum Personalleiter der Beklagten, woraufhin dieser das Arbeitsverhältnis des Klägers außerordentlich und hilfsweise mit Auslauffrist kündigte. Hiergegen legte der Kläger Kündigungsschutzklage ein: Seines Erachtens darf der Chatverlauf nicht prozessual verwertet werden, da es sich um einen rein privaten Austausch handle. ArbG und LAG gaben der Klage statt.

Die Entscheidung

Der Zweite BAG-Senat gab indes der Revision der Beklagten statt. Das LAG sei zunächst zutreffend davon ausgegangen, dass die Äußerungen des Klägers in der Chatgruppe keinem Sachvortragsverwertungsverbot unterliegen. Eine Verarbeitung personenbezogener Daten, welche durch Rechtsgrundlage der EU-Mitgliedstaaten gem. Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. e), Abs. 3 Satz 1 Buchst. b), Abs. 3 Satz 4 DSGVO zur Verfolgung eines im öffentlichen Interesse liegenden Ziels festgelegt werden kann, solange es in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten legitimen Zweck steht, sei anzunehmen, wenn die Zivil- und daher auch Arbeitsgerichte die ihnen durch das nationale Recht übertragenen gerichtlichen Befugnisse ausüben. Ein Sachvortrags- oder Beweisverwertungsverbot komme dabei nur in Betracht, wenn die Nichtberücksichtigung von Vorbringen oder eines Beweismittels wegen einer durch Unionsrecht oder Art. 2 Satz 1 i. V. m. Art. 1 Satz 1 GG geschützten Rechtsposition des Arbeitnehmers zwingend geboten ist.

Ausnahmsweise könne sich zwar ein Verbot für ein Gericht ergeben, Sachvortrag und Beweismittel zu verwerten, die im Zuge einer das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Arbeitnehmers verletzenden Datenverarbeitung des Arbeitgebers erlangt wurden. Weder enthielten die ZPO noch das ArbGG Bestimmungen, welche die Verwertbarkeit von Erkenntnissen oder Beweismitteln einschränken, die eine Arbeitsvertragspartei (ggfs. rechtswidrig) erlangt hat. Ein Verwertungsverbot könne sich gleichwohl ergeben, wenn ein solches wegen einer grundrechtlich geschützten Position zwingend geboten ist.

Dies sei vorliegend aber nicht der Fall. Durch die gerichtliche Verwertung der Chat-Äußerungen finde kein grundrechtswidriger Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Klä-

gers statt. Die von diesem getätigten Aussagen betreffen nicht dessen unantastbaren Intim-, sondern allenfalls seinen Privatbereich. Bei Äußerungen in einer aus mehreren Personen bestehenden Chatgruppe hatte der Kläger offenkundig selbst nur einen begrenzten subjektiven Willen zur Geheimhaltung; seine Beiträge hätten ferner keinen höchstpersönlichen Charakter gehabt, sondern zielten auf die Herabwürdigung, Verächtlichmachung und Beleidigung anderer Personen ab. Soweit durch die Verwertung die Privatsphäre des Klägers tangiert wird, überwiege der Anspruch der Beklagten aus Art. 103 Abs. 1 GG auf Berücksichtigung des Sachvortrags. Das LAG habe in diesem Kontext rechtsfehlerhaft angenommen, dass die Äußerungen aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht als wichtiger Grund i. S. v. § 626 Abs. 1 BGB in Betracht kommen, da es sich um eine vertrauliche Kommunikation gehandelt habe. Der Senat verwies die Sache daher dorthin zurück. Allein der Umstand, dass Äußerungen in einer privaten Chatgruppe stattfinden, führe nicht dazu, dass ihnen von vornherein eine Vertragspflichtwidrigkeit abzusprechen sei, wenn sie auf Vorgesetzte und Kollegen und somit auf betriebliche Umstände bezogen sind. Es bedürfe deshalb einer besonderen Darlegung des Klägers, warum er angesichts der Größe und Zusammensetzung des beteiligten Personenkreises berechtigt erwarten durfte, seine Äußerungen würden nicht weitergegeben.

Umfang von Arbeit auf Abruf ohne vertragliche Abrede

BAG, Urteil vom 18.10.2023 – 5 AZR 22/23

Ist zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Arbeit auf Abruf vereinbart worden, die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit jedoch nicht vertraglich bestimmt, so gilt zur Schließung dieser Regelungslücke grundsätzlich nach § 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG eine Arbeitszeit von 20 Stunden als vereinbart. Nur in Ausnahmefällen ist ein abweichendes Auslegungsergebnis möglich.

