

Zukunft Dienstrecht 2023

Aktuelles Arbeitsrecht 2023

Wolfgang Gundel

Richter am ArbG Freiburg

9. November 2023

Inhalt

1	Kündigung allgemein	6
1.1	BAG, Urteil vom 20. Juli 2023 – 6 AZR 228/22, Volltext derzeit nur juris/Bundesarbeitsgericht.de Organstellung und Betriebsübergang - § 14 KSchG (Erste Entscheidung)	6
1.2	BAG, Urteil vom 29. Juni 2023 – 2 AZR 296/22, NZA 2023, 1105 Offene Videoüberwachung – Verwertungsverbot (Weiterentwicklung der Rspr.)	7
1.3	BAG, Beschluss vom 21. Juni 2023 - 7 AZR 234/22, derzeit nur bundesarbeitsegricht.de/juris Ruhen des Verfahrens § 54 Abs.5 ArbGG - Terminantrag – Frist (Erste Entscheidung)	11
1.4	BAG, Urteil vom 25. April 2023 – 9 AZR 253/22, NZA 2023, 1175 (Parallelentscheidung 9 AZR 254/22), NZA 2023, 1175 Arbeitnehmerstatus - Mitglied einer spirituellen Gemeinschaft – Abgrenzung zum Kirchenprivileg der WRV (Anwendungsfall der Rspr.)	12
1.5	BAG, Urteil vom 30. März 2023 – 2 AZR 309/22, NZA 2023, 898 Kündigung einer nicht gegen das Coronavirus geimpften medizinischen Fachangestellten (Erste Entscheidung)	14
1.6	BAG, Beschluss vom 28. Februar 2023 – 2 AZN 22/23, NZA 2023, 719 Kündigungsschutzklage - Auslegung eines ergänzenden allgemeinen Feststellungsantrags als unechter Hilfsantrag - Bindung an die Parteianträge (Fortsetzung der Rspr./Teilaufgabe der Rspr.)	15
2	Betriebsbedingte Kündigung – Steht eine grundlegende Änderung der Rspr. bei Massenentlassung bevor?	17
2.1	EuGH, Urteil vom 5. Oktober 2023 – C-496/22 „Brinks cash Solutions“, juris Verfahren zur Information und Konsultation der Arbeitnehmer bei einer beabsichtigten Massenentlassung - Art 1 Abs 1 UAbs 1 Buchst b und Art 6 EGRL 59/98 - fehlende Benennung von Arbeitnehmervertretern - keine Pflicht des Arbeitgebers betroffene Arbeitnehmer einzeln zu informieren und zu konsultieren (Vorlageentscheidung Rumänien)	17
2.2	EuGH, Urteil vom 13. Juli 2023 – C-134/22 „G GmbH“, NZA 2023, 888 Massenentlassungen - Art 2 Abs 3 UAbs 2 EGRL 59/98 - Verpflichtung des Arbeitgebers zur Übermittlung einer Auskunftsabschrift an die zuständige Behörde - Schutzzweck - kein Individualrechtsschutz (Vorlageentscheidung BAG 27.1.2022 – 6 AZR 155/21)	18
2.3	BAG, Beschluss vom 11. Mai 2023 – 6 AZR 157/22 (A), NZA 2023, 1040 (Zweite Aussetzung wegen Vorlageentscheidung – vgl. vorstehend 2.2)	20
2.4	BAG, Urteil vom 17. August 2023 - 6 AZR 56/23 bisher nur PM Nr. 32/23 Vermutungswirkung des § 125 Abs. 1 Nr. 1 InsO bei betriebsbedingter Kündigung in der Insolvenz (Bestätigung der st. Rspr.)	21
2.5	BAG, Urteil vom 28. Februar 2023 – 2 AZR 227/22, NZA 2023, 578 Betriebsbedingte Kündigung - unternehmerische Organisationsentscheidung (Bestätigung der Rspr)	22
2.6	BAG, Urteil vom 8. Dezember 2022 – 6 AZR 31/22, NZA 2023, 692 (ArbR 2023, 16 Anm. Krieger) Betriebsbedingte Kündigung - Namensliste - Sozialauswahl – Altersrente – Rentennähe (Fortentwicklung der Rspr.)	25

2.7	BAG, Urteil vom 8. Dezember 2022 – 6 AZR 32/22, NZA 2023, 625 Grob fehlerhafte Sozialauswahl - Nachschieben von Kündigungsgründen (Fortsetzung der Rspr.)	28
3	Krankheitsbedingte Kündigung	31
3.1	BAG, Urteil vom 15.12.2022 – 2 AZR 162/22, NZA 2023, 500 Betriebliches Eingliederungsmanagement – Integrationsamt (Erste Entscheidung)	31
4	Außerordentliche Kündigung	33
4.1	BAG, Urteil vom 24. August 2023 – 2 AZR 17/23 bisher nur PM 33/23 (Besprechung Windeln ArbRB 2023, 290) – Kündigung wegen Äußerungen in einer Chatgruppe (Erste Entscheidung)	33
4.2	BAG, Urteil vom 28. Februar 2023 – 2 AZR 194/22; NZA 2023, 627 Außerordentliche Kündigung wegen Bedrohung - versehentlich falsche Angabe von Sozialdaten gegenüber dem Betriebsrat - Kenntnis des Gremiums von den richtigen Daten (Fortsetzung der Rspr.)	34
5	Sonderkündigungsschutz	37
5.1	EuGH, Urteil vom 9. Februar 2023 - C-560/21 „KISA“ Datenschutzbeauftragter - Abberufung - Interessenkonflikt (Vorlagebeschlusses des Senats vom 27. April 2021 - 9 AZR 621/19 (A))	37
5.2	BAG, Urteil vom 6. Juni 2023 – 9 AZR 621/19 Volltext nur juris und bundesarbeitsgericht.de (Leitsatz BB 2023, 2419) Datenschutzbeauftragter - Abberufung - Interessenkonflikt (Umsetzung der Vorlageentscheidung)	37
5.3	BAG, Urteil vom 6. Juni 2023 – 9 AZR 383/19, BB 2023, 2425 Betriebsratsvorsitzender als Datenschutzbeauftragter (Erste Entscheidung)	40
5.4	BAG, Urteil vom 24. November 2022 – 2 AZR 287/22, NZA 2022, 1682 Strahlenschutzbeauftragter (Erste Entscheidung)	41
5.5	BAG, Urteil vom 24. November 2022 – 2 AZR 11/22, NZA 2023, 291 Schwangerschaft - Beginn des Kündigungsverbots (Kurzfassung Gundel/Sartorius ZAP Heft 11) (Bestätigung der Rspr.)	43
6	Befristung	45
6.1	BAG, Urteil vom 21. Juni 2023 – 7 AZR 88/22, nur juris/bundesarbeitsgericht.de Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrags nach dem WissZeitVG – Personalratsanhörung (Fortentwicklung der Rspr.)	45
6.2	BAG, Urteil vom 9. Februar 2023 – 7 AZR 266/22, NZA 2023, 770 Fiktion eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses – Urlaub (Fortsetzung der Rspr.)	47
7	Weisungsrecht	49
7.1	BAG, Urteil vom 30. November 2022 – 5 AZR 336/21, NZA 2023, 429 (ebenso 5 AZR 359/21, 5 AZR 352/21 und 5 AZR 462/21) Versetzung ins Ausland (Erste Entscheidung)	49
8	Diskriminierungsrecht	54
8.1	BAG, Urteil vom 14. Juni 2023 – 8 AZR 136/22, NZA 2023, 1248 Diskriminierung wegen Schwerbehinderung – Darlegungslast (Anwendungsfall der st. Rspr.)	54

8.2	BAG, Urteil vom 16. Februar 2023 – 8 AZR 450/21 – Entgelttransparenzgesetz – Entgeltgleichheit von Männern und Frauen - gleiche Arbeit – gleicher Lohn ? (Weiterentwicklung der Rspr. – 2. Entscheidung)	57
8.3	BAG, Urteil vom 18. Januar 2023 – 5 AZR 108/22, NZA 2023, 570 – Lohngleichheit bei Teilzeitbeschäftigung (Fortsetzung der Rspr.)	59
9	Urlaubsrecht	61
9.1	EuGH, Urteil vom 22. September 2022 – C-120/21, NZA 2022, 1326 - Urlaub und Verjährung (Vorlageentscheidung)	61
9.2	BAG, Urteil vom 20. Dezember 2022 – 9 AZR 266/20 Volltext bundesarbeitsgericht.de oder juris (Umsetzung von EuGH Urteil vom 22.9.2022 – C-120/21, NZA 2022, 1326 in nationales Recht)..	63
9.3	EuGH, Urteil vom 22. September 2022 - C-518/20 und C-727/70, NZA 2022, 1323 - Mitwirkungsobliegenheit - Urlaub und Arbeitsunfähigkeit, wenn sie nicht das ganze Jahr andauert (Vorlageentscheidung)	64
9.4	BAG, Urteil vom 20. Dezember 2022 – 9 AZR 401/19 (St. Vincenz) und 9 AZR 245/19 (Fraport) Volltexte derzeit juris oder bundesarbeitsgericht.de (Umsetzung EuGH Urteil vom 22.9.2022 - C-518/20 St Vincenz Krankenhaus und C-727/20 – Fraport in nationales Recht, teilweise Aufgabe der Rspr. zur 15-Monatsfrist).....	65
9.5	BAG, Urteil vom 31. Januar 2023 – 9 AZR 85/22, NZA 2023, 1121 - Urlaub - 15 Monatsfrist – Mitwirkungsobliegenheiten (Umsetzung der EuGH-Rspr./Bestätigung der Rspr.)	67
9.6	BAG, Urteil vom 31. Januar 2023 – 9 AZR 107/20, ZAT 2023, 136 mit Anmerkung Gundel Urlaub - 15 Monatsfrist – Mitwirkungsobliegenheiten (Erste Entscheidung zur Rechtzeitigkeit).....	67
9.7	BAG, Urteil vom 28. März 2023 – 9 AZR 588/21, NZA 2023, 866 15-Monatsfrist – gesetzliche Tilgungsbestimmung § 366 Abs. 2 BGB – Mitwirkungsobliegenheit (Bestätigung der Rspr.)	70
9.8	BAG, Urteil vom 31. Januar 2023 - 9 AZR 456/20, NZA 2023, 757 Verjährung – unionskonforme Auslegung - Urlaubsabgeltungsanspruch (Erste Entscheidung/Umsetzung der EuGH-Rspr.)	72
9.9	BAG, Urteil vom 31. Januar 2023 - 9 AZR 244/20, NZA 2023, 818 Verfall – Ausschlussfrist – Urlaubsabgeltungsanspruch (Erste Entscheidung/Umsetzung der EuGH-Rspr.)	74
9.10	BAG, Urteil vom 25. Juli 2023 – 9 AZR 285/22, NZA 2023, 1200 Tariflicher Mehrurlaub - Arbeitsunfähigkeit – Verfall (Bestätigung der Rspr.)	75
9.11	BAG, Urteil vom 16. November 2022 – 10 AZR 210/19, NZA 2023, 435 Mehrarbeitszuschläge - Schwellenwert - Urlaubsstunden (Umsetzung des EuGH-Urteils).....	76
10	AGB-Kontrolle.....	77
10.1	BAG, Urteil vom 25. Januar 2023 - 10 AZR 109/22 NZA 2023, 629 (Parallelsache Urteil vom 25.01.2023 - 10 AZR 198/22) - Urlaubs- und Weihnachtsgeld - betriebliche Übung - vertraglicher Freiwilligkeitsvorbehalt - Auslegung - Vorrang der Individualabrede - Leistungsbestimmung durch das Gericht (Erste Entscheidung)	77
11	Ausschlussfrist.....	81

11.1	BAG, Urteil vom 3. Mai 2023 – 5 AZR 268/22, ZTR 2023, 531 Aufrechnung (Anwendungsfall der st. Rspr.).....	81
12	Annahmeverzug	83
12.1	BAG, Urteil vom 29. März 2023 – 5 AZR 255/22 PM 17/23 Fristlose Kündigung und Annahmeverzug (Einzelfall).....	83
12.2	BAG, Urteil vom 12. Oktober 2022 – 5 AZR 30/22, NZA 2023, 229 Böswilliges Unterlassen anderweitigen Verdienstes (Kurzfassung Gundel/Sartorius ZAP Heft 11) (Fortsetzung der Rspr.)	85
13	Arbeitsunfähigkeit.....	87
13.1	BAG, Urteil vom 18. Januar 2023 - 5 AZR 93/22, NZA 2023, 1036 Arbeitsunfähigkeit – Entgeltfortzahlung – Fortsetzungserkrankung – Erstbescheinigungen (Bestätigung und Fortführung der Rspr.)	87
14	Zeugnis.....	89
14.1	BAG, Urteil vom 6. Juni 2023 – 9 AZR 272/22, ZAT 2023, 174 mit Anmerkung Gundel Arbeitszeugnis Maßregelungsverbot (Fortsetzung der Rspr.)	89

1 Kündigung allgemein

1.1 BAG, Urteil vom 20. Juli 2023 – 6 AZR 228/22, Volltext derzeit nur juris/Bundesarbeitsgericht.de [Organstellung und Betriebsübergang - § 14 KSchG \(Erste Entscheidung\)](#)

Sachverhalt

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer vom Beklagten zu 1. erklärten betriebsbedingten Kündigung und den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten zu 2. aufgrund eines Betriebsübergangs.

Der Kläger war seit dem 1.9.2000 gegen eine Vergütung von zuletzt ca. 9.500 Euro brutto bei der P GmbH, der späteren Insolvenzschuldnerin (im Folgenden Schuldnerin), als kfm. Angestellter beschäftigt. **Im Dezember 2013 wurde er zu deren Geschäftsführer bestellt. Ein Geschäftsführerdienstvertrag wurde weder schriftlich noch mündlich geschlossen.** Die Schuldnerin beschäftigte neben dem Kläger noch elf Arbeitnehmer und zwei Auszubildende.

Nachdem mit Beschluss vom 15. Januar 2020 das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beklagte zu 1. zum Insolvenzverwalter bestellt wurde, **kündigte dieser mit Schreiben vom 15. Januar 2020** das Arbeitsverhältnis des Klägers „sowie ein etwaig bestehendes Geschäftsführeranstellungsverhältnis“ zum 30. April 2020. Das Schreiben ging dem Kläger am **Vormittag des 16. Januar 2020 zu.**

Ebenfalls am **16. Januar 2020 erklärte der Kläger** in einer an den Geschäftsführer und den Insolvenzverwalter der P Group B.V. adressierten und um **14:56 Uhr gesendeten E-Mail**, dass er das Amt als Geschäftsführer mit sofortiger Wirkung niederlege.

Mit der form- und fristgerecht erhobenen Kündigungsschutzklage hat der Kläger die Unwirksamkeit der Kündigung ua. **nach § 613a Abs. 4 BGB und den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die Beklagte zu 2. geltend gemacht.** Er berief sich darauf, dass die Betriebsübernehmerin, die Beklagte zu 2. sich bereits eines wesentlichen Teils der Belegschaft bedient hätte, als sie den Geschäftsbetrieb der Schuldnerin zum 28. Januar 2020 übernommen hätte. An diesem Tag sei die Schlüsselübergabe erfolgt. Zuvor habe sie über die Geschäftsräume der Schuldnerin mit deren Vermieter einen Mietvertrag mit nur leicht verringerter Lagerfläche geschlossen. Vom Insolvenzverwalter habe sie das Anlage- sowie Umlaufvermögen und damit sämtliche Betriebsmittel der Schuldnerin erworben. Mit der Übernahme des Warenwirtschaftssystems habe sie den Geschäftsbetrieb der Schuldnerin sodann nahtlos fortsetzen können. Die Kündigung sei auch unabhängig von § 613a Abs. 4 BGB sozial ungerechtfertigt. **Die Niederlegung seines Amts als Geschäftsführer am 16. Januar 2020 sei wirksam erfolgt.** Ungeachtet dessen **greife die negative Fiktion des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG nicht ein, weil das Arbeitsverhältnis fortgeführt worden sei.**

Entscheidungsgründe

Die Revision hatte in Form der Zurückverweisung Erfolg. Auf die Frage der Anwendbarkeit des KSchG kam es nicht an. § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG griff ein. § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG enthält eine (negative) Fiktion. Danach gelten die Vorschriften des Ersten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes nicht in Betrieben einer juristischen Person für die Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist. Dies gilt uneingeschränkt jedenfalls dann, wenn **die organschaftliche Stellung als Geschäftsführer zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung (noch) besteht.** Keine Auswirkungen auf die Beurteilung der Kündigung hat es, wenn der Geschäftsführer sein Amt nach Zugang der Kündigung niederlegt, weil für die Kündigung als Gestaltungserklärung die Verhältnisse im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung maßgeblich

sind. Das gilt auch für den gesellschaftsrechtlichen Status. Ebenso wenig kommt es - entgegen der Ansicht der Beklagten - darauf an, ob die Organstellung bei Kündigungszugang (bzw. Betriebsübergang) noch im Handelsregister eingetragen ist. Eine solche Eintragung beeinträchtigt die Wirksamkeit der Niederlegung nicht. Die Amtsniederlegung ist eine formfreie, einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die grundsätzlich jederzeit und fristlos erfolgen kann. Unbeschadet möglicher abweichender gesellschaftsvertraglicher Regelungen genügt es für die Wirksamkeit der Amtsniederlegungserklärung, wenn diese einem der gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter oder einer von diesem bevollmächtigten Person zugeht. Damit endet das Amt als Geschäftsführer, ohne dass es auf die Eintragung ins Handelsregister ankommt. Diese wirkt ebenso wie im Fall der Abberufung nur deklaratorisch.

Der Kläger unterfiel im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung aufgrund des seiner Geschäftsführertätigkeit zugrunde liegenden Arbeitsvertrags dem deutschen Arbeitsrecht. Deshalb ist er auch im Anwendungsbereich des § 613a Abs. 4 BGB Arbeitnehmer (vgl. bereits BAG 21. September 2017 - 2 AZR 865/16 - Rn. 31 mwN).

Hinweis

1. Die Entscheidung bestätigt die bisherige Rspr.: **Das Kündigungsschutzgesetz fand keine Anwendung! Die negative Fiktion des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG kommt auch und gerade dann zum Tragen, wenn das der Organstellung zugrundeliegende schuldrechtliche Anstellungsverhältnis materiell-rechtlich als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren wäre** (BAG, Urteil vom 21. September 2017 – 2 AZR 865/16, Rn. 18, NZA 2018, 358; BAG, Urteil vom 25. Oktober 2007 - 6 AZR 1045/06, Rn. 22; 17. Januar 2002 - 2 AZR 719/00 - zu II 1 a der Gründe, BAGE 100, 182). Es kann daher offenbleiben, ob es sich bei dem der Organstellung des Klägers zugrunde liegenden Vertragsverhältnis in der Sache um ein Arbeitsverhältnis handelte.

2. **§ 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG kann - auch stillschweigend (konkudent) - abgedungen werden und der Kündigungsschutz damit auf vertraglicher Grundlage ausgedehnt werden.** Dafür genügt jedoch die bloße Beschäftigung des Klägers als Geschäftsführer auf der **Grundlage eines Arbeitsvertrags nicht**. Für die Annahme, dass die Vertragsparteien hiervon abweichen wollten, bedarf es nach der st. Rspr. des BAG **hinreichender Anhaltspunkte**. Solche Umstände fehlten konkret.

3. **Vorsicht!:** Wenn das KSchG anwendbar ist, muss der Arbeitgeber im Rahmen der sozialen Rechtfertigung der betriebsbedingten Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG darlegen und bei Bestreiten beweisen (§ 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG), dass **kein Betriebsübergang** stattgefunden hat. Der Betriebsübergang steht der betriebsbedingten Kündigung entgegen und schließt sie aus. § 613a Abs. 4 BGB ist nicht zu prüfen.

4. Konkret: **Weil aber das KSchG keine Anwendung fand, ist § 613a Abs. 4 BGB zu prüfen. Der Kläger war überdies (unstreitig) Arbeitnehmer im nationalen und im – vorrangig geltenden, im Wege der unionsrechtskonformen autonomen Auslegung anzuwendenden - unionsrechtlichen Sinn, weshalb § 613a BGB Anwendung findet.** Das hat das LAG, nach Zurückweisung nun zu prüfen.

5. **Ein Betriebsübergang nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB lässt die Stellung als Geschäftsführer allerdings nicht übergehen.** Schon der Wortlaut: „Rechte aus dem Arbeitsverhältnis!“ steht entgegen. Ebenso der Sinn und Zweck – Wahrung der betrieblichen Einheit – nicht der gesellschaftsrechtlichen Beziehung.

[1.2 BAG, Urteil vom 29. Juni 2023 – 2 AZR 296/22, NZA 2023, 1105 Offene Videoüberwachung – Verwertungsverbot \(Weiterentwicklung der Rspr.\)](#)

Sachverhalt

Die Parteien streiten über eine außerordentlich am 5.10.2019 und eine hilfsweise ordentlich am 9.10.2019 ausgesprochene Kündigung. Der Kläger war bei der Beklagten zuletzt als Teamsprecher beschäftigt. Die Beklagte wirft ihm ua. vor, **am 2. Juni 2018 eine sog. Mehrarbeitsschicht in der Absicht nicht geleistet zu haben, sie gleichwohl vergütet zu bekommen**. Nach seinem eigenen Vorbringen hat der **Kläger zwar an diesem Tag zunächst das Werksgelände betreten. Die auf einen anonymen Hinweis hin erfolgte Auswertung der Aufzeichnungen einer durch ein Piktogramm ausgewiesenen und auch sonst nicht zu übersehenden Videokamera an einem Tor zum Werksgelände ergab nach dem Vortrag der Beklagten aber, dass der Kläger dieses noch vor Schichtbeginn wieder verlassen hat.**

Der Kläger hat Kündigungsschutzklage gegen die beiden Kündigungen erhoben und ein qualifiziertes Zwischenzeugnis, hilfsweise Endzeugnis begehrt.

Die AGin hat Klageabweisung sowie in zweiter Instanz hilfsweise beantragt, das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, aber 50.000,00 Euro brutto nicht überschreiten sollte, zum 31. Dezember 2019 aufzulösen.

Die Beklagte hat zur Begründung der Kündigungen behauptet, der Kläger sei am 2. Juni 2018 lediglich im Werk erschienen, um seine Anwesenheit zur Ableistung der Mehrarbeitsschicht vorzutäuschen. Jedenfalls rechtfertige sein wahrheitswidriges Prozessvorbringen die Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Mit seiner dagegen erhobenen Klage hat der Kläger ua. geltend gemacht, er habe am 2. Juni 2018 gearbeitet. Die Erkenntnisse aus der Videoüberwachung unterlägen einem Sachvortrags- und Beweisverwertungsverbot und dürften daher im Kündigungsschutzprozess nicht berücksichtigt werden.

Die Vorinstanzen haben der Klage jeweils wegen des Beweisverwertungsverbotes stattgegeben.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Arbeitgeberin hatte vor dem Zweiten Senat des BAG iSd. Zurückverweisung mit Ausnahme des Zwischenzeugnisantrages Erfolg. In einem Kündigungsschutzprozess besteht **grundsätzlich kein Verwertungsverbot** in Bezug auf solche Aufzeichnungen aus einer **offenen Videoüberwachung**, die **vorsätzlich vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers belegen sollen**. Das gilt auch dann, wenn die Überwachungsmaßnahme des Arbeitgebers nicht vollständig im Einklang mit den Vorgaben des Datenschutzrechts steht.

Das LAG musste nicht nur das Vorbringen der Beklagten zum Verlassen des Werksgeländes durch den Kläger vor Beginn der Mehrarbeitsschicht zu Grunde legen, sondern ggf. auch die betreffende Bildsequenz aus der Videoüberwachung am Tor zum Werksgelände in Augenschein nehmen. Dies folgt aus den einschlägigen Vorschriften des Unionsrechts sowie des nationalen Verfahrens- und Verfassungsrechts. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Überwachung in jeder Hinsicht den Vorgaben des Bundesdatenschutzgesetzes bzw. der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) entsprach. Selbst wenn dies nicht der Fall gewesen sein sollte, wäre eine Verarbeitung der betreffenden personenbezogenen Daten des Klägers durch die Gerichte für Arbeitssachen nach der DSGVO nicht ausgeschlossen.

Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Datenerhebung wie hier offen erfolgt **und** vorsätzlich vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers in Rede steht. In einem solchen Fall ist es grundsätzlich irrelevant, wie lange der Arbeitgeber mit der erstmaligen Einsichtnahme in das Bildmaterial zugewartet und es bis dahin vorgehalten hat.

Der Senat konnte offenlassen, ob ausnahmsweise aus Gründen der Generalprävention ein Verwertungsverbot in Bezug auf vorsätzliche Pflichtverstöße in Betracht kommt, wenn die offene Überwachungsmaßnahme eine schwerwiegende Grundrechtsverletzung darstellt. Das war vorliegend nicht der Fall.

Hinweis

1. So sieht eine BAG Entscheidung aus, wenn der Zweite Senat der Ansicht ist, dass ein wichtiger Kündigungsgrund gegeben ist (Rn.42), jedenfalls der AN „den Abflug machen soll“!!

2. Die Entscheidung behandelt mehrere Aspekte:

(1) **Erstens die Frage des Beweiserhebungsverbot**: In einem Kündigungsschutzprozess besteht grundsätzlich **kein Verwertungsverbot** in Bezug auf solche Aufzeichnungen: (1) aus einer offenen Videoüberwachung, (2) die vorsätzlich vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers belegen sollen. Das gilt auch dann, wenn die Überwachungsmaßnahme des Arbeitgebers nicht vollständig im Einklang mit den Vorgaben des Datenschutzrechts steht (vgl. folgend 3).

(2) **Zweitens die Frage der Regelungskompetenz**: In vielen Dienst-/Betriebsvereinbarungen über Videoüberwachung, Telefonüberwachung, etc. sind Verwertungsverbote geregelt. Das BAG schränkt dies aus normsystematischen Gründen ein. Den Betriebsparteien fehlt die Regelungsmacht, **ein über das formelle Verfahrensrecht der Zivilprozessordnung hinausgehendes Verwertungsverbot zu begründen**, oder die Möglichkeit des Arbeitgebers wirksam zu beschränken, in einem Individualrechtsstreit Tatsachenvortrag über betriebliche Geschehnisse zu halten !!

(3) Auch ein etwaiger **Verstoß gegen § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, weil das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates** missachtet worden wäre, begründet kein Verwertungsverbot. Das hat das BAG bereits zu einer verdeckten Videoüberwachung und der Ermittlung von Straftaten (dort Diebstahlsverdacht im Lager) entschieden (BAG, Urteil vom 20.10.2016 - 2 AZR 395/15, Rn. 36, BAGE 157, 69). Ebenso zu einem „Zufallsfund“ bei einer verdeckten Videoüberwachung (Videoüberwachung im Kassenbereich bei hohem Schwund: BAG, Urteil vom 22.9.2016 – 2 AZR 848/15, NZA 2017, 112). Der Orientierungssatz lautete sinngemäß: „Das BDSG begrenze nicht die Zulässigkeit von Parteivorbringen und die Verwertung im Rechtsstreit“.

Auch ein Verstoß gegen das Datenschutzrecht – Datensparsamkeit - hinsichtlich einer etwaigen Aufbewahrung oder Löschungsfrist hinderte eine Verwertung bei offener Videoüberwachung und vorsätzlichen Verstößen nicht.

(4) In einem **Dauerschuldverhältnis** ist das Recht zur - hier vorrangig erklärten - **außerordentlichen Kündigung des Arbeitsvertrags gemäß § 626 BGB ist im Voraus weder verzichtbar noch erheblich erschwerbar**. Eine gegenteilige Regelung ist nach § 134 BGB nichtig.

(5) Der Auflösungsantrag ist derzeit unwirksam erhoben, das BAG eist aber auf dessen Heilung im fortgesetzten Berufungsverfahren hin, nebst dem Hinweis, dass der Auflösungsantrag begründet ist, wenn und weil der Kläger unrichtig vorgetragen hat.

(6) Schulmäßig erläutert der Senat was das LAG alles falsch gemacht hat und künftig zu beachten hat. In allen **fünf (!!)** Varianten wird der Kläger nach der Anleitung des Zweiten Senats verlieren:

6.1 Der bisherige Prozessvortrag der Beklagten zum Erschleichen der Vergütung für die Mehrarbeitsschicht am 2. Juni 2018 durch den Kläger ist nach dessen bisheriger Einlassung **gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als**

zugestanden anzusehen, weil er es weder ausreichend substantiiert bestritten hat (Rn. 18 ff.) noch zu seinen Gunsten ein Sachvortragsverwertungsverbot eingreift (Rn. 22 ff.).

6.2 Der Kläger müsste zunächst der ihn treffenden **sekundären Darlegungslast** genügen. Dazu müsste der Kläger sich zunächst festlegen, ob er am 2. Juni 2018 zwar das Werksgelände vor Schichtbeginn verlassen, es jedoch ebenfalls noch vor Schichtbeginn „unbemerkt“ wieder betreten haben, oder ob er durchgängig auf dem Werksgelände geblieben sein möchte. Der Beklagten obläge sodann (nur) der Nachweis, dass diese Darstellung nicht zutrifft (vgl. BAG 16. Dezember 2021 - 2 AZR 356/21 - Rn. 31 f.).

6.3 Sollte der Kläger behaupten, er sei durchgängig auf dem Werksgelände verblieben, hätte das LAG nach §§ 371 ff. ZPO Beweis durch Inaugenscheinnahme der inkriminierten, keinem Verwertungsverbot unterliegenden (Rn. 22 ff.) Bildsequenz aus der Videoüberwachung an Tor 5 zu der gegenteiligen Behauptung der Beklagten zu erheben, der Kläger habe das Gelände vor Schichtbeginn wieder verlassen. Sollte sich dies erweisen, **wäre schon deshalb davon auszugehen**, dass die Darstellung der Beklagten zum Kündigungsvorwurf (Nichtableisten der Schicht in Täuschungsabsicht) zutrifft. Der Kläger könnte sich nicht in prozessual zulässiger Weise dahin einlassen, er habe das Werksgelände nicht verlassen; sollte er es doch verlassen haben, habe er es noch vor Schichtbeginn wieder betreten.

6.4 Sollte der Kläger nach der Zurückverweisung substantiiert darlegen, dass er das Werksgelände zwar zunächst wieder verlassen, es aber „unbemerkt“ noch vor Schichtbeginn - wann, durch welchen Eingang? - wieder betreten und sodann - nach rechtzeitigem Erreichen der Gießerei? - ordnungsgemäß gearbeitet habe, wird das LAG - **ohne dass es auf die von der Beklagten vorgelegte Bildsequenz aus der Videoüberwachung an Tor 5 ankäme** - nach § 286 Abs. 1 ZPO zu würdigen haben, ob es die Behauptung der Beklagten für erwiesen erachtet, der Kläger habe das Werksgelände am 2. Juni 2018 nicht wieder betreten. Dabei wird das Berufungsgericht zu beachten haben, dass für eine **Überzeugungsbildung iSd. § 286 Abs. 1 ZPO ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit genügt, der verbleibenden Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen**. Das Gericht muss ggf. begründen, warum es Restzweifel nicht überwinden konnte. Insbesondere darf es das Nichterreichen eines ausreichenden Grads an Gewissheit **nicht allein darauf stützen, es seien andere Erklärungen theoretisch denkbar**. Dementsprechend wird sich das LAG die volle Überzeugung iSd. Vorbringens der Beklagten ggf. auch allein dadurch verschaffen können, dass es das gegenteilige Vorbringen des Klägers zum Wiedereintritt durch den Haupteingang zwar für ausreichend substantiiert, **aber für nicht glaubhaft, weil jeder inneren Wahrscheinlichkeit entbehrend, erachtet** (vgl. BGH 22. November 1994 - XI ZR 219/93 - zu II f der Gründe). In diesem Zusammenhang könnte es auch eine Rolle spielen, wenn der Kläger des vorliegenden Rechtsstreits sowie die Kläger der vom Senat am selben Tag entschiedenen Parallelverfahren - 2 AZR 297/22 und 2 AZR 298/22 - das Werksgelände zwar in kurzen Abständen vor Beginn der Mehrarbeitsschicht durch Tor 5 verlassen haben, es aber jeweils „unbemerkt“ rechtzeitig durch ein anderes Tor wieder betreten haben wollen.

6.5 Sollte der Kläger substantiiert dartun, dass er das Werksgelände vor Schichtbeginn durch ein Drehkreuz wieder betreten haben möchte, **wären die Behauptung und ggf. ein entsprechender Beweisantritt der Beklagten prozessual beachtlich, dass dies nach der elektronischen Anwesenheitserfassung und der Videoüberwachung ausgeschlossen werden kann**. Es stellt bereits keine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Klägers dar, wenn er von einer Überwachungsmaßnahme nicht erfasst wurde. Auch war mit der elektronischen Anwesenheitserfassung und einer offenen Videoüberwachung an den Toren zum Werksgelände keine schwerwiegende Grundrechtsverletzung verbunden (Rn. 33, 37).

1.3 BAG, Beschluss vom 21. Juni 2023 - 7 AZR 234/22, derzeit nur bundesarbeitsgericht.de/juris **Ruhen des Verfahrens § 54 Abs.5 ArbGG - Terminantrag – Frist (Erste Entscheidung)**

Sachverhalt

Die Parteien streiten im Rahmen einer Befristungskontrollklage vorrangig darüber, ob die Klage als nicht anhängig geworden anzusehen ist, nachdem das **Ruhen des Verfahrens nach § 54 Abs. 5 ArbGG** aufgrund des Ausbleibens beider Parteien in der Güteverhandlung angeordnet worden war und danach länger als sechs Monate kein Antrag auf streitige Verhandlung gestellt wurde.

Der Kläger war seit dem 1.6.2017 als Facharzt für Chirurgie bei der Beklagten beschäftigt. Der ArbV der Parteien enthält eine Vereinbarung, nach der das Arbeitsverhältnis an dem Tag endet, an dem der Kläger das 67. Lebensjahr vollendet. Die Beklagte teilte dem Kläger mit, dass man von einer **Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 3.9.2020 ausgehe. An diesem Tag vollendete der Kläger das 67. Lebensjahr.**

Mit der fristgemäß erhobenen und zugestellten Befristungskontrollklage hat der Kläger die Unwirksamkeit der Befristung und den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses geltend gemacht.

Das ArbG hat für den 20.10.2020 einen Gütetermin bestimmt. ***Mit Schriftsatz vom 13.10.2020 hat der Prozessbevollmächtigte der Beklagten mitgeteilt, die Anwälte der Parteien hätten vereinbart, dass weder die Parteien noch ihre Vertreter zum Gütetermin erscheinen. Der Prozessbevollmächtigte des Klägers hat dies mit Schriftsatz vom 16. Oktober 2020 bestätigt und zugleich „im Übrigen weitergehende prozessleitende Verfügungen“ erbeten.***

Im Gütetermin am 20.10.2020 ist niemand erschienen. Das Arbeitsgericht hat daraufhin ausweislich des Protokolls beschlossen: **„Gemäß § 54 Abs. 5 ArbGG wird das Ruhen des Verfahrens angeordnet.“**

Nach Ablauf von sechs Monaten hat der Kammervorsitzende am 23.4.2021 verfügt, dass die Klage gemäß § 54 Abs. 5 Satz 4 ArbGG als zurückgenommen gelte. Der Rechtsstreit ist daraufhin ausgetragen, hinsichtlich der Kosten abgerechnet und weggelegt worden. Am 7.5.2021 hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers „nochmals“ Sachstandsmitteilung zum weiteren Verfahrensablauf erbeten, woraufhin ihm mitgeteilt wurde, dass die Klage als zurückgenommen gelte. Am 26.6.2021 hat der Kläger beantragt, unter Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Hinblick auf die Versäumung der Antragsfrist des § 54 Abs. 5 Satz 3 ArbGG das ruhende Verfahren wiederaufzunehmen und Termin zur streitigen Verhandlung zu bestimmen. Dabei hat er zur Begründung angeführt, sein Prozessbevollmächtigter habe mit Schriftsatz vom 23.3.2021 einen Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens per Post an das Gericht gestellt.

Nach einem entsprechenden gerichtlichen Hinweis hat der Kläger die Feststellung des Nichteintritts der Klagerücknahmefiktion begehrt. Er hat dazu die Ansicht vertreten, bei der Einigung der Parteien auf ein Nichterscheinen im Gütetermin handele es sich um einen außergerichtlichen Prozessvertrag über das Ruhen des Verfahrens, weshalb § 251 ZPO anzuwenden gewesen sei. Jedenfalls sei in seinem Schriftsatz vom 16. Oktober 2020 ein Antrag auf Bestimmung des Termins zur mündlichen Verhandlung zu erkennen, den er auch schon vor der Güteverhandlung und der Ruhendstellung durch das Gericht habe stellen können. Der Kläger beantragt: Festzustellen, dass die Klage nicht als zurückgenommen gilt. Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und sich auf den Eintritt der Klagerücknahmefiktion berufen. Das ArbG wies die Klage ab, das LAG gab ihr statt.

Entscheidungsgründe

Die Revision der AG in hat Erfolg. Die Klage ist wirksam zurückgenommen, der Rechtsstreit als nicht anhängig anzusehen, gemäß § 54 Abs. 5 ArbGG iVm. § 269 Abs. 3 Satz 1 ZPO. Gemäß § 54 Abs. 5 Satz 1 ArbGG ist das Ruhen des Verfahrens anzuordnen, wenn beide Parteien in der Güteverhandlung nicht erscheinen oder verhandeln. Auf den Grund des Nichterscheinens oder eine etwaige Ankündigung kommt es nicht an. **Auf Antrag einer Partei ist Termin zur streitigen Verhandlung zu bestimmen, § 54 Abs. 5 Satz 2 ArbGG. Dieser Antrag kann nach § 54 Abs. 5 Satz 3 ArbGG nur innerhalb von sechs Monaten nach der Güteverhandlung gestellt werden.** Nach Ablauf der Frist ist gemäß § 54 Abs. 5 Satz 4 ArbGG iVm. § 269 Abs. 3 bis 5 ZPO entsprechend anzuwenden mit der Folge, dass der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist.

Das war vorliegend der Fall. Bevor das Gericht gemäß § 54 Abs. 5 Satz 1 ArbGG das Ruhen des Verfahrens angeordnet hat, kann keine Partei nach Satz 2 die Bestimmung eines Termins zur streitigen Verhandlung beantragen. Wortlaut, Systematik und der Zweck der Norm sprechen allein für dieses Ergebnis. Das mit dem Ausbleiben im Güte Termin (auch) ausgedrückte mangelnde Interesse am Fortgang des Verfahrens wird nicht dadurch beseitigt, dass die Partei schon zuvor einen Antrag auf Anberaumung eines Termins zur streitigen Verhandlung gestellt hat. Es handelte sich um eine „protestatio facto contraria“ – eine Erklärung im Widerspruch zum tatsächlichen Handeln.

Hinweis

1. **Prozessbevollmächtigte** sind im Fall des § 54 Abs. 5 ArbGG – wie im Fall eines Rechtsmittels – stets verpflichtet, den **Fristablauf und eine Vorfrist im Fristenkalender einzutragen**. Parteien, die den Rechtsstreit selbst führen, sollten dieselben Vorsichtsmaßnahmen anlegen!

2. **Vorsicht obiter dictum**: Bei Erlass eines Versäumnisurteils aufgrund **einseitiger Säumnis ist die Einlegung des Einspruchs vor der Verkündung des Versäumnisurteils unzulässig** (hM, vgl. RG 7. Februar 1925 – IV 396/24, RGZ 110, 169; Zöller/Herget ZPO 34. Aufl. § 339 Rn. 2; MüKoZPO/Prütting 6. Aufl. § 339 Rn. 5; diff. Stein/Jonas/Bartels ZPO 23. Aufl. § 339 Rn. 5, der den Einspruch nach Säumnis aber vor Verkündung für zulässig erachtet).

Bei Einspruch gegen ein Versäumnisurteil und im Fall des § 54 Abs. 5 ArbGG ist der **Antrag auf streitige Verhandlung „auf Vorrat“ unzulässig**.

3. **Eine Parallele zwischen § 17 TzBfG und § 54 Abs. 5 ArbGG ist nicht gegeben**. Zwar kann vor Fristablauf Befristungskontrollantrag gestellt werden, weil ein Fall der Vertragsinhaltskontrolle vorliegt und die Norm dem Schutz des Gegners dient. Eine vergleichbare Interessenlage ist bei § 54 Abs. 5 ArbGG nicht gegeben.

1.4 [BAG, Urteil vom 25. April 2023 – 9 AZR 253/22, NZA 2023, 1175 \(Parallelentscheidung 9 AZR 254/22\), NZA 2023, 1175 Arbeitnehmerstatus - Mitglied einer spirituellen Gemeinschaft – Abgrenzung zum Kirchenprivileg der WRV \(Anwendungsfall der Rspr.\)](#)

Sachverhalt

Der Beklagte ist ein gemeinnütziger Verein, dessen satzungsmäßiger Zweck „die Volksbildung durch die Verbreitung des Wissens, der Lehre, der Übungen und der Techniken des Yoga und verwandter Disziplinen sowie die Förderung der Religion“ ist. Zur Verwirklichung seiner Zwecke betreibt er Einrichtungen, in denen Kurse, Workshops, Seminare, Veranstaltungen und Vorträge zu Yoga und verwandten Disziplinen durchge-

führt werden. Dort bestehen sog. Sevaka-Gemeinschaften. Sevakas sind Vereinsangehörige, die in der indischen Ashram- und Klostertradition zusammenleben und ihr Leben ganz der Übung und Verbreitung der Yoga Vidya Lehre widmen. Sie sind aufgrund ihrer Vereinsmitgliedschaft verpflichtet, nach Weisung ihrer Vorgesetzten Sevazeit zu leisten. Gegenstand der Sevadienste sind zB Tätigkeiten in Küche, Haushalt, Garten, Gebäudeunterhaltung, Werbung, Buchhaltung, Boutique etc. sowie die Durchführung von Yogaunterricht und die Leitung von Seminaren. Als Leistung zur Daseinsfürsorge stellt der Beklagte den Sevakas Unterkunft und Verpflegung zur Verfügung und zahlt ein monatliches Taschengeld iHv. bis zu 390,00 Euro, bei Führungsverantwortung bis zu 180,00 Euro zusätzlich. Sevakas sind gesetzlich kranken-, arbeitslosen-, renten- und pflegeversichert und erhalten eine zusätzliche Altersversorgung.

Die Klägerin ist Volljuristin. Sie lebte vom 1. März 2012 bis zur Beendigung ihrer Mitgliedschaft beim Beklagten am 30. Juni 2020 als Sevaka in dessen Yoga-Ashram und leistete dort im Rahmen ihrer Sevazeit verschiedene Arbeiten. Die Klägerin hat geltend gemacht, zwischen den Parteien habe ein Arbeitsverhältnis bestanden, und verlangt ab dem 1. Januar 2017 auf der Grundlage der vertraglichen Regelarbeitszeit von 42 Wochenstunden gesetzlichen Mindestlohn iHv. 46.118,54 Euro brutto.

Der Beklagte hat eingewendet, die Klägerin habe gemeinnützige Sevadienste als Mitglied einer hinduistischen Ashramgemeinschaft und nicht in einem Arbeitsverhältnis geleistet. Die Religionsfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG und das Selbstbestimmungsrecht aus Art. 140 GG iVm. Art. 137 WRV ermöglichten es, eine geistliche Lebensgemeinschaft zu schaffen, in der die Mitglieder außerhalb eines Arbeitsverhältnisses gemeinnützigen Dienst an der Gesellschaft leisteten. Das ArbG hat der Klage stattgegeben, das LAG sie abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Klägerin hatte vor dem Neunten Senat des BAG iSd Zurückverweisung Erfolg. Die Klägerin war AN in des Beklagten und hat für den streitgegenständlichen Zeitraum Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn nach § 1 Abs. 1 iVm. § 22 Abs. 1 Satz 1 MiLoG. Sie war vertraglich zu Sevadiensten und damit iSv. § 611a Abs. 1 BGB zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Der Arbeitnehmereigenschaft stehen weder die besonderen Gestaltungsrechte von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften noch die Vereinsautonomie des Art. 9 Abs. 1 GG entgegen.

Der Beklagte ist weder Religions- noch Weltanschauungsgemeinschaft. Es fehlt das erforderliche Mindestmaß an Systembildung und Weltdeutung. Der Beklagte bezieht sich in seiner Satzung ua. auf Weisheitslehren, Philosophien und Praktiken aus Indien und anderen östlichen und westlichen Kulturen sowie auf spirituelle Praktiken aus Buddhismus, Hinduismus, Christentum, Taoismus und anderen Weltreligionen. Aufgrund dieses weit gefassten Spektrums ist ein systemisches Gesamtgefüge religiöser bzw. weltanschaulicher Elemente und deren innerer Zusammenhang mit der Yoga Vidya Lehre nicht hinreichend erkennbar.

Auch die grundgesetzlich geschützte Vereinsautonomie (Art. 9 Abs. 1 GG) erlaubt die Erbringung fremdbestimmter, weisungsgebundener Arbeitsleistung in persönlicher Abhängigkeit außerhalb eines Arbeitsverhältnisses allenfalls dann, wenn zwingende arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen nicht umgangen werden. Zu diesen zählt ua. eine Vergütungszusage, die den allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn garantiert, auf den Kost und Logis nicht anzurechnen sind. Denn dieser bezweckt die Existenzsicherung durch Arbeitseinkommen als Ausdruck der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG).

Hinweis

1. Für die „Yogis“ gelten die Art 137 WRV, 140 GG nicht. Ihnen fehlt die Weltanschauungsgemeinschaft – die Erklärung des Weltganzen. Das verfassungsrechtlich gewährleistete Selbstbestimmungsrecht von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften kann nur von einem Verein in Anspruch genommen werden, der ein hinreichendes Maß an religiöser Systembildung und Weltdeutung aufweist. Andernfalls ist es ihm verwehrt, mit seinen Mitgliedern zu vereinbaren, außerhalb eines Arbeitsverhältnisses fremdbestimmte, weisungsgebundene Arbeit in persönlicher Abhängigkeit zu leisten, sofern diese nicht ähnlich einem Arbeitnehmer sozial geschützt sind.
2. Der Vertragstypus des Arbeitsvertrages gibt dessen Wesen vor. Der Arbeitsvertrag erfasst damit alle weisungsgebundenen fremdbestimmten Dienstleistungen als vertragstypische Tätigkeit, wenn diese in persönlicher Abhängigkeit ausgeübt werden.
3. Dann ist als Folge zumindest der Mindestlohn zu bezahlen. Selbst soweit Art. 9 Abs. 1 GG Tätigkeitsleistungen außerhalb eines Arbeitsverhältnisses zuließe, dürften die gesetzlichen Mindestbestimmungen nicht umgangen werden, wozu der gesetzliche Mindestlohn zählte.
4. Zwar war vorliegend nur Geld streitig, bei Bejahung der Arbeitnehmereigenschaft fände jedoch auch das KSchG Anwendung.

1.5 BAG, Urteil vom 30. März 2023 – 2 AZR 309/22, NZA 2023, 898 Kündigung einer nicht gegen das Coronavirus geimpften medizinischen Fachangestellten (Erste Entscheidung)

Sachverhalt

Die Parteien streiten über eine ordentliche, fristgemäße Wartezeitkündigung vom 22.7.2021 zum Ablauf des 31.8.2021, während der ersten sechs Monate. Die Klägerin arbeitete seit dem 1.2.2021 (nach Beginn der Pandemie) als medizinische Fachangestellte bei der Beklagten, die ein Krankenhaus betreibt. Die Klägerin wurde auf verschiedenen Stationen in der Patientenversorgung eingesetzt. Sie war **nicht bereit, sich einer Impfung gegen SARS-CoV-2 zu unterziehen und nahm entsprechende Impfangebote ihrer Arbeitgeberin nicht wahr.**

Hiergegen hat sich die Klägerin mit ihrer Klage gewandt und insbesondere geltend gemacht, die Kündigung verstoße gegen das Maßregelungsverbot des § 612a BGB. Vor Wirksamwerden der ab dem 15.3.2022 geltenden Pflicht zur Vorlage eines Impf- oder Genesenennachweises für das Krankenhauspersonal (vgl. § 20a IfSG) sei sie nicht zu einer Impfung verpflichtet gewesen. Das LAG hat die Klage abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Klägerin hatte vor dem Zweiten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass die Kündigung **nicht gegen das Maßregelungsverbot des § 612a BGB verstößt.** Es fehlt an der dafür erforderlichen Kausalität zwischen der Ausübung von Rechten durch den Arbeitnehmer und der benachteiligenden Maßnahme des Arbeitgebers. Das wesentliche Motiv für die Kündigung war nicht die Weigerung der Klägerin, sich einer Impfung gegen SARS-CoV-2 zu unterziehen, sondern **der beabsichtigte Schutz der Krankenhauspatienten und der übrigen Belegschaft** vor einer Infektion durch nicht geimpftes medizinisches Fachpersonal. Dabei ist es rechtlich ohne Bedeutung, dass die Kündigung vor Inkrafttreten der gesetzlichen Impfpflicht erklärt worden ist. Auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten bestehen keine Bedenken an der Wirksamkeit der Kündigung.

Hinweis

1. Die Entscheidung betrifft **nicht** die soziale Rechtfertigung der Kündigung nach § 1 KSchG und ist auch nicht übertragbar!
2. Es handelt sich um eine Wartezeitkündigung, welche allein am Maßstab des § 612a BGB zu messen war. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses einer nicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpften medizinischen Fachangestellten zum Schutz von Patienten und der übrigen Belegschaft vor einer Infektion verstößt nicht gegen das Maßregelungsverbot des § 612a BGB.
3. Das Argument ist einfach: Voraussetzung einer Maßregelung ist, dass die Kündigung die kausale Reaktion auf die berechnete Ausübung von Rechten durch den Arbeitnehmer ist. Das ist vorliegend nach Ansicht des BAG nicht der Fall, weil es auf das **tragende Motiv** (nicht das Motivbündel) der Kündigungsentscheidung ankommt und die **Arbeitnehmerin das sie maßregelnde/diskriminierende Motiv darzulegen und zu beweisen hat**. Die Arbeitgeberin trug den Schutz der Beschäftigten und der Patienten bei bestehender Impfpflicht vor – wie soll diese Evidenz – auch vor der Impfpflicht - widerlegt werden?

1.6 BAG, Beschluss vom 28. Februar 2023 – 2 AZN 22/23, NZA 2023, 719 Kündigungsschutzklage - Auslegung eines ergänzenden allgemeinen Feststellungsantrags als unechter Hilfsantrag - Bindung an die Parteianträge (Fortsetzung der Rspr./Teilaufgabe der Rspr.)

Die Rechtsprechung des BAG bis zum letzten Jahr: BAG, Urteile vom 16.12.2021 - 6 AZR 154/21, 6 AZR 342/21, 6 AZR 237/21 und 6 AZR 340/21, NZA 2022, 1005 = NJW 2022, 2428. Weitere Arbeitgeberkündigung in der Berufungsinstanz – sog. Schleppnetzantrag (**Erste Entscheidung**).

Doch jetzt kommt folgende prozessuale Entscheidung, die der bisherigen Rechtsprechung weitgehend den Boden entzieht. Das vorstehende Urteil hätte nach dieser Rspr. wegen Klagabweisung nicht ergehen dürfen!

Sachverhalt

Der Tenor des LAG-Urteils lautet:

„1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bautzen vom 17.06.2021 – 4 Ca 4043/21 – wird als unzulässig verworfen soweit sie sich gegen die Abweisung des Antrags zu 2. richtet, nämlich auf Feststellung, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Beendigungstatbestände endet, sondern zu unveränderten Arbeitsbedingungen über den 31.08.2021 hinaus fortbesteht (*Anmerkung Schleppnetz*).

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen (*Anmerkung Kündigungsschutz*).

2. Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits zweiter Instanz.

3. Die Revision wird nicht zugelassen.“

Das ArbG hatte die Kündigungsschutzklage als unbegründet und den allgemeinen Feststellungsantrag abgewiesen. Der Kläger hat in der Berufung die Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils sowie die Verurteilung nach dem **Kündigungsschutzantrag, dem allgemeinen Feststellungsantrag, dem Weiterbeschäftigungsantrag begehrt**. Die beklagte Arbeitgeberin hat die Zurückweisung der Berufung beantragt.

Die Klage hatte in allen Instanzen keinen Erfolg. Die Berufung und die NZB waren bereits unzulässig.

Entscheidungsgründe

1. Der Zweite Senat teilt die langwierigen Ansichten des LAG Thüringen zur Rechtskraft und zur Unzulässigkeit des allgemeinen Feststellungsantrages **nicht**.

Das BAG lässt **dahinstehen**, ob der allgemeine Feststellungsantrag des Klägers - was naheliegend ist - ohnehin nur als unechter Hilfsantrag anzusehen gewesen wäre, **der nur für den Fall des Obsiegens mit dem Kündigungsschutzantrag zur Entscheidung anfallen sollte**.

2. In einem solchen Fall würde die Entscheidung des Arbeitsgerichts über den allgemeinen Feststellungsantrag angesichts der Abweisung der Kündigungsschutzklage **gegen § 308 Abs 1 S 1 ZPO verstoßen**.

3. Eine Verletzung des Antragsgrundsatzes liegt nicht nur dann vor, wenn einer Partei ohne ihren Antrag etwas zugesprochen wird, sondern auch, wenn ihr **ein Anspruch aberkannt wird, den sie nicht zur Entscheidung gestellt hat**. Dies führt dazu, dass das Berufungsgericht die Entscheidung des Arbeitsgerichts insoweit für gegenstandslos erklärt.

Hinweis

Der Beschluss wirft eine wichtige Frage auf: **Ist der allgemeine Feststellungsantrag – „der Schleppnetz-antrag“ stets ein unechter Hilfsantrag? Damit stünde dann aber fest, dass der vorliegende Beschluss der vorstehenden Rechtsprechung (Klagabweisung und trotzdem Entscheidung über den allgemeinen Feststellungsantrag) künftig entgegensteht!!!**

1. Das BAG lässt die Frage zwar offen, beantwortet sie aber doch, weil es das Verbot des § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO – „ne ultra petita“ - anspricht und als gegeben ansieht.

2. Hat der AN mit der Kündigungsschutzklage in Erster Instanz **verloren**, so stellt sich die Frage einer weiteren Kündigung nur, wenn es eine ordentliche Kündigung ist, die nach dem Beendigungszeitpunkt wirksam wird.

3. Bei den Fällen der Folgekündigung mit übereinstimmenden Kündigungsterminen (nach dem Gesetz: 15. oder Monatsende; nach vertraglicher Gestaltung oder Tarifvertrag: Quartalsende; nach vertraglicher Gestaltung: Halbjahr oder Jahresende) oder bei einer außerordentlichen Kündigung, die in den Lauf der Kündigungsfrist fällt, stellt sich die Frage nicht. Der „erweiterte punktuelle Streitgegenstand“ erfasst bereits **ohne Schleppnetz-antrag** alle Ereignisse, die vor Ablauf der Kündigungsfrist liegen. Das BAG nennt das „**kleines Schleppnetz**“ (BAG, 16. Dezember 2021 - 6 AZR 154/21, juris; BAG 24. Mai 2018 – 2 AZR 67/18, NZA 2018, 1127). Der Kündigungsschutzantrag hat zugleich den Inhalt, dass im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Deshalb werden alle Folgekündigungen erfasst, deren Beendigungswirkung vor oder zeitgleich mit der Erstkündigung liegen.

4. Damit fällt der Schleppnetz-antrag tatsächlich nach der Streitgegenstandslehre **nur bei einem Obsiegen an**, sog unechter Hilfsantrag für den Fall des Prozessgewinns mit dem Erstantrag.

5. Auch der Vergleich mit einer Folgekündigung bestätigt dies. Das LAG Baden-Württemberg Beschluss vom 2.9.2016, 5 Ta 101/16 (zum Streitwert) bewertet einen Antrag, der sich gegen eine Folgekündigung richtet als unechten Hilfsantrag.

6. Weil der Schleppnetzantrag nicht zur Entscheidung anfällt, ist er nur angekündigt, wegen des fehlenden Bedingungseintritts aber nicht gestellt. Der AN ist nicht beschwert. Er hat im Falle des Unterliegens sowieso eine eigenständige Berufungsmöglichkeit. Im Falle des Obsiegens in Erster Instanz bleibt **das vorstehend angesprochene Wahlrecht bestehen**.

Auch bei einem Unterliegen kann der Kläger oder dessen Prozessbevollmächtigter **ausdrücklich erklären**, dass der Schleppnetzantrag unbedingt gestellt ist. Dann ist er stets gestellt und weiterhin ggf. als unzulässig abzuweisen, mit der Folge der bestehenden Beschwerde.

7. Die Beurteilung als unechter Hilfsantrag hat eine zweite Auswirkungen: Auf den **Streitwert!**

7.1 Eine ausgesprochene Folgekündigung ist grundsätzlich streitwerterhöhend, wenn sie die Beendigung über den Vierteljahreszeitraum hinauschiebt (vgl. Streitwertkatalog mehrere Kündigungen). Beim unbedingten Antrag unabhängig davon, ob ein Obsiegen oder Unterliegen vorliegt.

7.2 Anders beim unechten Hilfsantrag. **Hilfsanträge sind streitwertrechtlich nur erheblich**, wenn sie zur Entscheidung anfallen (§ 45 Abs. 1 Satz 2 GKG).

Unterliegt der AN, fällt der Schleppnetzantrag nicht an. Er wirkt dann **nie** streitwerterhöhend.

Obsiegt der AN mit der Erstkündigung, fällt der Schleppnetzantrag zur Entscheidung an, ist aber nach der Rspr des LAG Baden-Württemberg, weil durch ihn wirtschaftlich kein weiterer Wert in den Rechtsstreit eingeführt worden ist (LAG B-W Beschluss vom 27.11.2014 - 5 Ta 168/14, juris) nicht streitwerterhöhend (**sog wirtschaftliche Identität**).

8. Neben dem zur Entscheidung angefallenen Antrag ist nur der **unbedingt gestellte Antrag** streitwertrechtlich erheblich. Das bedarf aber aus der Sicht des BAG und des LAG Baden-Württemberg der Begründung des Rechtsanwaltes.

2 Betriebsbedingte Kündigung – Steht eine grundlegende Änderung der Rspr. bei Massenentlassung bevor?

2.1 EuGH, Urteil vom 5. Oktober 2023 – C-496/22 „Brinks cash Solutions“, juris Verfahren zur Information und Konsultation der Arbeitnehmer bei einer beabsichtigten Massenentlassung - Art 1 Abs 1 UAbs 1 Buchst b und Art 6 EGRL 59/98 - fehlende Benennung von Arbeitnehmervertretern - keine Pflicht des Arbeitgebers betroffene Arbeitnehmer einzeln zu informieren und zu konsultieren (**Vorlageentscheidung Rumänien**)

Leitsatz

Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. b, Art. 2 Abs. 3 und Art. 6 der Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen in der durch die Richtlinie (EU) 2015/1794 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 2015 geänderten Fassung sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung, **die für den Arbeitgeber keine Verpflichtung vorsieht, die von einer beabsichtigten Massenentlassung betroffenen Arbeitnehmer einzeln zu konsultieren, wenn diese keine Arbeitnehmervertreter benannt haben, und die die betroffenen**

Arbeitnehmer nicht zu einer solchen Benennung verpflichtet, nicht entgegenstehen, sofern diese Regelung es ermöglicht, unter Umständen, die sich dem Einfluss der Arbeitnehmer entziehen, die volle Wirksamkeit dieser Bestimmungen der Richtlinie 98/59 in geänderter Fassung zu gewährleisten.

2.2 EuGH, Urteil vom 13. Juli 2023 – C-134/22 „G GmbH“, NZA 2023, 888 Massenentlassungen - Art 2 Abs 3 UAbs 2 EGRL 59/98 - Verpflichtung des Arbeitgebers zur Übermittlung einer Auskunftsabschrift an die zuständige Behörde - Schutzzweck - kein Individualrechtsschutz (Vorlageentscheidung BAG 27.1.2022 – 6 AZR 155/21)

Sachverhalt

Grundlage der Vorlageentscheidung des BAG ist ein Rechtsstreit über die Wirksamkeit einer Kündigung, die unter Missachtung der Übermittlungspflicht des Arbeitgebers nach § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG ausgesprochen wurde. Im Rahmen einer nach den §§ 17 ff. KSchG anzeigepflichtigen Massenentlassung wurde: (1) **Der Betriebsrat ordnungsgemäß informiert** und (2) **das Konsultationsverfahren durchgeführt**. (3) In der **abschließenden Stellungnahme** erklärte der Betriebsrat, er sehe keine Möglichkeit, die beabsichtigten Entlassungen zu vermeiden. Im Anschluss an diese Stellungnahme (4) **zeigte der Arbeitgeber die Entlassungen bei der zuständigen Agentur für Arbeit an**.

Der Fehler lag darin, dass der Arbeitgeber eine Abschrift der an den Betriebsrat gerichteten Informationen im Rahmen der Einleitung des Konsultationsverfahrens an die zuständige Agentur für Arbeit nicht übermittelte (**Verletzung der Übermittlungspflicht**).

Der Kläger berief sich auf die Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung. Das BAG hatte Zweifel, ob der Verstoß gegen die Übermittlungspflicht aus § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG diese Rechtsfolge gebiete. Maßgeblich sei der Zweck der europäischen Vorschrift als Grundlage der deutschen Regelung.

Vorlagefrage: Zielt Art. 2 Abs. 3 Unterabs. 2 MERL auf den Schutz der Arbeitnehmer im Falle von Massenentlassungen und gewährt er damit Individualschutz. Handle es sich hingegen bei der Übermittlungspflicht um eine bloß verfahrensordnende Bestimmung, würde auch die Berücksichtigung des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes im nationalen Recht nicht die gleichen Rechtsfolgen erfordern wie etwa ein Verstoß gegen die Konsultationspflicht. Die Unwirksamkeit der Kündigung des von der Massenentlassung betroffenen einzelnen Arbeitnehmers sei dann nicht zwingend erforderlich.

Entscheidungsgründe

Der EuGH legt Art. 2 Abs. 3 Unterabs. 2 MERL dahin gehend aus, dass dieser **nicht den Zweck verfolge, den von einer Massenentlassung betroffenen Arbeitnehmern Individualschutz zu gewähren**. Die dort geregelte **Übermittlungspflicht** solle es der zuständigen Behörde nur ermöglichen, sich über die Gründe der geplanten Entlassung, die Zahl und die Kategorien der zu entlassenden Arbeitnehmer, die Zahl und die Kategorien der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer, den Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen, sowie die vorgesehenen Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer einen Überblick zu verschaffen. Im Rahmen des **Konsultationsverfahrens** zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat komme der Behörde keine aktive Rolle zu. Daher erfolge die Übermittlung der Mitteilung an den Betriebsrat an die Agentur für Arbeit nur zu Informations- und Vorbereitungszwecken, damit die zuständige Behörde ggf. ihre weiteren Befugnisse wirksam ausüben könne. Ziel sei es, dass sich diese auf die

Entlassungen vorbereiten könne, auch um möglichst einordnen zu können, wie sie Lösungen für die betroffenen Arbeitnehmer nach Zugang der eigentlichen Massenentlassungsanzeige entwickeln könne. Im Moment der Zuleitung der Konsultation bestehe lediglich die Absicht der Entlassungen. Es gehe noch nicht darum, dass sich die Agentur für Arbeit mit dem individuell betroffenen Arbeitnehmer befasse, sondern ausschließlich mit der allgemein anstehenden Situation. Art. 2 Abs. 3 Unterabs. 2 MERL **diene damit nicht (vorrangig) dem Schutz des Einzelnen, sondern sei vielmehr kollektiver Natur.**

Hinweis

1. Die ausgesetzten Entscheidungen betreffen das gesamte deutsche Sanktionensystem. Die beiden vorstehenden Entscheidungen des EuGH sprechen gegen einen Individualschutz der Art 1 Abs. 1, Art 2 Abs. 3 und Art 6 der MERL.

2. Schon der Schlussantrag des Generalanwaltes Pikamae lautete: „Art. 2 Abs. 3 Unterabs. 2 der Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen ist dahin auszulegen, dass die Pflicht, der zuständigen Behörde zumindest eine Abschrift der in Art. 2 Abs. 3 Unterabs. 1 Buchst. b Ziff. i bis v dieser Richtlinie genannten Bestandteile der schriftlichen Mitteilung zu übermitteln, es der Behörde ermöglichen soll, die etwaigen Folgen von Massenentlassungen für die Situation der betroffenen Arbeitnehmer zu bewerten und sich gegebenenfalls auf die erforderlichen Abhilfemaßnahmen vorzubereiten. Die Mitgliedstaaten müssen in ihrem innerstaatlichen Recht Maßnahmen vorsehen, die es den Arbeitnehmervertretern ermöglichen, die Einhaltung dieser Pflicht überprüfen zu lassen. Diese Maßnahmen müssen einen effektiven und wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz gemäß Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union gewährleisten und eine wirklich abschreckende Wirkung haben.“

3. In der Begründung hat der Generalanwalt der Norm des Art 2 Abs. 3 RL 98/59/EG einen kollektiven, aber keinen individualschützenden Charakter beigemessen.

4. Er hat auch die Frage der Sanktion aufgeworfen. Die Unwirksamkeitssanktion werde nicht unionsrechtlich vorgegeben, jedenfalls im Anzeigeverfahren vor Ausspruch der Kündigung.

5. Das BAG hat auf der Grundlage des unionsrechtlichen „effet utile“, d.h. dem Gebot, europäische Regelungen zur Wirksamkeit zu verhelfen, bisher angenommen, dass Fehler im Massenentlassungsverfahren nach den §§ 17 ff. KSchG in der Regel zur Unwirksamkeit der Kündigungen führen (vgl. BAG, Urteil vom 22.11.2012 - 2 AZR 371/11; BAG, Urteil vom 13.02.2020 - 6 AZR 146/19), insbesondere wenn: (1) Der Massenentlassungsanzeige an die Agentur für Arbeit nicht die Stellungnahme des zuständigen Betriebsrats beigefügt war oder (2) die Massenentlassungsanzeige des Arbeitgebers infolge der Verkennung des Betriebsbegriffs objektiv unrichtige Angaben enthielt oder (3) nicht bei der für den Betriebssitz örtlich zuständigen Agentur für Arbeit erstattet wurde. Der Arbeitnehmerschutz als Zweck der zugrunde liegenden MERL könne – so das BAG – nur durch eine Einordnung des § 17 KSchG als Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB erreicht werden. Rechtsfolge bei Fehlern waren daher unwirksame Kündigungen (BAG, Urt. v. 13.02.2020 - 6 AZR 146/19 - 6 AZR 208/19 „Air Berlin“).

6. Die vom Kläger erhobene Kündigungsschutzklage hatte sowohl das ArbG Osnabrück als auch vor dem LAG Niedersachsen keinen Erfolg. Beide haben für § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG den Charakter eines Verbotsgesetzes i.S.v. § 134 BGB verneint. In der Revision vor dem BAG geht es **nur noch um diese Frage, ob § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG individualschützenden Charakter wie ein Verbotsgesetz hat und deshalb eine**

Kündigung, die ausgesprochen wird, ohne dass der Arbeitgeber gleichzeitig mit der Konsultation des Betriebsrats eine Abschrift der Mitteilung des Betriebsrats der Agentur für Arbeit zuleitet, gem. § 134 BGB unwirksam ist. Der Zweck der MERL spricht gegen ein Verbotsgesetz. Die Verhandlung der Rechts-sachen 6 AZR 157/22 – und – 6 AZR 121/22 sowie des Verfahrens 6 AZR 155/21 ist am 14.12.2023 (PM 34/23).

2.3 BAG, Beschluss vom 11. Mai 2023 – 6 AZR 157/22 (A), NZA 2023, 1040 (Zweite Aussetzung wegen Vorlageentscheidung – vgl. vorstehend 2.2)

Sachverhalt

Der Kläger war bei einem Großhandels- und Wartungsunternehmen tätig, das bis September 2020 25 Arbeitnehmer beschäftigte. Ein Betriebsrat war nicht gebildet. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 1.12.2020 legte der zum Insolvenzverwalter bestellte Beklagte den Betrieb still und kündigte innerhalb von 30 Tagen mindestens 10 Arbeitnehmern, darunter dem Kläger, ohne zuvor eine Massenentlassungsanzeige nach § 17 Abs. 1 KSchG erstattet zu haben. Er hat die Auffassung vertreten, einer entsprechenden Anzeige habe es nicht bedurft. Das Tatbestandsmerkmal „in der Regel“ stelle auf den Zeitpunkt der Entlassung und damit auf einen Stichtag ab. **Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Ermittlung der personellen Betriebsstärke sei unionsrechtswidrig.** Zum maßgeblichen Stichtag seien bei der Schuldnerin aufgrund von Aufhebungsverträgen und Eigenkündigungen weniger als 21 Arbeitnehmer beschäftigt gewesen. Das LAG hat die Kündigung aufgrund der fehlenden Massenentlassungsanzeige für unwirksam gehalten und der Kündigungsschutzklage stattgegeben.

Entscheidungsgründe

Die nach § 17 Abs. 1 KSchG maßgebliche Betriebsgröße war auch im Zeitpunkt der vom Beklagten erklärten Kündigungen noch erreicht. Dieser hätte daher eine Massenentlassungsanzeige erstatten müssen. Vor dem Hintergrund der Erwägungen des Generalanwalts in seinen am 30. März 2023 in der Rechtssache – C-134/22 – verkündeten Schlussanträgen zum Verhältnis von Anzeige- und Konsultationsverfahren zueinander hat der Sechste Senat nach Anhörung der Parteien den vorliegenden Rechtsstreit jedoch bis zur Entscheidung des Gerichtshofs über das Vorabentscheidungsersuchen in entsprechender Anwendung des § 148 ZPO ausgesetzt, um auf der rechtlichen Grundlage der zu erwartenden Entscheidung die Sanktionen bei Verstößen des Arbeitgebers gegen seine Verpflichtungen aus § 17 Abs. 1, Abs. 3 KSchG bestimmen zu können.

Das in § 17 Abs. 1 KSchG für die Ermittlung der erforderlichen personellen Betriebsstärke maßgebliche Tatbestandsmerkmal „in der Regel“ enthält weder eine **Stichtagsregelung** noch verlangt es eine **Durchschnittsbetrachtung**. Es stellt vielmehr auf die Anzahl der beschäftigten Arbeitnehmer ab, **die für den gewöhnlichen Ablauf des betreffenden Betriebs kennzeichnend ist.** Hierzu bedarf es eines Rückblicks auf den bisherigen Personalbestand und gegebenenfalls – sofern keine Betriebsstilllegung erfolgt – einer Einschätzung der zukünftigen Entwicklung. Zeiten eines außergewöhnlich hohen oder niedrigen Geschäftsgangs sind nicht zu berücksichtigen. Das ist durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union bereits geklärt.

Hat ein Arbeitgeber die Betriebsgröße falsch beurteilt und deshalb keine Massenentlassungsanzeige erstattet, ist jedoch derzeit unklar, ob dies – wie vom BAG in ständiger Rechtsprechung seit 2012 angenommen –

weiterhin zur Unwirksamkeit der Kündigung führt. Das vom BAG entwickelte Sanktionssystem steht möglicherweise nicht im Einklang mit der Systematik des Massenentlassungsschutzes, wie er durch die Massenentlassungsrichtlinie (MERL) vermittelt wird, und könnte darum unverhältnismäßig sein. Der Sechste Senat hat daher das Verfahren bis zur Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache – C-134/22 – (Vorabentscheidungsersuchen des Sechsten Senats vom 27. Januar 2022 – 6 AZR 155/21 (A) -; Pressemitteilung 4/22) ausgesetzt.

Hinweis

1. Wird das BAG seine Rechtsprechungsänderung bei der Massenentlassungsanzeige ändern? Der EuGH hat entschieden, dass die europäische Richtlinie keinen primären Individualschutz der einzelnen Arbeitnehmer zum Gegenstand hat? – Es liegt nun eine Frage der überschießenden Umsetzung des Unionsrechts vor? Entscheidung am 14.12.2023 vor dem Sechsten Senat PM 34/23.

2.4 BAG, Urteil vom 17. August 2023 - 6 AZR 56/23 bisher nur PM Nr. 32/23 Vermutungswirkung des § 125 Abs. 1 Nr. 1 InsO bei betriebsbedingter Kündigung in der Insolvenz (Bestätigung der st. Rspr.)

Sachverhalt

Der Kläger war seit 2011 bei der Insolvenzschuldnerin, einem Unternehmen der Herstellung und des Vertriebs von Spezialprofilen aus Stahl und Stahlerzeugnissen mit ca. 400 AN, tätig. Der beklagte Insolvenzverwalter schloss vor dem Hintergrund einer geplanten Betriebsstilllegung mit dem bei der Schuldnerin gebildeten Betriebsrat am 29.6.2020 einen Interessenausgleich mit drei verschiedenen, insgesamt jedoch alle Arbeitnehmer aufführenden Namenslisten, ab. Der Kläger war auf der zweiten Liste namentlich genannt. Nach Unterzeichnung des Interessenausgleichs kündigte der Insolvenzverwalter das Arbeitsverhältnis des Klägers betriebsbedingt mit Schreiben vom 29.6.2020 zum 31.5.2021 und wegen einer behaupteten Schwerbehinderung vorsorglich ein weiteres Mal mit Schreiben vom 20.8.2020 zum selben Kündigungstermin.

Das ArbG wies die Klage gestützt auf § 1 Abs. 2 KSchG, hilfsweise § 125 InsO ab, das LAG Hamm vermochte sich trotz der Vermutungsbasis des § 111 Satz 1 BetrVG nicht von der Stilllegung zu überzeugen und gab der Klage statt.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Beklagten hatte vor dem Sechsten Senat des BAG Erfolg. Die zweitausgesprochene Kündigung vom 20.8.2020 hat das Arbeitsverhältnis des Klägers, der rkr. festgestellt keinen besonderen Kündigungsschutz infolge einer Schwerbehinderung genießt, wirksam zum 31.5.2021 beendet. Die Kündigung ist jedenfalls auf Grund der Vermutung des § 125 Abs. 1 Nr. 1 InsO, dass sie durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist, wirksam. Der Beklagte hat - entgegen der Annahme des LAG Hamm - hinreichend dargelegt, dass die der Kündigung zu Grunde liegende Betriebsänderung i.S.d. § 111 BetrVG gem. § 125 Abs. 1 Satz 1 InsO geplant war. Die diesbezügliche Vermutungswirkung hat der Kläger nicht widerlegt. Auf die Wirksamkeit der zum selben Beendigungstermin ausgesprochenen Kündigung vom 29.6.2020 und die im Lauf des Verfahrens von den Parteien erörterten prozessualen Probleme kam es für die Entscheidung des Sechsten Senats daher nicht an.

Hinweis:

1. Die Entscheidung des LAG Hamm ist **offensichtlich** falsch. Die Vermutungsbasis des § 125 Abs. 1 Satz 1 InsO benennt: (1) Eine geplante Betriebsänderung nach § 111 BetrVG, (2) einen Interessenausgleich, (3) die Benennung der Namen der zu kündigenden AN auf einer dem Interessenausgleich beigefügten Namensliste iS einer einheitlichen Urkunde. Sind diese Anforderungen erfüllt, so greift nach § 292 Satz 1 ZPO die gesetzliche Vermutung des § 125 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 und 2 InsO ein. Weitere Anforderungen stellen die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale nicht. Eine weitergehende richterliche Überzeugung – die das LAG Hamm nicht zu finden vermochte - wohnt dem Gesetz nicht inne. Klassischer Gesetzesverstoß des LAG.

2. So hat auch der Sechste Senat entschieden: Ist eine Betriebsänderung i.S.d. § 111 BetrVG geplant und schließen der Insolvenzverwalter und der Betriebsrat darüber einen Interessenausgleich mit Namensliste, wird nach § 125 Abs. 1 Nr. 1 InsO vermutet, dass die Kündigung des in der Namensliste aufgeführten ANs durch dringende betriebliche Erfordernisse iSv. § 1 Abs. 2 KSchG bedingt ist. Im Zeitpunkt des Abschlusses des Interessenausgleichs muss sich die Betriebsänderung noch in der Planungsphase befinden, damit dem Betriebsrat entsprechend dem Zweck des § 111 BetrVG eine Einflussnahme auf die unternehmerische Entscheidung möglich ist. Die prozessualen Probleme lässt der Senat in der PM dahinstehen.

3. **Die Grundsätze der Vermutungswirkung gelten auch für § 1 Abs. 5 KSchG!**

2.5 BAG, Urteil vom 28. Februar 2023 – 2 AZR 227/22, NZA 2023, 578 Betriebsbedingte Kündigung - unternehmerische Organisationsentscheidung (Bestätigung der Rspr)

„Matrix reloaded“ – Gibt es einen Kündigungsschutz in Matrixstrukturen, der von allgemeinen Grundsätzen abweicht?

Sachverhalt

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung. Der Kläger war seit dem Jahr 2018 bei der Beklagten angestellt, zuletzt im Vertrieb als „Vice President & Country Manager Germany“. Die Beklagte ist die deutsche Tochtergesellschaft der M Inc., die Branchenlösungen im Bereich der KI-Technologie anbietet. Die Beklagte beschäftigte in der Abteilung Vertrieb neben dem Kläger noch sechs weitere Mitarbeiter („Sales Directors“), wobei der Kläger Bindeglied zwischen dem jeweils zuständigen Vertriebsleiter („Area Vice President“) und jedenfalls fünf der sechs „Sales Directors“ war. „Area Vice President“ war zuletzt Frau M, die bei der in London ansässigen M Ltd. beschäftigt ist und ihre Tätigkeit von Österreich aus erbringt.

Mit Schreiben vom 11. Mai 2020, dem Kläger am 15. Mai 2020 zugegangen, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 30. Juni 2020.

Dagegen hat sich der Kläger rechtzeitig mit der vorliegenden Klage gewandt. Die Kündigung sei sozial un gerechtfertigt. Es liege kein betriebsbedingter Grund vor. Die Unternehmerentscheidung der Beklagten verfolge allein das Ziel, ihm - dem Kläger - kündigen zu können. Sachliche Gründe für die behauptete Verlagerung der Position des Klägers zur M Ltd. lägen nicht vor. Der Beschäftigungsbedarf sei nicht entfallen. Es werde nur der Arbeitgeber ausgewechselt. Die betriebliche Funktion des „Country Managers Germany“ werde zudem nicht von Frau M, sondern von Herrn R ausgeübt.

Der Kläger hat sinngemäß beantragt: festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 11. Mai 2020 nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und vorgetragen, die Kündigung sei aus dringenden betrieblichen Gründen sozial gerechtfertigt. Die Muttergesellschaft der Beklagten, die M Inc., bediene sich einer sog. **Matrixorganisation**. Die Abteilungen der Beklagten würden von sog. **Matrixmanagern außerhalb Deutschlands geleitet**. Die Geschäftsführerin der Beklagten habe am 11. Mai 2020 entschieden, dass zukünftig sämtliche „Sales Directors“ der Beklagten unmittelbar an den „Area Vice President“ berichten sollten. Aus diesem Grund sei die Stelle des „Country Managers Germany“ mit Wirkung zum 1. Juli 2020 entfallen. Dessen Aufgaben würden nunmehr von der M Ltd. - und dort im Wesentlichen von Frau M - wahrgenommen. Die unternehmerische Entscheidung sei zwischenzeitlich auch erfolgreich umgesetzt worden. Herr R sei bei der M Ltd. mit Arbeitsort Österreich angestellt und übe die Funktion des „Country Managers Austria“ aus.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger sein Begehren ohne Erfolg weiter.

Entscheidungsgründe

Kurz gefasst ist durch die Umsetzung der von der Beklagten getroffenen Entscheidung, die Stelle eines „Country Managers Germany“ spätestens mit Wirkung zum 1. Juli 2020 zu streichen und die entsprechenden Aufgaben an ein konzernangehöriges Drittunternehmen zu vergeben, das Beschäftigungsbedürfnis für den Kläger entfallen.

Ausgangspunkt ist die Tatsache, dass das Beschäftigungsbedürfnis weggefallen ist. Die Stelle des „Country Managers Germany“ wurde gestrichen. Für die zugrundeliegende Unternehmerentscheidung kommt es nicht darauf an, ob diese ihrerseits - etwa aus wirtschaftlichen Gründen - „dringend“ war oder ob die Existenz des Unternehmens auch ohne sie nicht gefährdet gewesen wäre. Das KSchG schreibt keine bestimmte rechtliche und organisatorische Form der Erledigung anfallender Aufgaben fest. Der AG ist - bis zur Grenze der Willkür - nicht gehindert, auch wirtschaftlich nicht zwingend notwendige Organisationsentscheidungen zu treffen. Es ist nicht Sache der Gerichte, ihm eine „bessere“ oder „richtigere“ betriebliche Organisation vorzuschreiben.

Die unternehmerische Freiheit gilt jedoch nicht schrankenlos. Die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG schützt nicht nur die unternehmerische Freiheit, sondern gewährt auch einen Mindestbestandsschutz für den Arbeitnehmer. Die Gerichte haben deshalb von Verfassungswegen zu prüfen, ob von ihrer Anwendung im Einzelfall das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG berührt wird. Trifft das zu, dann haben die Gerichte die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes im Lichte der Grundrechte auszulegen und anzuwenden.

Deshalb hat der Zweite Senat stets eine eingeschränkte Prüfung des unternehmerischen Konzepts vorgenommen, da bei einer schrankenlosen Hinnahme jeglicher unternehmerischen Entscheidung als bindend für den Kündigungsschutzprozess der Kündigungsschutz der AN teilweise leerlaufen würde. Die Prüfung äußert sich zB bei dem **Umfang der Anforderungen an die Darlegung der Kündigungsgründe** bei einer mit dem Kündigungsentschluss zusammenfallenden oder nahe an ihn heranreichenden Organisationsentscheidung. Dadurch soll verhindert werden, dass die vom Arbeitgeber getroffene unternehmerische Entscheidung lediglich als Vorwand benutzt wird, um Arbeitnehmer aus dem Betrieb zu drängen, obwohl Beschäftigungsbedarf und Beschäftigungsmöglichkeit fortbestehen und lediglich die Arbeitsvertragsinhalte und die gesetzlichen Kündigungsschutzbestimmungen als zu belastend angesehen werden (vgl. BAG 27. April 2017 - 2 AZR 67/16 - Rn. 34, BAGE 159, 82). Daneben findet stets eine - vom Senat gelegentlich als „Missbrauchskontrolle“ (BAG 26. September 2002 - 2 AZR 636/01 - zu II 1 d der Gründe, BAGE 103, 31) bezeichnete - Prüfung daraufhin statt, ob die Unternehmerentscheidung offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist.

Hinweis

1. Das BAG beantwortet nochmals die Frage: Kann die Unternehmerentscheidung durch die Arbeitsgerichte überprüft werden? Der Zweite Senat betont den Grundsatz der freien Unternehmerentscheidung, die keiner gerichtlichen Kontrolle auf deren Wirtschaftlichkeit unterzogen wird. Grenze ist die Auslegung im Lichte der Grundrechte des AN aus Art 12 Abs. 1 GG.

2. Die Umsetzung der grundrechtskonformen Auslegung erfolgt durch **zwei Gesichtspunkte**: (1) Erstens, die Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast, wie sich dies am Beispiel einer mit dem Kündigungsentschluss zusammenfallenden/oder nahe heranreichenden Unternehmerentscheidung zeigt. Beispiele sind: Wegfall einer Hierarchieebene, Wegfall eines einzelnen Arbeitsplatzes und selbst das Outsourcing eines einzelnen Arbeitsplatzes, wenn der AN tarifvertraglich unkündbar ist (vgl. BAG 18. Juni 2015 - 2 AZR 480/14 Rn. 32, BAGE 152, 47; zum Wegfall mehrerer Arbeitsplätze wovon auch unkündbare AN betroffen sind: vgl. BAG 20. Juni 2013 - 2 AZR 379/12 Rn. 28, BAGE 145, 265). (2) Die sog „Missbrauchskontrolle“ auf offensichtliche Unsachlichkeit, Unvernünftigkeit oder Willkür.