Der Fall

Die Klägerin ist seit 2009 bei einem Druckindustrie-Unternehmen als „Abrufkraft Helferin Einlage“ beschäftigt. Arbeitsvertraglich wurde dabei zum zeitlichen Umfang der wöchentlichen Abrufarbeit nichts festgelegt. Mit ihrer Klage machte sie einerseits Vergütung für den Einsatz ihrer Arbeitskraft in den Jahren 2017 bis 2019 geltend. Sie habe ihre Arbeitskraft in diesem Zeitraum im Durchschnitt 103,2 Stunden pro Monat abgerufen, was zu vergütende Arbeitszeit sei. Andererseits

fordert sie für den Zeitraum ab 2020 eine Nachzahlung wegen Annahmeverzugs, weil ihre Arbeitskraft seitdem weniger als geschuldet abgerufen worden sei. Das ArbG stellte fest, dass die Dauer der vertraglich geschuldeten wöchentlichen Arbeitszeit 20 Stunden beträgt, und gab dem Zahlungsantrag entsprechend teilweise statt. Im Übrigen wies es die Klage ab. Die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin wies das LAG Hamm.

Die Entscheidung

Auch die Revision der Klägerin blieb ohne Erfolg. Bei vereinbarter Arbeit auf Abruf, sprich Arbeit in Anpassung an den Arbeitsumfang, schreibe § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG eigentlich vor, dass arbeitsvertraglich eine bestimmte Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit festgelegt werden muss. Unterbleibt diese Festlegung, füllt laut BAG § 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG diese Regelungslücke, wonach kraft Gesetzes eine Arbeitszeit von 20 Wochenstunden als vereinbart gilt. Nur in seltenen Ausnahmefällen sei von einer davon abweichenden Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung auszugehen, wenn die Fiktion der Vorschrift im betreffenden Arbeitsverhältnis keine sachgerechte Regelung darstellt und objektive Anhaltspunkte dafür vorliegen, Arbeitgeber und Arbeitnehmer hätten bei Vertragsschluss bei Kenntnis der Regelungslücke eine höhere oder niedrigere Arbeitszeit ausgemacht. Auch wenn zu Beginn des Arbeitsverhältnisses die arbeitsvertragliche Lücke zur Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit mit der gesetzlichen Fiktion gefüllt werde, bleibe es den Parteien aber unbenommen, im Anschluss daran explizit oder konkludent etwas anderes zu regeln. Weder das Abrufverhalten des Arbeitgebers allein noch das Annahmeverhalten des Arbeitnehmers über einen längeren genügten allerdings für eine solche Annahme. Diesem Verhalten komme kein rechtsgeschäftlicher Erklärungswert hinsichtlich einer Bindung zu einer höheren Dauer zu.

Angebot für einen Ersatztermin zum Vorstellungsgespräch gegenüber einem Schwerbehinderten

BAG, Urteil vom 23.11.2023 – 8 AZR 164/22

Die Pflicht des öffentlichen Arbeitgebers zur Einladung schwerbehinderter Menschen zu einem Vorstellungsgespräch beinhaltet die Angebotspflicht eines Ersatztermins, wenn ein hinreichend gewichtiger Grund für die Verhinderung mitgeteilt wird, und dem Arbeitgeber die Organisation eines Ersatztermins zumutbar ist.

Der Fall

Die Parteien streiten über einen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG wegen eines Verstoßes gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts und einer Behinderung. Die schwerbehinderte klagende Partei wurde zweigeschlechtlich geboren und bezeichnet sich als Hermaphrodit. Sie bewarb sich unter Angabe der Schwerbehinderung auf eine Stellenausschreibung der beklagten Stadt für „Fallmanager*innen im Aufenthaltsrecht“ und bat dabei darum, im Rahmen des Auswahlverfahrens mit „Sehr geehrte* Herr F“ angeredet zu werden. Diese Anrede wurde seitens der Stadt in der Einladung zum Vorstellungsgespräch nicht verwendet. Die klagende Partei lehnte daraufhin den anberaumten Termin unter Berufung auf „einen anderen Termin“ ab und bat um einen Ersatztermin. Da für das Vorstellungsgespräch eine umfangreiche Auswahlkommission zusammenkommen musste, konnte ein solcher Ersatztermin nicht angeboten werden, was die Beklagte dann unter Verwendung der gewünschten Anrede kommunizierte. Die klagende Partei sah sowohl in dem verwendeten Genderstern in der Stellenbezeichnung als auch in dem unterbliebenen Angebot eines Ersatztermins eine Diskriminierung. Die Vorinstanzen wiesen die Klage ab.