3. **Darlegungs- und Beweislast**: Für eine beschlossene und tatsächlich durchgeführte unternehmerische Organisationsentscheidung spricht die Vermutung, dass sie aus sachlichen - wirtschaftlichen - Gründen getroffen wurde, Rechtsmissbrauch also die Ausnahme ist.

4. **Missbrauchskontrolle: Der AN hat deshalb die Umstände darzulegen und ggf. zu beweisen**, aus denen sich die offenbar unsachliche, unvernünftige oder willkürliche Organisationsentscheidung ergibt. Zugleich sind die Grundsätze abgestufter Darlegungs- und Beweislast anzuwenden:

(4.1) **Trägt der AN entsprechende Indizien vor**, ist in den Tatsacheninstanzen zunächst zu prüfen, ob diese in ihrer Gesamtschau, ggf. im Zusammenhang mit dem übrigen Prozessstoff den Schluss darauf zulassen, dass die der Kündigung zugrunde liegende Maßnahme des AGs die Grenzen der sich aus Art. 12, Art. 14 und Art. 2 Abs. 1 GG geschützten unternehmerischen Freiheit überschreitet. In diesem Fall vermag die getroffene unternehmerische Entscheidung die erklärte Kündigung sozial nicht zu rechtfertigen.

(4.2) Der **AG hat die Indiztatsachen** ausreichend iSd § 138 Abs. 2 ZPO **zu bestreiten**.

(4.3) Hat der AN den notwendigen Vortrag gehalten und der AG diesen hinreichend bestritten, sind die vom AN angetretenen **Beweise zu erheben**.

(4.4) Die Ergebnisse der Beweisaufnahme sind unter **Beachtung der den Arbeitnehmer treffenden objektiven Beweislast zu würdigen** (§ 286 Abs. 1 ZPO). Bei alledem ist das Gericht grundsätzlich frei darin, welche **Beweiskraft** es den - unstreitigen oder bewiesenen - Indizien im Einzelnen und in der Gesamtschau für seine Überzeugungsbildung beimisst (vgl. BAG 18. Juni 2015 - 2 AZR 480/14 Rn. 35, BAGE 152, 47).

5. **Konkret**: Im Zentrum der Würdigung steht ein Schriftstück: Die durch die Geschäftsführerin der Beklagten unterschriebene Streichung der Position des „Country Managers Germany“, datiert vom 11. Mai 2020. Weiter wurde die Maßnahme tatsächlich umgesetzt. Die Position wurde nicht wieder besetzt. Die Aufgaben wurden durch eine rechtlich selbständige Tochtergesellschaft übernommen. Auf die handelnde Person bei der Drittgesellschaft kommt es nicht an. **Strukturell liegt eine dem Outsourcing vergleichbare Sachlage vor, die unstreitig noch bestehende Aufgabe wird durch Mitarbeiter eines anderen Unternehmens erfüllt**.

2.6 BAG, Urteil vom 8. Dezember 2022 – 6 AZR 31/22, NZA 2023, 692 (ArbR 2023, 16 Anm. Krieger) Betriebsbedingte Kündigung - Namensliste - Sozialauswahl – Altersrente – Rentennähe (Fortentwicklung der Rspr.)

Sachverhalt

Die 1957 geborene Klägerin war seit 1.8.1972 bei der Insolvenzschuldnerin beschäftigt. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens schloss der zum Insolvenzverwalter bestellte Beklagte mit dem Betriebsrat einen ersten Interessenausgleich mit Namensliste, der die Kündigung von 61 der 396 beschäftigten Arbeitnehmer vorsah. Als zu kündigende ANin war die Klägerin in der Namensliste genannt. Mit Schreiben vom 27. März 2020 kündigte der beklagte Insolvenzverwalter das Arbeitsverhältnis **zum 30. Juni 2020 (Erstkündigung)**. Die Klägerin hält die Kündigung für unwirksam. Der beklagte Insolvenzverwalter ist der gegenteiligen Ansicht. Die Klägerin sei in ihrer Vergleichsgruppe – auch in Bezug auf den von ihr benannten, 1986 geborenen und seit 2012 beschäftigten Kollegen – sozial am wenigsten schutzwürdig. Sie habe als einzige die Möglichkeit, **ab 1. Dezember 2020 und damit zeitnah im Anschluss an das beendete Arbeitsverhältnis eine Altersrente für besonders langjährig Beschäftigte (§§ 38, 236b SGB VI) zu beziehen**. Aus diesem Grund falle sie hinter alle anderen vergleichbaren AN zurück.

Nach erneuten Verhandlungen mit dem Betriebsrat vereinbarte der beklagte Insolvenzverwalter mit diesem Ende Juni 2020 wegen der nunmehr beabsichtigten **Betriebsstilllegung nach Ausproduktion zum 31. Mai 2021** einen zweiten Interessenausgleich mit Namensliste. Der beklagte Insolvenzverwalter kündigte der auf der Namensliste aufgeführten Klägerin vorsorglich erneut am 29. Juni 2020 **zum 30. September 2020 (Zweitkündigung)**. Die Klägerin erhob gegen beide Kündigungen Kündigungsschutzklage. ArbG und LAG haben beiden Kündigungsschutzanträgen stattgegeben.

Entscheidungsgründe

Die Revision des beklagten Insolvenzverwalters hatte vor dem Sechsten Senat des BAG nur teilweise – im Hinblick auf die **Zweitkündigung** - Erfolg. Der Senat befand die erste Kündigung vom 27. März 2020 wie die Vorinstanzen im Ergebnis für unwirksam. Allerdings durften die Betriebsparteien die Rentennähe der Klägerin bei der Sozialauswahl bezogen auf das Kriterium „Lebensalter“ berücksichtigen. Sinn und Zweck der sozialen Auswahl ist es, unter Berücksichtigung der im Gesetz genannten Auswahlkriterien gegenüber demjenigen AN eine Kündigung zu erklären, der sozial am wenigsten schutzbedürftig ist. Das Auswahlkriterium „Lebensalter“ ist dabei ambivalent. Zwar nimmt die soziale Schutzbedürftigkeit zunächst mit steigendem Lebensalter zu, weil lebensältere AN nach wie vor typischerweise schlechtere Vermittlungschancen auf dem Arbeitsmarkt haben. Sie fällt aber wieder ab, wenn der AN entweder spätestens innerhalb von zwei Jahren nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses über ein Ersatzeinkommen in Form einer abschlagsfreien Rente wegen Alters – mit Ausnahme der Altersrente für schwerbehinderte Menschen (§§ 37, 236a SGB VI) – verfügen kann oder über ein solches bereits verfügt, weil er eine abschlagsfreie Rente wegen Alters bezieht. Diese Umstände können der AG bzw. die Betriebsparteien bei dem Auswahlkriterium „Lebensalter“ zum Nachteil des ANs berücksichtigen. Insoweit billigen ihnen § 1 Abs. 3 KSchG, § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO einen **Wertungsspielraum** zu.

Die streitbefangene Kündigung vom 27. März 2020 war im Ergebnis dennoch unwirksam, weil die Auswahl der Klägerin im vorliegenden Fall **allein wegen ihrer Rentennähe unter Außerachtlassung der anderen Auswahlkriterien „Betriebszugehörigkeit“ und „Unterhaltungspflichten“ erfolgte** und deswegen grob fehlerhaft war.

Im Hinblick auf die vorsorgliche Kündigung vom 29. Juni 2020 hatte die Revision des beklagten Insolvenzverwalters demgegenüber Erfolg. Diese Kündigung ist wirksam und hat das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Ablauf des 30. September 2020 aufgelöst.

Vorinstanz: LAG Hamm, Urteil vom 3. September 2021 – 16 Sa 152/21 –

Hinweis:

Hat ein Arbeitnehmer mit Anspruch auf Altersrente geringeren Sozialschutz bei der Sozialauswahl?

Was ist mit dem rentennahen Arbeitnehmer?

1. Für den Bezug einer Altersrente hat der Zweite Senat (Urteil vom 27.04.2017 – 2 AZR 67/16, NZA 2017, 902) bereits entschieden: „**Ein regelaltersrentenberechtigter Arbeitnehmer ist in einer Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG hinsichtlich des Kriteriums „Lebensalter“ deutlich weniger schutzbedürftig als ein Arbeitnehmer, der noch keine Altersrente beanspruchen kann.**“ (Leitsatz).

2. Der Sechste Senat hat im vorliegenden Verfahren und in einem weiteren, teilweisen Parallelverfahren (- 6 AZR 32/22 -) ebenso entschieden und die Grundsätze erstmalig fortentwickelt. Das Kriterium des Lebensalters ist ambivalent – vgl. auch die Wertungen des AGG und des KSchG.

3. Bei einer betriebsbedingten Kündigung hat die Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers anhand der in § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG bzw. § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO genannten Kriterien zu erfolgen.

4. Dem Lebensalter darf eine geringere Bedeutung beigemessen werden. Bei der Gewichtung des Lebensalters kann hierbei zu Lasten des Arbeitnehmers berücksichtigt werden, dass er bereits eine (vorgezogene) Rente wegen Alters **abschlagsfrei bezieht**.

5. Das Gleiche gilt, wenn der Arbeitnehmer **rentennah ist**, weil er eine solche abschlagsfreie Rente oder die Regelaltersrente spätestens **innerhalb von zwei Jahren nach dem in Aussicht genommenen Ende des Arbeitsverhältnisses beziehen kann (nicht nach dem Ausspruch der Kündigung!)**.

4. Vorsicht ist geboten bei der Rente für besonders langjährig Versicherte nach § 38 SGB 6, § 236b SGB 6:

4.1 Grundsatz: Nach § 51 Abs 3a Satz 1 Nr. 3 Buchst a SGB 6 werden Zeiten des Bezugs von Entgeltersatzleistungen der Arbeitsförderung wie Arbeitslosengeld in den letzten zwei Jahren vor Rentenbeginn nicht auf die Wartezeit von 45 Jahren angerechnet. Arbeitnehmer, die zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses diese Wartezeit noch nicht erfüllt haben, gelten damit nicht als rentennah.

4.2 Ausnahme: Zeiten des Bezugs von Entgeltersatzleistungen der Arbeitsförderung wie Arbeitslosengeld in den letzten zwei Jahren vor Rentenbeginn werden ausnahmsweise auf die Wartezeit angerechnet, wenn sie wegen vollständiger Geschäftsaufgabe des Arbeitgebers oder Insolvenz gezahlt werden („Wortlaut: „bedingt sind“).

5. Wegen des Diskriminierungsschutzes darf eine **Altersrente für schwerbehinderte Menschen gemäß § 37 SGB 6, 236a SGB 6** darf insoweit **nicht** berücksichtigt werden. Dies gilt auch im Anwendungsbereich des § 125 InsO. Eine Berücksichtigung führt zu einer unzulässigen mittelbaren Diskriminierung dieses Personenkreises wegen der Behinderung. Im Wege der **unionskonformen Auslegung** ist § 1 Abs 3 KSchG dahin auszulegen, dass eine Altersrente für schwerbehinderte Menschen für die Frage der "Rentennähe" unberücksichtigt zu bleiben hat.

6. **Rentennähe ist zu verneinen:** Wenn der betroffene Arbeitnehmer innerhalb von zwei Jahren nach dem in Aussicht genommenen Ende des Arbeitsverhältnisses eine (vorgezogene) Altersrente vorzeitig und daher nur mit Abschlägen in Anspruch nehmen kann.

7. **Kündigt der Arbeitgeber zwar allen Arbeitnehmern gleichzeitig** sind zwei Fälle zu unterscheiden:

7.1 Orientiert sich der Arbeitgeber, an der jeweils individuell zu beachtenden Kündigungsfrist ist **keine Sozialauswahl durchzuführen.**

7.2 Orientiert sich der Arbeitgeber bezüglich der Beendigung nicht an der jeweils maßgeblichen Kündigungsfrist, sondern **an dem sich nach und nach verringernden Beschäftigungsbedarf** im Rahmen einer "Ausproduktion", liegt ein Unterfall einer etappenweisen Stilllegung vor, sodass eine **Sozialauswahl erforderlich ist.**

8. Eine Sozialauswahl ist nur dann unwirksam, wenn auch ihr Ergebnis fehlerhaft ist. Es ist nicht erforderlich, dass der sich auf die fehlende Kausalität eines Auswahlfehlers berufende Arbeitgeber darlegt, dass die Kündigung des klagenden Arbeitnehmers die einzig zulässige Auswahlentscheidung gewesen ist. Bei § 125 InsO ist ausreichend, dass es sich um eine objektiv vertretbaren Auswahlentscheidung handelt, die zu einem jedenfalls nicht grob fehlerhaften Auswahlergebnis geführt hat. Bei § 1 Abs. 3 KSchG ist es ausreichend, dass es sich um eine objektiv vertretbaren Auswahlentscheidung handelt, die sich innerhalb des Wertungsspielraumes bewegt.

9. **Konkret:** Der Interessenausgleich sah eine Sozialauswahl unter Bildung von **79 Vergleichsgruppen** vor. Die Klägerin selbst war nach dem Vortrag des Beklagten der Vergleichsgruppe 68 "Vertriebslogistik" zugeordnet. In dieser Vergleichsgruppe beschäftigte die Insolvenzschuldnerin folgende Arbeitnehmer/innen mit den folgenden Sozialdaten und folgendem Auswahlverfahren:

Name, Vorname

Geburtsdatum	LA: pro vollendetem Lebensjahr ein Punkt , max. 55 Punkte
Anzahl Kinder	U: acht Punkte pro unterhaltsberechtigtem Kind
Familienstand	U: vier Punkte für Familienstand verheiratet/eingetragene Lebenspartnerschaft
Eintrittsdatum	BZ: für jedes vollendete Beschäftigungsjahr ein Punkt , max. 40 Punkte

Schwerb./Gleichstellung fünf Punkte für schwerbehinderte Menschen im Sinne des SGB IX (= GdB 50) oder Gleichgestellte im Sinne des SGB IX; je einen weiteren Punkt pro zehn GdB über 50 GdB (Beispiel GdB von 60 = sechs Punkte)

Klägerin	LA: geb. 02.01.1957, U: VH, BZ: 01.08.1972, Nein	= 99 Punkte
B.	LA: geb. 04.05.1986, U: VH, BZ: 15.08.2012, Nein	= 44 Punkte
C.	LA: geb. 21.06.1966, U: VH, BZ: 15.06.1994, Nein	
D.	LA: geb. 05.04.1969, U: VH, BZ: 01.09.1986, Nein	
E.	LA geb. 26.06.1964, U: NV, BZ: 01.09.1982, Nein	

Die Erstkündigung scheitert an der groben Fehlerhaftigkeit – ein Sozialauswahlmerkmal wurde übersehen oder ist so in den Hintergrund getreten, dass es niemals einen Ausschlag geben kann.

Die Zweitkündigung war – so das BAG - wirksam trotz der brutalen Differenz der BZ (**sechs bzw. fünffache BZ!!**) 48 : 8 Jahre oder nach Punkten gedeckelt 40 : 8 Punkte. gesamt 100 : 45. Der Zweitkündigung lag die Entscheidung zugrunde nur noch einen AN von 1.10.2020 bis zum Ablauf des 31.3.2021 zu beschäftigen.

2.7 BAG, Urteil vom 8. Dezember 2022 – 6 AZR 32/22, NZA 2023, 625 Grob fehlerhafte Sozialauswahl - Nachschieben von Kündigungsgründen (Fortsetzung der Rspr.)

Sachverhalt

Die Parteien streiten zuletzt noch um die Wirksamkeit einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung. Der 1975 geborene, verheiratete und zwei Kindern zum Unterhalt verpflichtete Kläger war seit dem 17.8.1992 bei der H GmbH (im Folgenden Schuldnerin) als Armaturenschlosser beschäftigt. Der Kläger ist einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt. Mit Beschluss vom 1.3.2020 eröffnete das Insolvenzgericht das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Insolvenzschuldnerin und bestellte den Beklagten zum Insolvenzverwalter. Dieser zeigte am gleichen Tag drohende Masseunzulänglichkeit an.

Auf der Grundlage eines mit dem Betriebsrat der Schuldnerin am **27.3.2020 abgeschlossenen Interessenausgleichs mit Namensliste** kündigte der Beklagte 61 der zu diesem Zeitpunkt beschäftigten 396 Arbeitnehmer. Von den zwölf Mitarbeitern der Vergleichsgruppe „Armaturenfertigung“, der auch der Kläger angehörte, betraf dies zwei Arbeitnehmer.

BR und Insolvenzverwalter schlossen auf Verhandlungen ab Ende April 2020 am **29.6.2020 einen zweiten Interessenausgleich**. Dieser sah auf der Grundlage der vom Gläubigerausschuss am 24.6.2020 beschlossenen **Betriebsstilllegung zum 31.5.2021 nach Ausproduktion die Kündigung sämtlicher Arbeitsverhältnisse vor**. Die Arbeitsverhältnisse der für die **Ausproduktion nicht benötigten AN** sollten, nach Einholung ggf. notwendiger Zustimmungen (zB gemäß §§ 168 ff. SGB IX) unter Berücksichtigung der Kündigungsfrist des § 113 InsO zum nächstzulässigen Termin gekündigt werden. Die für die **Ausproduktion notwendigen AN** sollten nach Abschluss des Interessenausgleichs eine Kündigung zum geplanten Ende der Ausproduktion am 31. Mai 2021 erhalten. **Weiter kamen die Betriebsparteien in dem Interessenausgleich überein, dass aufgrund der Kündigung sämtlicher Arbeitsverhältnisse eine soziale Auswahl entbehrlich sei.**

Bestandteil des Interessenausgleichs vom 29. Juni 2020 waren drei Namenslisten. Die erste Liste enthielt die Namen derjenigen 107 Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse zum nächstzulässigen Termin beendet werden sollten. In der zweiten Liste waren 190 für die Ausproduktion benötigte Arbeitnehmer namentlich genannt, die eine Kündigung zum 31. Mai 2021 erhalten sollten. In der dritten Namensliste fanden sich 40 Arbeitnehmer, denen schon auf der Grundlage des ersten Interessenausgleichs vom 27. März 2020 gekündigt worden war und die entweder Kündigungsschutzklage erhoben hatten oder noch erheben konnten. Diesen sollte vorsorglich zum nächstzulässigen Termin erneut gekündigt werden. Von den noch zehn Mitarbeitern der Armaturenfertigung waren fünf, ua. Herr A, auf der zweiten Namensliste (Kündigung zum Ende der Ausproduktion am 31. Mai 2021) genannt. Der Kläger war als Nr. 44, ebenso wie Herr M und die übrigen drei Mitarbeiter der Armaturenfertigung, auf der Liste derjenigen Arbeitnehmer namentlich genannt, die zum nächstzulässigen Termin zu kündigen waren.

Herr A ist 1990 geboren, verheiratet, einem Kind zum Unterhalt verpflichtet und seit 1.8.2012 bei der Insolvenzschuldnerin beschäftigt. Herr M ist 1968 geboren, unverheiratet, einem Kind zum Unterhalt verpflichtet und seit 22.7.1985 bei der Insolvenzschuldnerin beschäftigt.

Nach Erstattung einer Massenentlassungsanzeige erklärte der Beklagte die Kündigung aller Arbeitsverhältnisse der bei ihm beschäftigten AN. Im Falle des Klägers erfolgte die Kündigung nach ordnungsgemäßer

Durchführung des Zustimmungsverfahrens gemäß §§ 168 ff. SGB IX mit Schreiben vom 11.8.2020 zum 30.11.2020.

Mit seiner beim ArbG am 25.8.2020 eingegangenen Klage hat der Kläger ua. die Unwirksamkeit dieser Kündigung geltend gemacht.

Er hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei aus drei Gründen unwirksam: (1) Weil eine soziale Auswahl erforderlich gewesen, aber nicht vorgenommen worden sei. (2) Weil in seiner Vergleichsgruppe nicht ihm, sondern Herrn A zum nächstzulässigen Termin hätte gekündigt werden müssen. (3) Der Beklagte könne sich nicht darauf berufen, dass dem Kläger auch dann zum nächstzulässigen Termin gekündigt worden wäre, wenn der Beklagte eine soziale Auswahl vorgenommen hätte. Diesbezüglich sei der Betriebsrat nicht angehört worden. Ein Nachschieben der Gründe für die soziale Auswahl sei unzulässig.

Entscheidungsgründe

Der zulässige Kündigungsschutzantrag ist unbegründet. Die Kündigung vom 11.8.2020 ist sozial gerechtfertigt, § 1 Abs. 1, Abs. 3 KSchG. Wegen des Interessenausgleichs mit Namensliste wird vermutet, dass die Kündigung vom 29.6.2020 durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist (§ 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO). Diese Vermutung hat der Kläger nicht widerlegt.

Der AG kann sich in Bezug auf diese Kündigung auf die Privilegierungen des § 125 Abs. 1 InsO stützen. Es liegt eine Betriebsänderung iSv. § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG vor. Der Beklagte beabsichtigte, den Betrieb zum 31. Mai 2021 **stillzulegen**. Die Betriebsparteien haben unter dem 29. Juni 2020 einen **formwirksamen Interessenausgleich mit drei Namenslisten** abgeschlossen. Dabei handelt es sich nicht um „Teil-Namenslisten“, die den Anforderungen des § 125 Abs. 1 Satz 1 InsO nicht genügten (Einzelheiten im Parallelverfahren BAG 8. Dezember 2022 - 6 AZR 31/22 Rn. 60). Der **Name des Klägers** ist unter der laufenden Nr. 44 auf der Liste derjenigen Arbeitnehmer genannt, denen mit der Frist des § 113 InsO zum nächstzulässigen Termin gekündigt werden sollte.

Zum Erfordernis der Sozialauswahl vgl. vorstehendes Urteil (8.12.2022 - 6 AZR 31/23).

Der Fehler im Auswahlverfahren hat sich nicht auf das Auswahlergebnis ausgewirkt, sodass das Unterlassen der sozialen Auswahl nicht kausal für die Kündigung des Klägers war. Der beklagte AG hat aufgezeigt, dass mit der Entscheidung, das Arbeitsverhältnis des Klägers in der „ersten Welle“ zum 30.11.2020 zu kündigen (ein AN von fünf, jedoch wäre Herr M weiterbeschäftigt worden), eine objektiv vertretbare Auswahl getroffen worden ist und sich deshalb die Auswahlentscheidung bezogen auf den Kläger als nicht grob fehlerhaft erweist. Seine Auswahl stellt mithin noch ein zulässiges Abwägungsergebnis dar. **Konkret:**

Name	LebensA	BetriebsZ	Unterhalt	SchwB
Kläger:	1975 (45J),	1992 (28J),	verh., zwei Kinder,	Gleichstellung mit einem schwerbeh. Menschen
Herr A:	1990 (30J),	1.8.2012 (8J),	verh., ein Kind;	
Herr M:	1968 (52J).	1985 (35J),	ledig, ein Kind.	

Auch die Betriebsratsanhörung war ordnungsgemäß. Ein unzulässiges Nachschieben von Gründen liegt nicht vor.

Hinweis

Es gibt beim Vortrag der Sozialauswahl grundsätzlich kein unzulässiges Nachschieben von Kündigungsgründen (ständige Rspr.).

I. § 125 InsO Namensliste – keine Teilnamensliste. Vermutungswirkung.

II. Sozialauswahl: Früher: Sog. Dominotheorie, jeder konnte sich auf einen Fehler berufen. Jetzt: Kausalität des Fehlers für die Kündigung des konkreten Klägers. Erste Welle **ein AN von fünf sollte gekündigt werden**. Selbst wenn dies Herr A gewesen wäre, wäre der Fehler nicht kausal geworden, weil Herr M und nicht der Kläger weiterbeschäftigt worden wäre.

III. Der Sechste Senat folgt der st. Rspr. der mit § 102 BetrVG befassten Senate.

1. Die BR Anhörung war ordnungsgemäß, obwohl dem Betriebsrat die Sozialdaten sämtlicher Arbeitnehmer nicht mitgeteilt worden waren. Die AGin war der Ansicht, sie müsse eine Sozialauswahl wegen der Betriebsstilllegung nicht durchführen. Das war rechtsirrig.

2. Der beklagten AGin war es nicht aus betriebsverfassungsrechtlichen Gründen verwehrt, eine hypothetische soziale Auswahl in den Rechtsstreit einzuführen.

2.1 Der AG, der bei einer durchgeführten Sozialauswahl bestimmte Arbeitnehmer übersehen oder für nicht vergleichbar gehalten und deshalb dem Betriebsrat die für die soziale Auswahl (objektiv) erheblichen Umstände nicht mitgeteilt hat, ist grundsätzlich berechtigt, seinen Vortrag auf entsprechende Rüge im Prozess zu ergänzen. Darin liegt kein nach § 102 BetrVG unzulässiges Nachschieben von Kündigungsgründen (vgl. BAG 26. März 2009 - 2 AZR 296/07 - Rn. 42, BAGE 130, 182; 21. September 2000 - 2 AZR 385/99 - zu B IV 3 b der Gründe mwN).

2.2 Entsprechendes gilt, wenn der AG aus nachvollziehbaren Gründen bei Erklärung der Kündigung davon ausgegangen ist, eine Sozialauswahl sei insgesamt entbehrlich (BAG 9. September 2010 - 2 AZR 936/08 - Rn. 48).

2.3 Da der AG bei der Betriebsratsanhörung regelmäßig noch nicht wissen kann, welche Unwirksamkeitsgründe der AN gegenüber der Kündigung in einem etwaigen Kündigungsschutzprozess geltend machen will, wäre der AG weitgehend rechtlos gestellt, würde man ihm insoweit ergänzenden Sachvortrag abschneiden. Der vom AN geltend gemachte Unwirksamkeitsgrund führte dann im Regelfall zu seinem Obsiegen, weil dem AG eine substantiierte Erwiderung zu dem vorgetragenen Sachverhalt aus betriebsverfassungsrechtlichen Gründen verwehrt wäre.

2.4 **Konkret:** Die Betriebsparteien (BR und AG) haben zunächst eine soziale Auswahl insgesamt für entbehrlich gehalten, da allen AN gekündigt werden sollte und **dies schriftlich im Interessenausgleich dokumentiert**. Auf die entsprechende Rüge des Klägers hin konnte der Beklagte sodann im Prozess seinen Vortrag ergänzen und zu den für eine hypothetische Sozialauswahl maßgeblichen sozialen Daten der mit dem Kläger vergleichbaren AN und deren Gewichtung vortragen. Das ist letztlich Konsequenz des Grundsatzes der **subjektiven Determination**. Dabei haben entgegen der Annahme des LAG die Betriebsparteien vorliegend nicht zahlreiche Auswahlentscheidungen getroffen, wobei der Beklagte nunmehr im Prozess die Gründe für die getroffene Auswahlentscheidung austauscht. Vielmehr ist - auch nach den Feststellungen des LAG - eine Auswahlentscheidung der Betriebsparteien gemäß § 1 Abs. 3 KSchG gänzlich unterblieben.

3 Krankheitsbedingte Kündigung

3.1 BAG, Urteil vom 15.12.2022 – 2 AZR 162/22, NZA 2023, 500 Betriebliches Eingliederungsmanagement – Integrationsamt (Erste Entscheidung)

Sachverhalt

Die einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellte Klägerin war von Dezember 2014 bis Mai 2020 ununterbrochen arbeitsunfähig erkrankt. Im Mai 2019 fand auf Initiative der Klägerin ein Präventionsgespräch statt (§ 167 SGB IX). Im Anschluss lud die beklagte AGin sie zur Teilnahme an einem betrieblichen Eingliederungsmanagement (bEM) ein. Die Klägerin erklärte zwar ausdrücklich ihre Bereitschaft zur Teilnahme, weigerte sich jedoch, die vorgelegte Einwilligung in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten zu unterzeichnen, sondern stellte Rückfragen und wählte eigene Formulierungen. Auch nach mehreren Gesprächen, in der die Beklagte erklärte, dass ohne ihre Unterschrift der datenschutzrechtlichen Einwilligung die Durchführung eines bEM-Verfahrens nicht möglich sei, blieb die Klägerin bei ihrer Weigerung. **Ein bEM fand nicht statt.** Nach einem erfolglosen Wiedereingliederungsversuch im Herbst 2019, beantragte die Beklagte im Dezember 2019 beim Integrationsamt die Zustimmung zur beabsichtigten Kündigung. Die Zustimmung wurde im Mai 2020 erteilt. Daraufhin sprach die Beklagte die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin aus. Die form- und fristgerecht erhobene Kündigungsschutzklage hat das ArbG abgewiesen, das LAG gab ihr statt.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten hatte keinen Erfolg. Der AG, der für die Verhältnismäßigkeit der Kündigung nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG die Darlegungs- und Beweislast trägt, kann sich zwar im Kündigungsschutzprozess grundsätzlich zunächst auf die Behauptung beschränken, für den AN bestehe keine andere – seinem Gesundheitszustand entsprechende – Beschäftigungsmöglichkeit. War der AG jedoch gemäß § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX zur Durchführung eines bEM verpflichtet und ist er dieser Verpflichtung nicht nachgekommen, ist er darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass auch ein bEM nicht dazu hätte beitragen können, neuerlichen Arbeitsunfähigkeitszeiten entgegenzuwirken und das Arbeitsverhältnis zu erhalten. Die Durchführung eines bEM ist zwar nicht selbst ein milderes Mittel gegenüber der Kündigung. § 167 Abs. 2 SGB IX konkretisiert aber den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Mit Hilfe eines bEM können mildere Mittel als die Beendigung des Arbeitsverhältnisses erkannt und entwickelt werden. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung, ob die Kündigung durch mildere Mittel hätte voraussichtlich vermieden werden können, ist der Zeitpunkt ihres Zugangs.

Hat der AG nicht gänzlich davon abgesehen, ein bEM anzubieten, sind ihm dabei oder bei der weiteren Durchführung aber Fehler unterlaufen, ist für den Umfang seiner Darlegungslast von Bedeutung, ob der Fehler Einfluss auf die Möglichkeit hatte oder hätte haben können, Maßnahmen zu identifizieren, die zu einer relevanten Reduktion der Arbeitsunfähigkeitszeiten des ANs hätten führen können. Das kann der Fall sein, wenn dieser gerade aufgrund der verfahrensfehlerhaften Behandlung durch den AG einer (weiteren) Durchführung des bEM nicht zugestimmt hat, was regelmäßig einer darauf bezogenen tatrichterlichen Würdigung bedarf. Anderenfalls spricht der Umstand, dass ein AN nicht zu seiner (weiteren) Durchführung bereit ist, grundsätzlich dagegen, dass durch ein bEM mildere Mittel als die Kündigung hätten identifiziert werden können. Angesichts der unterschiedlichen sozial- und kündigungsrechtlichen Bedeutung des bEM haben jedenfalls nicht alle Verfahrensfehler bei seiner Durchführung Bedeutung für eine später ausgesprochene Kündigung.

Der Beklagten hat die Darlegung obliegen, dass auch mit Hilfe eines bEM keine mildereren Mittel als die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hätten erkannt oder entwickelt werden können. Sie war nach § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX verpflichtet, der seit dem 12. Dezember 2014 durchgehend arbeitsunfähig erkrankten Klägerin ein bEM anzubieten. **Dieser Verpflichtung ist sie nicht ordnungsgemäß nachgekommen.** Die AGin durfte die Einleitung des bEM-Verfahrens nicht davon abhängig machen, dass die Klägerin die von der AGin vorgeformulierte Datenschutzerklärung über die Verarbeitung ihrer personenbezogenen sowie Gesundheitsdaten unterzeichnet.

Hinweis

1. Der Zustimmungsbescheid des Integrationsamts begründet keine Vermutung dafür, dass ein bEM eine Kündigung nicht hätte verhindern können.

2. Hat ein AG kein bEM durchgeführt so sind zwei Varianten denkbar: (1) Ein tatsächlich durchgeführtes bEM hätte auch kein positives Ergebnis erbringen können. In einem solchen Fall darf dem AG kein Nachteil daraus entstehen, dass er es unterlassen hat. Will sich der AG hierauf berufen, hat er die objektive Nutzlosigkeit des bEM darzulegen und ggf. zu beweisen. Dazu muss er umfassend und detailliert vortragen, warum weder ein weiterer Einsatz auf dem bisherigen Arbeitsplatz noch dessen Anpassung oder Veränderung entsprechend dem Leistungsvermögen des ANs möglich gewesen sei und der AN auch nicht auf einem anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit habe eingesetzt werden können, warum also ein bEM in keinem Fall dazu hätte beitragen können, neuerlichen Krankheitszeiten vorzubeugen und das Arbeitsverhältnis zu erhalten. Darüber hinaus muss er dartun, dass künftige Fehlzeiten auch nicht durch gesetzlich vorgesehene Hilfen oder Leistungen der Rehabilitationsträger in relevantem Umfang hätten vermieden werden können.

Prozessual ist es nicht erforderlich, dass sich der AN im Verfahren auf eine bestimmte Umgestaltungsmaßnahme, Beschäftigungsalternative oder Hilfe bzw. Leistung des Rehabilitationsträgers beruft.

Der AG trägt die primäre Darlegungslast für die Nutzlosigkeit eines bEM. Er muss von sich aus zum Fehlen alternativer Beschäftigungsmöglichkeiten oder zur Nutzlosigkeit anderer, ihm zumutbarer Maßnahmen vortragen. Allerdings gilt dies nur im Rahmen des ihm Möglichen und des nach den Umständen des Streitfalls Veranlassenen. Der AG hat von sich aus alle vernünftigerweise in Betracht kommenden – und vom AN ggf. bereits außergerichtlich genannten Alternativen – zu würdigen und, soweit ihm aufgrund seines Kenntnisstands möglich, im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen weder eine Anpassung des bisherigen Arbeitsplatzes an dem AN zuträgliche Arbeitsbedingungen noch die Beschäftigung auf einem anderen – seinem Gesundheitszustand entsprechenden – Arbeitsplatz noch eine Maßnahme des Rehabilitationsträgers in Betracht kommt. Dabei ist eine Abstufung seiner Darlegungslast vorzunehmen, falls ihm die Krankheitsursachen unbekannt sind.

(2) Ist es dagegen denkbar, dass ein bEM ein positives Ergebnis erbracht hätte, das gemeinsame Suchen nach Maßnahmen zum Abbau der Fehlzeiten also Erfolg gehabt hätte, muss sich der AG regelmäßig verhalten lassen, er habe „vorschnell“ gekündigt. So lag es vorliegend.

3. Der Knackpunkt in der Weichenstellung ist die Beurteilung der Fehlerhaftigkeit des bEM-Angebotes wegen der Nichtunterzeichnung der Datenschutzerklärung, die nur dem Zweck der Transparenz dient nicht Wirksamkeitsvoraussetzung des bEM ist.

4 Außerordentliche Kündigung

4.1 BAG, Urteil vom 24. August 2023 – 2 AZR 17/23 bisher nur PM 33/23 (Besprechung Windeln ArbRB 2023, 290) – Kündigung wegen Äußerungen in einer Chatgruppe (Erste Entscheidung)

Sachverhalt

Der Kläger ist 50 Jahre alt, verheiratet und zwei minderjährigen Kindern zum Unterhalt verpflichtet. Er ist seit dem langem bei der Beklagten zuletzt als Gruppenleiter Lagerlogistik in der Abteilung Material Supply zu einem monatlichen Bruttogehalt in Höhe von 4.268,16 EUR beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis ist nach den anzuwendenden tariflichen Regelungen **ordentlich unkündbar**. Der Kläger gehörte seit 2014 einer Chatgruppe mit fünf anderen Arbeitnehmern an. Im November 2020 wurde ein ehemaliger Kollege als weiteres Gruppenmitglied, der zuletzt siebenköpfigen Chatgruppe aufgenommen. Alle Gruppenmitglieder waren nach den Feststellungen der Vorinstanz „langjährig befreundet“, zwei miteinander verwandt. Neben rein privaten Themen äußerte sich der Kläger – wie auch mehrere andere Gruppenmitglieder – in beleidigender und menschenverachtender Weise ua. über Vorgesetzte und Arbeitskollegen. Das LAG hat folgenden Chatverlauf festgestellt:

„Der Pole ist der Schlimmste - Bis er ma richtig kriegt die Gesichtsfotze - aber erst den Polakken umnieten der ist der schlimmste - Wir hätten die Möglichkeit gehabt die Nr. 2 hinter LH zu werden diese drecking Wichser und Polacke - Alle aufknüpfen den Polen zuerst - neues „Opfer“ für den Grabscher von Bosporus Frau A. - der Name L. sagt alles - zionistische Herrscherlobby - Und die Neeger kommen - der zionistische jüdische G. - ja, die Moslems sind dem gemeinen Juden recht ähnlich was Geschäfte angeht, allerdings 7 Klassen tiefer, Ziegen, Kiosk und gebrauchte statt Banken, Medien und Firmen - G. auch zusammenschlagen lassen!!! Wie besprochen. - K. muss man in die Fresse hauen, so was unqualifiziertes. - (...) er ist doof wie 10 Meter Feldweg im Osten - Es ärgert mich das es wirklich top Leute gibt die machen können was sie wollen und keine Chance bekommen und solche Nieten mit ihrem Drecksarsch immer weich fallen was wollte die polnische Verräterfotze mit ihrer Scheißmail eigentlich sagen - der soll seine Fresse halten, sonst läuft bald „spiel mir das Lied vom Tod“ noch mal im Kino in D. - Einer muss von den in die Fresse kriegen als Vorwahrung - Oder wir dackeln das Bott des Verräters ab“

Nachdem die Beklagte hiervon zufällig Kenntnis erhielt, kündigte sie das Arbeitsverhältnis des Klägers außerordentlich fristlos.

ArbG Hannover und LAG Niedersachsen haben der Kündigungsschutzklage stattgegeben!!! Die Revision der AGin hatte vor dem Zweiten Senat des Bundesarbeitsgerichts im Sinne der Zurückverweisung Erfolg. Das LAG hat rechtsfehlerhaft eine berechtigte Vertraulichkeitserwartung des Klägers betreffend der ihm vorgeworfenen Äußerungen angenommen und das Vorliegen eines Kündigungsgrundes verneint. Ein Arbeitnehmer, der sich in einer aus sieben Mitgliedern bestehenden privaten Chatgruppe in stark beleidigender, rassistischer, sexistischer und zu Gewalt aufstachelnder Weise über Vorgesetzte und andere Kollegen äußert, kann sich gegen eine dies zum Anlass nehmende außerordentliche Kündigung seines Arbeitsverhältnisses nur im Ausnahmefall auf eine berechtigte Vertraulichkeitserwartung berufen. Eine Vertraulichkeitserwartung ist nur dann berechtigt, wenn die Mitglieder der Chatgruppe den besonderen persönlichkeitsrechtlichen Schutz einer Sphäre vertraulicher Kommunikation in Anspruch nehmen können. Das wiederum ist abhängig

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

Nach Zurückverweisung wird das LAG dem Kläger Gelegenheit für die ihm obliegende Darlegung geben, warum er angesichts der Größe der Chatgruppe, ihrer geänderten Zusammensetzung, der unterschiedlichen Beteiligung der Gruppenmitglieder an den Chats und der Nutzung eines auf schnelle Weiterleitung von Äußerungen angelegten Mediums eine berechtigte Vertraulichkeitserwartung haben durfte.

Hinweis

1. Das BAG hat die „berechtigte Vertraulichkeitserwartung“ bei stark beleidigenden, rassistischen, sexistischen und zu Gewalt aufstachelnden Chats über Vorgesetzte und andere Kollegen eingeschränkt. Der Vergleich mit einer Beteiligung an einer Schlägerei § 231 StGB oder der Haftung nach §§ 830, 840 BGB liegt nicht fern. Stets wohnt eine besondere Gefährlichkeit der Gruppe und deren Dynamik inne.
2. Das BAG wendet nun die Grundsätze der abgestuften Darlegungs- und Beweislast an. Der AN muss wohl die sekundäre Darlegungslast für die Vertraulichkeitserwartung darlegen, die das BAG weiter als die Ausnahme bewertet. Legt er diese nicht dar, ist die Öffentlichkeit nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden anzusehen.
3. Legt der AN die berechtigte Vertraulichkeitserwartung anhand von Tatsachen bezogen auf den Inhalt der ausgetauschten Nachrichten, der Größe und personellen Zusammensetzung der Chatgruppe dar, trägt der AG nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG, § 626 Abs. 1 BGB die Beweislast, dass der Rechtfertigungsgrund nicht gegeben ist - es also bei dem Grundsatz der „Öffentlichkeit“ bleibt.
4. **Konkret:** Der Kläger ist nach dem festgestellten Sachverhalt nur außerordentlich kündbar!

4.2 BAG, Urteil vom 28. Februar 2023 – 2 AZR 194/22; NZA 2023, 627 Außerordentliche Kündigung wegen Bedrohung - versehentlich falsche Angabe von Sozialdaten gegenüber dem Betriebsrat - Kenntnis des Gremiums von den richtigen Daten (Fortsetzung der Rspr.)

Sachverhalt

Die Parteien streiten vorrangig über die Wirksamkeit einer außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung vom 26.2.2020 und einer weiteren ordentlichen Kündigung vom 29.4.2020. Der Kläger war bei der Beklagten seit Mai 1998 als Busfahrer beschäftigt. Zwischen den Parteien ist streitig gewesen, ob er den Personaldisponenten der Beklagten und dessen Familie in einem Gespräch am 12.2.2020 bedroht hat.

Die Beklagte hörte den bei ihr gebildeten Betriebsrat mit Schreiben vom 24.2.2020 zu ihrer Absicht an, das Arbeitsverhältnis des Klägers außerordentlich, hilfsweise ordentlich zu kündigen. Dabei gab sie versehentlich an, er sei ledig und kinderlos. Dem Gremium war bekannt, dass der Kläger verheiratet ist und ein Kind hat. Am 25.2.2020 widersprach der Betriebsrat in einer ausdrücklich als „abschließend“ bezeichneten Stellungnahme den beabsichtigten Kündigungen ua. unter Hinweis auf die Unterhaltungspflichten des Klägers. Der weiteren ordentlichen Kündigung vom 29. April 2020 war eine erneute, nun zutreffende Anhörung des Betriebsrats vorausgegangen.

Der Kläger hat sich mit Kündigungsschutzanträgen rechtzeitig gegen alle drei Kündigungen gewandt und ua. gemeint, die Kündigungen vom 26. Februar 2020 seien wegen der fehlerhaften Unterrichtung des Betriebsrats unwirksam. Auch die Kündigung vom 29. April 2020 löse das ArbV nicht zum Ablauf des 31. August 2020 auf.

ArbG und LAG wiesen die Klage nach erstinstanzlicher Vernehmung des Personaldisponenten der Beklagten als Zeugen sowie informatorischer Anhörung des Klägers ab.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers blieb ohne Erfolg. Sie war unbegründet. Eine ernstliche Drohung des Arbeitnehmers mit Gefahren für Leib oder Leben ua. von Vorgesetzten oder Arbeitskollegen und/oder deren Verwandten, für die kein allgemeiner Rechtfertigungsgrund eingreift, kommt „an sich“ als wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB in Betracht.

Der Kündigungssachverhalt wurde nach Zeugenvernehmung und informatorischer Befragung festgestellt: Der Kläger hatte den Personaldisponenten der Beklagten, der fünf Tage zuvor eine Abmahnung in den Briefkasten der Klägers eingeworfen hatte, in dem Gespräch am 12. Februar 2020 mit den Worten bedroht: „Ihr Ochsen, wenn ich noch einmal einen von Euch vor meiner Haustür oder meinem Briefkasten sehe, werde ich Euch schlagen, dann kann nicht mal die Polizei Euch helfen.“ und „Ochse, Du musst in Zukunft auf Dich und Deine Familie achten.“

Die Beweiswürdigung war nicht zu beanstanden. Der durch den Kläger angebotene „Lügendetektorbeweis“ ist nicht zu erheben. Es handelt sich um ein völlig ungeeignetes Beweismittel, weshalb der Beweis Antrag zurückgewiesen werden kann oder eine Erhebung nicht stattfinden muss.

Die Ernstlichkeit der Drohung, die Entbehrlichkeit einer Abmahnung und die Interessenabwägung waren ebenfalls nicht zu beanstanden.

Auch die Anhörung des Betriebsrates war – trotz des Fehlers der Unterhaltspflichten – ordnungsgemäß.

Hinweis

1. Eine ernstliche Drohung des Arbeitnehmers mit Gefahren für Leib oder Leben ua. von Vorgesetzten oder Arbeitskollegen und/oder deren Verwandten, für die kein allgemeiner Rechtfertigungsgrund eingreift, kommt "an sich" als wichtiger Grund iSv. § 626 Abs 1 BGB in Betracht.

2. Bei der Verwendung eines "Lügendetektors" (polygraphische Untersuchung mittels Kontrollfragentests) handelt es sich - auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren - um ein völlig ungeeignetes Beweismittel.

3. Ein Irrtum bei den Sozialdaten schadet nicht – jedenfalls wenn man ihn nicht beweisen muss!

Erfolgen die Falschangaben an den Betriebsrat zu den Unterhaltspflichten des Arbeitnehmers lediglich **versehentlich**, fehlt es an einer bewusst unrichtigen oder irreführenden Unterrichtung über die Person des zu kündigenden Arbeitnehmers, die schon für sich genommen zur Unwirksamkeit der Kündigung führen könnte. Sog. „subjektive Determination“ der Betriebsratsanhörung.

4. Die Entscheidung **blendet allerdings aus**, dass der AG die Darlegungs- und Beweislast für die ordnungsgemäße Unterrichtung und damit für die versehentliche Mitteilung etwaiger Falschangaben trägt.

5. Die Grundsätze der Betriebsratsanhörung: Der notwendige Inhalt der Unterrichtung nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG richtet sich nach Sinn und Zweck der Anhörung. Dieser besteht darin, den Betriebsrat in die Lage

zu versetzen, sachgerecht, dh. ggf. zugunsten des ANs auf den AG einzuwirken. Der Betriebsrat soll die Stichhaltigkeit und Gewichtigkeit der Kündigungsgründe überprüfen und sich über sie eine eigene Meinung bilden können. Die Anhörung soll dem Betriebsrat nicht die selbständige - objektive - Überprüfung der rechtlichen Wirksamkeit der beabsichtigten Kündigung, sondern ggf. eine Einflussnahme auf die Willensbildung des AGs ermöglichen.

6. Ausgangspunkt: Der Inhalt der Unterrichtung nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG ist deshalb grundsätzlich **subjektiv determiniert**. Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat die Umstände mitteilen, die seinen Kündigungsentschluss tatsächlich bestimmt haben. Das BAG unterscheidet drei Fallgruppen:

6.1 Dem kommt der Arbeitgeber dann nicht nach, wenn er dem Betriebsrat einen schon aus seiner eigenen Sicht unrichtigen oder unvollständigen Sachverhalt unterbreitet. Schildert er dem Betriebsrat bewusst einen unrichtigen oder unvollständigen - und damit irreführenden - Kündigungssachverhalt, der sich bei der Würdigung durch den Betriebsrat zum Nachteil des Arbeitnehmers auswirken kann, ist die Anhörung unzureichend und die Kündigung unwirksam (**subjektive vorsätzliche Fehlunterrichtung**).

6.2 Eine zwar vermeidbare, aber unbewusst erfolgte, „bloß“ objektive Fehlinformation führt dagegen für sich genommen nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Arbeitgeber bei größerer Sorgfalt die richtige Sachlage hätte kennen können. Maßgeblich ist, ob:

(1) **Er subjektiv gutgläubig** und ob

(2) **trotz objektiv falscher Unterrichtung dem Sinn und Zweck der Betriebsratsanhörung Genüge getan ist**.

Dies ist bei einer **unbewussten Falschinformation** dann der Fall, wenn:

(1) **Sich der Inhalt der Unterrichtung mit dem tatsächlichen Kenntnisstand des Arbeitgebers deckt** und

(2) **Der Betriebsrat damit auf derselben Tatsachenbasis wie dieser** auf dessen Kündigungsabsicht einwirken kann (**objektive irrtümliche, subjektiv gutgläubige Fehlunterrichtung**).

6.3 Teilt der Arbeitgeber dem Betriebsrat für dessen Beurteilung bedeutsame, zuungunsten des Arbeitnehmers sprechende, objektiv unzutreffende Tatsachen mit, von denen er selbst durchaus für möglich hält, dass sie nicht der Wahrheit entsprechen, handelt es sich **nicht** um eine unbewusste Fehlinformation. Der Arbeitgeber ist **nicht** gutgläubig. Er stellt vielmehr seinen Kenntnisstand bewusst als umfassender dar, als er es in Wirklichkeit ist. Er nimmt damit in Kauf, den Betriebsrat in unzutreffender Weise zu unterrichten (**bewusste objektive Fehlunterrichtung**). Eine bewusst unrichtige oder irreführende Unterrichtung über die Person des zu kündigenden ANs, führt schon für sich genommen zur Unwirksamkeit der Kündigung. **Einschränkung der subjektiven Determinierung durch objektive Umstände, dh. durch den objektiven Sinn und Zweck der Anhörung**.

7. **Konkret:** Es war bindend festgestellt, dass eine unbewusste Fehlinformation vorlag und der BR Kenntnis der Unterhaltspflichten hatte, weil er gerade den Widerspruch – entgegen der Fehlinformation - darauf stützte.

8. Auf die für die Interessenabwägung maßgeblichen persönlichen Umstände (Sozialdaten) des AN (insbesondere Lebensalter, Betriebszugehörigkeit und ein evtl. Sonderkündigungsschutz) kann nach der Rspr des BAG normalerweise auch dann **nicht verzichtet werden**, wenn sie für den Kündigungsentschluss des AG ohne Bedeutung waren. Anders liegt es nur dann, wenn der BR die ungefähren Sozialdaten des zu kündigenden AN kennt **und** es dem AG auf die Sozialdaten wegen der Schwere der Kündigungsvorwürfe ersichtlich nicht ankommt.

9. Besteht kein Zusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und den Unterhaltspflichten (wie regelmäßig), können diese in den Hintergrund treten. Argument: „Die Unterhaltsverpflichtungen muss man sich vor dem Diebstahl überlegen“. Ein Zusammenhang wurde bisher nur einmal obiter dictum erwogen: BR-Vorsitzende Vater von mehreren Kindern soll bei der Pfandkehr seines Sohnes mitgewirkt haben – konkret: durch Raustragen der Möbel aus einer Wohnung des AG bei bestehenden Mietschulden des Sohnes.

5 Sonderkündigungsschutz

5.1 EuGH, Urteil vom 9. Februar 2023 - C-560/21 „KISA“ Datenschutzbeauftragter - Abberufung - Interessenkonflikt (Vorlagebeschlusses des Senats vom 27. April 2021 - 9 AZR 621/19 (A))

Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DSGVO ist dahin auszulegen, dass er einer **nationalen Regelung nicht entgegensteht**, nach der ein bei einem Verantwortlichen oder einem Auftragsverarbeiter beschäftigter Datenschutzbeauftragter nur aus wichtigem Grund abberufen werden kann, **auch wenn die Abberufung nicht mit der Erfüllung seiner Aufgaben zusammenhängt**, sofern diese Regelung die Verwirklichung der Ziele dieser Verordnung nicht beeinträchtigt.

Ziel des Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DSGVO ist nach dem Erwägungsgrund 97 zur DSGVO, dass die Datenschutzbeauftragten unabhängig davon, ob es sich bei ihnen um Beschäftigte des Verantwortlichen handelt oder nicht, ihre Pflichten und Aufgaben in vollständiger Unabhängigkeit „ausüben können sollten“. Es soll im Wesentlichen die funktionelle Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten gewahrt und damit die Wirksamkeit der Bestimmungen der DSGVO gewährleistet werden. Dabei steht es jedem Mitgliedstaat frei, in Ausübung seiner vorbehaltenen Zuständigkeit besondere, strengere Vorschriften für die Abberufung eines Datenschutzbeauftragten vorzusehen, sofern diese mit dem Unionsrecht und insbesondere mit den Bestimmungen der DSGVO, vor allem Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DSGVO, vereinbar sind. Diese führen dann zu einer unzulässigen Beeinträchtigung der mit der DSGVO verfolgten Ziele, wenn ein strengerer nationaler Schutz jede durch einen Verantwortlichen oder einen Auftragsverarbeiter ausgesprochene Abberufung eines Datenschutzbeauftragten verböte, der nicht mehr die für die Erfüllung seiner Aufgaben erforderlichen beruflichen Eigenschaften besitzt oder seine Aufgaben nicht im Einklang mit der DSGVO erfüllt.

Oder einfach ausgedrückt in deutscher Sprache: Nur wenn der einmal bestellte Datenschutzbeauftragte gar nicht mehr abberufen werden kann, läge ein Verstoß gegen Unionsrecht vor. Alles andere ist zulässiges, überschießendes nationales Recht und liegt innerhalb des „effet utile“.

5.2 BAG, Urteil vom 6. Juni 2023 – 9 AZR 621/19 Volltext nur juris und bundesarbeitsgericht.de (Leitsatz BB 2023, 2419) Datenschutzbeauftragter - Abberufung - Interessenkonflikt (Umsetzung der Vorlageentscheidung)

Sachverhalt

Die Parteien streiten über die Abberufung des **Klägers als Datenschutzbeauftragter**. Die Beklagte ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, die als Dienstleisterin für Kommunen **Bundesrecht ausführt**. Der Kläger ist bei ihr seit dem 1. Januar 2002 als Mitarbeiter im Fachbereich Veranlagung, zuletzt in der Funktion eines Anwendungsberaters mit einer Vergütung nach EG 10 Stufe 5 TVöD tätig. Mit **Schreiben vom 27.**

Februar 2004 bestellte die Beklagte den **Kläger zum Datenschutzbeauftragten**. Für diese Tätigkeit, die zuletzt ungefähr die Hälfte seiner Arbeitszeit umfasste, zahlte die Beklagte dem Kläger eine monatliche Stel­lenzulage iHv. 100,00 Euro brutto.

Anlässlich des Inkrafttretens der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (ABl. L 119 vom 4. Mai 2016 S. 1; im Folgenden DSGVO) erteilte der Sächsische Landesdatenschutzbeauftragte Handlungsempfehlungen, in denen es ua. heißt: „... **zur Herstellung vertragsrechtlicher bzw. dienstrechtlicher Rechtssicherheit sollten die Bestellungen der Datenschutzbeauftragten nach § 11 SächsDSG angepasst oder zum Ende des 24. Mai 2018 widerrufen werden und ggf. im Gegenzug Bestellungen zum 25. Mai 2018 nach der Daten­schutz-Grundverordnung unter Beachtung der zivil- und dienstrechtlichen Besonderheiten vorge­nommen werden.**“

Mit **Schreiben vom 15. August 2018** wurde der Kläger mit Wirkung zum 31. August 2018 **als Datenschutz­beauftragter abberufen**. Dessen außergerichtliche Aufforderung vom 29. August 2018, ihn über den 31. August 2018 hinaus als behördlichen Datenschutzbeauftragten zu beschäftigen, blieb erfolglos.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Beklagte sei nicht berechtigt gewesen, ihn als Datenschutzbe­auftragten abzurufen. Dies setze einen wichtigen Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB voraus, der vorliegend nicht gegeben sei. Die gleichzeitige Tätigkeit als Anwendungsberater und Datenschutzbeauftragter führe zu keinem Interessenkonflikt. Zudem fehle es an der erforderlichen Teilkündigung des Arbeitsverhältnisses. Schließlich habe die Beklagte gegen das Benachteiligungsverbot des Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DSGVO versto­ßen.

ArbG und LAG wiesen die Klage ab.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat iSd Zurückverweisung Erfolg.

1. Streitentscheidende Norm: Die Abberufung des Datenschutzbeauftragten, den öffentliche Stellen – wie die Beklagte – nach § 5 Abs. 1 Satz 1 BDSG zu benennen haben, ist gemäß **§ 6 Abs. 4 Satz 1 BDSG nur in entsprechender Anwendung des § 626 BGB zulässig**. Nach dieser Vorschrift ist eine Kündigung aus wich­tigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist wirksam, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund deren dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

2. Anwendungsbereich Das BDSG gilt nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a BDSG für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch öffentliche Stellen der Länder, soweit der Datenschutz nicht durch Landes­gesetz geregelt ist und soweit sie Bundesrecht ausführen. Den Begriff „öffentliche Stellen der Länder“ defi­niert § 2 Abs. 2 BDSG als Behörden, Organe der Rechtspflege und andere öffentlich-rechtlich organisierte Einrichtungen eines Landes, einer Gemeinde, eines Gemeindeverbandes oder sonstiger der Aufsicht des Landes unterstehender juristischer Personen des öffentlichen Rechts sowie deren Vereinigungen ungeachtet ihrer Rechtsform.

2.1 **Kein vorrangiges Landesrecht:** Das SächsDSG ist mit Wirkung zum 31.12.2020 außer Kraft getreten. In der letzten anwendbaren Fassung erfasste es die Beklagte nicht.

2.2 Die Beklagte **führt Bundesrecht aus** und **verarbeitet personenbezogene Daten**.

3. Entgegen der Rechtsansicht der Beklagten **kein automatisches Ende der Stellung als Datenschutzbeauftragter**. Weder durch Inkrafttreten der DSGVO noch durch die Handlungsempfehlung des sächsischen Landesdatenschutzbeauftragten.

4. Das BAG bestätigt seine Rspr **Widerruf der Bestellung – nicht Teilkündigung**: Wird die Bestellung nach § 6 Abs. 4 Satz 1 BDSG wirksam widerrufen, ist die Tätigkeit des Beauftragten für den Datenschutz nicht mehr Bestandteil der vertraglich geschuldeten Leistung. Es bedarf dann keiner Teilkündigung (vgl. BAG 23. März 2011 – 10 AZR 562/09 – Rn. 30; 29. September 2010 – 10 AZR 588/09 – Rn. 15 f., BAGE 135, 327).

5. Der EuGH hat mit Urteil vom 9. Februar 2023 (- C-560/21 – [KISA]) aufgrund des Vorlagebeschlusses des Senats vom 27. April 2021 (- 9 AZR 621/19 (A) -) entschieden, **Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DSGVO sei dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung nicht entgegensteht**, nach der ein bei einem Verantwortlichen oder einem Auftragsverarbeiter beschäftigter Datenschutzbeauftragter nur aus wichtigem Grund abberufen werden kann, auch wenn die Abberufung nicht mit der Erfüllung seiner Aufgaben zusammenhängt, sofern diese Regelung die Verwirklichung der Ziele dieser Verordnung nicht beeinträchtigt.

Ziel des Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DSGVO ist nach dem Erwägungsgrund 97 zur DSGVO, dass die Datenschutzbeauftragten unabhängig davon, ob es sich bei ihnen um Beschäftigte des Verantwortlichen handelt oder nicht, ihre Pflichten und Aufgaben in vollständiger Unabhängigkeit „ausüben können sollten“. Es soll im Wesentlichen die funktionelle Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten gewahrt und damit die Wirksamkeit der Bestimmungen der DSGVO gewährleistet werden. Dabei steht es jedem Mitgliedstaat frei, in Ausübung seiner vorbehaltenen Zuständigkeit besondere, strengere Vorschriften für die Abberufung eines Datenschutzbeauftragten vorzusehen, sofern diese mit dem Unionsrecht und insbesondere mit den Bestimmungen der DSGVO, vor allem Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DSGVO, vereinbar sind. Diese führen dann zu einer unzulässigen Beeinträchtigung der mit der DSGVO verfolgten Ziele, wenn ein strengerer nationaler Schutz jede durch einen Verantwortlichen oder einen Auftragsverarbeiter ausgesprochene Abberufung eines Datenschutzbeauftragten verböte, der nicht mehr die für die Erfüllung seiner Aufgaben erforderlichen beruflichen Eigenschaften besitzt oder seine Aufgaben nicht im Einklang mit der DSGVO erfüllt.

Das ist- so der Senat - nicht der Fall (vgl. Rn. 38ff). Der in § 6 Abs. 4 Satz 1 BDSG normierte besondere Schutz des betrieblichen Datenschutzbeauftragten vor einer Abberufung ist mit Unionsrecht vereinbar.

Hinweis

1. Die Frage lautet nicht mehr: Ist überschießendes nationales Recht mit Unionsrecht vereinbar – das hat der EuGH bejaht, wenn die Abberufungsmöglichkeit bleibt.

2. Die Frage lautet nun: Konnte der Kläger konkret nach § 6 Abs. 4 Satz 1 BDSG abberufen werden? Die Antwort lautet – nein (das wird allerdings das LAG noch festzustellen haben)!

3. Die Orientierungssätze nur 6 und 7 der Bundesrichter folgen nicht aus dem Bundesrecht. Sie ergeben sich aus einer **einschränkenden** unionskonformen Auslegung des § 6 Abs. 4 Satz 1 BDSG im Wege der „(unions)teleologischen Auslegung. Ich halte das für eine unzulässige Gesetzeskorrektur, weil der Gesetzgeber an der Norm festhält und die Auslegung sowohl mit dem Zweck der nationalen Regelung als auch deren Systematik nicht in Einklang steht. Der „effet utile“ trägt jede Form der Auslegung.

Orientierungssatz 6. Als wichtige Gründe kommen insbesondere solche in Betracht, die mit der Funktion und Tätigkeit des Datenschutzbeauftragten zusammenhängen und eine weitere Ausübung dieser Tätigkeit unmöglich machen oder sie zumindest erheblich gefährden, beispielsweise ein Geheimnisverrat oder eine dauerhafte Verletzung der Kontrollpflichten als Datenschutzbeauftragter. (Rn.40)

Orientierungssatz 7. Ein die Abberufung rechtfertigender wichtiger Grund kann begründet sein, wenn der zum Beauftragten für den Datenschutz bestellte Arbeitnehmer die für die Aufgabenerfüllung erforderliche Fachkunde oder Zuverlässigkeit nicht (mehr) besitzt. Die Zuverlässigkeit eines Beauftragten für den Datenschutz kann in Frage stehen, wenn Interessenkonflikte drohen. (Rn.41)

4. **Konkret:** Die Hinweise an das LAG geben die Richtung vor:

4.1 Die Tätigkeit ist zu analysieren und der Interessenkonflikt festzustellen. Dazu müsste die Arbeitsaufgabe des Klägers umfassen, dass er **Zwecke und Mittel der Verarbeitung personenbezogener Daten bei der Beklagten festlegt.**

4.2 **Alle mildereren Mittel sind vorrangig zu prüfen** – bis hin zu einer Umorganisation der sonstigen Aufgaben des Datenschutzbeauftragten – d.h. im Klartext: Entbindung von bisherigen Dienstaufgaben, die Zwecke oder Mittel der Verarbeitung personenbezogener Daten festlegen, bis hin zur Umorganisation der Behörde!

4.3 Das Fazit zuletzt: Liegen die Voraussetzungen eines wichtigen Grundes nach § 626 Abs. 1 BGB vor, ist die in der Abberufung liegende unmittelbare Diskriminierung gerechtfertigt. Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes iSv. § 6 Abs. 4 Satz 1 BDSG ist die Abberufung unabhängig von einer Verletzung des Verbots in Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DSGVO wirksam. Läge dagegen kein wichtiger Grund für die Abberufung vor, wäre die Abberufung ohnehin unwirksam, sodass ein (zusätzlicher) Verstoß gegen Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DSGVO bzw. § 6 Abs. 3 Satz 3 BDSG keine weitere Auswirkung haben könnte.

Oder einfach: Auf Art 38 Abs. 3 Satz 2 DSGVO kommt es bei dieser Auslegung nicht an! – Streitentscheidende Norm ist allein § 6 Abs.4 Satz 1 BDSG! Das ist logisch, weil sich der Kreis zum Zirkelschluss schließt: Wir wenden überschießendes nationales Recht an!

5.3 BAG, Urteil vom 6. Juni 2023 – 9 AZR 383/19, BB 2023, 2425 Betriebsratsvorsitzender als Datenschutzbeauftragter (Erste Entscheidung)

Leitsatz

Die Pflichten eines Datenschutzbeauftragten sind mit denen eines Betriebsratsvorsitzenden nicht zu vereinbaren. Der bei gleichzeitiger Wahrnehmung beider Funktionen bestehende Interessenkonflikt rechtfertigt es, die Bestellung des Betriebsratsvorsitzenden zum Datenschutzbeauftragten zu widerrufen.

Entscheidungsgründe

Eine Überschneidung von Interessenssphären kann der vom BDSG aF geforderten Zuverlässigkeit entgegenstehen (BAG 23. März 2011 – 10 AZR 562/09 – Rn. 24; 22. März 1994 – 1 ABR 51/93 – zu B IV der Gründe, BAGE 76, 184). Dabei rechtfertigt nicht jeder Interessenkonflikt den Widerruf der Bestellung des Datenschutzbeauftragten. Erforderlich ist ein Grad, der die Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten in Frage stellt. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur DSGVO muss gewähr-

leistet sein, dass **ein Datenschutzbeauftragter unabhängig davon, ob es sich bei ihm um einen Beschäftigten des Verantwortlichen handelt oder nicht, seine Pflichten und Aufgaben in vollständiger Unabhängigkeit ausüben kann** (vgl. EuGH 9. Februar 2023 – C-560/21 – [KISA] Rn. 20; 22. Juni 2022 – C-534/20 – [Leistriz] Rn. 26 f.). Nur wenn diese funktionelle Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten gewahrt bleibt, kann die Wirksamkeit der datenschutzrechtlichen Bestimmungen gewährleistet werden (vgl. EuGH 9. Februar 2023 – C-560/21 – [KISA] Rn. 22; 22. Juni 2022 – C-534/20 – [Leistriz] Rn. 28). Dieser Maßstab für einen wichtigen Grund besteht nicht erst ab der durch Inkrafttreten der DSGVO vorgenommenen Novellierung des Datenschutzrechts, sondern galt bereits nach dem BDSG aF. Nach dem gesetzgeberischen Willen hat die Ablösung von § 4f Abs. 3 Satz 4 BDSG aF durch § 6 Abs. 4 BDSG den Maßstab, anhand dessen eine relevante Interessenkollision zu beurteilen ist, unberührt gelassen (BT-Drs. 18/11325 S. 82: „Absatz 4 entspricht der bisherigen Regelung des § 4f Absatz 3 Satz 4 bis 6 BDSG a.F.“). Ein Grund für den Widerruf der Funktion des Datenschutzbeauftragten ist danach in der Regel gegeben, wenn der Arbeitnehmer bei der Erfüllung seiner weiteren Aufgaben und Pflichten **gestaltenden Einfluss auf die Datenverarbeitung in der verantwortlichen Stelle hat**. In einem solchen Fall kann die unabhängige Erfüllung der Aufgaben eines Datenschutzbeauftragten gefährdet sein.

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 38 Abs. 6 Satz 2 DSGVO darf der zum Datenschutzbeauftragten bestellte Arbeitnehmer innerhalb der verantwortlichen Stelle keine Position bekleiden, die eine Festlegung von Zwecken und Mitteln der Verarbeitung personenbezogener Daten zum Gegenstand hat (vgl. EuGH 9. Februar 2023 – C-453/21 – [X-FAB Dresden] Rn. 44, 46; zuvor bereits Art.-29-Datenschutzgruppe WP 243 rev. 01 S. 19). Das ist bei einem Betriebsratsvorsitzenden der Fall. Er ist das Vertretungsorgan des Betriebsrates, er schließt Betriebsvereinbarungen ab und ist gleichzeitig berufen Einhaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen, auch bei § 87 Nr. 6 BetrVG und in Betriebsvereinbarungen zu kontrollieren und überwachen.

Hinweis

1. Die Entscheidung stellt klar, dass im Regelfall ein Interessenkonflikt zwischen dem Vorsitzenden des Betriebsrates und dem Amt als Datenschutzbeauftragter bestehen wird. Dies auch unabhängig von der Weisung des Landesdatenschutzbeauftragten.
2. Die wesentlichen Begründungslinien entstammen dem Unionsrecht, weil sonst das nationale Recht wegen der Anforderungen an den Widerruf in Widerspruch zum Unionsrecht träte (vgl. die vorstehende Entscheidung BAG, Urteil vom 6. Juni 2023 – 9 AZR 621/19).

5.4 BAG, Urteil vom 24. November 2022 – 2 AZR 287/22, NZA 2022, 1682 Strahlenschutzbeauftragter (Erste Entscheidung)

Seit dem 1.1.2019 gibt es einen neuen Sonderkündigungsschutz für Strahlenschutzbeauftragte – vgl. § 70 Abs. 6 Satz 2 StrISchG!

Sachverhalt

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer **außerordentlichen fristlosen Kündigung vom 09. März 2018**. Der Kläger stand in einem Arbeitsverhältnis zur zu 1. beklagten Universität (AGin). Tätig war er bei dem vormals zu 2. beklagten Klinikum. Im Juni 2017 wurde er zum „**stellvertretenden Strahlenschutzbeauftragten**“ für den medizinischen Bereich der Klinik für Nuklearmedizin bestellt. Die AGin kündigte das

Arbeitsverhältnis des Klägers mit Schreiben vom 9. März 2018 mit Wirkung für die Beklagte zu 1. **außerordentlich fristlos**.

Dagegen hat sich der Kläger rechtzeitig mit der vorliegenden Klage gewandt und ua. gemeint, dem nach § 98 Abs. 1 Satz 1, § 78 Abs. 2 HPVG vor einer außerordentlichen Kündigung anzuhörenden Personalrat des Klinikums sei – als solches unstreitig – seine Stellung als „stellvertretender Strahlenschutzbeauftragter“ nicht mitgeteilt worden.

Der Kläger hat – soweit noch von Interesse – sinngemäß beantragt: festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zu 1. durch die Kündigung des Klinikums vom 9. März 2018 weder außerordentlich fristlos noch ordentlich aufgelöst worden ist.

Das ArbG und LAG haben dem Kündigungsschutzantrag stattgegeben. Der Zweite Senat hat auf die erste Revision der AGin das LAG-Urteil aufgehoben (BAG, Urteil vom 27.2.2020 - 2 AZR 570/19 – BAGE 170, 84). Das LAG hat dem Kündigungsschutzantrag abermals stattgegeben. Es hat die Berufung der AGin nicht ausdrücklich zurückgewiesen. Mit der – zweiten – Revision verfolgt die AGin weiter, den Antrag abzuweisen.

Entscheidungsgründe

Auch die zweite Revision hat iSd. Zurückverweisung Erfolg. Ein Sonderkündigungsschutz bestand nicht, weil das StrlSchG erst zum Ablauf des 31.12.2018 in Kraft getreten ist. Kündigt eine AGin fristlos, muss sie den Personalrat nicht auf einen etwaigen Sonderkündigungsschutz hinweisen. Ein Zusammenhang mit der Tätigkeit als Strahlenschutzbeauftragter besteht bei den Kündigungsgründen nicht. Die Kündigungsscheitert deshalb auch nicht am Benachteiligungsschutz (vgl. im Jahr 2018: § 32 Abs. 5 StrlSchV aF bzw. § 14 Abs. 5 der mit Wirkung zum 30. Dezember 2018 aufgehobenen RöV). Eine Abberufung vor Kündigung ist nicht erforderlich.

Der Senat konnte (erneut) nicht zum Kündigungsgrund Stellung nehmen und hat erneut an das LAG zurückverwiesen.

Hinweis

1. Der Strahlenschutzbeauftragte besitzt seit dem 1.1.2019 **Sonderkündigungsschutz nach § 70 Abs. 6 Satz 2 StrlSchG und nachwirkenden Sonderkündigungsschutz für ein Jahr nach Beendigung der Bestellung nach § 70 Abs. 6 Satz 3 StrlSchG**.
2. Ob der Vertreter, der niemals in das Amt einrückte, auch über Sonderkündigungsschutz verfügt, lässt das BAG offen.
3. Dem Betriebsrat oder Personalrat muss bei einer beabsichtigten, außerordentlichen Kündigung ein etwaiger Sonderkündigungsschutz **nicht mitgeteilt werden**. Es besteht keine gesetzliche oder tariflich Differenzierung nach dem Rechtsgrund des Sonderkündigungsschutzes. Der AG beruft sich ja gerade nicht auf eine ordentliche Kündigung.
4. Der Strahlenschutzbeauftragte besitzt **Diskriminierungsschutz** in Hinblick auf die Ausübung seiner Tätigkeit, **§ 70 Abs. 6 Satz 1 StrlSchG** („Der Strahlenschutzbeauftragte darf bei der Erfüllung seiner Pflichten nicht behindert und wegen deren Erfüllung nicht benachteiligt werden“).
5. Der Sonderkündigungsschutz besteht nach dem Gesetzeswortlaut nur im Verhältnis zu „dem zur Bestellung verpflichteten Strahlenschutzverantwortlichen“, wenn mit diesem ein **Arbeitsverhältnis besteht**.

Das BAG lässt offen, ob dies vorliegend der Fall ist. Ein externer Strahlenschutzbeauftragter besitzt den Schutz nicht! Er besitzt nur den **Diskriminierungsschutz** nach Satz 1.

6. Das obiter dictum Rn. 11 zur Personalratsanhörung entspricht dem Orientierungssatz 1 für die Betriebsratsanhörung (BAG 7. Mai 2020 - 2 AZR 678/19 - Rn. 16, BAGE 170, 191): **Ein AG, der außerordentlich fristlos kündigen möchte**, muss dem Personalrat/Betriebsrat nicht mitteilen, dass dem AN ein Sonderkündigungsschutz zukommt, der - wie § 70 Abs. 6 Satz 2 StrlSchG - zwar eine ordentliche Kündigung ausschließt, die Möglichkeit einer Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist aber ausdrücklich unberührt lässt. Bei dem Umfang der Mitteilungspflichten in Bezug auf eine beabsichtigte außerordentliche Kündigung keine Differenzierung nach dem Rechtsgrund des Sonderkündigungsschutzes (tariflich/gesetzlich) geboten.

Vorsicht: Mitteilung bei einer **außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslauffrist ist wohl geboten**, weil der Sonderkündigungsgeschützte nicht schlechter als bei der ordentlichen Kündigung stehen soll (vgl. KR-Rinck 13. Aufl. § 102 BetrVG Rn. 75).

5.5 BAG, Urteil vom 24. November 2022 – 2 AZR 11/22, NZA 2023, 291 Schwangerschaft - Beginn des Kündigungsverbots (Kurzfassung Gundel/Sartorius ZAP Heft 11) (Bestätigung der Rspr.)

Noch nie dauerte eine Schwangerschaft 280 Tage! Das BAG rechnet trotzdem mit 280 Tagen (Schutzzweck), weil es dann keinen Fall ohne Kündigungsschutz geben kann!

Leitsatz

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

Sachverhalt

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung. Die Beklagte kündigte das seit dem 15.10.2020 bestehende Arbeitsverhältnis mit einem der Klägerin am Folgetag zugegangenen Schreiben vom 6.11.2020 ordentlich. Mit Schreiben, am 12.11.2020 beim Arbeitsgericht eingegangen, erhob die Klägerin Kündigungsschutzklage, mit der sie ua. die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats bestritt.

Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 2.12.2020, der am Folgetag beim Arbeitsgericht einging, teilte die Klägerin mit, in der sechsten Woche schwanger zu sein. Der am 7.12.2020 der Beklagten zugegangenen Abschrift war eine Schwangerschaftsbestätigung ihrer Frauenärztin vom 26.11.2020 beigefügt. Die Klägerin legte im Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens eine weitere Schwangerschaftsbescheinigung vor, in welcher der voraussichtliche Geburtstermin mit 5.08.2021 angegeben wurde.

Die Klägerin hält die Kündigung wegen Verstoßes gegen das Kündigungsverbot des § 17 Abs. 1 MuSchG für unwirksam. Sie sei zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs am 7.11.2020 bereits schwanger gewesen. Von der Schwangerschaft habe sie erst am 26.11.2020 sichere Kenntnis erhalten. Die verspätete Mitteilung an die Beklagte sei unverschuldet und unverzüglich nach ihrer - der Klägerin - Kenntnis erfolgt.

Die Beklagte hat das Vorliegen einer Schwangerschaft zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs bestritten. Die Klägerin habe sie schon früher über eine mögliche Schwangerschaft benachrichtigen müssen. Jedenfalls

sei die Mitteilung der Klägerin nicht mehr unverzüglich erfolgt. Ein Verschulden des Prozessbevollmächtigten bei der verspäteten Übermittlung der ärztlichen Bescheinigung müsse sich die Klägerin zurechnen lassen.

Entscheidungsgründe

Der Zweite Senat hält an seiner bisherigen Rechtsprechung fest. Die von ihm vorgenommenen Auslegung sei im Einklang mit dem Unionsrecht (RI 92/85/EWG v. 19.10.1992 – Mutterschutzrichtlinie), und mit dem Verfassungsrecht Art. 6 Abs. 4 GG. Bei der Bestimmung des Termins für das Eingreifen des Kündigungsverbots gehe es nicht um die Festlegung des tatsächlichen – naturwissenschaftlichen – Beginns der Schwangerschaft im konkreten Fall, sondern um eine Berechnungsmethode, der prognostische Elemente innewohnen. Auszugehen sei vom frühestmöglichen Zeitpunkt des Vorliegens einer Schwangerschaft, um die Sicherheit und den Schutz von schwangeren Arbeitnehmerinnen umfassend zu gewährleisten.

Das BAG konnte nicht gem. § 563 Abs. 3 ZPO in der Sache selbst entscheiden, da das LAG keine Feststellungen zu den Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 S. 2 MuSchG getroffen hatte:

Dem Beklagten war zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung die Schwangerschaft nicht bekannt, er wurde hiervon auch nicht innerhalb von zwei Wochen unterrichtet, wie es Satz 1 der Vorschrift fordert. § 17 Abs. 1 S. 2 MuSchG bestimmt: Das Überschreiten dieser Frist ist unschädlich, wenn die Überschreitung

- auf einem von der Frau nicht zu vertretenden Grund beruht und
- die Mitteilung unverzüglich (s. § 121 Abs. 1 S. 1 BGB: ohne schuldhaftes Zögern) nachgeholt wird.

Zu vertreten ist die Fristüberschreitung nur dann, so das BAG, wenn sie auf einem gröblichen Verstoß gegen das von einem ordentlichen und verständigen Menschen im Eigeninteresse zu erwartenden Verhalten zurückzuführen ist, was der Fall ist, wenn die Arbeitnehmerin die rechtzeitige Mitteilung der Schwangerschaft innerhalb der Zweiwochenfrist unterlässt, obwohl sie die Schwangerschaft kennt, oder wenn zwar noch keine positive Kenntnis besteht, aber gleichwohl zwingende Anhaltspunkte gegeben sind, die das Vorliegen einer Schwangerschaft praktisch unabweisbar erscheinen lassen. Nicht ausreichend ist aber regelmäßig das Untätigsein beim Vorliegen einer bloßen, mehr oder weniger vagen Schwangerschaftsvermutung.

Die Klägerin hatte vorliegend behauptet, erst am 26.11.2020, also mehr als zwei Wochen nach Zugang der Kündigung am 7.11.2020, aufgrund der ärztlichen Mitteilung Kenntnis von ihrer Schwangerschaft gehabt zu haben. Nach den Feststellungen des LAG muss sich die Klägerin spätestens am 2.12.2020 an ihren Prozessbevollmächtigten gewandt haben, der mit Schriftsatz von diesem Tag, der am Folgetag beim Arbeitsgericht einging, die Schwangerschaft mitteilte. Das BAG hält dies noch für **unverzüglich i.S.v. § 17 Abs. 1 S. 2 MuSchG**. Ob es bei der Weiterleitung der Mitteilung durch den Anwalt zu schuldhaften Verzögerungen kam, ist rechtlich ohne Bedeutung. Nach der Rechtsprechung des BAG erfolgt keine Zurechnung des Verschuldens Dritter bei der Schwangerschaftsmitteilung nach § 278 BGB oder § 85 Abs. 2 ZPO (vgl. Rn 42 ff.).

Hinweis

1. Die Instanzrechtsprechung und Teile des Schrifttums vertreten die Auffassung, das Bestehen einer Schwangerschaft und damit der Beginn des Kündigungsverbots sei bei natürlicher Empfängnis ausgehend von dem ärztlich festgestellten mutmaßlichen Entbindungstermin durch eine Rückrechnung eines Zeitraums von 266 Tagen bestimmt, wobei auf die durchschnittliche Schwangerschaftsdauer abgestellt wird. Dies entspricht jedoch nicht der Auffassung BAG, das bisher schon in st. Rspr. (vgl. BAG, Urt. v. 26.3.2015 – 2 AZR 237/14, NZA 2015, 734 Rn 16 m.w.N.) bei der Rückrechnung auf die äußerste zeitliche Grenze für den möglichen Beginn einer Schwangerschaft, d.h. 280 Tage, abstellt.

2. Nach dem Zweiten Senat geht es nicht um die Bestimmung des tatsächlichen - naturwissenschaftlichen - Beginns der Schwangerschaft im konkreten Fall, sondern um eine **Berechnungsmethode** für die Bestimmung des Kündigungsverbots wegen Schwangerschaft, der prognostische Elemente innewohnen und die am verfassungsrechtlich gebotenen Schutzauftrag orientiert ist.

3. Es ist vom **frühestmöglichen Zeitpunkt des Vorliegens einer Schwangerschaft auszugehen**, um die Sicherheit und den Schutz von schwangeren Arbeitnehmerinnen zu gewährleisten.

4. Die **Fristüberschreitung der Zwei-Wochenfrist iSd § 17 Abs. 1 Satz 2 MuSchG** ist von der Schwangeren zu vertreten, wenn sie auf einem gröblichen Verstoß gegen das von einem ordentlichen und verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartende Verhalten zurückzuführen ist.

5. Ob es bei der **Schwangerschaftsmitteilung keine Zurechnung des Verschuldens Dritter** unter dem Gesichtspunkt des § 278 BGB oder des § 85 Abs 2 ZPO gibt ist umstritten (Ablehnend: BAG 27. Oktober 1983 EzA § 9 n.F MuSchG Nr. 37; differenzierend: KR-Gallner, 13 Aufl. § 17 MuSchG Rn. 85 mwN.).

6 Befristung

6.1 BAG, Urteil vom 21. Juni 2023 – 7 AZR 88/22, nur [juris/bundesarbeitsgericht.de](https://juris.bundesarbeitsgericht.de) Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrags nach dem WissZeitVG – Personalratsanhörung (Fortentwicklung der Rspr.)

Wird der Personalrat bei der Vereinbarung der Befristung nicht beteiligt, so hat dies nach dem BPersVG und fast allen Landespersonalvertretungsgesetzes (u.a. auch dem LPVG NRW) die Rechtsfolge, dass ein unbefristetes Arbeitsverhältnis vorliegt.

Das BAG hat nun erstmalig zur (unterbliebenen) Beteiligung des Personalrates bei einem von zwei Befristungsgründen entschieden.

Sachverhalt

Die Parteien streiten darüber, ob ihr Arbeitsverhältnis aufgrund Befristung am 16. Juli 2019 geendet hat.

Die Klägerin stand nach dem Abschluss ihres Studiums der Chemie vom 1. Mai 1999 bis zum 30. Juni 2000 als Doktorandin beim Forschungsverbund B e. V. in einem befristeten Arbeitsverhältnis. Die Promotion, an der sie während dieser Zeit arbeitete, verfolgte sie nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht weiter. Ab dem **15. Juli 2000 arbeitete sie an ihrer am 16. Januar 2006 abgeschlossenen Promotion (Prädok-Phase)** zunächst im Rahmen eines vom 17. Juli 2000 bis zum 16. Juli 2002 dauernden Stipendiums. Seit dem 15. Juli 2002 war die Klägerin auf Grund mehrerer befristeter Arbeitsverträge an der in der Trägerschaft des beklagten Landes stehenden Universität P an der Mathematisch-Naturwissenschaftlichen Fakultät als wissenschaftliche bzw. akademische Mitarbeiterin im zeitlichen Umfang von mindestens 16 Stunden pro Woche, seit Mitte 2008 in Vollzeit beschäftigt und wurde nach der Entgeltgruppe 13 TV-L vergütet. Sie ist Mutter von 2003 und 2005 geborenen Kindern, welche sie betreut.