Die Entscheidung

So entschied auch das BAG. Stellenausschreibungen müssten sich an Menschen jedweden Geschlechts richten. Mittels der Verwendung des sog. Gendersterns könne eine solche Geschlechtsneutralität ausgedrückt werden. Der Pflicht des öffentlichen Arbeitgebers zur Einladung sich bewerbender schwerbehinderter Menschen zu einem Vorstellungsgespräch nach § 165 Satz 3 SGB IX werde zwar nicht mit dem Angebot eines einzigen Termins Genüge getan, wenn der schwerbehinderte Mensch seine Verhinderung vor dem Termin unter Angabe eines hinreichend gewichtigen Grundes mitteilt, und dem Arbeitgeber das Anbieten eines Ersatztermins zumutbar ist. Ob ein Ersatztermin angeboten werden muss, beurteilte sich aber nach den Umständen des Einzelfalls. Die diesbezügliche Würdigung des Sachverhalts durch das LAG sei im Revisionsverfahren nur eingeschränkt überprüfbar.

Arbeitsvertragliche Abweichungen von in Bezug genommenen Tarifinhalten

BAG, Urteil vom 28.6.2023 – 5 AZR 9/23

Verwendet ein tarifgebundener Arbeitgeber in einem For-

mularbeitsvertrag eine uneingeschränkte Bezugnahme Klausel für einen Tarifvertrag, so bedarf es für die Annahme, mit weiteren Regelungen im Arbeitsvertrag solle konstitutiv von den Tariffinhalten abgewichen werden, besonderer Anhaltspunkte.

Der Fall

Die Parteien streiten über den Anspruch auf eine potenzielle weitere Monatsvergütung. Der klagende Arbeitnehmer ist seit 1989 bei der beklagten Arbeitgeberin als Mitglied des Bodenpersonals am Münchener Flughafen beschäftigt. Sein Arbeitsvertrag enthält eine Regelung, nach der sich „Rechte und Pflichten [...] aus den jew. gültigen Tarifverträgen, den Betriebsvereinbarungen und Dienstvorschriften [...] ergeben“. Ferner wurde arbeitsvertraglich bestimmt, dass „die Bezüge 13-mal jährlich bargeldlos gezahlt“ werden. In einem auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Manteltarifvertrag findet sich seit Tätigkeitsbeginn des Klägers eine Regelung, die ein jährliches Weihnachts- und Urlaubsgeld i. H. v. je einer halben Grundvergütung vorsieht, die jeweils im Mai bzw. Dezember ausgezahlt werden. Ende 2020 schloss die Beklagte mit ver.di einen „Tarifvertrag zur Bewältigung des Corona-Krisenfalls für das Bodenpersonal“, der vom 10. November 2020 bis 31. Dezember 2021 galt und u. a. regelte, dass in dieser Zeit keine Urlaubs- und Weihnachtsgelder gezahlt werden. Im November 2020, Mai 2021 und November 2021 erhielt der Kläger dementsprechend weder Urlaubs- noch Weihnachtsgeld. Ein weiteres, d. h. 13. Monatsgehalt zahlte die Beklagte während des Arbeitsverhältnisses zu keinem Zeitpunkt. Der Kläger vertrat gleichwohl die Auffassung, dass ihm ein solches aufgrund der Bestimmungen in seinem Arbeitsvertrag zustehe bzw. dass aus diesem eine Garantie des tariflichen Anspruchs auf Urlaubs- und Weihnachtsgeld folge. Die anschließende Klage wies das ArbG ab, ebenso wie das LAG die Berufung des Klägers.

Die Entscheidung

Gleichermaßen wies das BAG die Revision des Klägers zurück. Dieser habe nach den Inhalten seines Arbeitsvertrags keinen tarifunabhängigen Anspruch auf Zahlung eines „13. monatlichen Bezugs“. Die arbeitsvertragliche Bestimmung, die eine 13-malige jährliche Zahlung thematisiert, sei rein deklaratorisch und begründe weder einen unabhängigen Anspruch noch eine Garantie auf die tariflichen Sozialbezüge. Zwar sei der Wortlaut der Klausel nicht eindeutig, allerdings spreche der Hinweis auf die bargeldlose Überweisung gegen eine eigenständige Anspruchsgrundlage. Darüber hinaus würden die Systematik und das Gesamtbild des Vertrags indi-

zieren, dass das Arbeitsverhältnis insgesamt – einschließlich der Sonderleistungen – den anwendbaren tarifvertraglichen Regelungen in ihrer jeweils geltenden Fassung unterworfen werden sollte. Die Bestimmung zur bargeldlosen Zahlung betreffe in diesem Kontext lediglich die Zahlungsmodalitäten und eine Information zur Gesamtvergütung unter Geltung der tariflichen Regelungen.

Bezieht ein tarifgebundener Arbeitgeber in einem Formulararbeitsvertrag den bei ihm geltenden Tarifvertrag mit einer uneingeschränkten Bezugnahme Klausel in das Arbeitsverhältnis ein, so werde damit erkennbar, dass das Arbeitsverhältnis umfassend nach den entsprechenden tariflichen Regelungen gestaltet werden soll. Infolgedessen bedürfe es für die Annahme, dass mit weiteren Klauseln im Arbeitsvertrag eine (konstitutive) Besser- oder Schlechterstellung gegenüber den tariflichen Bestimmungen vereinbart wird, besonderer Anhaltspunkte. Solche seien hier nicht ersichtlich, ebenso wenig wie andere Einschränkungen des Umfangs der Inbezugnahme. Nicht zuletzt habe der Kläger vor der Geltung des pandemiebedingten Tarifvertrags zu keinem Zeitpunkt die Modalitäten und die Gesamtsumme seiner jährlichen Vergütung beanstandet oder die Zahlung eines 13. (in Summe 14.) Bezugs verlangt.

Umfang eines Notdienstes während eines Arbeitskampfes in der Daseinsvorsorge

LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 18.7.2023 – 4 SaGa 3/23

Die zeitliche und personelle Besetzung eines Notdienstes während eines Streiks bei einem Arbeitgeber der Daseinsvorsorge muss sich einerseits am Zweck des Dienstes orientieren, andererseits aber auf das unerlässliche Maß reduziert werden, um die durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Arbeitskampffreiheit der Streikenden zur Geltung zu bringen.

Der Fall

Die Parteien streiten im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens über den Umfang eines einzurichtenden Notdienstes während eines Arbeitskampfes. Die Arbeitgeberin ist eine Tochtergesellschaft eines Universitätsklinikums und erbringt für dieses technische Dienstleistungen. Dazu gehört auch der Betrieb einer durch ein EDV-System gesteuerten Anlage zum automatischen Warentransport, mit der unterirdisch z. B. Sterilgut, Medikamente oder medizinische

Verbrauchsmaterialien zu den verschiedenen Standorten und Stationen gebracht werden. Die verfügbungsbeklagte Gewerkschaft führte seit April 2022 bereits öfter Arbeitskämpfmaßnahmen bei der Arbeitgeberin durch. Anfang Juli 2023 rief sie erneut zu Streiks am 12., 18. sowie 21.-28. Juli 2023 auf. Nach gescheiterten Verhandlungen über die Einrichtung eines Notdienstes erließ die Gewerkschaft eine einseitige Notdienstklärung, in der jedoch keine Notfallbesetzung für Störungen in der Warentransportanlage vorgesehen war. Die Arbeitgeberin begehrte infolgedessen die Verpflichtung der Gewerkschaft, einen Notdienst für die Anlage mit jeweils zwei fachlich geeigneten Personen im Früh- und Spätdienst zu dulden. Die Gewerkschaft ist der Meinung, die Transporte könnten auch auf anderen Wegen durchgeführt werden, etwa durch Autos oder Elektroschlepper, sodass ein Stördienst nicht notwendig sei. Das ArbG gab dem Antrag der Arbeitgeberin statt.