In der Zeit vom 13. September 2007 bis 30. September 2012 nahm die Klägerin an der Fakultät das Amt der stellvertretenden dezentralen Gleichstellungsbeauftragten wahr. Nach ihrer Wiederwahl im Sommer 2010 bat sie die Fakultät mit Schreiben vom 8. September 2010 um den Abschluss einer schriftlichen Vereinbarung zur Kompensation ihres zeitlichen Aufwandes als stellvertretende Gleichstellungsbeauftragte;

als befristet beschäftigte wissenschaftliche Mitarbeiterin erscheine ihr eine Verlängerung der Befristung sinnvoll. Mit Schreiben vom 8. März 2011 teilte ihr der Dekan der Fakultät daraufhin mit, dass sie „im Umfang von 8 Stunden pro Woche, also mehr als 1/5-tel ihrer Arbeitszeit“ freigestellt sei.

Vom 1. April 2015 bis 30. September 2016 war die Klägerin vom Dekan der Fakultät mit der Vertretung des Amts einer Universitätsprofessorin für das Fach Biochemie beauftragt. Der Antrag auf Beurlaubung der Klägerin im ArbV als wiss. Mitarbeiterin wurde nicht beschieden. Sie war jedoch weder als wiss. Mitarbeiterin tätig noch erhielt sie Vergütung. Das Beauftragungsschreiben des Dekans der Fakultät lautete: ... **„eine Anrechnung auf die Höchstbefristungsdauer nach § 2 Abs. 1 und Abs. 3 Wissenschaftszeitvertragsgesetz erfolge nicht.“**

Nach der Promotion im Jahr 2006 (**Post-dok-Phase**) war die Klägerin aufgrund folgender befristeter Arbeitsverträge unter Angabe folgender Befristungsgründe bei dem beklagten Land beschäftigt:

Datum des Arbeitsvertrags	Befristungszeitraum	Befristungsgrund gemäß Arbeitsvertrag
14.11.2005	17.01.2006 – 31.12.2007	§ 57f Abs. 2 iVm. § 57b Abs. 1 HRG
29.11.2007	01.01.2008 – 31.12.2009	§ 2 Abs. 1 WissZeitVG
30.11.2009	01.01.2010 – 31.12.2011	§ 2 Abs. 1 WissZeitVG
21.06.2011	01.01.2012 – 31.12.2014	§ 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG
24.07.2013	01.01.2015 – 15.01.2016	§ 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG
	16.01.2016 – 31.12.2016	§ 2 Abs. 5 Satz 1 Nr. 5 WissZeitVG
27.07.2016	01.01.2017 – 02.07.2018	§ 2 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 WissZeitVG

Während des letztgenannten Arbeitsvertrags wurde die **Klägerin im Januar 2018 habilitiert**; ihr wurde Ende April 2018 die Lehrbefugnis für „Physikalische Biochemie“ erteilt.

Mit Schreiben vom **7. Juni 2018 beantragte das beklagte Land die Zustimmung des Personalrats zur befristeten Weiterbeschäftigung** der Klägerin unter Verweis auf den Umstand, dass diese einen Antrag auf Beteiligung des Personalrats in personellen Angelegenheiten gestellt hatte. In dem Schreiben heißt es auszugsweise: **„Gemäß § 63 Abs. 1 Nr. 1, 4 und 9 LPersVG beantrage ich Ihre Zustimmung zur befristeten Weiterbeschäftigung vom 01.07.2018 bis zum 16.07.2019 mit einem Umfang von 40 Wochenstunden in der Entgeltgruppe 13 TV-L (Stufe 5). Die Befristung des Arbeitsverhältnisses beruht weiterhin auf § 2 Abs. 1 WissZeitVG i.V.m. § 2 Abs. 5 Nr. 2 WissZeitVG (Verlängerung aufgrund der Inanspruchnahme von Sonderurlaub).“**

Mit Schreiben vom **18. Juni 2018** erteilte der Personalrat der befristeten Weiterbeschäftigung unter Angabe der **„Befristungsgrundlage: ... § 2 Abs. 5 Nr. 2 WissZeitVG (Verlängerung aufgrund der Inanspruchnahme von Sonderurlaub)“** die Zustimmung. Daraufhin unterzeichneten die Parteien unter dem 22. Juni 2018 den „Arbeitsvertrag“ über die Weiterbeschäftigung der Klägerin als akademische Mitarbeiterin für die Zeit vom 3. Juli 2018 bis 16. Juli 2019. Nach § 1 Abs. 1 der Vereinbarung beruht die Befristung auf „§ 2 Abs. 1 WissZeitVG“ und „Verlängerung gem. § 2 Abs. 5 Nr. 2 WissZeitVG“.

Die fristgemäß erhobene Befristungskontrollklage wies das ArbG ab, des LAG gab ihr statt.

Entscheidungsgründe

Die Befristung des Arbeitsvertrags ist unwirksam. Sie ist nicht nach § 2 Abs. 1 iVm. Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 WissZeitVG zulässig. Auf andere – dem Personalrat nicht mitgeteilte – Gründe kann sich das beklagte Land zur Rechtfertigung der Befristung nicht berufen.

Die letzte wiss Tätigkeit endete spätestens mit Ablauf des 2. Juli 2018. Eine weitere Tätigkeit der Klägerin iSd. § 2 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 WissZeitVG, die eine Verlängerung über den 2. Juli 2018 hinaus rechtfertigen könnte, ist weder vom beklagten Land behauptet noch sonst ersichtlich.

Ein anderer Befristungsgrund scheidet jedenfalls an der fehlenden Beteiligung des Personalrates.

Hinweis

1. § 2 Abs. 5 lautet: „**Die jeweilige Dauer eines befristeten Arbeitsvertrages nach Absatz 1 verlängert sich im Einverständnis mit dem Mitarbeiter/der Mitarbeiterin....**“ Konkret standen max. ca 11,5 Jahre postdok-Verträge zur Verfügung (6 Jahre + 2 Jahre für das Kind + 19 Monate stellv. Gleichstellungsbeauftragtenfreistellung (??) + 18 Monate Professorenvertretung + 0,5 Jahre Rest prädok). Die Laufzeit war am 2. Juli 2018 abgelaufen. Hieran scheiterte die beklagte Uni. Ein verlängerbarer Vertrag stand nicht zur Verfügung.

2. Der Knackpunkt aber liegt in der Beteiligung des Personalrates:

Wird der Personalrat **überhaupt nicht beteiligt**, so besteht nach § 16 Abs. 1 TzBfG ein unbefristetes ArbV (vgl. BAG, Urteil vom 1.6.2022 – 7 AZR 232/21, Volltext nur juris - Befristung – Mitbestimmung des Personalrates – neu gefasstes Niedersächsisches PersVG).

Ein unbefristetes ArbV besteht auch, wenn der Personalrat zwar beteiligt wird, die Beteiligung aber die den Grund nicht nennt oder nur einen Grund nennt, der die Befristung nicht trägt, der AG sich aber auf einen weiteren nicht mitbestimmten Grund beruft und keine kraft Gesetzes eintretende (automatische) Verlängerung vorliegt. Konkret: Neuer ArbV mit neuer Tätigkeit.

6.2 BAG, Urteil vom 9. Februar 2023 – 7 AZR 266/22, NZA 2023, 770 Fiktion eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses – Urlaub (Fortsetzung der Rspr.)

Bewirkt eine Urlaubsgewährung nach der rechtlichen Beendigung eine Unwirksamkeit der Befristung? – Oder andersherum gefragt: Was macht das Arbeitsverhältnis rechtlich aus: Das Arbeiten oder die Vergütung?

Sachverhalt

Die Parteien streiten über den unbefristeten Fortbestand des ArbV. Der Kläger war Beamter der Deutschen Bundespost und ist seit deren Privatisierung als Bundesbeamter auf Lebenszeit im gehobenen Dienst beschäftigt. Das Beamtenverhältnis ruht seit dem 1.7.1999. Seitdem ist er aufgrund einer Reihe befristeter Arbeitsverträge mit unterschiedlichen Aufgaben in einem ArbV bei der Beklagten beschäftigt.

Zuletzt schlossen die Parteien am 17.4.2019 einen ArbV für die Zeit vom 1.8.2019 bis zum 30.4.2020 unter gleichzeitiger Beurlaubung. Der Vertrag wurde zweimal - unter jeweiliger Verlängerung der Beurlaubung im Beamtenverhältnis - **zuletzt bis zum 30.9.2020 verlängert**. Dem Kläger war im Rahmen des Arbeitsverhältnisses ein Dienstwagen zur privaten Nutzung zur Verfügung gestellt. Mit E-Mail vom 30.9.2020 teilte Herr S, Mitarbeiter der Beklagten im Bereich Personal/Service, dem Kläger unter dem Betreff „WG: Mobiles Arbeiten; Versteuerung geldwerter Vorteil Firmenwagen“ auszugsweise Folgendes mit: „... heute endet Ihre Abordnung

vom GB V zur SNL P. Ich hatte die Versteuerung des geldwerten Vorteils Firmenwagen für die Strecke Wohnung - erste Arbeitsstätte für den Zeitraum 01.06.20 - 30.09.20 einstellen lassen, da Sie ... im Homeoffice gearbeitet haben. Ab dem 01.10.20 würden wieder 6 km zur Versteuerung gelten. Wenn dies nicht korrekt ist, dann nehmen Sie bitte Kontakt mit Ihrer Stamm-Personalabteilung im GB Vertrieb auf.“

Am 9.9.2020 wurde dem Kläger über das Personalportal „myTime“ Erholungsurlaub für die Zeit vom 1. bis zum 3. Oktober 2020, vom 5. bis zum 9. Oktober 2020, vom 12. bis zum 16. Oktober 2020, vom 19. bis zum 23. Oktober 2020 sowie vom 26. bis zum 31. Oktober 2020 gewährt.

Unter dem Datum 30.9.2020 erhielt der Kläger von der Abteilungsleiterin Personal, Frau L, auf seinen Wunsch ein Zwischenzeugnis für seine Tätigkeit vom 1.8.2019 bis zum 30.9.2020. In einem Telefonat am 1.10.2020 besprach die zu diesem Zeitpunkt mit der Leitung der Personalabteilung betraute Frau St mit dem Kläger, dass er in der Zeit vom 1. bis zum 31.10.2020 seinen Erholungsurlaub abwickle, während die Personalabteilung und der Kläger selbst sich um den weiteren Einsatz ab November 2020 bemühen würden.

Seit dem 1.10.2020 wird der Kläger von der Beklagten wieder als Bundesbeamter geführt. Organisatorisch ist das Beamtenverhältnis dem Geschäftsbereich Vertrieb P zugeordnet, dessen Personal **bundesweit an mehreren Standorten tätig ist**.

Mit seiner am 5.11.2020 beim ArbG eingegangenen und der Beklagten am 20.11.2020 zugestellten Klage hat der Kläger das Bestehen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien geltend gemacht. Ein mit dieser Klage auch angebrachter und gegen die Befristung zum 30. September 2020 gerichteter Befristungskontrollantrag ist vom LAG rechtskräftig abgewiesen worden.

Zur unbefristeten Fortsetzung des ArbV meint der Kläger: Das ArbV sei mit Wissen der Beklagten über den 30.9.2020 hinaus fortgesetzt worden, weshalb es nach § 15 Abs. 5 TzBfG idF. bis zum 31.7.2022 über den 30.9.2020 hinaus als auf unbestimmte Zeit verlängert gelte. Die Beklagte habe durch die von Frau St bestätigte Gewährung von Urlaub ab dem 1.10.2020 das Arbeitsverhältnis iSv. § 15 Abs. 5 TzBfG aF fortgesetzt. Das folge auch aus Begleitumständen wie der Erteilung des Zwischenzeugnisses und der Mitteilung zur steuerlichen Behandlung des Firmenwagens. § 15 Abs. 5 TzBfG aF verlange für das Entstehen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses - im Gegensatz zu § 625 BGB - gerade nicht dessen Fortsetzung „durch den Verpflichteten“ und setze die tatsächliche Erbringung der vertragsgemäßen Dienste nach dem Ablauf der Vertragszeit nicht zwingend voraus. Im Übrigen sei die Inanspruchnahme des Urlaubs durch den Kläger der Fortführung seiner Tätigkeit gleichzusetzen.

Der Kläger hat - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse – beantragt festzustellen, dass zwischen den Parteien ein unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht.

Entscheidungsgründe

Die Klage war in allen drei Instanzen ohne Erfolg. Wird einem Arbeitnehmer für die Zeit nach Ablauf seines befristeten Arbeitsverhältnisses Urlaub gewährt, ist der Tatbestand des § 15 Abs. 5 TzBfG in der bis zum 31. Juli 2022 geltenden Fassung (seit dem 1. August 2022 § 15 Abs. 6 TzBfG) nicht erfüllt. Das BAG gibt die Grundsätze der st Rspr. zu § 15 Abs. 5 TzBfG wieder. „Fortsetzung mit Wissen des AG“ ist nach der Normsystematik, dem im Wortlaut widergegebene gesetzgeberischen Regelungswillen und dem Sinn und Zweck eine **Handlung des Arbeitnehmers und nicht eine einseitige Handlung des Arbeitgebers**. Von den eigenen Handlungen hat der Arbeitgeber stets Kenntnis. **Konkret** scheidet der Kläger daran, dass: (1) § 15 Abs. 5

TzBfG und § 625 BGB übereinstimmend auszulegen sind, weshalb Urlaub für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht genügt. (2) Weiter hatte die beklagte AGin die von ihr im Zusammenhang mit der Urlaubsgewährung allein geschuldete Festlegung des Urlaubszeitraums (Leistungshandlung) auf Wunsch des Klägers noch **vor dem Befristungsablauf vorgenommen**. Während des Urlaubs wird keine Vertragspflicht - mit Ausnahme des § 8 BUrlG – geschuldet. (3) Zwischenzeugnis- und Dienstwagenfragen wurden durch Personen erledigt, denen **keine Vertragsgestaltungsbefugnis** zukommt. Diese allein ist jedoch für § 625 BGB und § 15 Abs. 6 TzBfG maßgebend.

Hinweis

1. § 625 BGB: Nach der st. Rspr. des BAG zu § 625 BGB ist der Tatbestand dieser Norm nicht erfüllt, wenn der AN nach dem Ablauf eines befristeten ArbV Urlaub erhält (vgl. BAG 20. Februar 2002 - 7 AZR 748/00 - zu B II 5 der Gründe, BAGE 100, 292; 24. Oktober 2001 - 7 AZR 620/00 - zu B II 1 der Gründe, BAGE 99, 223; 2. Dezember 1998 - 7 AZR 508/97 - zu 2 a der Gründe).

2. Abgrenzung § 625 BGB - § 15 Abs. 5 TzBfG (seit 1.8.2022: identisch § 15 Abs. 6 TzBfG). § 15 Abs. 6 TzBfG ist lex specialis für befristete oder bedingte Arbeitsverhältnisse (vgl. § 21 TzBfG).

3. Obwohl der Wortlaut nicht identisch ist, ist die Normbedeutung identisch. Dies folgt aus der Normsystematik, der Gesetzesgeschichte und dem Normzweck. Die Fiktion eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses nach § 15 Abs 5 TzBfG aF. erfordert, dass der Arbeitnehmer **die vertragsgemäßen Dienste nach Ablauf der Vertragslaufzeit tatsächlich ausführt**.

4. Allein die einseitige Erfüllung von Leistungspflichten durch den Arbeitgeber nach Befristungsablauf **ohne Entgegennahme der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers** löst die Fiktion nicht aus. Insbesondere entsteht nicht dadurch ein unbefristetes Arbeitsverhältnis, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für die Zeit nach Befristungsablauf Urlaub gewährt. Wird einem Arbeitnehmer für die Zeit nach Ablauf seines befristeten Arbeitsverhältnisses Urlaub gewährt, ist der Tatbestand des § 15 Abs. 5 TzBfG aF. nicht erfüllt.

7 Weisungsrecht

7.1 BAG, Urteil vom 30. November 2022 – 5 AZR 336/21, NZA 2023, 429 (ebenso 5 AZR 359/21, 5 AZR 352/21 und 5 AZR 462/21) **Versetzung ins Ausland (Erste Entscheidung)**

Die praktische Frage lautet: was ist weiter von Bonn entfernt: Lüttich oder Berlin? Für einen Freiburger stellt sich die Frage ebenso: Colmar oder Stuttgart?

Rechtlich lautet die Frage: Ist das Weisungsrecht auf das Inland beschränkt?

Konkret: Im Inland waren alle Standorte geschlossen, es bestanden allein noch Standorte im Ausland!

Sachverhalt

Gegenstand des Rechtsstreits ist die Wirksamkeit einer Versetzung ins Ausland, die der Arbeitgeber (Malta Air zuvor Ryanair mit Sitz in Irland) aufgrund seines Weisungsrechts und einer vorsorglich erklärten Änderungskündigung vorgenommen hat. Der 1968 geborene Kläger war verheiratet, einem Kind unterhaltspflichtig, seit Januar 2018 bei der Beklagten als Pilot Boeing 737-800 beschäftigt und am **Flughafen Nürnberg stationiert**. Im Arbeitsvertrag wurde die **Geltung irischen Rechts und die ausschließliche Zuständigkeit**

irischer Gerichte vereinbart. Zum „Standort“ heißt es, dass der Arbeitsplatz seinen Sitz im Gebiet der Republik Irland habe, der Arbeitnehmer sich aber hauptsächlich am Nürnberger Airport und an einem anderen Ort oder anderen Orten, die das Unternehmen zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Pflichten und Verantwortlichkeiten im Rahmen der Vereinbarung benötige, aufhalte. Es sei eine Voraussetzung für die Anstellung, dass der Arbeitnehmer diese Anforderung erfülle. Dies würde auch eine entschädigungslose Übertragung auf einen der anderen Standorte der Gesellschaft beinhalten. Im Arbeitsverhältnis fand ein **Vergütungstarifvertrag der Vereinigung Cockpit e.V. (VC) Anwendung.** Im Vergütungstarifvertrag Nr. 1 ist auch bestimmt, dass **ab dem 01.02.2019 auf alle direkt angestellten Piloten, die an deutschen Basen stationiert sind, deutsches Recht Anwendung finden soll** mit Ausnahme des deutschen Steuerrechts und des Rechts der betrieblichen Altersversorgung.

Anfang November 2019 vereinbarten der **Arbeitgeber und die Gewerkschaft einen Tarifsozialplan.** Dieser regelt die Vorgehensweise bei der Stilllegung oder Einschränkung von Stationierungsorten und räumt dem Arbeitgeber dabei – als letzte Stufe vor einer Beendigungskündigung – das Recht ein, den Piloten einen anderen Stationierungsort innerhalb Deutschlands oder in EU-Ländern (einschließlich Großbritannien, Norwegen und Schweiz) zuweisen zu können. Die Arbeitgeberin beschloss Ende November 2019, den Stationierungsort Nürnberg mit damals 24 zugeordneten Piloten Ende März 2020 aufzugeben. Dies gab sie den dortigen Piloten auf einer Versammlung Anfang Dezember 2019 bekannt. Die Piloten – so auch der Kläger – wurden aufgefordert, gemäß den Regelungen im Sozialplan-TV ihre Präferenzen hinsichtlich der Stationierung mitzuteilen. Der Kläger äußerte sich hierzu nicht.

Nach einem Übergang des Arbeitsverhältnisses des Klägers auf die Beklagte Malta Air hielt diese als Erwerber an der Entscheidung des Veräußerers, den Stationierungsort Nürnberg aufzugeben, fest. Der Kläger wurde **mit Schreiben vom 20.01.2020 mit Wirkung zum 01.05.2020 an die Homebase am Flughafen Bologna versetzt.** Hilfsweise sprach sie eine entsprechende **Änderungskündigung** aus, die der Kläger **unter dem Vorbehalt ihrer sozialen Rechtfertigung angenommen hat.** Wegen der Corona-Pandemie verschob sich der tatsächliche Beginn der Maßnahme auf den 01.07.2020.

Mit seiner Klage hat der Kläger geltend gemacht, das Weisungsrecht des Arbeitgebers umfasse nicht eine Versetzung ins Ausland. Zumindest sei eine solche unbillig, weil ihm sein tariflicher Vergütungsanspruch entzogen werde und ihm auch ansonsten erhebliche finanzielle Nachteile entstünden. Die vorsorglich ausgesprochene Änderungskündigung sei sozial nicht gerechtfertigt.

Die Arbeitgeberin war der Auffassung, ihr Weisungsrecht umfasse auch eine Versetzung ins Ausland. Die Alternative sei nur eine betriebsbedingte Beendigungskündigung gewesen. Ihre Entscheidung wahre billiges Ermessen. Alle in Nürnberg stationierten Piloten seien ins Ausland versetzt worden. Ein freier Arbeitsplatz an einem inländischen Stationierungsort sei nicht vorhanden gewesen. Sie habe das im Sozialplan-TV vorgesehene Verfahren eingehalten.

Die Klage war in allen der Instanzen ohne Erfolg

Entscheidungsgründe

Das BAG hält die Versetzung des Arbeitgebers für wirksam und die Änderungskündigung für obsolet. Die Beklagte könne den Kläger aufgrund ihres arbeitsvertraglichen Weisungsrechts an einen Stationierungsort im Ausland versetzen. Das Weisungsrecht des § 106 GewO ist nicht auf das Territorium der Bundesrepublik

Deutschland begrenzt. Die Ausübung des Weisungsrechts halte der gesetzlich vorgesehenen Billigkeitskontrolle stand.

1. Deutsches Arbeitsrecht: Zunächst beurteile sich die Wirksamkeit der Versetzung nach deutschem Recht (Art. 8 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Abs. 2 Rom I-VO). Da das Arbeitsverhältnis nicht vor dem 17.12.2009 begründet worden sei und der Kläger bis zur streitgegenständlichen Versetzung gewöhnlich seine Arbeit in bzw. von Deutschland aus verrichtet habe, unterliege das Arbeitsverhältnis ohne Rechtswahl deutschem Recht, dessen Schutz dem Kläger durch die Rechtswahl nicht entzogen werden darf.

2. Nach § 106 Satz 1 GewO kann der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrags oder gesetzlicher Vorschriften festgelegt sind. Dementsprechend bestimmt § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB, dass das arbeitsvertragliche Weisungsrecht Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen kann. § 106 Satz 1 GewO sei deshalb **rein deklaratorisch** zu verstehen. Die Bestimmung schaffe kein neues gesetzliches Leistungsbestimmungsrecht, sondern setze das vertragliche voraus (die Gesetzeschronologie ist natürlich umgekehrt). § 106 GewO knüpfe daran an, dass das Weisungsrecht das Kriterium darstelle, das den Arbeitsvertrag von allen anderen Verträgen über Dienstleistungen unterscheide und als dessen wesentlicher Inhalt nicht eigens vereinbart zu werden brauche, sondern untrennbar mit ihm verbunden sei.

Konkret war der Arbeitsort des Klägers vertraglich weder ausdrücklich noch konkludent fest vereinbart. Die Auslegung des Arbeitsvertrags ergebe dies. Danach sei der Kläger zwar „hauptsächlich“, aber nicht ausschließlich und für die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses am Flughafen Nürnberg eingesetzt. Die Vereinbarung sehe ausdrücklich eine unternehmensweite und damit auch außerhalb Deutschlands liegende Stationierungsmöglichkeit vor. Folglich enthalte der Arbeitsvertrag keine abschließende Festlegung des Arbeitsorts des Klägers.

Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus den im Bereich der Luftfahrt geltenden Regelungen über Flug-, Dienst- und Ruhezeiten. Nach § 20 ArbZG in Verbindung mit den luftfahrtspezifischen Regelungen (§ 5 Abs. 1 der zweiten Durchführungsverordnung zur Betriebsordnung für Luftfahrtgeräte (2. DV LuftBO) bzw. nach Art. 1 i.V.m. Ziff. 3.1 OPS 1.1090 Abschnitt Q des Anhangs III der Verordnung (EG) Nr. 859/2008 v. 20.08.2008 (ABI EU Nr. L 254 v. 20.09.2008 S. 1, 223)) sei die Beklagte verpflichtet, für jedes Besatzungsmitglied eine Heimatbasis anzugeben. Dem sei die Beklagte nachgekommen. Aus diesen Vorschriften ergebe sich darüber hinaus keine Verpflichtung, die Heimatbasis arbeitsvertraglich so festzuschreiben, dass eine Änderung nur im Wege einer Änderungskündigung erfolgen könne. Vielmehr würden auch diese Vorschriften nicht ausschließen, dass der Arbeitgeber im Rahmen der vertraglichen Regelungen im Wege des Direktionsrechts diese Heimatbasis verändert und gegenüber dem Besatzungsmitglied neu benennt (BAG, Urt. v. 26.09.2012 - 10 AZR 415/11). Nachdem der Arbeitsort des Klägers auch nicht durch Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung oder eines auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Tarifvertrags festgelegt sei, fehle es an einer abschließenden Festlegung des Arbeitsorts. Der Arbeitgeber könne diesen daher grundsätzlich aufgrund seines Weisungsrechts nach § 106 Satz 1 GewO bestimmen. Der Arbeitgeber könne dem Arbeitnehmer dabei grundsätzlich auch einen Arbeitsplatz in einer Betriebsstätte im Ausland zuweisen.

Dem Arbeitsvertrag sei eine Begrenzung des Weisungsrechts auf Arbeitsorte in der Bundesrepublik Deutschland auch nicht immanent. Eine Beschränkung des Weisungsrechts dem Grunde nach – dem „Ob“ – könne

sich zwar ausdrücklich oder konkludent aus den getroffenen vertraglichen Vereinbarungen oder den auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren kollektivrechtlichen Regelungen ergeben.

3. Ausübungskontrolle: Fehle es an solchen Einschränkungen dem Grunde nach, unterliege die konkrete Ausübung des Weisungsrechts – das „Wie“ – der Ausübungskontrolle. Sie muss billigem Ermessen entsprechen. Diese zweistufige Prüfung und der Verzicht auf einen grundsätzlichen Ausschluss von Versetzungen ins Ausland ist nach Ansicht des BAG auch interessengerecht. Denn dadurch werde eine einzelfallbezogene Prüfung ermöglicht und es würden grobe, holzschnittartige Kategorisierungen vermieden. Beispielsweise sei eine Versetzung in einen im nahen Ausland gelegenen Betrieb eines Unternehmens (z.B. von Berchtesgaden nach Salzburg) weit weniger belastend als z.B. von Berchtesgaden nach Greifswald. Hinzu kommt, dass ein Ausschluss der Versetzung dem Arbeitgeber dann nur noch die Möglichkeit der Änderungskündigung lässt, was das Vertragsverhältnis gefährdet und deshalb nicht im Interesse des Arbeitnehmers liegt. Dem Arbeitgeber ist das Weisungsrecht daher auch bei Auslandsversetzungen dem Grunde nach eröffnet und sodann im Rahmen der Ausübungskontrolle zu prüfen, ob die konkrete Weisung billigem Ermessen entspricht.

Da entgegenstehende vertragliche oder kollektivrechtliche Regelungen demnach nicht gegeben waren, war die Versetzung an den Flughafen Bologna nur mit der Ausübungskontrolle nach § 106 Satz 1 GewO, § 315 BGB zu überprüfen. Dem Arbeitgeber als Inhaber des Weisungsrechts verbleibt im Falle einer Versetzung grundsätzlich ein nach billigem Ermessen auszufüllender Spielraum. Ob die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt worden sind, unterliegt der vollen gerichtlichen Kontrolle, wobei es nicht auf die vom Arbeitgeber angestellten Erwägungen, sondern darauf ankommt, ob das Ergebnis der getroffenen Entscheidung den gesetzlichen Anforderungen genügt. Beruht die Weisung des Arbeitgebers auf einer unternehmerischen Entscheidung, kommt dieser besonderes Gewicht zu, ohne dass das unternehmerische Konzept auf seine Zweckmäßigkeit zu überprüfen wäre. Maßgeblich ist, ob das Interesse des Arbeitgebers an der Durchsetzung seiner Organisationsentscheidung im konkreten Einzelfall die Weisung trotz der dem Arbeitnehmer entstehenden Nachteile rechtfertigt.

Vorliegend hatte der Arbeitgeber den bisherigen Stationierungsort im Inland geschlossen, freie Arbeitsplätze für Piloten gab es zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Versetzung nicht. Der Kläger erhielt für die mit dem anderen Stationierungsort verbundenen finanziellen Belastungen einen tarifvertraglich vorgesehenen Ausgleich. Die auf den Wohnort im Inland zugeschnittene persönliche und familiäre Situation führt nach Ansicht des BAG nicht zur Unbilligkeit der Versetzung. Wenn arbeitsvertraglich eine ausschließliche Stationierung an einem bestimmten Standort in Deutschland nicht vereinbart sei, könne ein Pilot bei einer international tätigen Fluggesellschaft mit Sitz im EU-Ausland nicht die berechtigte Erwartung haben, die sozialen und sonstigen Vorteile eines dauerhaft ortsfesten Arbeitseinsatzes in Anspruch nehmen zu können, sondern müsse damit rechnen, unter Umständen auch im EU-Ausland stationiert zu werden. Die zweifellos auftretenden Belastungen und zusätzlich entstehenden Kosten – soweit sie nicht durch den Sozialplan-TV gemildert werden – müsse der Kläger hinnehmen. Solche können auch bei einer Versetzung im Inland entstehen (und bei einem weit entfernten neuen inländischen Arbeitsort höher sein als bei einem grenznahen ausländischen Arbeitsort) und gehen im Grundsatz nicht über das hinaus, was Arbeitnehmern regelmäßig zugemutet wird, nämlich die Belastungen des Wegs zur und von der Arbeit zu tragen. Ihnen könne notfalls durch einen Umzug begegnet werden. Weil die Versetzung des Klägers bereits aufgrund des Weisungsrechts wirksam sei, komme es auf die vorsorglich ausgesprochene Änderungskündigung nicht mehr an.

Hinweis

1. Das BAG wiederholt sklavenhaft die st. Rspr. zur **so**g **Konkretisierung: Die Nichtausübung des Direktionsrechts allein über einen längeren Zeitraum besitzt keinen Erklärungswert!** Ein Vertrauenstatbestand, der Arbeitgeber wolle von einem Recht auf Versetzung in Zukunft nicht mehr Gebrauch machen, besteht nicht.

Ausnahme: Nur wenn – vergleichbar der Verwirkung (Vertrauenstatbestand und Zeitablauf) - besondere Umstände hinzutreten, kann es durch konkludentes Verhalten zu einer vertraglichen Beschränkung der Ausübung des Direktionsrechts kommen (vgl. Rechtsschutzsekretär als Syndikusanwalt: BAG, Urteil vom 24.10.2018 - 10 AZR 69/18, NZA 2019, 161; 17 Jahre unveränderte Tätigkeit in Frankfurt berühren das Weisungsrecht einer „Flugbegleiterin“ nicht: BAG, Urteil vom 30.11.2016 - 10 AZR 11/16, NZA 2017, 1394).

2. Das gilt auch für den **Ort der Tätigkeit**. § 106 GewO enthält keine Einschränkung oder Begrenzung über dessen Wortlaut hinaus.

3. **Erstmalig** bejaht das BAG jedoch eine Versetzung ins Ausland. Die soziologische Besonderheit des Falls liegt in der doppelten Internationalität: (1) Ausländische Fluggesellschaft mit Sitz in Irland und (2) Tätigkeit als Pilot mit permanentem Auslandsbezug.

4. **Keine Divergenz zum Kündigungsschutzrecht:** Der Zweite Senat des BAG (BAG, Urteil vom 29.08.2013 - 2 AZR 809/12) hat entschieden: Die Verpflichtung des Arbeitgebers aus § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Buchst. b, Satz 3 KSchG, den Arbeitnehmer an einem anderen freien Arbeitsplatz im selben oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens zu beschäftigen, bezieht sich grundsätzlich nicht auf einen Arbeitsplatz in einem im Ausland gelegenen Betrieb oder Betriebsteil des Unternehmens. Dies folgt aus der territorialen Beschränkung des Kündigungsrechts. Nur Betriebe im Geltungsbereich des Gesetzes sind zu berücksichtigen. Das Weisungsrecht werde durch § 1 Abs. 2 KSchG nicht beschränkt.

5. **Keine Divergenz zur Entscheidung** zu einer betriebsbedingten Kündigung (BAG, Urt. v. 20.04.1989 - 2 AZR 431/88). Es lag eine Betriebsübergangskonstellation nach § 613a BGB vor (der bekanntlich nach der jüngeren Rspr. grenzüberschreitend ist). Allerdings kündigte der Veräußerer, der Erwerber führte dann eine Betriebsverlagerung von Berlin nach Lyon durchführte. Das BAG hat es damals als unzumutbar angesehen im Wege des Direktionsrechts die Leistungserfüllung an diesem anderen Ort verlangen zu können (damals noch Aufenthaltsrecht, etc). Es liegt ein fast 35 Jahre altes **bloßes obiter dictum** vor.

Der AN kann sein ablehnendes Wahlrecht bei § 613a BGB ausüben. Das BAG hat eine Vertragsänderung dem Wahlrecht gleichgestellt. Leitsatz: 1. Geht ein Betrieb durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber über und verlagert dieser den Betrieb an einen Ort, an dem die Arbeitnehmer nach dem Inhalt ihrer bestehenden Arbeitsverträge nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet sind, so tritt der Erwerber nach § 613a Abs 1 BGB in die Rechte und Pflichten aus den zum Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen nur derjenigen Arbeitnehmer ein, die bereit sind, die Arbeit am neuen Leistungsort zu erbringen. 2. Erklärt ein Arbeitnehmer bereits vor der Betriebsveräußerung, er sei nicht bereit, das Arbeitsverhältnis am künftigen Betriebssitz fortzusetzen, so kann ihm bereits der Betriebsveräußerer aus betriebsbedingten Gründen kündigen, wenn er selbst keine Beschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer mehr hat. Kündigungsrechtlich maßgeblich für die Wirksamkeit der ausgesprochenen Beendigungskündigung sei gewesen, dass am ursprünglichen Arbeitsort keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr bestand und der Kläger sich auf eine „faktische Unmöglichkeit“, am neuen Betriebssitz in Frankreich zu arbeiten, berufen hatte.

6. Rechtsfolge: Für eine Versetzung ins Ausland gelten nun die bekannten Grundsätze: 1. Der Arbeitgeber kann aufgrund seines Weisungsrechts nach § 106 Satz 1 GewO dem Arbeitnehmer grundsätzlich auch einen Arbeitsplatz im Ausland zuweisen, wenn die möglichen Arbeitsorte nicht durch (1) Arbeitsvertrag, (2) Betriebsvereinbarung, (3) Tarifvertrag oder (4) gesetzliche Vorschriften auf das Inland begrenzt sind. Eine Beschränkung des Weisungsrechts auf Arbeitsorte in der Bundesrepublik Deutschland ist dem Arbeitsvertrag als solchem nicht immanent.

2. Die Zuweisung eines Arbeitsorts im Ausland unterliegt wie jede Ausübung des Weisungsrechts des Arbeitgebers nach § 106 Satz 1 GewO, § 315 Abs. 1 BGB einer gerichtlichen Billigkeitskontrolle. Sofern die Weisung auf einer unternehmerischen Entscheidung beruht, kommt dieser besonderes Gewicht zu, ohne dass das unternehmerische Konzept auf seine Zweckmäßigkeit zu überprüfen wäre.

8 Diskriminierungsrecht

8.1 BAG, Urteil vom 14. Juni 2023 – 8 AZR 136/22, NZA 2023, 1248 Diskriminierung wegen Schwerbehinderung – Darlegungslast (Anwendungsfall der st. Rspr)

Fast alle Entscheidungen zum AGG kommen aus dem Bereich der öffentlichen Arbeitgeber. Dies schon wegen der Sondernormen, beispielsweise § 165 SGB IX. Doch auch die allgemeinen Vorschriften sind tückisch.

Nach § 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX ist der Personalrat oder der Betriebsrat über die Bewerbung eines schwerbehinderten Bewerbers unmittelbar nach Eingang zu unterrichten!

Sachverhalt

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte dem Kläger wegen einer Benachteiligung wegen der (Schwer)Behinderung zur Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG iHv. 10.000 Euro verpflichtet ist. Der Kläger, der ein Studium der Wirtschaftswissenschaften absolviert hat, bewarb sich mit Schreiben vom 14.8.2019 auf die von der Beklagten im Internet ausgeschriebene Stelle als „Scrum Master Energy (m/w/d)“. Im Bewerbungsschreiben wies er auf seine Schwerbehinderung hin. Nachdem die Beklagte dem Kläger mit E-Mail vom 22.8.2019 eine Absage erteilt hatte, machte dieser mit Schreiben vom 19.10.2019 gegenüber der Beklagten einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG geltend.

Die Beklagte wies diesen Anspruch mit Schreiben vom 18.11.2019 mit der Begründung zurück, den Kläger nicht berücksichtigt zu haben, weil er die Anforderungen der Stellenausschreibung nicht erfülle. So fehle ihm beispielsweise der in der Stellenausschreibung geforderte Studienabschluss in einem der Studiengänge (Wirtschafts-)Informatik, (Wirtschafts-)Mathematik oder einer vergleichbaren Fachrichtung. Auch verfüge der Kläger nicht über die geforderten guten Kenntnisse von Software-Architekturen. Darüber hinaus entspreche die vom Kläger angegebene Scrum Zertifizierung nicht den Anforderungen der Stellenausschreibung.

Mit Schreiben vom 27.11.2019 bat der Kläger die Beklagte darum, ihm nachzuweisen, dass sie im Hinblick auf ihre Auswahlkriterien sämtliche Bewerber gleichbehandelt habe. Hierauf reagierte die Beklagte nicht.

Mit der am 10.1.2020 beim ArbG eingegangenen und der Beklagten am 17.1.2020 zugestellten Klage hat der Kläger einen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG weiterverfolgt. Die Beklagte

habe ihn entgegen den gesetzlichen Vorgaben wegen der Schwerbehinderung benachteiligt. Sie habe verschiedene Pflichten aus § 164 Abs. 1 SGB IX, ua. ihre Pflicht aus § 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX verletzt, **den bei ihr eingerichteten Betriebsrat über seine Bewerbung unmittelbar nach deren Eingang zu unterrichten**. Diese Verstöße begründeten - jeder für sich - die Vermutung der Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung. Insoweit sei es im Übrigen ausreichend, wenn er Verstöße der Beklagten gegen Vorschriften rüge, die Verfahrens- und/oder Förderpflichten zugunsten schwerbehinderter Menschen enthielten. Als angemessen sei eine Entschädigung iHv. mindestens zwei auf der ausgeschriebenen Stelle zu erwartenden Bruttomonatsvergütungen, dh. iHv. 10.000,00 Euro anzusehen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Der Kläger habe keine Indizien iSv. § 22 AGG dargelegt, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes bzw. der Schwerbehinderung vermuten ließen. Selbst für den Fall, dass dem Kläger mangels hinreichender Erkenntnismöglichkeiten Erleichterungen bei der Darlegungslast zugutekommen müssten, sei sein Vorbringen nicht ausreichend. Der Vortrag von Vermutungen sei nur dann ausreichend, wenn sich diese auf greifbare Anknüpfungstatsachen gründeten. Solche Anknüpfungstatsachen habe der Kläger nicht dargetan. Nach alledem habe der Kläger nur unbeachtliche Behauptungen „ins Blaue hinein“ aufgestellt, auf die sie nicht erwidern müsse und dies auch nicht tue. Desungeachtet sei eine etwaige Vermutung der Benachteiligung des Klägers wegen der Schwerbehinderung auch widerlegt, da der Kläger mehrere in der Stellenausschreibung genannte unverzichtbare Voraussetzungen für die Ausübung der Tätigkeit nicht erfülle. Im Übrigen handele der Kläger rechtsmissbräuchlich. Es sei zu vermuten, dass er sich auf die Stelle allein deshalb beworben habe, um in Reaktion auf die zu erwartende Absage eine Entschädigung geltend zu machen. Der Kläger habe in mehreren parallel geführten Verfahren Entschädigungsansprüche wegen angeblich diskriminierender Stellenabsagen verfolgt. Dabei habe er nahezu identische Bewerbungsschreiben verwendet. Auch die professionellen Geltendmachungsschreiben seien nahezu wortlautidentisch und belegten das systematische Vorgehen des Klägers. Bei dem Arbeitsplatz, den der Kläger bei einem Mitbewerber angetreten habe, habe es sich um eine anders geartete Stelle gehandelt. ArbG und LAG wiesen die Klage ab.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat iHv. 7.500 Euro Erfolg. 1. Der Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG setzt einen Verstoß gegen das in § 7 Abs. 1 AGG geregelte Benachteiligungsverbot voraus, wobei § 7 Abs. 1 AGG sowohl unmittelbare als auch mittelbare Benachteiligungen (§ 3 Abs. 1 und Abs. 2 AGG) verbietet. Der Kläger wurde dadurch **unmittelbar iSv. § 3 Abs. 1 AGG benachteiligt**, dass er von der Beklagten im Auswahl-/Stellenbesetzungsverfahren für die ausgeschriebene Stelle nicht berücksichtigt wurde, denn er hat eine weniger günstige Behandlung erfahren als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Darauf, ob es überhaupt andere Bewerber/innen gegeben hat, ob deren Bewerbungen Erfolg hatten und ob ein/e von der Beklagten ausgewählte/r Bewerber/in die Stelle angetreten hat, kommt es nicht an.

Nach st. Rspr. des BAG begründet der **Verstoß des AGs gegen Vorschriften, die Verfahrens- und/oder Förderpflichten zugunsten schwerbehinderter Menschen enthalten, regelmäßig die Vermutung einer Benachteiligung wegen der (Schwer)Behinderung**. Diese Pflichtverletzungen sind grundsätzlich geeignet, den Anschein zu erwecken, an der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen uninteressiert zu sein. Besteht die Vermutung einer Benachteiligung, trägt die andere Partei die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt worden ist. Hierfür gilt allerdings das Beweismaß des sog. Vollbeweises. Der Arbeitgeber muss Tatsachen vortragen und ggf. beweisen, aus denen sich ergibt,

dass ausschließlich andere als die in § 1 AGG genannten Gründe zu einer ungünstigeren Behandlung geführt haben.

Ausgehend von diesen Grundsätzen hat der Kläger die unmittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG wegen der Schwerbehinderung erfahren. **Die Beklagte hat den bei ihr eingerichteten Betriebsrat entgegen den Vorgaben des § 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX über die Bewerbung des Klägers nicht unmittelbar nach deren Eingang unterrichtet.** Dieser Umstand begründet die Vermutung, dass die Schwerbehinderung des Klägers kausal für die Benachteiligung war. Die Beklagte hat die Kausalitätsvermutung nicht widerlegt.