Die Entscheidung

Das LAG entsprach derweil teilweise der Berufung der Gewerkschaft. Die Arbeitgeberin könne zwar die Einrichtung eines Notdienstes zur Erbringung von Entstörleistungen an der Warentransportanlage verlangen, allerdings nicht in dem von ihr beantragten personellen und zeitlichen Umfang. An sich bestehe der geltend gemachte Anspruch auf die Einrichtung des Notdienstes, auch der Erlass einer einstweiligen Verfügung bei Arbeitskämpfen sei in diesem Zusammenhang zulässig. Ferner liege eine Eilbedürftigkeit vor, wenn die Arbeitskämpfmaßnahme zeitnah bevorsteht. Inhaltlich herrsche zwischen den Parteien Einigkeit, dass bei der Arbeitgeberin grundsätzlich ein Notdienst eingerichtet werden muss. Während eines Arbeitskampfes könne die Durchführung von Notstandsarbeiten erforderlich sein, also solchen Leistungen, welche die Versorgung der Bevölkerung mit lebensnotwendigen Diensten und Gütern sicherstellen. Streikmaßnahmen im Bereich der Daseinsvorsorge seien in diesem Kontext nicht von vornherein unzulässig, da ein generelles Arbeitskämpfverbot mit Art. 9 Abs. 3 GG unvereinbar wäre. Der vorliegende Streit beschränke sich indes auf Umfang und Inhalt des Notdienstes. Richtet eine Gewerkschaft einen Notdienst ein, der nach der Auffassung des Arbeitgebers unzureichend ist und Gemeinwohlbelange verletzt, so müsse es für diesen möglich sein, einen Notdienst im Sinne einer Beschränkung des Streikumfangs im einstweiligen Verfügungsverfahren zu erreichen.

Die Frage, welcher Notdienst einzurichten ist, müsse sich einerseits an dessen Zweck orientieren, sei andererseits aber auf das unerlässliche Maß zu reduzieren, um die durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Arbeitskämpffreiheit zur Geltung zu

bringen. Der Notdienst dürfe nicht dazu missbraucht werden, den Betrieb soweit wie möglich aufrecht zu erhalten, vielmehr gehe es um eine am jeweiligen Auftrag der Daseinsvorsorge orientierte „Minimalversorgung“. Vorliegend seien alternative Transportmöglichkeiten nicht ohne das Risiko einer ernsthaften Gefährdung der Patientenversorgung möglich, der Umfang des Notdienstes für Störfälle bedürfe jedoch nur einer fachkundigen und einer nicht fachkundigen Person – so hatte es der Geschäftsführer der Arbeitgeberin selbst bestätigt. In zeitlicher Hinsicht sei der Notdienst ferner auf die „Kernzeit“ von 7:00 bis 17:00 Uhr zu beschränken, in der im Klinikum die meisten Aktivitäten entfaltet werden.

■ INTERNATIONALER NEWSFLASH AUS UNYER

Österreich: Kostenerstattung bei Heimarbeit?

Der Oberste Gerichtshof Österreichs (OGH) hat sich kürzlich erstmals nach Inkrafttreten der dortigen gesetzlichen Regelungen zur Heimarbeit Jahr 2021 mit der Frage des Kostenersatzes für Arbeitnehmer bei Heimarbeit beschäftigt.



Aufgrund der Schließung während der COVID-19-Krise arbeitete eine Arbeitnehmerin vorübergehend von zu Hause aus. Ab April 2020 stand kein Büroraum mehr zur Verfügung, sodass sie dauerhaft von zu Hause aus arbeiten musste. Die Arbeitnehmerin weigerte sich, eine entsprechende Vereinbarung zu unterzeichnen, die ihr eine monatliche Heimarbeitszulage von EUR 250,00 brutto gewährt hätte. Der Arbeitgeber stellte der Arbeitnehmerin einen Laptop, ein Mobiltelefon und einen Bürostuhl zur Verfügung. Die Arbeitnehmerin verlangte einen Kostenersatz in Höhe von 250 EUR netto pro Monat. Der Oberste Gerichtshof führte daraufhin in seiner Entscheidung (Beschluss vom 27.9.2023 – 9 ObA 31/23h aus, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, dem Arbeitnehmer die erforderlichen Arbeitsmittel für die Erledigung seiner Arbeit von zu Hause aus zur Verfügung zu stellen. Stellt der Arbeitgeber diese nicht zur Verfügung, habe der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Kostenersatz. Dieser Anspruch auf Kostenerstattung im Home Office umfasse nicht nur die durch die Heimarbeit verursachten Mehrkosten, sondern auch anteilige Kosten für Strom, Heizung und Miete. Die Entscheidung führt zu einem Anpassungsbedarf in Österreich, im Rahmen des-

sen Arbeitgeber ihre aktuellen Home Office- bzw. Remote Work-Vereinbarungen überprüfen und ggfs. hinsichtlich der Bereitstellung von Arbeitsmitteln und der Kostenerstattung anpassen müssen

Autorin

Dr. Anna Mertinz

**KWR
Wien**

■ ALLGEMEINE HINWEISE

Autoren dieser Ausgabe



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



Dr. Christoph Corzelius
Rechtsanwalt, Senior Associate
Köln
T +49 221 9937 27795
christoph.corzelius@luther-lawfirm.com



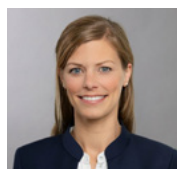
Axel Braun
Rechtsanwalt, Fachanwalt für
Arbeitsrecht, Partner
Köln
T +49 221 9937 25740
axel.braun@luther-lawfirm.com



Jan Hansen
Rechtsanwalt, Senior Associate
Köln
T +49 221 9937 14074
jan.hansen@luther-lawfirm.com



Dr. Astrid Schnabel, LL.M. (Emory)
Rechtsanwältin, Fachanwältin für
Arbeitsrecht, Partnerin
Hamburg
T +49 40 18067 14072
astrid.schnabel@luther-lawfirm.com



Jana Anna Voigt
Rechtsanwältin, Fachanwältin für
Arbeitsrecht, Senior Associate
Düsseldorf
T +49 211 5660 18783
jana.voigt@luther-lawfirm.com



Dr. Volker Schneider
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht,
Partner
Hamburg
T +49 40 18067 12195
volker.schneider@luther-lawfirm.com



Kevin Brinkmann LL.M.
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht,
Associate
Hamburg
T +49 40 18067 11184
kevin.brinkmann@luther-lawfirm.com



Nadine Ceruti
Rechtsanwältin, Fachanwältin für
Arbeitsrecht, Counsel
Frankfurt a.M.
T +49 69 27229 24795
nadine.ceruti@luther-lawfirm.com



Barbara Enderle, LL.M. (Amsterdam)
Rechtsanwältin, Associate
Düsseldorf
T +49 211 5660 21623
barbara.enderle@luther-lawfirm.com



Volker von Alvensleben
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht,
Of Counsel
Hamburg
T +49 40 18067 14076
volker.von.alvensleben@luther-lawfirm.com



Daniel Greger
Rechtsanwalt, Associate
Hamburg
T +49 40 18067 12195
daniel.greger@luther-lawfirm.com



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

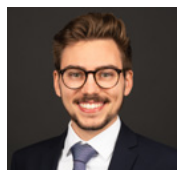


Kathy Just
Rechtsanwältin, Associate
Frankfurt a.M.
T +49 69 27229 24860
kathy.just@luther-lawfirm.com

KWR Wien

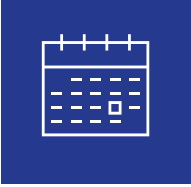


Dr. Anna Mertinz
Partnerin
Wien
T +43 1 24500-3131
anna.mertinz@kwr.at



Benedikt Strohdeicher
Wissenschaftlicher Mitarbeiter
Frankfurt a.M.
T +49 69 27229 10163
benedikt.strohdeicher@luther-lawfirm.com

Veranstaltungen, Veröffentlichungen und Blog



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



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



Unseren Blog finden Sie [hier](#).

Impressum

Verleger: Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln, Telefon +49 221 9937 0
Telefax +49 221 9937 110, contact@luther-lawfirm.com
V.i.S.d.P.: Achim Braner
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
An der Welle 10, 60322 Frankfurt am Main
Telefon +49 69 27229 23839
achim.braner@luther-lawfirm.com

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

Bildnachweis: vegefox.com / Adobe Stock: Seite 1; riptide / Adobe Stock: Seite 4; yanlev / Adobe Stock: Seite 8; Grecaud Paul / Adobe Stock: Seite 10; BillionPhotos.com / Adobe Stock: Seite 11; rogerphoto / Adobe Stock: Seite 13; Blue Planet Studio / Adobe Stock: Seite 15; A Stockphoto / Adobe Stock: Seite 17; magele-picture / Adobe Stock: Seite 19; Martina Taylor / Adobe Stock: Seite 21;

Haftungsausschluss

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

Luther.

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

Weitere Informationen finden Sie unter

www.luther-lawfirm.com

www.luther-services.com