Das BAG lässt die Vermutung des (professionellen) Klägers ausreichen. Weitere Anknüpfungstatsachen sind nicht erforderlich.

Die Beklagte hat nicht die erforderliche **sekundäre Darlegungslast nach § 138 Abs. 2 ZPO bzgl. des Verstoßes gegen Schutz-/Förderpflichten geleistet.** Der Vortrag galt daher nach § 138 Abs. 3 ZPO **als unbestritten.**

Die Beklagte **musste die Vermutung widerlegen.** Das ist ihr nicht gelungen. Aus dem Vorbringen der Beklagten ergibt sich nicht, dass der Kläger eine formale Qualifikation nicht aufweist oder eine formale Anforderung nicht erfüllt, die unverzichtbare Voraussetzung für die Ausübung der ausgeschriebenen Tätigkeit wäre. Die in der Stellenausschreibung der Beklagten geforderten Qualifikationen sind - anders als dies beispielsweise bei den Voraussetzungen für die Ausübung der Tätigkeit eines Arztes/einer Ärztin nach der Bundesärzteordnung (BÄO), der Tätigkeit eines Rechtsanwalts/einer Rechtsanwältin nach der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) oder der Tätigkeit einer Notfallsanitäterin bzw. eines Notfallsanitäters nach dem Gesetz über den Beruf der Notfallsanitäterin und des Notfallsanitäters (Notfallsanitätergesetz) der Fall ist - keine formalen Anforderungen, die unverzichtbare Voraussetzungen für die Ausübung der Tätigkeit eines „Srum Master Energy“ sind. Für die Tätigkeit eines „Srum Master Energy“ gibt es schlechterdings derartige Anforderungen nicht. Dass die Beklagte bestimmte formale Anforderungen, so die geforderten Studienabschlüsse, für unverzichtbar hält, reicht insoweit nicht aus.

Die Höhe der Entschädigung wurde mit 1,5 Vergütungen im mittleren Bereich angesetzt. Das Lebensalter des Klägers über 50 Jahre begründet keine besondere für eine Diskriminierung wegen der Schwerbehinderung entschädigungsrelevante Tatsache. Eine Diskriminierung wegen des Alters war nicht dargetan.

Hinweis

1. Ein Klassiker: „AGG-Profi“ trifft auf dilettantischen Arbeitgeber, der mit ausschließlich rechtlichen Argumenten den Erfolg sucht und an den einfachen formalen Fragen scheitert. **Der Kläger ist ein seit 2019 arbeitssuchender, professioneller AGG-Kläger, der gleichförmige Schreiben versendet und damit Erfolg hat.**

2. In der Entscheidung ist nichts Neues. Das BAG wendet die Grundsätze der st. Rspr an:

(1) Der Vortrag zum **Verstoß gegen die Schutz- und Fürsorgevorschriften zu Gunsten Schwerbehinderter** liegt vor. Er liegt in der nicht unverzüglichen Beteiligung des Betriebsrates.

(2) Die Arbeitgeberin hat keinen substantiierten Gegenvortrag zur ordnungsgemäßen Beteiligung des Betriebsrates geleistet. Der Verstoß ist als unbestritten nach § 138 Abs. 3 ZPO.

(3) Mit dem unbestrittenen Verstoß steht die **Vermutung des § 22 AGG** fest.

(4) Die Arbeitgeberin müsste diese nun **widerlegen**. Sie hat zur Widerlegung der Vermutung nichts vorgebracht. Nur objektive Anforderungen, welche berechtigt gestellt werden und von einem Bewerber nicht erfüllt werden hätten genügt. Neben den vom BAG genannten Anforderungen ist allein eine bestimmte Note als Voraussetzung entschieden (öffentlicher Dienst Laufbahnprüfung oder entsprechende kfm. Ausbildung).

(5) **1,5 Vergütungen ist der mittlere Bereich der Entschädigung.**

8.2 BAG, Urteil vom 16. Februar 2023 – 8 AZR 450/21 – Entgelttransparenzgesetz – Entgeltgleichheit von Männern und Frauen - gleiche Arbeit – gleicher Lohn ? (Weiterentwicklung der Rspr. – 2. Entscheidung)

Sachverhalt

Die Klägerin ist seit dem 1. März 2017 bei der Beklagten als Außendienstmitarbeiterin im Vertrieb beschäftigt. Ihr einzelvertraglich vereinbartes Grundentgelt betrug anfangs 3.500,00 Euro brutto. Ab dem 1. August 2018 richtete sich ihre Vergütung nach einem Haustarifvertrag, der ua. die Einführung eines neuen Eingruppierungssystems regelte. Die für die Tätigkeit der Klägerin maßgebliche Entgeltgruppe des Haustarifvertrags sah ein Grundentgelt iHv. 4.140,00 Euro brutto vor. In § 18 Abs. 4 des Haustarifvertrags heißt es: "Für den Fall, dass das neue tarifliche Grundentgelt das bisherige tarifliche Entgelt (...) überschreitet, erfolgt die Anpassung um nicht mehr als 120,00 €/brutto in den Jahren 2018 bis 2020" (Deckelungsregelung). In Anwendung dieser Bestimmung zahlte die Beklagte der Klägerin ab dem 1. August 2018 ein Grundentgelt iHv. **3.620,00 Euro brutto**, das in jährlichen Schritten weiter angehoben werden sollte.

Zum Vergleich zog die Klägerin die beiden männlichen Außendienstmitarbeiter im Vertrieb der Beklagten heran: (1) Der erste war seit dem 1. Januar 2017 beschäftigt. Das Angebot gegen ein Grundentgelt von **3.500,00 Euro brutto zu arbeiten, lehnte er ab**. Er verlangte für die Zeit bis zum Einsetzen einer zusätzlichen leistungsabhängigen Vergütung, dh. für die Zeit bis zum 31. Oktober 2017 ein höheres Grundentgelt iHv. **4.500,00 Euro brutto. Die Beklagte gab dieser Forderung nach**. Von 1. November 2017 bis Juni 2018 zahlte die Beklagte – wie auch der Klägerin – ein Grundentgelt iHv. 3.500,00 Euro. Danach vereinbarte sie ab dem **1. Juli 2018 eine Erhöhung des Grundentgelts auf 4.000,00 Euro brutto**. Zur Begründung berief sie sich ua. darauf, dass der Arbeitnehmer einer ausgeschiedenen, besser vergüteten Vertriebsmitarbeiterin nachgefolgt sei. Ab dem 1. August 2018 zahlte die Beklagte dem männlichen Arbeitnehmer ein tarifvertragliches Grundentgelt nach derselben Entgeltgruppe wie der Klägerin, das sich in Anwendung der „Deckelungsregelung“ des § 18 Abs. 4 des Haustarifvertrags auf **4.120,00 Euro brutto belief**.

Mit der Klage begehrt die Klägerin von der Beklagten die Zahlung rückständiger Vergütung:

(1) für die Zeit von **März bis Oktober 2017 iHv. monatlich 1.000,00 Euro brutto**,

(2) für den Monat **Juli 2018 iHv. 500,00 Euro brutto** sowie

(3) für die Zeit von **August 2018 bis Juli 2019 iHv. monatlich 500,00 Euro brutto**. Sie hat die Auffassung vertreten, die Beklagte müsse ihr ein ebenso hohes Grundentgelt zahlen wie ihrem fast zeitgleich eingestellten männlichen Kollegen. Dies folge daraus, dass sie die gleiche Arbeit wie ihr männlicher Kollege verrichte. Da die Beklagte sie beim Entgelt aufgrund des Geschlechts benachteiligt habe, schulde sie ihr zudem die Zahlung einer angemessenen Entschädigung iHv. mindestens 6.000,00 Euro. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Klägerin hatte vor dem Achten Senat des Bundesarbeitsgerichts iHv 14.500 Euro (vollständig) und bei dem Anspruch auf Zahlung nach § 15 Abs. 2 AGG teilweise iHv. 2.000 Euro Erfolg.

Die Beklagte hat die Klägerin in der Zeit von März bis Oktober 2017 sowie im Juli 2018 dadurch aufgrund ihres Geschlechts benachteiligt, dass sie ihr, obgleich die Klägerin und der männliche Kollege gleiche Arbeit verrichteten, ein niedrigeres Grundentgelt gezahlt hat als dem männlichen Kollegen. Die Klägerin hat deshalb **einen Anspruch nach Art. 157 AEUV, § 3 Abs. 1 und § 7 EntgTranspG auf das gleiche Grundentgelt wie ihr männlicher Kollege.**

Der Umstand, dass die Klägerin für die gleiche Arbeit ein niedrigeres Grundentgelt erhalten hat als ihr männlicher Kollege, **begründet die Vermutung nach § 22 AGG**, dass die Benachteiligung aufgrund des Geschlechts erfolgt ist.

Der Beklagten ist es nicht gelungen, diese Vermutung zu widerlegen. Insbesondere kann sich die Beklagte für den Zeitraum von März bis Oktober 2017 nicht mit Erfolg darauf berufen, das höhere Grundentgelt des männlichen Kollegen beruhe nicht auf dem Geschlecht, sondern auf dem Umstand, dass dieser ein höheres Entgelt ausgehandelt habe. Für den Monat Juli 2018 kann die Beklagte die Vermutung der Entgeltbenachteiligung aufgrund des Geschlechts insbesondere nicht mit der Begründung widerlegen, der Arbeitnehmer sei einer besser vergüteten ausgeschiedenen Arbeitnehmerin nachgefolgt.

Für den Zeitraum ab dem 1. August 2018 ergibt sich der höhere Entgeltanspruch der Klägerin bereits aus dem Tarifvertrag. Entgegen der Auffassung der Beklagten findet die „Deckelungsregelung“ in § 18 Abs. 4 Haustarifvertrag auf die Klägerin keine Anwendung, **weil diese zuvor kein tarifliches, sondern ein einzelvertraglich vereinbartes Entgelt erhalten hat.**

Hinweis:

1. Zweite Entscheidung zum Entgelttransparenzgesetz – nein, richtiger zweite Entscheidung zu Art 157 AEUV!! Die Entscheidung führt das erste Urteil (BAG, Urteil vom 21. Januar 2021 - 8 AZR 488/19, NZA 2021, 1011) konsequent fort. Der Senat stützt den Anspruch auf Differenzvergütung direkt auf Art. 157 AEUV! Nur im Rahmen einer Anspruchsnormenkonkurrenz auf die §§ 3 Abs. 1, 7 EntgTranspG.

Art. 157 Abs. 1 AEUV lautet: „Jeder Mitgliedstaat stellt die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicher.“

2. Die unzulässige Entgeltdiskriminierung prüft der Senat nach **vier Tatbestandsmerkmalen:**

- (1) Feststellung eines geringeren Entgelts als männliche Kollegen,
- (2) gleiche § 4 Abs. 1 EntgTranspG bzw. gleichwertige Arbeit § 4 Abs. 2 EntgTranspG,
- (3) Vermutungswirkung des § 22 AGG **und**
- (4) mögliche Widerlegung durch den beklagten Arbeitgeber.

3. Bei der **Entgeltgleichheit** kommt es – so der Senat - **nicht auf das Verhandlungsgeschick an!** Im Anwendungsbereich der Entgeltgleichheit **hat der Gleichheitsgrundsatz Vorrang vor der Vertragsfreiheit!** Eine Frau hat Anspruch auf gleiches Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeit, wenn der Arbeitgeber (auch nur einem) männlichen Kollegen aufgrund des Geschlechts ein höheres Entgelt zahlt. Daran ändert es nichts, wenn der männliche Kollege ein höheres Entgelt fordert und der Arbeitgeber dieser Forderung nachgibt.

4. Eine Differenzierung darf nur anhand der in **§ 3 Abs. 3 Satz 2 EntgTranspG** genannten „**arbeitsmarkt-, leistungs- und arbeitsergebnisbezogenen Kriterien**“ vorgenommen werden.

Der Achte Senat nennt nun vier zulässige Argumente:

4.1. **Arbeitsmarktlage**: Die Arbeitsmarktlage kann ein höheres Entgelt erforderlich machen, um die offene Stelle mit einer geeigneten Arbeitskraft zu besetzen. Der Arbeitgeber muss zwingend **Personalgewinnungsschwierigkeiten** aufgrund der **Lage auf dem Arbeitsmarkt konkret vortragen und ggf. beweisen**. Pauschale Behauptungen reichen nicht, wie das BAG sehr deutlich macht.

4.2. **Qualifikation und Ausbildung**: Eine bessere Qualifikation, fachspezifische Ausbildung oder Berufserfahrung können die Vermutung widerlegen. Zulässig ist das Anknüpfen an höheres Dienstalters und der damit (regelmäßig) einhergehenden Berufserfahrung (vgl. BAG 21. Januar 2021 – 8 AZR 488/19). (BAG, Urt. v. 21.01.2021 - 8 AZR 488/19). Hier konkret erst in der Revision vorgetragen – zu spät!!!

4.3 **Wunsch der/des Beschäftigten**: Auch der ausdrückliche Wunsch nach einer bestimmten Ausgestaltung des Arbeitsvertrags kann grundsätzlich eine ungleiche Behandlung rechtfertigen. Allerdings muss die Mitarbeiterin/der Mitarbeiter den Wunsch **in Kenntnis sämtlicher Entgeltbestandteile äußern**. Das kommt praktisch wohl fast einem Verzicht gleich.

4.4 **Bessere Leistungserbringung**: Die konkrete Ausübung einer Tätigkeit - etwa die persönliche Leistungsfähigkeit oder die Qualität der erbrachten Arbeit, **kann regelmäßig nicht bereits bei der Einstellung vorliegen**. Sie kann Anknüpfungspunkt im Falle einer **Entgelterhöhung im laufenden Arbeitsverhältnis** sein.

5. **Jeder Entgeltbestandteil ist gesondert zu prüfen** – keine Gesamtbetrachtung! „Kein aufwiegen unterschiedlicher Gehaltsbestandteile“!

6. Zusätzlich zum Vergleichsentgelt lag eine (mittelbare) Diskriminierung wegen des Geschlechts vor, mit der Folge des § 15 Abs. 2 AGG: Diskriminierungsentschädigung!

8.3 BAG, Urteil vom 18. Januar 2023 – 5 AZR 108/22, NZA 2023, 570 – Lohnleichheit bei Teilzeitbeschäftigung (Fortsetzung der Rspr.)

Geringfügig Beschäftigte sind Teilzeitbeschäftigte im Rechtssinn. Sie sind bei der Eingruppierung wie Vollzeitbeschäftigte zu behandeln.

Konkret: Geringfügig Beschäftigte, die in Bezug auf Umfang und Lage der Arbeitszeit keinen Weisungen des Arbeitgebers unterliegen, jedoch Wünsche anmelden können, denen dieser allerdings nicht nachkommen muss, dürfen bei gleicher Qualifikation für die identische Tätigkeit keine geringere Stundenvergütung erhalten als vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer, die durch den Arbeitgeber verbindlich zur Arbeit eingeteilt werden.

Sachverhalt

Der Kläger ist als Rettungsassistent im Rahmen eines geringfügigen Beschäftigungsverhältnisses nach § 8 SGB IV bei der Beklagten tätig. Diese führt im Auftrag eines Rettungszweckverbandes ua. Notfallrettung und Krankentransporte durch. Sie beschäftigt – nach ihrer Diktion – sog. „hauptamtliche“ Rettungsassistenten in Voll- und Teilzeit, denen sie im Streitzeitraum eine Stundenvergütung von 17,00 Euro brutto zahlte. Daneben sind sog. „nebenamtliche“ Rettungsassistenten für sie tätig, die eine Stundenvergütung von 12,00 Euro brutto erhalten. Hierzu gehört der Kläger. Die Beklagte teilt die nebenamtlichen Rettungsassistenten nicht einseitig

zu Diensten ein, diese können vielmehr Wunschtermine für Einsätze benennen, denen die Beklagte versucht zu entsprechen. Ein Anspruch hierauf besteht allerdings nicht. Zudem teilt die Beklagte den nebenamtlichen Rettungsassistenten noch zu besetzende freie Dienstschichten mit und bittet mit kurzfristigen Anfragen bei Ausfall von hauptamtlichen Rettungsassistenten um Übernahme eines Dienstes. Im Arbeitsvertrag des Klägers ist eine durchschnittliche Arbeitszeit von 16 Stunden pro Monat vorgesehen. Darüber hinaus ist bestimmt, dass er weitere Stunden leisten kann und verpflichtet ist, sich aktiv um Schichten zu kümmern.

Mit seiner Klage hat der Kläger zusätzliche Vergütung in Höhe von 3.285,88 Euro brutto für die Zeit von Januar 2020 bis April 2021 verlangt. Er hat geltend gemacht, die unterschiedliche Stundenvergütung im Vergleich zu den hauptamtlichen Mitarbeitern stelle eine Benachteiligung wegen seiner Teilzeittätigkeit dar. Die Beklagte hält die Vergütungsdifferenz für sachlich gerechtfertigt, weil sie mit den hauptamtlichen Rettungsassistenten größere Planungssicherheit und weniger Planungsaufwand habe. Diese erhielten zudem eine höhere Stundenvergütung, weil sie sich auf Weisung zu bestimmten Diensten einfinden müssten. Das ArbG wies die Klage ab, Das LAG gab ihr statt.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Arbeitgeberin blieb ohne Erfolg. Die im Vergleich zu den hauptamtlichen Rettungsassistenten geringere Stundenvergütung des Klägers **benachteiligt diesen entgegen § 4 Abs. 1 TzBfG ohne sachlichen Grund**. Die haupt- und nebenamtlichen Rettungsassistenten sind **gleich qualifiziert** und **üben die gleiche Tätigkeit aus**. Der von der Beklagten **pauschal behauptete erhöhte Planungsaufwand** bei der Einsatzplanung der nebenamtlichen Rettungsassistenten **bildet keinen sachlichen Grund** zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung. Es ist bereits nicht erkennbar, dass dieser Aufwand unter Berücksichtigung der erforderlichen „24/7-Dienstplanung“ und der öffentlich-rechtlichen Vorgaben zur Besetzung der Rettungs- und Krankenwagen signifikant höher ist. Auch wenn man unterstellt, dass die Beklagte durch den Einsatz der hauptamtlichen Rettungsassistenten mehr Planungssicherheit hat, weil sie diesen einseitig Schichten zuweisen kann, ist sie hierbei jedoch nicht frei. Sie unterliegt vielmehr ua. durch das ArbZG vorgegebenen Grenzen in Bezug auf die Dauer der Arbeitszeit und die Einhaltung der Ruhepausen. Die nebenamtlichen Rettungsassistenten bilden insoweit ihre **Einsatzreserve**. Unerheblich ist, dass diese frei in der Gestaltung der Arbeitszeit sind, weil die **Personengruppe weder nach Lage noch nach zeitlichem Umfang Anspruch auf Zuweisung der gewünschten Dienste hat**. Dass sich ein Arbeitnehmer auf Weisung des Arbeitgebers zu bestimmten Dienstzeiten einfinden muss, rechtfertigt in der gebotenen Gesamtschau keine höhere Stundenvergütung gegenüber einem Arbeitnehmer, der frei ist, Dienste anzunehmen oder abzulehnen.

Hinweis

1. Ausgangspunkt ist § 4 Abs. 1 TzBfG, der vollständig parallel zu § 4 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit im Anhang der Richtlinie 97/81/EG ist. Das bestimmt die Auslegung der nationalen Norm! – Ausschließlich objektive Tatsachen vermögen eine Rechtfertigung zu tragen.

2. Die sozialversicherungsrechtliche und steuerrechtliche Behandlung der geringfügig Beschäftigten rechtfertigt für sich keine unterschiedliche Behandlung. Der Wert der Arbeitsleistung ändert sich dadurch nicht! Die reine Nettovergütungsbetrachtung scheidet aus, weil auch geringfügig Beschäftigte grundsätzlich einen Anspruch auf Bruttovergütung haben.

3. Die Tätigkeit ist bei deren Ausübung gleich: gleiche Qualifikation, inhaltlich gleiche Tätigkeit.

4. Die freie Arbeitszeitgestaltung der Teilzeitbeschäftigten in „Wunschschichten“ rechtfertigt keine abweichende Behandlung, **weil vorliegend kein Anspruch darauf bestand**.

Offen bleibt, ob **ein Anspruch bzgl. Umfang und Lage der Dienste dies rechtfertigte**. Unionsrechtlich darf der Arbeitgeber die Anpassungsfähigkeit des Arbeitnehmers an unterschiedliche Arbeitszeiten besonders vergüten, wenn er darlegt, dass die zeitliche Flexibilität für die Ausführung der dem Arbeitnehmer übertragenen spezifischen Aufgaben von Bedeutung ist (vgl. EuGH 27. Oktober 1993 - C-127/92 - [Enderby] Rn. 25; 17. Oktober 1989 - C-109/88 - [Danfoss] Rn. 22). Das war vorliegend nicht der Fall.

5. **Vollzeit – Teilzeit**: Der Senat hat **trabend** nur im Verhältnis Vollzeit beschäftigter zu Teilzeitbeschäftigten entschieden, § 4 Abs. 1 TzBfG iVm. § 134 BGB.

6. **Teilzeit- Teilzeit: Obiter dictum** hat der 5. Senat darauf hingewiesen, dass auch im **Verhältnis nur in Teilzeitbeschäftigter** dasselbe Ergebnis erzielt würde (weil die Arbeitgeberin dies in der Revision - und damit zu spät – vortrug). § 4 Abs. 1 TzBfG stellt einen Ausschnitt aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz dar und konkretisiert diesen für Fragen der Teilzeitarbeit (APS/Greiner 6. Aufl. TzBfG § 4 Rn. 3; HK-TzBfG/Joussen 6. Aufl. TzBfG § 4 Rn. 9), weshalb der **Verstoß gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz** (vgl. MüKoBGB/Müller-Glöge 9. Aufl. TzBfG § 4 Rn. 28; Schaub ArbR-HdB/Linck 19. Aufl. § 43 Rn. 25) nach weitgehend übereinstimmenden Grundsätzen zu beurteilen ist (vgl. hierzu zuletzt BAG 13. Juli 2022 - 5 AZR 412/21 - Rn. 30; ErfK/Preis 23. Aufl. TzBfG § 4 Rn. 22).

7. **Darlegungs- und Beweislast**:

7.1 **Der Grundsatz ist, dass eine unterschiedliche Behandlung wegen der Teilzeitarbeit vom AN darzulegen ist.**

7.2 **Der AG hat stets darzulegen und zu beweisen, dass ein sachlicher Grund zur Rechtfertigung der Gleichbehandlung vorliegt**

7.3 § 4 Satz 1 TzBfG stellt kein absolutes Benachteiligungsverbot dar. Der 5. Senat wendet in ständiger Rechtsprechung die **Grundsätze der abgestuften Darlegungs- und Beweislast an, wenn der AN seiner Darlegungs- und Beweislast nicht nachkommen kann, weil er ihm nicht zugängliche Tatsachen aus der Sphäre des Arbeitgebers darlegen muss.**

Konkret: Die unterschiedliche Bezahlung war unstrittig. Pauschales, einfaches Bestreiten des AG´s wäre nicht ausreichend gewesen, weil die Umstände aus dessen Sphäre stammen.

9 Urlaubsrecht

9.1 EuGH, Urteil vom 22. September 2022 – C-120/21, NZA 2022, 1326 - Urlaub und Verjährung (Vorlageentscheidung)

Sachverhalt

Die Klägerin war vom 1.11.1996 bis 31.7.2017 bei der beklagten Kanzlei als Steuerfachangestellte beschäftigt. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses verlangte die klagende ANin für die von ihr **zwischen 2013 und 2017 nicht genommenen 101 Tage bezahlten Jahresurlaubs Urlaubsabgeltung**. Die Bekl. lehnte ab, den Jahresurlaub abzugelten. Das ArbG gab der Klage teilweise im Umfang von 3 Tagen des Jahrs 2017 statt und wies im Übrigen ab. Das LAG hat für den Zeitraum von 2013 bis 2016 weitere 76 Tage zuerkannt.

Die Bekl. habe nicht dazu beigetragen, dass die Klägerin ihren Urlaub für diese Jahre zur gebotenen Zeit habe nehmen können, sodass die Ansprüche nicht nach §§ 194 ff. BGB verjährt seien. Auf die Revision der Klägerin hat das BAG das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH die Frage vorgelegt, ob Art. 7 RL 2003/88/EG und Art. 31 Abs. 2 GrCh der Anwendung einer nationalen Regelung wie § 194 Abs. 1 iVm. § 195 BGB entgegenstehen, wenn der AG den AN nicht durch entsprechende Aufforderung und tatsächliche Hinweise tatsächlich in die Lage versetzt habe, seinen Urlaubsanspruch auszuüben.

Tenor

Art. 7 der RL 2003/88/EG (Arbeitszeitrichtlinie) und Art. 31 Abs. 2 GrCh stehen einer nationalen Regelung **entgegen**, nach der der Anspruch auf erworbenen bezahlten Jahresurlaub nach Ablauf einer Frist von drei Jahren verjährt, deren Lauf mit dem Schluss des Jahres beginnt, in dem dieser Anspruch entstanden ist, wenn der AG den AN nicht tatsächlich in die Lage versetzt hat, diesen Anspruch wahrzunehmen.

Entscheidungsgründe

Der EuGH folgt dem Votum des Generalanwaltes de la Tour vom 05.05.2022:

1. Eine Verjährung von Urlaubsansprüchen innerhalb der dreijährigen Regelverjährungsfrist möglich ist
2. Aber die Verjährungsfrist beginnt erst mit Ablauf des Jahres zu laufen, in dem der AG seinen Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten bzgl. der Inanspruchnahme von Urlaub nachgekommen ist
3. Der AN könne seinen Urlaubsanspruch nur dann tatsächlich verwirklichen, wenn der AG ihn zuvor darüber informiert habe, wieviel Urlaub ihm zur Verfügung steht.
4. Eine Kenntnis des AN´s vom Bestehen seines Urlaubsanspruchs aufgrund des ArbV oder kraft Gesetzes reiche nicht aus, weil der AN im ArbV die schwächere Partei sei und der Urlaubsanspruch dem Schutz der Gesundheit und der Sicherheit des AN´s diene.

Hinweis

1. Getreu dem Motto der französischen Revolution gilt: „Die Verjährung ist tot – es lebe die Verjährung!“

Allerdings ist der König/die Verjährung **nur dann nicht tot, wenn:**

- (1) die Aufforderungs- und Hinweisobliegenheit
- (2) im Hinblick auf die Inanspruchnahme von Urlaub
- (3) erfüllt ist und
- (4) die Erfüllung prozessual bewiesen ist.

Nur dann bleibt die Verjährung am Leben!

2. Im konkreten Verfahren hat **das BAG am 20.12.2022 - 9 AZR 266/20 – PM 48/22 entschieden.**

3. Die Argumentation zur Verjährung folgt der EuGH-Rechtsprechung zum Verfall von Urlaubsansprüchen.

Auch wenn es Jobst Hubertus Bauer unerfindlich ist (vgl. beck aktuell), ist die Entscheidung eine konsequente Fortsetzung der bisherigen Rechtsprechung des EuGH zum Verfall von Urlaubsansprüchen durch Befristung / Ausschlussfristen. Dogmatische Unterschiede zwischen Verjährung, Befristung und Ausschlussfristen scheeren den EuGH nicht.

Nach deutschem Recht stünde der Gleichstellung entgegen, dass die Verjährungsregelungen des BGB primär im öffentlichen Interesse bestehen, Ausdruck des Rechtsstaatlichkeitsgebots und des Schuldnerschutzes vor einer Beweisnot durch lange zurückliegende Zeit sind und Rechtssicherheit und Rechtsfrieden schaffen sollen.

Dass die Institute des Verfalls und der Verjährung sich dogmatisch grundlegend unterscheiden, **ist für den Generalanwalt und den EuGH irrelevant. Das ist aus Sicht des Unionsrechts konsequent:** Die Arbeitszeitrichtlinie und Art 31 Abs. 2 GrCh dienen dem **Gesundheitsschutz**. Dogmatisch ist es schlicht egal, aus welchem Grund der Gesundheitsschutz nicht realisiert wird!!

Die Linie dieser Rechtsprechung entspricht im Übrigen der Rechtsprechung des BAG zur Arbeitszeitrichtlinie und zum **Nachtarbeitszuschlag bei Dauernachtarbeit** (.

4. **Vorsicht die Entscheidungen des EuGH wirkt zurück!** Sie gilt für das BUrlG und das BGB. Die Verjährungsvorschrift des § 195 BGB wurde zuletzt zum 1.1.2002 geändert. Entscheidungen zum BUrlG können nach nationalem Recht bis in das Jahr 1963 zurückwirken. Gesichert ist die Rückwirkung bis zum Inkrafttreten der Richtlinie am 2. August 2004 (vgl. Art 28 der RL 2003/88/EG). Seitdem ist eine unbegrenzte Ansammlung möglich.

5. Für **arbeitsfähige Arbeitnehmer** hat der EuGH („King“ - EuGH, Urteil vom 29.11.2017 – C-214/16) entschieden, dass sich Urlaubsansprüche unbegrenzt ansammeln können.

9.2 BAG, Urteil vom 20. Dezember 2022 – 9 AZR 266/20 Volltext [bundesarbeitsgericht.de](https://www.bundesarbeitsgericht.de/juris) oder juris (Umsetzung von EuGH Urteil vom 22.9.2022 – C-120/21, NZA 2022, 1326 in nationales Recht)

Grundsatz

Der gesetzliche Anspruch eines ANs auf bezahlten Jahresurlaub unterliegt der gesetzlichen Verjährung. Allerdings **beginnt die dreijährige Verjährungsfrist erst am Ende des Kalenderjahres**, in dem der AG den AN über seinen konkreten Urlaubsanspruch und die Verfallfristen belehrt und der AN den Urlaub dennoch aus freien Stücken nicht genommen hat.

Sachverhalt

Der beklagte AG beschäftigte die Klägerin vom 1. November 1996 bis zum 31. Juli 2017 als Steuerfachangestellte und Bilanzbuchhalterin. Nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zahlte der AG an die Klägerin zur Abgeltung von 14 Urlaubstagen 3.201,38 Euro brutto. **Der weitergehenden Forderung der Klägerin, Urlaub im Umfang von 101 Arbeitstagen aus den Vorjahren abzugelten, kam der AG nicht nach.**

Das ArbG wies die (am 6.2.2018 eingereichte) Abgeltungsklage ab, das LAG gab der Klage im Umfang von weiteren 17.376,64 Euro brutto **zur Abgeltung weiterer 76 Arbeitstage statt**, weil die Verjährungseinrede des AG nicht durchgreife.

Die Revision des AGs hatte vor dem Neunten Senat des BAG keinen Erfolg. Zwar finden die Vorschriften über die Verjährung (§ 214 Abs. 1, § 194 Abs. 1 BGB) auf den gesetzlichen Mindesturlaub Anwendung. Die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren **beginnt** bei einer **richtlinienkonformen Auslegung des § 199 Abs. 1 BGB** jedoch nicht zwangsläufig mit Ende des Urlaubsjahres, sondern **erst mit dem Schluss des**

Jahres, in dem der AG den AN über seinen konkreten Urlaubsanspruch und die Verfallfristen belehrt und der Arbeitnehmer den Urlaub dennoch aus freien Stücken nicht genommen hat.

Hinweis

1. Der Neunte Senat setzt die Vorgaben des EuGH vom 22. September 2022 (- C-120/21 -) in nationales Recht um.

2. Dogmatisch tritt der Zweck der Verjährungsvorschriften, die Gewährleistung von Rechtssicherheit, in der vorliegenden Fallkonstellation hinter dem Ziel von Art. 31 Abs. 2 GRCh zurück, die Gesundheit des Arbeitnehmers durch die Möglichkeit der Inanspruchnahme zu schützen. Die Gewährleistung der Rechtssicherheit dürfe nicht als Vorwand dienen, um zuzulassen, dass sich der AG auf sein eigenes Versäumnis berufe, den AN in die Lage zu versetzen, seinen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub tatsächlich auszuüben.

3. Im **AG-Mandat und im AN-Mandat ist zu beachten**: Der AG kann die Rechtssicherheit gewährleisten, indem er seine **Obliegenheiten gegenüber dem AN nachholt** und damit – auch - **den Verjährungsbeginn auslöst**.

4. **Konkret**: Der AG hat die Klägerin nicht durch Erfüllung der Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten in die Lage versetzt, ihren Urlaubsanspruch wahrzunehmen. Die Ansprüche verfielen deshalb weder am Ende des Kalenderjahres (§ 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG) oder eines zulässigen Übertragungszeitraums (§ 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG) noch konnte der AG mit Erfolg einwenden, der nicht gewährte Urlaub sei bereits während des laufenden Arbeitsverhältnisses nach Ablauf von drei Jahren verjährt. Den Anspruch auf Abgeltung des Urlaubs hat die Klägerin innerhalb der Verjährungsfrist von drei Jahren erhoben.

9.3 [EuGH, Urteil vom 22. September 2022 - C-518/20 und C-727/20, NZA 2022, 1323 - Mitwirkungsobliegenheit - Urlaub und Arbeitsunfähigkeit, wenn sie nicht das ganze Jahr andauert \(Vorlageentscheidung\)](#)

Zur Wiederholung: Gilt die Mitwirkungsobliegenheit auch bei **dauerhafter arbeitsunfähiger Erkrankung**?

Die Antwort gibt BAG, Urteil vom 7.9.2021 - 9 AZR 3/21 Rn. 28 ff, NZA 2022, 107

Sachverhalt

Der Kläger verlangt von der Beklagten die Abgeltung von Urlaub aus den Jahren 2015 bis 2017. Die Beklagte bzw. deren Rechtsvorgängerin beschäftigte den Kläger seit dem 1. November 2001 zuletzt auf Grundlage des Arbeitsvertrags vom 3. Dezember 2003 als Monteur. Mit Schreiben vom 27. November 2019 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis aus gesundheitlichen Gründen zum 31. Dezember 2019. Vom 18. November 2015 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses – mehr als vier Jahre - war er fortlaufend krankheitsbedingt arbeitsunfähig.

Entscheidungsgründe

Ja, die Mitwirkungspflicht gilt auch bei dauerhafter arbeitsunfähiger Erkrankung. **Aber, sie kann nicht ursächlich für den Urlaub bzw dessen Nichtnahme sein.** Ist der AG seinen Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten nicht nachgekommen, erlischt der gesetzliche Urlaubsanspruch ebenfalls gemäß § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG mit Ablauf von 15 Monaten nach Ablauf des Urlaubsjahrs, sofern es dem AN, allein weil er bis zu

diesem Zeitpunkt durchgehend krankheitsbedingt arbeitsunfähig war nicht möglich war, den Urlaub zu nehmen. In diesem Fall ist nicht die unterlassene Mitwirkung des AGs, sondern die Arbeitsunfähigkeit kausal für die fehlende Möglichkeit des ANs, den Urlaubsanspruch zu realisieren.

Sachverhalte des EuGH

1 Arbeitsunfähigkeit BAG 7.7.2020 – 9 AZR 401/19

Die bei der beklagten St. Vincenz Krankenhaus GmbH im K Hospital in T beschäftigte Klägerin (es gelten die AVR Caritas) ist im Lauf des Jahrs 2017 erkrankt und seitdem durchgehend arbeitsunfähig. Von ihrem Urlaub für das Jahr 2017 nahm sie 14 Urlaubstage nicht in Anspruch. Die Beklagte hatte die Klägerin weder aufgefordert, ihren Urlaub zu nehmen, noch darauf hingewiesen, dass nicht beantragter Urlaub mit Ablauf des Kalenderjahres oder Übertragungszeitraums verfallen kann. Mit der Klage begehrt die Klägerin festzustellen, dass ihr die restlichen 14 Urlaubstage aus dem Kalenderjahr 2017 weiterhin zustehen. Die Beklagte hat sich auf die 15-Monatsfrist berufen, der Urlaubsanspruch aus dem Jahr 2017 sei spätestens mit Ablauf des 31. März 2019 erloschen.

2. Erwerbsminderungsrente BAG 7.7.2020 – 9 AZR 245/19

Der als schwerbehinderter Mensch anerkannte Kläger ist seit dem Jahr 2000 als Frachtfahrer bei der beklagten Fraport AG beschäftigt. Seit dem 1.12.2014 bezieht er eine Rente wegen voller Erwerbsminderung, die zuletzt bis August 2019 verlängert wurde. Er begehrt noch **34 Arbeitstage Urlaub aus dem Jahr 2014**. Diese Ansprüche seien nicht verfallen, weil die Beklagte ihren Obliegenheiten, an der Gewährung und Inanspruchnahme von Urlaub mitzuwirken, nicht nachgekommen sei. Die Beklagte beruft sich auf die 15-Monatsfrist, der im Jahr 2014 nicht genommene Urlaub des Klägers sei mit Ablauf des 31. März 2016 erloschen.

Entscheidungsgründe

Der EuGH folgt dem Generalanwalt oder **die Fragen stellen, heißt sie bejahen!**

Art. 7 der RL 2003/88/EG und Art. 31 Abs. 2 GrCh **stehen einer nationalen Regelung entgegen**, nach der der Anspruch eines ANs auf bezahlten Jahresurlaub, den er in einem Bezugszeitraum erworben hat, in dessen Verlauf er tatsächlich gearbeitet hat, bevor er voll erwerbsgemindert oder aufgrund einer seitdem fortbestehenden Krankheit arbeitsunfähig geworden ist, entweder nach Ablauf eines nach nationalem Recht zulässigen Übertragungszeitraums oder **später auch dann erlöschen kann**, wenn der AG den AN nicht rechtzeitig in die Lage versetzt hat, diesen Anspruch auszuüben.

Der EuGH nimmt allein auf die vergangene Rspr. und die Anträge des Generalanwalts Bezug – das ist die Höchststrafe!

Hinweis

1. Das BAG 9 AZR 3/21 wird nun entscheiden müssen.
2. **Der Arbeitgeber trägt die volle Darlegungs- und Beweislast für die Erfüllung der Hinweispflicht.**

9.4 BAG, Urteil vom 20. Dezember 2022 – 9 AZR 401/19 (St. Vincenz) und 9 AZR 245/19 (Fraport) Volltexte derzeit [juris](https://juris.bundesarbeitsgericht.de) oder bundesarbeitsgericht.de (**Umsetzung EuGH Urteil**)

vom 22.9.2022 - C-518/20 St Vincenz Krankenhaus und C-727/20 – Fraport in nationales Recht, teilweise Aufgabe der Rspr. zur 15-Monatsfrist)

Grundsatz

Der Anspruch auf gesetzlichen Mindesturlaub aus einem Urlaubsjahr, in dem der AN **tatsächlich gearbeitet hat**, bevor er aus gesundheitlichen Gründen an der Inanspruchnahme seines Urlaubs gehindert war, erlischt regelmäßig nur dann nach Ablauf eines Übertragungszeitraums von 15 Monaten, wenn der AG ihn rechtzeitig in die Lage versetzt hat, seinen Urlaub in Anspruch zu nehmen. Dies folgt aus einer **richtlinienkonformen Auslegung des § 7 Abs. 1 und Abs. 3 BUrlG**.

Sachverhalt

Der als schwerbehinderter Mensch anerkannte Kläger ist bei der beklagten Flughafengesellschaft als Frachtfahrer im Geschäftsbereich Bodenverkehrsdienste beschäftigt. In der Zeit vom 1. Dezember 2014 bis mindestens August 2019 konnte er wegen voller Erwerbsminderung aus gesundheitlichen Gründen seine Arbeitsleistung nicht erbringen und deshalb seinen Urlaub nicht nehmen. Mit seiner Klage hat er ua. geltend gemacht, ihm stehe noch Resturlaub aus dem Jahr 2014 zu. Dieser sei nicht verfallen, weil die Beklagte ihren Obliegenheiten, an der Gewährung und Inanspruchnahme von Urlaub mitzuwirken, nicht nachgekommen sei.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die Revision des Klägers, die wegen streitiger Urlaubsansprüche aus weiteren Jahren aus prozessualen Gründen zurückzuweisen war, hatte hinsichtlich des Resturlaubs aus dem Jahr 2014 überwiegend Erfolg. Entgegen der Auffassung der AGin verfiel der im Jahr 2014 nicht genommene Urlaub des Klägers nicht allein aus gesundheitlichen Gründen.

Grundsätzlich erlöschen Urlaubsansprüche nur dann am Ende des Kalenderjahres (§ 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG) oder eines zulässigen Übertragungszeitraums (§ 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG), wenn der AG den AN zuvor durch Erfüllung sog. Aufforderungs- und Hinweissobliegenheiten in die Lage versetzt hat, seinen Urlaubsanspruch wahrzunehmen, und der AN den Urlaub dennoch aus freien Stücken nicht genommen hat. Besonderheiten bestehen, wenn der AN seinen Urlaub aus gesundheitlichen Gründen nicht nehmen konnte.

Nach bisheriger Senatsrechtsprechung gingen die gesetzlichen Urlaubsansprüche in einem solchen Fall – bei fortdauernder Arbeitsunfähigkeit – ohne weiteres mit Ablauf des 31. März des zweiten Folgejahres unter („15-Monatsfrist“). Diese Rechtsprechung hat der Senat in Umsetzung der Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs aufgrund der Vorabentscheidung vom 22. September 2022 (- C-518/20 und C-727/20 – [Fraport]), um die ihn der Senat durch Beschluss vom 7. Juli 2020 (- 9 AZR 401/19 (A) -) ersucht hat, weiterentwickelt.

Anders verhält es sich jedoch, wenn der AN – wie vorliegend der Kläger – im Urlaubsjahr tatsächlich gearbeitet hat, bevor er voll erwerbsgemindert oder krankheitsbedingt arbeitsunfähig geworden ist. In dieser Fallkonstellation setzt die Befristung des Urlaubsanspruchs regelmäßig voraus, dass der AG den AN rechtzeitig vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit in die Lage zu versetzt hat, seinen Urlaub auch tatsächlich zu nehmen.

Der für das Jahr 2014 im Umfang von 24 Arbeitstagen noch nicht erfüllte Urlaubsanspruch konnte danach nicht allein deshalb mit Ablauf des 31. März 2016 erlöschen, weil der Kläger nach Eintritt seiner vollen Erwerbsminderung mindestens bis August 2019 aus gesundheitlichen Gründen außerstande war, seinen Urlaub anzutreten. Der Resturlaub blieb ihm für dieses Jahr vielmehr erhalten, weil die AGin ihren Mitwirkungsobliegenheiten bis zum 1. Dezember 2014 nicht nachgekommen ist, obwohl ihr dies möglich war.

Hinweis:

1. Der Urlaubssenat setzt am 20.12.2022 die EuGH Rspr in nationales Recht um.

2. Die 15-Monatsfrist wird nun – unter teilweise Aufgabe der bisherigen Rspr – modifiziert:

2.1 **Grundsatz:** Der **Urlaubsanspruch verfällt – auch nach der 15-Monatsfrist - nur**, wenn der AG seine Aufforderungs- und Hinweispflicht nachgekommen ist und den AN in die Lage versetzt hat, den Urlaubsanspruch tatsächlich zu nehmen, der AN aber aus freien Stücken den Urlaub nicht nimmt.

2.2 **Ausnahme:** Der Urlaubsanspruch verfällt ausnahmsweise mit Ablauf der 15-Monatsfrist, wenn der AN **seit Beginn des Urlaubsjahres durchgehend bis zum 31. März des zweiten auf das Urlaubsjahr folgenden Kalenderjahres aus gesundheitlichen Gründen ununterbrochen daran gehindert war**, seinen Urlaub anzutreten. Für diesen Fall kommt es nicht darauf an, ob der AG seinen Mitwirkungsobliegenheiten nachgekommen ist, weil diese nicht zur Inanspruchnahme des Urlaubs hätten beitragen können. Die Erfüllung des Urlaubsanspruchs war unmöglich.

9.5 BAG, Urteil vom 31. Januar 2023 – 9 AZR 85/22, NZA 2023, 1121 - Urlaub - 15 Monatsfrist – Mitwirkungsobliegenheiten (Umsetzung der EuGH-Rspr./Bestätigung der Rspr.)

Fortdauernd ganzjährige arbeitsunfähige Erkrankung über mehr als den 31.3.des Folgejahres hinaus. Konkret über 11 Jahre!

Sachverhalt

Der Kläger war seit dem 4. Januar 2010 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 25. Februar 2021 durchgehend arbeitsunfähig erkrankt. Er begehrt Urlaubsabgeltung der Jahre 2016 und 2017.

Entscheidungsgründe

Die Revision war unbegründet. Es handelt sich um die **Fallgruppe der fortdauernd arbeitsunfähigen Erkrankung**, welche die Erfüllbarkeit der Urlaubsansprüche ausschließt, weshalb die Mitwirkungsobliegenheit nicht kausal werden kann. Für eine eigenständige Regelung des Mehrurlaubs fehlte der Vortrag.

Hinweis

Der Neunte Senat verneint in nun gefestigter Rechtsprechung die **Kausalität der Verletzung der Mitwirkungsobliegenheit durch den Arbeitgeber**. Durch die ganzjährige fortdauernde Erkrankung kann der Arbeitnehmer keinen Urlaub in Anspruch nehmen, die Urlaubsgewährung ist durch die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers unmöglich geworden, § 275 Abs. 1 BGB – nicht durch die Unterlassung der Mitwirkungsobliegenheit des Arbeitgebers.

9.6 BAG, Urteil vom 31. Januar 2023 – 9 AZR 107/20, ZAT 2023, 136 mit Anmerkung Gundel Urlaub - 15 Monatsfrist – Mitwirkungsobliegenheiten (Erste Entscheidung zur Rechtzeitigkeit)

Was passiert, wenn die Arbeitsunfähigkeit früh im Jahr eintritt, konkret am 18. Januar und dann mehr als zwei Jahre andauert?

Sachverhalt

Die Parteien streiten mit der am 8. März 2019 zugestellten Klage über die Abgeltung von **30 Tagen Urlaub aus dem Jahr 2016 iHv. 5.504,70 Euro brutto**. Der Kläger war seit dem 1.11.1989 bei der Beklagten beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis fand der **TVöD Anwendung**. Darin heißt es in der für den streitgegenständlichen Zeitraum maßgeblichen Fassung zum Erholungsurlaub: „**§ 26 Erholungsurlaub**

(1) ¹Beschäftigte haben in jedem Kalenderjahr Anspruch auf Erholungsurlaub unter Fortzahlung des Entgelts (§ 21). ²Bei Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit auf fünf Tage in der Kalenderwoche beträgt der Urlaubsanspruch in jedem Kalenderjahr 30 Arbeitstage. ³Bei einer anderen Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit als auf fünf Tage in der Woche erhöht oder vermindert sich der Urlaubsanspruch entsprechend. ⁴Verbleibt bei der Berechnung des Urlaubs ein Bruchteil, der mindestens einen halben Urlaubstag ergibt, wird er auf einen vollen Urlaubstag aufgerundet; Bruchteile von weniger als einem halben Urlaubstag bleiben unberücksichtigt. ⁵Der Erholungsurlaub muss im laufenden Kalenderjahr gewährt und kann auch in Teilen genommen werden.

(2) Im Übrigen gilt das Bundesurlaubsgesetz mit folgenden Maßgaben:

a) Im Falle der Übertragung muss der Erholungsurlaub in den ersten drei Monaten des folgenden Kalenderjahres angetreten werden. Kann der Erholungsurlaub wegen Arbeitsunfähigkeit oder aus betrieblichen/dienstlichen Gründen nicht bis zum 31. März angetreten werden, ist er bis zum 31. Mai anzutreten. ...“

Der Kläger war vom 18. Januar 2016 bis zur Beendigung seines Arbeitsverhältnisses durchgehend arbeitsunfähig erkrankt. Das Arbeitsverhältnis der **Parteien endete durch Aufhebungsvertrag vom 7. Februar 2019 mit Ablauf des 28. Februar 2019.** § 2 des „Auflösungsvertrags“ regelt ua.:

„1. Für bestehenden Mindesturlaub aus 2017, Resturlaub aus 2018 und Januar und Februar 2019 erfolgt im Monat Februar 2019 eine Auszahlung. Der Resturlaub 2016 ist strittig.

2. Nicht erbrachte Arbeitsstunden ... werden bei Auszahlung in Abzug gebracht.

3. Sonstige Ansprüche aus dem Beschäftigungsverhältnis und seiner Beendigung bestehen nicht.“

Er Kläger ist der Ansicht, trotz der durchgehenden krankheitsbedingten Fehlzeit sei der Urlaubsanspruch aus dem Jahr 2016 nicht nach 15 Monaten mit Ablauf des 31. März 2018 erloschen, weil die Beklagte ihn nicht durch Erfüllung ihrer Mitwirkungsobliegenheiten in die Lage versetzt habe, Urlaub tatsächlich wahrzunehmen. Da die Arbeitsunfähigkeit auf Mobbinghandlungen seines Vorgesetzten zurückzuführen sei, könne sich die Beklagte außerdem nicht darauf berufen, dass er seine Arbeitsfähigkeit nicht wiedererlangt habe. Es sei ihre Aufgabe gewesen, ihm eine adäquate leidensgerechte Tätigkeit zuzuweisen. Dazu habe er dem Bürgermeister erklärt, seine Arbeit an anderer Stelle aufnehmen zu können, an der er nicht mehr seinem bisherigen Vorgesetzten untergeordnet sei. Bei der vom Bürgermeister aufgezeigten Möglichkeit, statt im Tiefbau zukünftig im Hochbau tätig zu werden, sei dies nicht der Fall gewesen.

Die Beklagte beruft sich auf die durch unionsrechtskonforme Auslegung des § 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG sich ergebende 15-Monatsfrist. Bei durchgehender Arbeitsunfähigkeit des Klägers erlösche der Urlaubsanspruch auch ohne Erfüllung der Mitwirkungsobliegenheiten. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist teilweise begründet, sie ist deshalb an das LAG zurückzuverweisen. Der Senat wiederholt seine Rechtsprechung zur Mitwirkungsobliegenheit und zur unionskonformen Auslegung des § 7 Abs. 3 BUrlG. „Eine besondere Konstellation, in der die 15 Monatsfrist bei unterjährigem Eintritt der krank-

heitsbedingten Arbeitsunfähigkeit ausnahmsweise zu laufen beginnt, ohne dass der Arbeitgeber seinen Mitwirkungsobliegenheiten nachgekommen ist, besteht bei einer früh im Urlaubsjahr eintretenden Erkrankung des Arbeitnehmers. Dem Arbeitgeber muss es tatsächlich möglich sein, den Arbeitnehmer vor dessen Erkrankung in die Lage zu versetzen, Urlaub zu nehmen. Solange dies aufgrund des frühen Zeitpunkts des Krankheitseintritts im Urlaubsjahr nicht der Fall ist, kann die Befristung des Urlaubsanspruchs nicht von der Erfüllung der Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten abhängen. Das Risiko, wegen einer im Urlaubsjahr eintretenden Krankheit Urlaubsansprüche nicht erfüllen zu können, ist dem Arbeitgeber somit erst zugewiesen, wenn er seinen Obliegenheiten tatsächlich nachkommen konnte.

Ausgangspunkt seien die Obliegenheiten aus § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG, die keinem Selbstzweck dienen. Sie sollen verhindern, dass der AN den Urlaubsanspruch verliert, weil er ihn in Unkenntnis der Befristung nicht rechtzeitig gegenüber dem AG geltend macht. Tritt die Arbeitsunfähigkeit des ANs so früh im Urlaubsjahr ein, dass es dem AG tatsächlich nicht möglich war, zuvor seine Obliegenheiten zu erfüllen, verfällt der Urlaubsanspruch bei fortdauernder Erkrankung mit Ablauf eines Übertragungszeitraums in jedem Fall 15 Monate nach Ende des Urlaubsjahres (vgl. EuGH 22. September 2022 - C-518/20 und C-727/20 - [Fraport] Rn. 42, mit ausdrücklichem Hinweis Rn. 65 der Schlussanträge des Generalanwalts Jean Richard de la Tour vom 17. März 2022). Auch die Nichtbeachtung der Mitwirkungsobliegenheiten ändert in diesem Fall nichts daran, dass der nicht angetretene Urlaub erlischt.

Mit Entstehung des Urlaubsanspruchs muss der AG seiner Verantwortung im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme des Urlaubs unverzüglich iSv. § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB nachkommen, um nicht das Risiko zu tragen, dass Urlaub wegen einer im Verlauf des Urlaubsjahres eintretenden krankheitsbedingten Erkrankung des ANs nicht am Ende von 15 Monaten erlischt.

Maßgeblich dafür, ob der AG den AN unverzüglich aufgefordert hat, seinen Urlaub zu nehmen, und ihm klar mitgeteilt hat, dass der Urlaub mit Ablauf des Kalenderjahres oder Übertragungszeitraums verfällt, wenn er ihn nicht beantragt, ist der Zugang der Erklärung beim AN. Entsprechend der Legaldefinition in § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB müssen Aufforderung und Hinweis nicht sofort nach Urlaubsentstehung erfolgen, sondern ohne schuldhaftes Zögern. Die Zeitspanne, die dem AG zur Vorbereitung und Durchführung der Belehrung einzuräumen ist, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Da die Berechnung des Urlaubsanspruchs und die Formulierung der Belehrung regelmäßig keine besonderen Schwierigkeiten bereiten, ist unter normalen Umständen eine Zeitspanne von einer (Urlaubs-)Woche (dh. in Anlehnung an § 3 BUrlG sechs Werktage) ausreichend. Ohne Vorliegen besonderer Umstände (wie zB Betriebsferien zu Jahresbeginn) handelt der AG nicht unverzüglich, wenn er seine Mitwirkungsobliegenheiten erst später als eine Woche nach Urlaubsentstehung erfüllt.

Urlaub kann außerdem nur in dem Umfang erhalten bleiben, in dem der Arbeitnehmer ihn bis zum Eintritt der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit tatsächlich hätte in Anspruch nehmen können. Soweit der Arbeitnehmer den Urlaub selbst bei ordnungsgemäßer Erfüllung der Mitwirkungshandlungen aus gesundheitlichen Gründen nicht hätte antreten können, treffen den Arbeitgeber nicht die grundsätzlichen eintretenden nachteiligen Folgen der Obliegenheitsverletzung. Eine Kausalität zwischen der Nichtinanspruchnahme des Urlaubs durch den Arbeitnehmer und der Nichtvornahme der Mitwirkung durch den Arbeitgeber ist in diesem Fall ausgeschlossen.

Der Neunte Senat hat dem Kläger einen Urlaubsanspruch von grundsätzlich fünf Urlaubstagen zuerkannt. 25 Urlaubstage waren verfallen. Die Zurückverweisung erfolgte, weil die beklagte Gemeinde die Möglichkeit haben soll besondere Umstände darzulegen, welche die Erfüllung der Mitwirkungsobliegenheit ausnahmsweise gehindert haben.

Hinweis

Die erste Entscheidung des BAG zur **Rechtzeitigkeit der Mitwirkungsobliegenheit**. Ein strengerer Maßstab als die Unverzüglichkeit ist im Gesetz nicht zu finden. Alle Literatur, welche eine Mitwirkungsobliegenheit im Jahresverlauf noch als rechtzeitig angesehen haben, werden nun „lügengestraft“.

1. Im TVöD ist ein **Gleichlauf von gesetzlichen Mindesturlaub und tariflichem Mehrurlaub** bzgl. der Sachgruppe **Mitwirkungsobliegenheit** gegeben. Der TVöD enthält keine eigenständige Regelung zur Mitwirkungsobliegenheit.

2. Die **Frist zur rechtzeitigen Erfüllung der Mitwirkungsobliegenheit beträgt eine Woche – sechs Werktage**.

3. Urlaub kann nur in dem Umfang erhalten bleiben, in welchem er **erfüllbar gewesen wäre**, weil sonst die Mitwirkungsobliegenheit nicht ursächlich sein kann.

4. **Konkret:** Erfüllbar waren die Arbeitstage zwischen Montag, dem 4. Januar 2016 und Freitag, dem 15. Januar 2016, **zehn Arbeitstage**. Die Gewährung und Inanspruchnahme der weiteren 20 Arbeitstage Urlaub waren wegen der Erkrankung des Klägers sowohl im Urlaubsjahr als auch in der 15 Monatsfrist unabhängig davon unmöglich, dass die Beklagte ihren Mitwirkungsobliegenheiten nicht nachgekommen ist. Deshalb konnte der Urlaubsanspruch in diesem Umfang spätestens am 31. März 2018 verfallen. Es fehlte die Kausalität der Verletzung der Mitwirkungspflicht.

Die Beklagte musste ihre Mitwirkungsobliegenheiten rechtzeitig, unverzüglich, jedoch nicht vor dem 8. Januar 2016 erfüllen, um den Kläger noch unverzüglich in die Lage zu versetzen, seinen Urlaubsanspruch wahrzunehmen. Bei den bis dahin verstrichenen fünf Arbeitstagen handelt es sich um die Zeitspanne, die der Beklagten jedenfalls zur Verfügung stand, um den Urlaub des Klägers für des Jahr 2016 zu initiieren (**Karenzzeit**). Erst nach deren Ablauf ist das Risiko, dass Urlaubsansprüche wegen einer Langzeiterkrankung verfallen, auf die beklagte Arbeitgeberin übergegangen und eine Kausalität zwischen der Nichterfüllung des Urlaubs und der unterbliebenen Mitwirkung gegeben.

5. **Kein Schadenersatz:** Soweit der Kläger Mobbinghandlungen und anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten einwendet, ist die Klage unbegründet. Der Kläger, der nach allgemeinen Regeln für die den Schadenersatzanspruch begründenden Tatsachen darlegungs- und beweisbelastet ist, hat nicht hinreichend konkret dargelegt, welche Beschäftigung innerhalb des arbeitsvertraglich vereinbarten Rahmens möglich gewesen wäre und dass er eine solche von der Beklagten verlangt hätte.

9.7 BAG, Urteil vom 28. März 2023 – 9 AZR 588/21, NZA 2023, 866 15-Monatsfrist – gesetzliche Tilgungsbestimmung § 366 Abs. 2 BGB – Mitwirkungsobliegenheit (**Bestätigung der Rspr.**)

Sachverhalt

Die Parteien stritten über die Abgeltung von 10 Tagen **(Mehr)Urlaubsansprüchen iHv. 1.509,08 Euro brutto**. Auf das Arbeitsverhältnis fanden der **TV-L Anwendung**. Durch Erlass des Finanzministeriums des Landes Schleswig-Holstein wurde der Urlaub entsprechend der Regelung für Beamte **abweichend vom BUrlG bis 30.9. des Folgejahres übertragen**. Die schwerbehinderte Klägerin war von **Juli 2019 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Januar 2021 arbeitsunfähig erkrankt**. Am 12.6.2020 schrieb das beklagte Land:

„Sie haben derzeit noch 18 Urlaubstage aus dem Urlaubsjahr 2019, die in das laufende Urlaubsjahr übertragen wurden und die Sie noch nicht beantragt haben. Ich weise Sie darauf hin, dass dieser übertragene Urlaub spätestens bis einschließlich 30.09.2020 abgewickelt sein muss. Übertragener Urlaub, den Sie nicht rechtzeitig vor dem 01.10.2020 genommen haben, verfällt am 01.10.2020.“

Im Jahr 2019 wurden der Klägerin antragsgemäß 17 Tage Urlaub gewährt. 8 Tage Urlaub galt das beklagte Land bei Beendigung ab. **Die Klägerin verlangt die Abgeltung der restlichen zehn Urlaubstag des Jahres 2019**. Das LAG hat der Klage stattgegeben.

Entscheidungsgründe

Das BAG wies die Revision des beklagten Landes zurück. Der Verfall des 35-tägigen Urlaubsanspruchs richte sich **allein nach dem TV-L** sowie dem Erlass des Finanzministeriums. Mit der Urlaubsgewährung von 17 Arbeitstagen und Abgeltung von acht Urlaubstagen für das Jahr 2019 habe die Beklagte die Ansprüche auf den gesetzlichen Mindesturlaub (20 Arbeitstage) sowie den Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen (5 Arbeitstage) getilgt. **Offen war damit der tarifvertragliche Mehrurlaub in Höhe von zehn Arbeitstagen**. Stehen dem Arbeitnehmer im Kalenderjahr auf unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen beruhende Erholungsurlaubsansprüche zu, für die unterschiedliche Regelungen gelten, handelt es sich um selbstständige Urlaubsansprüche. Deshalb ist § 366 BGB anzuwenden, wenn die Urlaubsgewährung durch den Arbeitgeber nicht zur Erfüllung sämtlicher Urlaubsansprüche ausreicht und der Arbeitgeber – wie vorliegend – keine Tilgungsbestimmung i.S.v. § 366 Abs. 1 BGB vorgenommen hat. Nach der jüngsten Rspr. des Neunten Senats ist dann die in § 366 Abs. 2 BGB vorgegebene Tilgungsreihenfolge mit der Maßgabe heranzuziehen, dass: Zuerst gesetzliche Urlaubsansprüche und als Zweites die den gesetzlichen Mindesturlaub übersteigenden (Mehr)Urlaubsansprüche erfüllt werden.

Da die Tilgungsbestimmung „bei Leistung“ also der Gewährung des Urlaubs getroffen werden muss, kommt eine nachträgliche Tilgungsbestimmung – wie durch das Schreiben im Jahr 2020 – nicht in Betracht.

Der tarifliche Mehrurlaub im Umfang von zehn Arbeitstagen ist auch nicht verfallen. Die Beklagte hat ihre Mitwirkungsobliegenheit nicht vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit der Klägerin erfüllt. Sie hat die Klägerin nicht rechtzeitig in die Lage versetzt, diesen Anspruch auszuüben. Insbesondere ist auch keine förmliche Aufforderung, den Urlaub zu nehmen, erfolgt. Das Schreiben aus dem Jahr 2020 reiche auch insoweit nicht aus.

Hinweis

1. Der Neunte Senat **bestätigt seine Rechtsprechung** (BAG, Urteil vom 1. März 2022 – 9 AZR 353/21, NZA 2022, 911) zur **Tilgungsbestimmung verschiedener Urlaubsansprüche** und setzt diese fort:

- (1) Eine **Tilgungsbestimmung ist bei Urlaubsgewährung** vorzunehmen.
- (2) Sie kann **nicht nachgeholt** oder nachträglich geändert werden.

(3) Nach § 366 Abs. 2 BGB in der Auslegung des Gerichts werden **zuerst die gesetzlichen Urlaubsansprüche** (Mindesturlaub und Zusatzurlaub nach § 208 SGB IX) erfüllt, dann ein etwaiger tarifvertraglicher oder arbeitsvertraglicher Mehrurlaubsanspruch.

2. Das beklagte Land muss – **auch für den Mehrurlaubsanspruch** - die **Mitwirkungsobliegenheit ordnungsgemäß erfüllen**, soll der Urlaubsanspruch nach Ablauf des Übertragungszeitraumes in Folge wirksamer Befristung erlöschen. Das scheiterte vorliegend aus drei Gründen:

(1) Das Schreiben **erfolgt nach Erkrankung der Klägerin**, also zu einem Zeitpunkt zu welchem die Erfüllung fortdauernd ausgeschlossen war.

(2) Rechtzeitig wäre die Erfüllung nur mit **Ablauf des sechsten Werktages des Jahres** gewesen.

(3) Auch der Wortlaut war zu zurückhaltend („Ich weise Sie darauf hin, dass dieser übertragene Urlaub spätestens bis einschließlich 30.09.2020 abgewickelt sein muss“); **Es fehlte die förmliche Aufforderung zur Urlaubsnahme.**

3. Zinsen sind nach der st. Rspr. des BAG erst am Tag nach Eintritt des Verzuges zu bezahlen.

9.8 BAG, Urteil vom 31. Januar 2023 - 9 AZR 456/20, NZA 2023, 757 Verjährung – unionskonforme Auslegung - Urlaubsabgeltungsanspruch (Erste Entscheidung/Umsetzung der EuGH-Rspr.)

Während sich die vorstehenden Entscheidungen mit dem Urlaubsanspruch im laufenden Arbeitsverhältnis befassen, hat das BAG zugleich auch zur Verjährung des Urlaubsabgeltungsanspruchs entschieden und § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB unionsrechtskonform ausgelegt.

Sachverhalt

Der Kläger war vom 9.10.2010 bis zu seiner fristlosen, hilfsweise ordentlichen Kündigung vom 12.8.2019 bei der Beklagten zunächst als leitender Angestellter, ab dem 19.10.2015 als Auftragnehmer, tätig. Er begehrt mit der am 29.8.2019 zugestellten Klage die **Abgeltung von 270 Tagen Urlaub der Jahre 2010 bis 2018**. Die Beklagte berief sich auf Verjährung. ArbG und LAG wiesen die Klage ab, **das LAG stellte rechtskräftig die Arbeitnehmereigenschaft für die Jahre 2010 bis 2015 fest**. Der Kläger begehrt mit der Revision Urlaubsabgeltung iHv. 44.890,80 Euro brutto.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat **für die Jahre 2010 bis 2014 Erfolg**, im Übrigen war sie für das Jahr **2015 abzuweisen**. Ausgangspunkt ist die jüngere Rechtsprechung des BAG, wonach der Anspruch auf Urlaubsabgeltung als **reiner Geldanspruch** uneingeschränkt der Verjährung unterliegt. Die **Verjährungsvorschriften des deutschen Rechts, § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB muss unionsrechtskonform ausgelegt werden**. Die Verjährungsfrist beginnt mit der Entstehung des Anspruchs. Im Fall des Anspruchs eines Arbeitnehmers auf Abgeltung nicht gewährten Urlaubs entsteht der Anspruch mit der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses und wird grundsätzlich zu diesem Zeitpunkt fällig. Weiter bedarf es für den Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB der Kenntnis des Gläubigers. Der Verjährungsbeginn setzt aus Gründen der Rechtssicherheit und Billigkeit grundsätzlich nur die Kenntnis der den Anspruch begründenden Umstände voraus.

Begehrt ein Arbeitnehmer von dem Arbeitgeber, nicht genommenen Urlaub abzugelten, ist bei der Beurteilung, zu welchem Zeitpunkt die Verjährungsfrist beginnt, auf Seiten des Arbeitnehmers sowohl die grundrechtliche Gewährleistung des Eigentums als auch der grundrechtsgleiche Anspruch auf effektiven Rechtsschutz betroffen. Die Beschreitung des Rechtswegs und die Ausschöpfung prozessualer Möglichkeiten droht insbesondere in den Fällen vereitelt zu werden, in denen das Kostenrisiko zu dem mit dem Verfahren angestrebten Erfolg außer Verhältnis steht, so dass die Inanspruchnahme der Gerichte nicht mehr sinnvoll erscheint. **Die Verjährungsfrist ist deshalb aufgeschoben, solange eine Klageerhebung für den Arbeitnehmer aufgrund der gegenteiligen höchstrichterlichen Rechtsprechung des BAG für den Arbeitnehmer nicht zumutbar war.** Maßgeblich für die Beurteilung, ob eine Rechtsprechung vorliegt, die eine erfolgreiche Klage aus Sicht des Gläubigers als ausgeschlossen erscheinen lässt, ist der Zeitpunkt, in dem der Anspruch entsteht.

Die Zumutbarkeit der Klageerhebung beginnt – so der Neunte Senat - erst mit **Bekanntgabe der Entscheidung des EuGH vom 6.11.2018** (C-684/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften], NZA 2018, 1474). Erst zu diesem Zeitpunkt hat der EuGH mit der Begründung der Mitwirkungs Pflichten des Arbeitgebers neue Regelungen für den Verfall von Urlaubsansprüchen vorgegeben. Bis zu diesem Zeitpunkt war einem Arbeitnehmer, der angesichts der früheren Rechtsprechung des BAG vom Verfall des Urlaubsanspruchs nach Ablauf eines Kalenderjahres oder Übertragungszeitraums ausgehen musste, eine Klageerhebung nicht zumutbar.

Die Rechtsprechung des EuGH (Urt. v. 22.9.2022 - C-120/21, NZA 2022, 1326) wonach der Urlaubsanspruch ohne Erfüllung der Mitwirkungsobliegenheit nicht verjährt, **gilt für die Urlaubsabgeltung nicht.** Der Urlaubsanspruch und der Urlaubsabgeltungsanspruch sind zu unterscheiden. Es besteht keine Zweckidentität und damit keine Gleichbehandlung. Der Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses bildet eine Zäsur, weil danach: (1) keine Freistellung zu Erholungszwecken unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts mehr möglich ist, (2) weder neue Urlaubsansprüche entstehen noch bestehende nach § 7 Abs. 3 BUrlG erlöschen können und (3) der innere Zusammenhang zwischen der tatsächlich geleisteten bzw. zu leistenden Arbeit und dem Urlaub durch deren Umwandlung in einen Abgeltungsanspruch aufgelöst wird. Nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses trifft den Arbeitgeber keine Mitwirkungsobliegenheit mehr, weil eine Realisierung des Urlaubsanspruchs unmöglich ist. Auch die strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber endet mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Konkret: Für die **Urlaubsansprüche des laufenden Arbeitsverhältnisses** galt die Mitwirkungsobliegenheit des Arbeitgebers, welche nicht erfüllt war. Eine Befristung konnte nicht eintreten. **150 Tage der Jahre 2010 bis 2014 verjährten bis zum 6.11.2018 nicht.** Im Jahr 2015 war das Arbeitsverhältnis beendet, weshalb der Urlaubsanspruch des Jahrs 2015 fällig wurde und mit Anlauf des Jahrs 2018 verjährt war, weil es auf die Mitwirkungsobliegenheit bei der Urlaubsabgeltung – im Gegensatz zum laufenden Arbeitsverhältnis - nicht ankommt

Hinweis

1. Allgemein gilt: **Ansprüche auf die Abgeltung von Urlaubsansprüchen aus Jahren vor 2018 (Beendigung des Arbeitsverhältnisses bis 2017)**, die wegen der Verletzung der Mitwirkungsobliegenheiten nicht verfallen waren, weil sie aus Urlaubsansprüchen im laufenden Arbeitsverhältnis resultieren, konnten aufgrund der vorstehenden Entscheidung nur bis zum Ablauf der Verjährungsfrist beginnend am 6.11.2018 und **damit endend am 31.12.2021 verjährungsunterbrechend geltend gemacht werden.**

2. Ansprüche auf Urlaubsabgeltung aus Arbeitsverhältnissen, die 2018 oder 2019 beendet worden sind, haben auch mit Blick auf die neue Rechtsprechung des BAG keine Aussicht auf Erfolg, wenn sich der Arbeitgeber auf die Verjährung beruft.

3. Die Verjährung der Urlaubsabgeltungsansprüche des Jahrs 2020 endet mit Ablauf des 31.12.2023.

9.9 BAG, Urteil vom 31. Januar 2023 - 9 AZR 244/20, NZA 2023, 818 Verfall – Ausschlussfrist – Urlaubsabgeltungsanspruch (Erste Entscheidung/Umsetzung der EuGH-Rspr.)

Sachverhalt

Der Kläger nimmt die Beklagte auf **Abgeltung von Urlaub aus den Jahren 2007 bis 2010 in Anspruch**. Er war in der Zeit von 1. April 2007 bis zum 30. Juni 2010 als sog. Pauschalist in der Online-Redaktion tätig. Der anwendbare Manteltarifvertrag für Redakteurinnen und Redakteure an Tageszeitungen (MTV) enthält ua. folgende Regelungen: „**§ 9 Urlaub**

5. Der Urlaub muss innerhalb des laufenden Urlaubsjahres, spätestens bis zum 31. März des folgenden Jahres gewährt und genommen werden, und zwar grundsätzlich zusammenhängend. Er kann aus betrieblichen Gründen in höchstens zwei Abschnitte geteilt werden, auch auf Wunsch der Redakteurin/des Redakteurs ist eine Teilung möglich, sofern betriebliche Gründe nicht entgegenstehen. ...

§ 18 Anspruchsverfolgung ...

1. Mit Ausnahme der Regelung für den Urlaub (§ 9 Abs. 5) ... sind nicht erfüllte Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis innerhalb dreier Monate nach Fälligkeit geltend zu machen. Lehnt eine Partei die Erfüllung des geltend gemachten Anspruchs schriftlich ab, so muss dieser innerhalb eines halben Jahres nach Fälligkeit gerichtlich geltend gemacht werden. Bei späterer Geltendmachung als nach Satz 1 und Satz 2 kann die Erfüllung verweigert werden.“

Im Anschluss an die vorstehende Entscheidung zur Verjährung hat der Neunte Senat auch zum Verfall des Urlaubsabgeltungsanspruchs durch Ausschlussfristen entschieden. Der Urlaubsabgeltungsanspruch, als Geldanspruch, unterliegt nicht nur der Verjährung, er unterliegt auch arbeits- und tarifvertraglichen Ausschlussfristen (**zu § 26 TVöD: BAG, Urt. v. 22.1.2019 – 9 AZR 45/16, Rn. 30, NZA 2019, 829**). Das BAG legt die aufgrund arbeits- oder tarifvertraglicher Regelung geltenden **Ausschlussfristen/Verfallfristen die den Urlaubsabgeltungsanspruch erfassen unionskonform aus**. Auch Ausschlussfristen konnten deshalb – wie Verjährungsfristen - **erst mit der Bekanntgabe des Urteils des EuGH vom 6.11.2018 (aaO.) zu laufen beginnen**.

Konkret: Die unionskonforme Auslegung des § 18 Nr. 1 Satz 1 MTV ergab, dass die Ausschlussfrist erst nach dem Tag der Verkündung der Entscheidung des Gerichtshofs vom 6. November 2018 (- C-684/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften]), aaO.) zu laufen begann, soweit es dem Arbeitnehmer im Hinblick auf die vormalige Rechtsprechung des Senats zum Verfall von Urlaubsansprüchen im laufenden Arbeitsverhältnis nicht zumutbar war, Ansprüche auf Abgeltung gegenüber dem Arbeitgeber geltend zu machen. Mit seinem Schreiben vom 1. August 2018 und der nachfolgend erhobenen Klage hat der Kläger die Ausschlussfrist des § 18 Abs. 1 MTV gewahrt.

Hinweis

1. Für alle **Altansprüche auf die Abgeltung von Urlaubsansprüchen**, die wegen der Verletzung der Mitwirkungsobliegenheiten nicht verfallen waren, begann die Ausschlussfrist aufgrund der vorstehenden Entscheidung mit dem 6.11.2018. Sie mussten nach den jeweiligen Regeln geltend gemacht werden. Im Fall des **TVöD und des TV-L (§ 37) beträgt die Ausschlussfrist 6 Monate zur schriftlichen Geltendmachung.**

2. Ansprüche auf Urlaubsabgeltung aus Arbeitsverhältnissen, die ab dem 6.11.2018 endeten, unterfielen der jeweils anwendbaren Ausschlussfrist.

9.10 BAG, Urteil vom 25. Juli 2023 – 9 AZR 285/22, NZA 2023, 1200 Tariflicher Mehrurlaub - Arbeitsunfähigkeit – Verfall (Bestätigung der Rspr.)

Der MTV Chemische Industrie enthält im Gegensatz zum TVöD/TV-L eine eigenständige tarifvertragliche Regelung zur Befristung des Arbeitsverhältnisses. Die Initiativlast für die Geltendmachung des (bis zum 31.3. des Folgejahres erstreckten) Urlaubsanspruchs liegt beim Arbeitnehmer – eine Mitwirkungsobliegenheit für den tarifvertraglichen Mehrurlaubsanspruch besteht deshalb nicht!

Sachverhalt

Die Parteien streiten über **zehn Tage tariflichen Mehrurlaub aus dem Jahr 2020**. Das Arbeitsverhältnis des schwerbehinderten Klägers unterlag kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit dem Manteltarifvertrag für die chemische Industrie („MTV“). Danach ist Urlaubsjahr das Kalenderjahr (§ 3 Abschnitt I Abs. 2. MTV). § 12 Abschnitt I Abs. 11 MTV regelt außerdem, dass der Urlaub bis spätestens 31.03. des folgenden Kalenderjahres zu gewähren ist; der Urlaubsanspruch erlischt, wenn er nicht bis dahin geltend gemacht worden ist.

Der Kläger, der von **Januar 2020 bis Oktober 2021 durchgehend arbeitsunfähig erkrankt**. Er stellte im März 2021 den Antrag, seinen tariflichen Urlaub sowie seinen Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen aus dem Jahr 2020 zu übertragen. Die Beklagte bestätigte die Übertragung des gesetzlichen Mindesturlaubs sowie des Zusatzurlaubs; für den tariflichen Mehrurlaub wies sie auf den am 31.03.2021 eintretenden Verfall hin. Der Kläger ist der Auffassung, sein Schreiben stehe dem Verfall des tariflichen Mehrurlaubs entgegen. Die Klage blieb in allen drei Instanzen erfolglos.

Entscheidungsgründe

Der tarifliche Mehrurlaub des Klägers aus dem Jahr 2020 ist ungeachtet seiner bestehenden Arbeitsunfähigkeit mit Ablauf des 31.03.2021 verfallen. Deshalb kommt es nicht darauf an, ob der Arbeitgeber seine Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten erfüllt hat. Die Tarifvertragsparteien haben mit § 12 Abschnitt I Abs. 11 MTV eine Regelung geschaffen, die eine **vom BUrlG abweichende Befristung des Urlaubsanspruchs vorsieht**. Der MTV sieht - entgegen dem BUrlG - eine Übertragung des tariflichen Urlaubsanspruchs über den 31.03. des auf das Kalenderjahr folgenden Jahres hinaus nicht vor. Dies auch nicht für den Fall einer langandauernden Erkrankung. Abweichend von § 7 Abs. 3 BUrlG, der eine Übertragung des Urlaubs vom Urlaubsjahr in das Folgejahr an das Vorliegen besonderer Gründe knüpft, erlaubt § 12 Abschnitt I Abs. 11 MTV dem Arbeitnehmer, den Urlaub flexibel bis zum 31.03. des Folgejahres zu nehmen. Eines Grundes bedarf es dafür nicht. Dieser Verzicht auf Übertragungsgründe führt im Ergebnis dazu, dass das Urlaubsjahr über das Kalenderjahr hinaus bis zum 31.03. des Folgejahres ausgedehnt wird.

Die Initiativlast für die Geltendmachung des Urlaubsanspruchs – innerhalb des erstreckten Urlaubsjahrs - liegt nach dem Wortlaut von § 12 Abschnitt I Abs. 11 MTV beim Arbeitnehmer. Der tarifliche

Mehrurlaub erlischt deshalb, sofern er vom AN nicht bis Ende März geltend gemacht worden ist. Dies erfordert ein konkretes Urlaubsverlangen des Arbeitnehmers. Der Urlaubsanspruch solle an das (ausgedehnte) Urlaubsjahr gebunden und so eine zeitliche Nähe zwischen dem Bemessungszeitraum (Kalenderjahr) und der zeitlichen Lage des Urlaubs gewährleistet werden.

Der Kläger hat konkret keinen nach zeitlicher Lage und Umfang spezifizierten Urlaubsantrag gestellt. Das Schreiben des Klägers aus dem März 2021 ist schon keine „Geltendmachung“ im Sinne des MTV.

Hinweis

1. Es liegt schon kein Urlaubsantrag vor.
2. Doch selbst soweit ein Urlaubsantrag vorgelegen hätte, wäre der Urlaub in Folge der fortlaufenden Arbeitsunfähigkeit nicht erfüllbar gewesen (vgl. BAG aaO. Rn. 21). Der Neunte Senat bestätigt seine bisherige Rspr zum MTV Chemische Industrie auch nach der EuGH Rechtsprechung des EuGH zur Mitwirkungsobliegenheit (vgl. BAG Urteil vom 9.3.2021 - 9 AZR 310/20, Rn. 13 ff., NZA 2021, 1202; BAG Urteil vom 17.11.2015 - 9 AZR 275/14, Rn. 24 f.). Tarifvertragsparteien können den Verfall von tariflichen Mehrurlaubsansprüchen vollständig oder teilweise abweichend vom gesetzlichen Mindesturlaub regeln, auch deren Verfall. Das BAG hat eine Regelung gebilligt, nach der der tarifliche Mehrurlaub am Ende des Jahres oder des Übertragungszeitraums verfällt, ohne dass der Arbeitgeber zuvor seiner Mitwirkungsobliegenheit nachkommt (**keine Abweichung von der Mitwirkungsobliegenheit bei § 26 TVöD: BAG Urteil vom 19.2.2019 - 9 AZR 541/15; NZA 2019, 982**). Auch ist anerkannt, dass den Arbeitnehmer die Initiativlast treffen kann, wenn der Mehrurlaub zur Vermeidung seines Verfalls vor einem bestimmten Termin geltend gemacht werden muss (Bundesmanteltarifvertrag Süßwarenindustrie: BAG Urteil vom 25.8.2020 - 9 AZR 214/19, NZA 2021, 217).
3. Verzichten die Tarifvertragsparteien hingegen auf eine abweichende Regelung, gelten die Voraussetzungen für den Verfall des gesetzlichen Mindesturlaubs grundsätzlich auch für den tariflichen Mehrurlaub (BAG Urteil vom 29.9.2020 - 9 AZR 113/19, NZA 2021, 279). So im Fall des TVöD und des TV-L. **Die Abweichung in § 26 Abs. 2a TVöD** (Urlaubsantritt und Erstreckung bis zum 31. Mai bei Arbeitsunfähigkeit) ist irrelevant, weil sie nur den Urlaubsantritt und die Übertragungsdauer, **nicht aber die Initiativlast betrifft**.
4. **Konkret:** Er war seit dem 4. Januar 2010 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 25. Februar 2021 durchgehend arbeitsunfähig erkrankt.

9.11 BAG, Urteil vom 16. November 2022 – 10 AZR 210/19, NZA 2023, 435 Mehrarbeitszuschläge - Schwellenwert - Urlaubsstunden (Umsetzung des EuGH-Urteils)

Der Zehnte Senat setzt die erwartete vorstehende EuGH-Entscheidung 1:1 in nationales Recht um. Er führt aus: „Die tarifliche Regelung des § 4.1.2 MTV muss bei gesetzeskonformer Auslegung so verstanden werden, dass bei der Berechnung von Mehrarbeitszuschlägen nicht nur tatsächlich geleistete Stunden, sondern auch Urlaubsstunden bei der Frage mitzählen, ob der Schwellenwert, ab dem solche Zuschläge zu zahlen sind, überschritten wurde. Anderenfalls wäre die Regelung geeignet, den AN von der Inanspruchnahme seines gesetzlichen Mindesturlaubs abzuhalten, was mit § 1 BUrlG in seinem **unionsrechtskonformen Verständnis** nicht vereinbar wäre.“

Hinweis:

1. Zur Erinnerung: § 1 BUrlG lautet: „**§ 1 Urlaubsanspruch**

Jeder AN hat in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub.“

2. Der Senat **generalisiert!** – nicht der Tarifvertrag ist **unionskonform auszulegen, sondern § 1 BUrlG – der Grundsatz des bezahlten Jahresurlaubs!** Damit ist klargestellt, dass das auch für weitere Fälle gilt, weil hinter § 1 BUrlG **sowohl Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG: „Jahresurlaub als auch Art 31 Abs. 2 GrCh steht.**

(1) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit jeder AN einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen nach Maßgabe der Bedingungen für die Inanspruchnahme und die Gewährung erhält, die in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder nach den einzelstaatlichen Gepflogenheiten vorgesehen sind.

(2) Der bezahlte Mindestjahresurlaub darf außer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht durch eine finanzielle Vergütung ersetzt werden.“

3. Doch auch hier gilt, bisher hat der 10. Senat niemals auf die unmittelbare Geltung des Unionsrechts erkannt.

10 AGB-Kontrolle

10.1 BAG, Urteil vom 25. Januar 2023 - 10 AZR 109/22 NZA 2023, 629 (Parallelsache Urteil vom 25.01.2023 - 10 AZR 198/22) - Urlaubs- und Weihnachtsgeld - betriebliche Übung - vertraglicher Freiwilligkeitsvorbehalt - Auslegung - Vorrang der Individualabrede - Leistungsbestimmung durch das Gericht (**Erste Entscheidung**)

Sachverhalt

Die Parteien streiten über Ansprüche auf Urlaubs- und Weihnachtsgeld für das Kalenderjahr 2020 und über die Erteilung einer Lohnabrechnung. Der Kläger ist seit dem 18. Juli 2014 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin beschäftigt. Der unter dem 12. Januar 2015 geschlossene Arbeitsvertrag enthält ua. folgende Regelungen:

3. Vergütung

a) *Der Arbeitnehmer erhält einen Stundenlohn von 10,00 € brutto. ...*

d) *Die Zahlung des Gehalts erfolgt jeweils am 10. des Monats, der dem Monat folgt, in dem der Vergütungsanspruch entstanden ist. ...*

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

10 Nebenabreden und Vertragsänderung:

Mündliche Nebenabreden bestehen nicht. Änderung und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schrift-form.“

Die Arbeitgeberin zahlte jedenfalls in den Kalenderjahren 2015 bis 2019 jeweils im Abrechnungsmonat Juni ein Urlaubsgeld iHv. zuletzt 1.522,50 Euro brutto und im Abrechnungsmonat November ein Weihnachtsgeld iHv. zuletzt 1.540,00 Euro brutto zusammen mit dem jeweiligen Monats-entgelt ohne weitere Erklärungen an den Kläger aus. Im Jahr 2020 stellte die Beklagte die Zahlung ein. In einer Mitteilung vom 18. Juni 2021

informierte die Beklagte ihre Mitarbeiter/-innen über die Einführung eines sog. KPI-Systems. Darin heißt es ua.: „Der KPI Jahresbonus als Sonderzuwendung ersetzt somit das in der Vergangenheit vorhandene klassische Urlaubs- und Weihnachtsgeld.“

Der Kläger meint, ihm stehe auch für das Kalenderjahr 2020 ein Anspruch auf Urlaubs- und Weihnachtsgeld zu, da diese Zahlungen vorbehaltlos während der gesamten Beschäftigungsdauer geleistet worden seien. Auch andere Mitarbeiter hätten entsprechende Urlaubs- und Weihnachtsgeldzahlungen erhalten. Die arbeitsvertragliche Freiwilligkeitsklausel sei unwirksam. Das ArbG wies die Klage ab. Die 9. Kammer des LAG Baden-Württemberg (Kammern Freiburg) gab der Klage vollumfänglich statt.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Arbeitgeberin hatte vor dem BAG, mit Ausnahme der Abrechnung, keinen Erfolg. Der Freiwilligkeitsvorbehalt unter Nr. 3 Buchst. e des Arbeitsvertrags und die unter Nr. 10 aufgenommene Schriftformklausel stehen einem Anspruch aus betrieblicher Übung nicht entgegen.

Der AN hat unter Beweisantritt den Auslegungstatbestand einer betrieblichen Übung vollständig vorgetragen, dass: (1) die Beklagte in den vergangenen Kalenderjahren nicht nur an ihn, sondern auch an weitere Beschäftigte ein Urlaubs- und Weihnachtsgeld jeweils in den Abrechnungsmonaten Juni und November gezahlt hat. (2) Dem entspricht auch die vom Kläger eingereichte Mitteilung der Beklagten vom 18. Juni 2021, in welcher die Beklagte darauf hinweist, dass die Einführung des genannten Bonussystems die in der Vergangenheit erfolgte „klassische Urlaubs- und Weihnachtsgeldzahlung“ ersetzen soll. (3) Die Zahlungen sind auch ohne Vorbehalt oder sonstige Erklärung erfolgt, wie die Entgeltabrechnungen für die Monate Juni und November 2019 ergeben.

Der Vortrag gilt nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden, weil die Beklagte nach den Regeln der abgestuften Darlegungs- und Beweislast diesem Vortrag nicht durch substantiierten Vortrag entgegengetreten ist und ein pauschales Bestreiten bei schlüssigem Vortrag nicht hinreichend ist. So hat die Beklagte (1) Nicht bestritten, dass an die vom Kläger benannten Arbeitnehmer Urlaubs- und Weihnachtsgeldzahlungen erbracht wurden. (2) Der Inhalt der an die „Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter“ gerichteten Mitteilung der Beklagten vom 18. Juni 2021 ist unstrittig. (3) Die Beklagte hat auch nicht konkret dargelegt, ob und ggf. an welche Arbeitnehmer(-gruppen) keine Zahlungen erfolgten, sondern lediglich eine allgemeine Zahlung bestritten. Beispielhaft hat sie nicht behauptet, dass das Urlaubsgeld etwa akzessorisch zum Erholungsurlaub geleistet wurde (vgl. dazu BAG 24. September 2019 - 9 AZR 273/18 - Rn. 11, BAGE 168, 54). (4) Soweit sie eine vorbehaltlose Zahlung in der Vergangenheit bestritten hat, folgt aus ihrem Vortrag nicht, dass sie über die Aufnahme der umstrittenen Klausel in den Arbeitsvertrag hinaus bei der Auszahlung der Leistung einen entsprechenden Vorbehalt erklärt hatte. Das Vorbringen der Beklagten erschöpft sich in einem erfolglosen Angriff auf die Schlüssigkeit des Sachvortrags des Klägers.

Dann aber ergibt die Auslegung den Erklärungswert der Bindung aus Sicht eines vernünftigen objektiven Empfängers der Erklärung.

Der Freiwilligkeitsvorbehalt im Arbeitsvertrag scheitert an der Inhaltskontrolle, er ist intransparent iSd. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, weil er in seiner Bedeutung künftige Bindung bereits im Arbeitsvertrag auszuschließen auch Individualabreden umfasst und damit gegen § 305b BGB verstößt, der gerade den Vorrang der Individualvereinbarung postuliert.

Die einfache Schriftformklausel Nr. 10 des Arbeitsvertrags, nach der Änderungen und Ergänzungen des Vertrags der Schriftform bedürfen, verhindert eine konkludente Vertragsänderung oder das Entstehen einer betrieblichen Übung nicht. Die Vertragsparteien können das für eine Vertragsänderung vereinbarte Schriftformerfordernis jederzeit schlüssig und formlos aufheben (BAG 14. September 2011 - 10 AZR 526/10 - Rn. 17, BAGE 139, 156; 20. Mai 2008 - 9 AZR 382/07 - Rn. 17, BAGE 126, 364 [betriebliche Übung]), was durch die vorbehaltlose Erbringung der Zahlungen seitens der Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerin und die widerspruchslose Entgegennahme der Zahlungen ist dies erfolgt.

Die Höhe hat das LAG nach § 315 BGB den Vorjahresleistungen entnommen.

Ein Abrechnungsanspruch bestand nicht, weil § 108 GewO nur bei tatsächlicher Zahlung tatbestandlich gegeben ist.

Hinweis

1. Das BAG fasst zusammen, was unter einer betrieblichen Übung zu verstehen ist: (1) Die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des AGs, (2) aus denen die AN schließen können, ihnen solle eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden.

Aus diesem als Vertragsangebot zu wertenden Verhalten des AGs, das von den AN in der Regel stillschweigend, unter Verzicht auf eine ausdrücklich erklärte Annahmeerklärung, angenommen wird (§ 151 BGB), erwachsen vertragliche Ansprüche auf die üblich gewordenen Leistungen.

Entscheidend für die Entstehung eines Anspruchs ist nach der „klassischen Empfängerhorizontlehre“ nicht der Verpflichtungswille, sondern wie der Erklärungsempfänger die Erklärung oder das Verhalten des AGs nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Begleitumstände (§§ 133, 157 BGB) verstehen musste und ob er auf einen Bindungswillen des AGs schließen durfte (vgl. BAG 23. August 2017 - 10 AZR 136/17 - Rn. 18 mwN).

Die durch betriebliche Übung begründeten Vertragsbedingungen sind Allgemeine Geschäftsbedingungen iSv. §§ 305 ff. BGB (BAG 16. Mai 2012 - 5 AZR 331/11 - Rn. 14, BAGE 141, 324; 5. August 2009 - 10 AZR 483/08 - Rn. 13).

2. Das BAG unterscheidet zwischen einer einmaligen Verpflichtung und einer auch künftigen Verpflichtung. Wird eine über das arbeitsvertraglich vereinbarte Gehalt hinausgehenden Vergütung bezahlt, ist durch Auslegung nach §§ 133, 157 BGB zu ermitteln, ob sich der AG nur zu der konkreten Leistung (bspw. Gratifikation im Kalenderjahr) oder darüber hinaus auch für die Zukunft verpflichtet hat (BAG 13. Mai 2015 - 10 AZR 266/14 - Rn. 11; 14. September 2011 - 10 AZR 526/10 - Rn. 11, BAGE 139, 156). Eine vertragliche Bindung wird regelmäßig anzunehmen sein, wenn besondere Umstände ein schutzwürdiges Vertrauen der AN begründen (BAG 14. September 2011 - 10 AZR 526/10 - Rn. 12, aaO). Das Vertrauen folgert der Senat aus dem konkreten Verhalten des AGs, insbesondere dessen Intensität und Regelmäßigkeit, entscheidendes Gewicht zu. Für jährlich an die gesamte Belegschaft geleistete Gratifikationen ist insoweit die Regel aufgestellt worden, nach der eine zumindest dreimalige vorbehaltlose Gewährung zur Verbindlichkeit erstarkt, falls nicht besondere Umstände hiergegen sprechen oder der AG bei der Zahlung einen Bindungswillen für die Zukunft ausgeschlossen hat (vgl. BAG 14. September 2011 - 10 AZR 526/10 - Rn. 12 mwN, aaO).

3. Die unterschiedliche Höhe steht einer betrieblichen Übung nicht entgegen, solange jährlich eine Summe bezahlt wurde. Es kommt daraus nur der Vorbehalt der Höhe der künftigen Zahlung zum Ausdruck.

4. Der „**Freiwilligkeitsvorbehalt**“ im **Arbeitsvertrag** (konkret 3e) ist **allgemeine Geschäftsbedingung** und unterliegt der Inhaltskontrolle.

a) Das BAG entnimmt der Klausel im Wege der Auslegung, dass darin ein einmaliger und genereller Vorbehalt zu entnehmen sei, der darauf zielt, **das Entstehen jedes Rechtsanspruchs des ANs** in Bezug auf Sonderzuwendungen, die nicht anderweitig im Vertrag festgelegt sind, **zu verhindern**.

b) Das ist ein **Gesetzesverstoß iSd. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB**, weil die Klausel zu weit gefasst ist und der Vorbehalt auch spätere Individualabreden über die Zahlung von Sonderzuwendungen wie Urlaubs- und Weihnachtsgeld erfasst.

5. Für die Vertragsgestaltung ist nun klar: Der Entstehungsgrund der später folgenden Zahlung muss ausdrücklich genannt sein. Wäre die Formulierung: „Die Zahlung von Sonderzuwendungen auf der Grundlage allgemeiner Geschäftsbedingungen oder verbrauchervertraglicher Regelungen, insbesondere von Weihnachts- und/oder Urlaubsgeld, liegt im freien Ermessen des Arbeitgebers und begründet keinen Rechtsanspruch für die Zukunft, auch wenn die Zahlung mehrfach und ohne ausdrücklichen Vorbehalt der Freiwilligkeit erfolgt. Dies gilt nicht, wenn die Zahlung auf Grund einen individualvertraglichen Entstehungsgrund besitzt.“ Eindeutig?

6. Das BAG hat die vorstehende Rechtsfrage bereits im Jahr 2011 erstmalig angesprochen. Es handelt sich um das **Urteil zu einer Widerrufs- und Freiwilligkeitsklausel**: „Sonstige, in diesem Vertrag nicht vereinbarte Leistungen des AGs an den AN sind freiwillig und jederzeit widerruflich. Auch wenn der AG sie mehrmals und regelmäßig erbringen sollte, erwirbt der AN dadurch keinen Rechtsanspruch für die Zukunft.“ Allerdings war es dort die Zweitbegründung (BAG, Urteil vom 14. September 2011 – 10 AZR 526/10, Rn. 29, NZA 2012, 81, Erstbegründung: Intransparent, § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB; zuvor bereits BAG, Urteil vom 8. Dezember 2010 – 10 AZR 671/09, Rn. 20, NZA 2011, 628 zur Formulierung: „Gratifikationen: Soweit der Arbeitgeber gesetzlich oder durch Tarifvertrag nicht vorgeschriebene Leistungen, wie Prämien, Zulagen, Urlaubsgeld, Gratifikationen, Weihnachtsgratifikationen gewährt, erfolgen sie freiwillig und ohne jede rechtliche Verpflichtung. Sie sind daher jederzeit ohne Wahrung einer besonderen Frist widerrufbar.“).

7. Alle „Formularverträge“ die **keine Klarstellung zur Individualvereinbarung (Entstehungsgrund) enthalten sind unwirksam** und können eine betriebliche Übung oder eine nachfolgende Rechtsbindung nicht ausschließen. Das gilt auch, wenn sie – wie vorliegend - nicht im Wege der Individualvereinbarung erfolgt, sondern aufgrund allgemeiner Geschäftsbedingungen, weil die Rechtsfolge des Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB die Rechtsunwirksamkeit ist, sog „verbraucherfeindlichste Auslegung“ und es deshalb allein auf die abstrakte, nicht auf die konkrete Möglichkeit des Rechtsverstoßes ankommt.

8. Die Entscheidung wiederholt auch die Rechtsprechung zur **einfachen Schriftformklausel** (BAG, Urteil vom 14. September 2011 - 10 AZR 526/10, Rn. 17, NZA 2012, 81 und BAG, Urteil vom 20. Mai 2008 - 9 AZR 382/07, Rn. 17, BAGE 126, 364 [betriebliche Übung]). Sie ist jederzeit aufhebbar, auch durch formloses oder schlüssiges Verhalten. Eine doppelte Schriftformklausel ist rechtsunwirksam.

9. Wichtig ist auch **der Ausspruch zu Abrechnung**, der die bisherige Rechtsprechung bestätigt:

(1) Es gibt **keinen isolierten Abrechnungsanspruch!** Die Abrechnung erst bei tatsächlicher Zahlung des Entgelts zu erteilen. Sie bezweckt die Information über die erfolgte Zahlung. Die Regelung dient der Transparenz. Der Arbeitnehmer soll erkennen können, warum er gerade den ausgezahlten Betrag erhält. Dagegen regelt § 108 GewO keinen selbständigen Abrechnungsanspruch zur Vorbereitung eines Zahlungsanspruchs

(BAG 12. Oktober 2022 - 10 AZR 496/21 - Rn. 45; 10. Januar 2007 - 5 AZR 665/06 - Rn. 18 mwN, BAGE 120, 373).

(2) Es gibt **keine Stufenklage mit vorgeschalteter Abrechnung!**: Auch eine sog „Stufenklage“ ist nur zulässig, wenn ein Auskunftsanspruch auf der ersten Stufe besteht, der sich im Regelfall auf eine Sondernorm oder auf § 242 BGB gründet, wenn die unverschuldete Unkenntnis der Tatsachen besteht, welche für den Klagsanspruch erforderlich sind und der Kläger sich diese nicht leicht selbst beschaffen kann.

Folge: **Alle Klagen auf Abrechnung sind unzulässig oder unbegründet**, weil noch keine tatsächliche Zahlung erfolgt ist und damit mangels Zahlung eine Klage auf künftige Leistung vorliegt, die nur nach § 259 ZPO zulässig ist (Die Zitate des BAG beziehen sich alle auf § 259 ZPO, nicht auf die Abrechnung).

11 Ausschlussfrist

11.1 BAG, Urteil vom 3. Mai 2023 – 5 AZR 268/22, ZTR 2023, 531 Aufrechnung (Anwendungsfall der st. Rspr.)

Im TVöD und TV-L stellt sich die vorliegende Frage nicht.

Doch welche Bedeutung hat die Aufrechnungserklärung eines öffentlichen Arbeitgebers bei einer der Ausschlussfrist des § 37 TVöD/TV-L unterliegenden Forderung?

Sachverhalt

Die Parteien streiten über Vergütung für den Monat Mai 2019, insbesondere ob die Forderung des Klägers wegen nicht rechtzeitiger gerichtlicher Geltendmachung verfallen ist.

Der Kläger war vom 18.3. bis zum 6.6.2019 als Malerhelfer bei dem Beklagten gegen einen Stundenlohn von 12,50 Euro brutto beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien fand **der für allgemeinverbindlich erklärte Rahmentarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer im Maler- und Lackiererhandwerk** vom 30. März 1992 idF vom 21. Oktober 2011 (RTV) Anwendung. Dieser enthält in § 49 eine **zweistufige Ausschlussfrist**, die lautet:

„§ 49 Allgemeine Ausschlussfristen

1. Alle beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und solche, die mit dem Arbeitsverhältnis in Verbindung stehen, verfallen, wenn sie nicht innerhalb von zwei Monaten nach der Fälligkeit gegenüber der anderen Vertragspartei schriftlich erhoben werden.

2. Lehnt die Gegenpartei den Anspruch schriftlich ab oder erklärt sie sich nicht innerhalb von zwei Wochen nach der Geltendmachung des Anspruches schriftlich, so verfällt dieser, wenn er nicht innerhalb von zwei Monaten nach der Ablehnung oder dem Fristablauf gerichtlich geltend gemacht wird. Dies gilt nicht für Zahlungsansprüche des Arbeitnehmers, die während eines Kündigungsschutzprozesses fällig werden und von dessen Ausgang abhängen. Für diese Ansprüche beginnt die Verfallfrist von zwei Monaten nach rechtskräftiger Beendigung des Kündigungsschutzverfahrens.“

Der Beklagte erteilte dem Kläger nach dessen Aufforderung für den Monat Mai 2019 eine Entgeltabrechnung in Textform, die einen Bruttolohn von 1.793,75 Euro und einen Auszahlungsbetrag von 1.018,92 Euro netto

ausweist. Eine Lohnzahlung erfolgte indes nicht. Der Beklagte erklärte mit Schreiben vom 20. Juni 2019 die Aufrechnung wegen einer von ihm erhobenen, vom Kläger bestrittenen Schadenersatzforderung.

Entscheidungsgründe

Die Klage war in allen der Instanzen erfolgreich. Die Forderung war unpfändbar nach § 850c ZPO.

Sie ist auch nicht durch die Ausschlussfrist erloschen. Die zweite Stufe der Ausschlussfrist hat nicht zu laufen begonnen. Mit seiner Aufrechnung hat der Beklagte – gemessen an dem Zweck tariflicher Ausschlussfristen – den **Lohnanspruch des Klägers auch nicht abgelehnt iSd. § 49 Nr. 2 Satz 1 RTV**. Durch die Verpflichtung zur zeitnahen gerichtlichen Geltendmachung soll alsbaldige Klarheit über das Bestehen oder Nichtbestehen eines nach Grund oder Höhe streitigen Anspruchs geschaffen werden. Die Aufrechnung hingegen setzt nach § 387 BGB voraus, dass zwei Personen einander ihrem Gegenstand nach gleichartige Leistungen schulden, sie ist ein Erfüllungssurrogat. Mit der Aufrechnung hat der Beklagte den Lohnanspruch des Klägers folglich nicht geleugnet, sondern sich lediglich berühmt, diesen gemäß § 389 BGB zum Erlöschen gebracht zu haben. **Damit hat er aber zugleich – und zusätzlich zur Erteilung der Lohnabrechnung – nochmals bekräftigt, dass der Lohnanspruch des Klägers für Mai 2019 in der von ihm abgerechneten Höhe entstanden ist.** Einer alsbaldigen gerichtlichen Klärung der nach Grund und Höhe unstreitigen Lohnforderung bedarf es in einem Fall wie diesem nicht. Allenfalls könnte es darum gehen, eine zeitnahe gerichtliche Klärung der vom Kläger bestrittenen Schadenersatzforderung des Beklagten herbeizuführen. Wäre ihm daran gelegen gewesen, hätte der Beklagte eine solche Klärung etwa im Wege einer negativen Feststellungsklage bezüglich der Lohnforderung des Klägers oder mit einer Leistungsklage auf Schadenersatz selbst herbeiführen können. Anderenfalls musste er damit rechnen, dass der Kläger bis zur Grenze der Verjährung seinen Lohnanspruch einklagen und die Berechtigung der Aufrechnungsforderung im Prozess streitig stellen würde.

Hinweis

Bei der Lohnabrechnung sind nun zwei Fallgruppen zu unterscheiden:

1. Eine **Lohnabrechnung bei Zahlung** macht die Geltendmachung entbehrlich, weil der Arbeitgeber mit der Erteilung und Zuleitung einer Lohnabrechnung die in der Lohnabrechnung ausgewiesene Forderung (anerkennt) streitlos stellt, bedarf es einer - weiteren - Geltendmachung auf der ersten Stufe einer zweistufigen Ausschlussfristenregelung auch dann nicht, wenn der Arbeitgeber die Forderung später bestreitet.
2. Ob dies auch für eine **Lohnabrechnung vor Zahlung** gilt, **lässt das BAG offen. Vorsicht** – angesichts der Rspr. zur Abrechnung als reine Erläuterung der Nettzahlung – scheint die Abrechnung ohne Zahlung ein Muster ohne Wert, weshalb alles dafür spricht, dass die Geltendmachung gewahrt werden muss. Der gut beratene Rechtsanwalt wahrt die Ausschlussfrist!!

Der Orientierungssatz 2 der Bundesrichter lautet deshalb überschießend: „Eine Lohnabrechnung, sofern sie abweichend von § 108 Abs 1 S 1 GewO nicht bei Zahlung des Arbeitsentgelts, sondern vorher erteilt wurde, **hindert den Arbeitgeber nicht, Gegenansprüche zu erheben oder aus anderen Gründen die Zahlung zu verweigern.**“

3. Die Antwort lautet: Die **Aufrechnung** ist keine Ablehnung iSd. § 49 Nr. 2 Satz 1 RTV. Im Gegenteil, sie erkennt als Erfüllung der Gegenforderung diese gerade an (§§ 389 Abs. 1, 362 Abs. 1 BGB). Das hat das BAG bereits in der Vergangenheit entschieden (vgl. zur Aufrechnung: BAG, Urteil vom 20.11.2018 – 9 AZR 349/18, ZAT 2019, 54 mit Anmerkung Gundel). **Das gilt auch im Fall der Ausschlussfrist des § 37 TVöD/TV-L. In der (unbedingten) Aufrechnung liegt der Anerkennung der Forderung.**

4. Vorsicht!: **Anders liegt es bei der Hilfsaufrechnung, wenn zuvor die Forderung bestritten wurde!** (vgl. zur Rücknahme einer Hilfsaufrechnung (BGH Beschluss vom 25.3.2020 – XII ZR 29/19, ZAT 2020, 122 mit Anmerkung Gundel).

12 Annahmeverzug

12.1 BAG, Urteil vom 29. März 2023 – 5 AZR 255/22 PM 17/23 Fristlose Kündigung und Annahmeverzug (Einzelfall)

Sachverhalt

Der seit dem 16.8.2018 bei der beklagten AG in als technischer Leiter beschäftigte Kläger hat 5.250,00 Euro brutto monatlich verdient. Mit Schreiben vom 2.12.2019 sprach die Beklagte eine fristlose Änderungskündigung aus, mit der sie dem Kläger einen neuen Arbeitsvertrag als Softwareentwickler gegen eine auf 3.750,00 Euro brutto monatlich verminderte Vergütung anbot. Weiter heißt es in dem Kündigungsschreiben, **„im Falle der Ablehnung der außerordentlichen Kündigung durch Sie (also im Falle, dass Sie von einem unaufgelösten Arbeitsverhältnis ausgehen) oder im Falle der Annahme des folgenden Angebots erwarten wir Sie am 05.12.2019 spätestens um 12:00 Uhr MEZ zum Arbeitsantritt“**.

Der Kläger lehnte das Änderungsangebot ab und erschien auch nicht zur Arbeit. Daraufhin kündigte die Beklagte mit Schreiben vom 14.12.2019 das Arbeitsverhältnis erneut und zwar „außerordentlich zum 17.12.2019 um 12:00 Uhr MEZ“. Ferner wies sie darauf hin, „im Falle der Ablehnung dieser außerordentlichen Kündigung“ erwarte sie den Kläger „am 17.12.2019 spätestens um 12:00 Uhr MEZ zum Arbeitsantritt“. Dem leistete der Kläger nicht Folge. In dem von ihm anhängig gemachten Kündigungsschutzprozess wurde rechtskräftig festgestellt, dass beide Kündigungen das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst haben.

Nachdem die Beklagte für den Monat Dezember 2019 nur noch eine Vergütung von 765,14 Euro brutto zahlte und der Kläger erst zum 1. April 2020 ein neues Arbeitsverhältnis begründen konnte, hat er Klage auf Vergütung wegen Annahmeverzugs erhoben, mit der er die Zahlung des arbeitsvertraglich vereinbarten Gehalts abzüglich des erhaltenen Arbeitslosengeldes bis zum Antritt der neuen Beschäftigung verlangt. Der Kläger meint, die Beklagte habe sich im Streitzeitraum aufgrund ihrer unwirksamen Kündigungen im Annahmeverzug befunden. Eine Weiterbeschäftigung bei der Beklagten zu geänderten oder auch den ursprünglichen Arbeitsbedingungen sei ihm, sofern die Beklagte dies überhaupt ernsthaft angeboten habe, nicht zuzumuten gewesen. Die Beklagte habe ihm zur Begründung ihrer fristlosen Kündigungen in umfangreichen Ausführungen zu Unrecht mannigfaches Fehlverhalten vorgeworfen und seine Person herabgewürdigt. Sie habe ihrerseits geltend gemacht, eine Weiterbeschäftigung des Klägers sei ihr unzumutbar.

Die Beklagte ist der Ansicht, sie habe sich nicht im Annahmeverzug befunden, weil der Kläger während des Kündigungsschutzprozesses nicht bei ihr weitergearbeitet habe. Der Kläger sei selbst von der Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung ausgegangen, weil er im Kündigungsschutzprozess einen Antrag auf vorläufige Weiterbeschäftigung gestellt habe.

ArbG und LAG haben die Klage abgewiesen. Das LAG hat angenommen, der Kläger habe trotz der unwirksamen Kündigungen der Beklagten keinen Anspruch auf Annahmeverzugsvergütung, weil er das Angebot der Beklagten, während des Kündigungsschutzprozesses bei ihr weiterzuarbeiten, nicht angenommen habe. Der Kläger sei deshalb nicht leistungswillig iSd. § 297 BGB gewesen.

Entscheidungsgründe

Die vom Fünften Senat des BAG nachträglich zugelassene Revision des Klägers war erfolgreich.

Die Beklagte befand sich aufgrund ihrer unwirksamen fristlosen Kündigungen im Annahmeverzug, ohne dass es eines Arbeitsangebots des Klägers bedurft hätte. Weil die Beklagte selbst davon ausging, eine Weiterbeschäftigung des Klägers sei ihr nicht zuzumuten, spricht wegen ihres **widersprüchlichen Verhaltens eine tatsächliche Vermutung dafür**, dass sie dem Kläger kein ernstgemeintes Angebot zu einer Prozessbeschäftigung unterbreitete. Die abweichende Beurteilung durch das LAG beruht auf einer nur selektiven Berücksichtigung des Parteivortrags und ist schon deshalb nicht vertretbar. Darüber hinaus lässt die Ablehnung eines solchen „Angebots“ nicht auf einen fehlenden Leistungswillen des Klägers iSd. § 297 BGB schließen. Es käme lediglich in Betracht, dass er sich **nach § 11 Nr. 2 KSchG böswillig unterlassenen Verdienst anrechnen lassen müsste**. Das schied im Streitfall jedoch aus, weil dem Kläger aufgrund der gegen ihn im Rahmen der Kündigungen erhobenen Vorwürfe und der Herabwürdigung seiner Person eine Prozessbeschäftigung bei der Beklagten nicht zuzumuten war. Dem steht nicht entgegen, dass der Kläger im Kündigungsschutzprozess vorläufige Weiterbeschäftigung beantragt hat. Dieser Antrag war auf die **Prozessbeschäftigung nach festgestellter Unwirksamkeit der Kündigungen gerichtet**. Nur wenn der Kläger in einem solchen Fall die Weiterbeschäftigung abgelehnt hätte, hätte er sich seinerseits widersprüchlich verhalten. Hier ging es indes um die Weiterbeschäftigung in der Zeit bis zur erstinstanzlichen Entscheidung. Es macht einen Unterschied, ob der Arbeitnehmer trotz der gegen ihn im Rahmen einer verhaltensbedingten Kündigung erhobenen (gravierenden) Vorwürfe weiterarbeiten soll oder er nach erstinstanzlichem Obsiegen im Kündigungsschutzprozess gleichsam „rehabilitiert“ in den Betrieb zurückkehren kann.

Hinweis

1. Kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis fristlos, weil er meint, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sei ihm nicht zuzumuten, bietet aber gleichzeitig dem Arbeitnehmer „zur Vermeidung von Annahmeverzug“ die Weiterbeschäftigung zu unveränderten Bedingungen während des Kündigungsschutzprozesses an, verhält er sich widersprüchlich. In einem solchen Fall spricht eine **tatsächliche Vermutung dafür, dass das Beschäftigungsangebot nicht ernst gemeint ist**.
2. Diese Vermutung kann durch die Begründung der Kündigung zur Gewissheit oder durch entsprechende Darlegungen des Arbeitgebers entkräftet werden.
3. Bei einem **Weiterbeschäftigungsantrag** ist zu unterscheiden:
 - (1) Der Weiterbeschäftigungsantrag steht grundsätzlich einem böswilligen Unterlassen während des **erstinstanzlichen Verfahrens nicht entgegen**. Er setzt das Obsiegen mit dem Kündigungsschutzantrag voraus.
 - (2) Erst **nach dem Obsiegen** und damit dem Berufen auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses und dem Überwiegen der Beschäftigungsansprüche nach Art 1 Abs. 1, Abs. 2 und 2 Abs. 1 GG, §§ 242, 611a BGB, **verhält sich der AN widersprüchlich** und damit ggf. nach Gesamtabwägung aller Umstände böswillig.
4. Bei erhobenen Vorwürfen ist die Weiterbeschäftigung im Kündigungsbetrieb im Regelfall nicht zumutbar.

12.2 BAG, Urteil vom 12. Oktober 2022 – 5 AZR 30/22, NZA 2023, 229 Böswilliges Unterlassen anderweitigen Verdienstes (Kurzfassung Gundel/Sartorius ZAP Heft 11) (Fortsetzung der Rspr.)

Sachverhalt

Der Kläger ist bei der Beklagten seit November 2014 in leitender Position tätig. Für die private Nutzung eines Dienstwagens rechnet die Beklagte einen monatlichen Geldbetrag ab. Die Beklagte kündigt das Arbeitsverhältnis am 5.3.2019 fristlos, hilfsweise fristgerecht zum 31.12.2019. Den Dienstwagen des Klägers hatte die Beklagte im Zusammenhang mit vorhergehenden Streitigkeiten bereits am 30.6.2017 abholen lassen. Der Kläger meldete sich nach Zugang der Kündigung nicht arbeitssuchend und bezog auch keine Leistungen der Agentur für Arbeit. Das ArbG erklärt die Kündigungen für unwirksam. Mit seiner weiteren Klage begehrt er für die Zeit vom Zugang der Kündigungen bis zum 30.4.2020 Vergütung wegen Annahmeverzug sowie Schadensersatz wegen des Entzugs des Dienstwagens.

Entscheidungsgründe

Das BAG verweist das Verfahren zurück an das LAG. Das LAG hat fehlerhaft angenommen, das Versäumnis, sich nicht arbeitssuchend zu melden, erfülle bereits für sich betrachtet das Merkmal des böswilligen Unterlassens gemäß § 11 Nr. 2 KSchG. Böswilligkeit in diesem Sinne liegt vor, wenn dem AN ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, dass er während des Annahmeverzugs trotz Kenntnis aller objektiven Umstände vorsätzlich untätig bleibt und eine anderweitige Arbeit, die ihm nach Treu und Glauben sowie unter Beachtung des Grundrechts auf freie Arbeitsplatzwahl (Art. 12 GG) zumutbar wäre, nicht aufnimmt oder die Aufnahme dieser Arbeit bewusst verhindert. Die Beurteilung erfordert stets eine **Gesamtabwägung aller Umstände des konkreten Einzelfalls**. Somit ist es grundsätzlich nicht zulässig, bei dieser Gesamtabwägung **auf einen einzelnen Aspekt abzustellen** und ihn losgelöst von den sonstigen Umständen des Einzelfalls gleichsam absolut zu setzen. Die Verletzung der in § 38 I SGB III geregelten Pflicht, sich innerhalb von drei Tagen nach Erhalt einer außerordentlichen Kündigung arbeitssuchend zu melden, ist im Rahmen der Abwägung nach § 11 Nr. 2 KSchG zulasten des Klägers zu berücksichtigen. Dass er bewusst untätig geblieben ist, muss er sich vorwerfen lassen. Dem AN kann das zugemutet werden, was ihm das Gesetz ohnehin abverlangt. Dem steht mit Blick auf den Vertrauensschutz des Klägers nicht entgegen, dass die geänderte Rechtsprechung des BAG, wonach der AN dem AG gegenüber verpflichtet ist, Auskunft über Vermittlungsangebote der Agentur für Arbeit und des Jobcenters zu erteilen, erst nach dem streitgegenständlichen Zeitraum ergangen ist. Höchststrichterliche Rechtsprechung ist kein Gesetzesrecht und erzeugt keine damit vergleichbare Bindung. Dass die Gerichte eine bislang vertretene Auslegung aufgeben, verstößt nicht gegen Art. 20 III GG. Neben dem Verstoß des Klägers gegen seine sozialversicherungsrechtlichen Meldepflichten sind weitere tatsächliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Dies gilt zunächst für seine Tätigkeit in leitender Position, ferner für die etwaigen eigenen Bemühungen des Klägers um eine anderweitige Tätigkeit und für die vorangegangenen unwirksamen und zurückgenommenen Kündigungen sowie schließlich für den sozialversicherungsrechtlichen Verstoß der Beklagten gegen § 2 II 2 Nr. 3 SGB III, den Kläger nicht über seine Meldepflichten bei der Agentur für Arbeit aufzuklären.

Hinweis

1. § 2 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 SGB III statuiert ein **Informationsgebot des AGs**, der AN darüber zu informieren hat, dass sie sich nach Maßgabe von § 38 Abs. 1 SGB III bei der Agentur für Arbeit arbeitssuchend zu melden

haben. Eine Verletzung dieses Gebots führt grundsätzlich **nicht zu einer Schadensersatzpflicht des AGs** (BAG Urteil vom 29.9.2005 - 8 AZR 571/04, NZA 2005, 1406).

2. Eine **unterbliebene oder fehlerhafte Belehrung** durch den AG führt nicht zwingend zu einem Sperrzeitausschluss, allerdings kann in diesem Fall das für den Sperrzeiteintritt (§ 159 Abs. 1 S. 2 Nr. 9 SGB III) erforderliche **Verschulden** (i.S.e. **subjektiven Fahrlässigkeitsmaßstabs**) **fehlen**, es sei denn, Arbeitslose kennen ihre Meldepflicht aus anderen Quellen (BSG Urteil vom 28.8.2007 – B 7/7a AL 56/06 R, hierzu Söhnngen, jurisPR-SozR 3/2008 Anm. 1).

3. Werden AN nach einer sich später als unwirksam erweisenden Arbeitgeberkündigung nicht beschäftigt, so besteht **Annahmeverzug** (§ 293 ff. BGB), **ohne dass ein Angebot der Arbeitsleistung erforderlich gewesen wäre, § 296 BGB**. Auf den Verzugslohn ist anderweitiger Verdienst anzurechnen, was dann, wenn das ArbV nach rechtskräftig gewordener Entscheidung der Arbeitsgerichte fortbestanden hat, sich nach § 11 Nr. 2 KSchG und nicht nach dem weitgehend inhaltsgleichen § 615 S. 2 BGB richtet.

4. § 11 Nr. 2 KSchG bestimmt, dass sich AN auf das Arbeitsentgelt, das ihnen AG für die Zeit nach der Entlassung schulden, das anrechnen lassen müssen, was sie hätten verdienen können, wenn sie es nicht böswillig unterlassen hätten, eine ihnen zumutbare Arbeit anzunehmen. Das BAG wendet die Grundsätze ständiger Rpsr an (Bestätigung und Fortführung von BAG Urteil vom 27.5.2020 – 5 AZR 387/19, NZA 2020, 1113; hierzu bereits die Gundel/Sartorius ZAP F. 17 R, 1017).

5. Die durchzuführende **Gesamtabwägung** darf **nicht einen Gesichtspunkt absolut setzen**. Allein die Berücksichtigung der Verletzung der sozialversicherungsrechtlichen Meldepflicht (§ 38 Abs. 1 SGB III), berücksichtigt einen Aspekt weitgehend losgelöst von den sonstigen Umständen des Einzelfalls und setzt diesen gleichsam absolut.

6. Zu den Einzelnen abzuwägenden Pflichten führt das BAG lehrbuchartig aus: 3. Obwohl der Kläger hobbymäßig Gebrauchtwagenhandel betrieb, waren dem Vortrag der Beklagten keine Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass der Kläger während des Annahmeverzugs zumutbarerweise eine selbständige Tätigkeit im Kfz-Handel in Vollzeit aufnehmen konnte und musste.

7. Das BAG weist darauf hin, dass angesichts der gesetzlichen Pflicht und deren Kenntnis ein Vertrauen des Klägers darauf, dass sein Unterlassen der Meldung bei der Agentur für Arbeit nach den Entscheidungen des Neunten Senats vom 16. Mai 2000 (- 9 AZR 203/99 - BAGE 94, 343) und des Sechsten Senats vom 24. Februar 1981 (- 6 AZR 334/78 -) nicht bei der Prüfung böswilligen Unterlassens iSv. § 11 Nr. 2 KSchG zu berücksichtigen sei, nicht schutzwürdig ist!

8. Das LAG muss weiter prüfen, zu welchen Tätigkeiten der Kläger verpflichtet war. Ob dem Kläger ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, wenn er während des Annahmeverzugs sein Hauptaugenmerk auf eine Tätigkeit im Wirtschaftsbereich „Rüstungsgüter“ gelegt hat. Dazu muss das LAG feststellen, ob eine entsprechende berufliche Spezialisierung erfolgt ist. Weiter, welche Fachkenntnisse der Kläger besitzt und welche Tätigkeiten er vor Eintritt in das Arbeitsverhältnis zur Beklagten ausgeübt hat.

9. Die Beklagten hat gegen ihre sozialrechtliche Verpflichtung aus § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 SGB III verstoßen. Dies war nicht kausal dafür, dass der Kläger seiner Meldepflicht nicht nachkam. Trotzdem ist dies angesichts der vorangegangenen rechtsunwirksamen Kündigungen zu würdigen. Entscheidend für das Gewicht dieses Aspekts - so das BAG - wird sein, weshalb die Beklagte den in leitender Position tätigen Kläger nicht auf seine sozial-rechtliche Meldepflicht hingewiesen hat.

10. Zur **abgestuften Darlegungs- Und Beweislast** bei Vermittlungsangeboten der Agentur für Arbeit: (1) Die beklagte AGin hat unter Verweis auf die Vermittlungsangebote der Agentur für Arbeit für Führungskräfte schlüssig behauptet, dass im Streitzeitraum jedenfalls Vermittlungsmöglichkeiten für den Kläger bestanden hätten (vgl. BAG 27. Mai 2020 - 5 AZR 387/19 - Rn. 27, BAGE 170, 327). Mit Blick auf die Verletzung der Meldepflicht ist es nunmehr am klagenden AN, zu Vermittlungsmöglichkeiten und -chancen so konkret wie möglich und unter Ausschöpfung aller Erkenntnismöglichkeiten vorzutragen. (3) Hat er dies getan, ist es wiederum Sache des AGs, sich hierauf konkret zu erklären (§ 138 Abs. 2 ZPO). Die Feststellungslast hinsichtlich der Fragen, ob etwaige Vermittlungsvorschläge „zumutbare“ und im Falle einer Bewerbung verwirklichte Erwerbschancen dargestellt hätten, bleibt beim Arbeitgeber.

8. Zuletzt ist zum **Zeitpunkt der hypothetischen Anrechnung Stellung zu nehmen**. Eine Vermittlung am „ersten Tag“ erscheint bei leitenden Positionen schwerlich möglich.

9. Zuletzt war zwischen § 11 Nr. 2 KSchG für die Vergütung und §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 283 Satz 1 BGB für die fehlende Nutzungsmöglichkeit des Kfz zu unterscheiden. Ggf ist ein mitwirkendes Verschulden nach § 254 Abs. 2 BGB zu prüfen. Beides hatte das LAG unterlassen.

13 Arbeitsunfähigkeit

13.1 BAG, Urteil vom 18. Januar 2023 - 5 AZR 93/22, NZA 2023, 1036 Arbeitsunfähigkeit – Entgeltfortzahlung – Fortsetzungserkrankung – Erstbescheinigungen (Bestätigung und Fortführung der Rspr.)

Sachverhalt

Die Parteien streiten über Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für 10 Tage (71,2 Stunden) vom 18.8.2020 bis 23.9.2020 iHv. 894,27 Euro brutto nebst Zinsen. Der Kläger arbeitet seit dem 27.1.2012 in der Gepäckabfertigung der Beklagten, die Bodendienstleistungen am Flughafen in F erbringt. Nach den bindend festgestellten Tatsachen des LAG war der Kläger im Jahr **2019 in der Zeit ab dem 24. August 2019 an 68 Kalendertagen arbeitsunfähig erkrankt und im Jahr 2020 bis zum 18. August 2020 an weiteren 42 Kalendertagen**, wobei die Beklagte bis zum 13. August 2020 Entgeltfortzahlung nach § 3 Abs. 1 EFZG leistete.

Der Kläger hat **mehrere Erstbescheinigungen** vorgelegt und vorgetragen, welche ICD-10-Codes mit welchen korrespondierenden Diagnosen oder Symptomen in den Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen aufgeführt gewesen seien. Bezüglich etwaiger Vorerkrankungen hat er Angaben zu Arbeitsunfähigkeitszeiten gemacht, die nach seiner Einschätzung auf denselben ICD-10-Codes bzw. Diagnosen oder Symptomen beruhten. Der Kläger hat gemeint, **aus Datenschutzgründen sei er nicht verpflichtet, sämtliche Erkrankungen aus der davorliegenden Zeit offenzulegen**. Zu vorhergehenden Atemwegsinfekten müsse er sich nicht äußern, weil insoweit nicht „dieselbe Erkrankung“ iSd. § 3 Abs. 1 Satz 2 EFZG vorliegen könne. Hiervon ausgehend sei für keine der Erkrankungen aus dem streitgegenständlichen Zeitraum der Sechs-Wochen-Zeitraum nach § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG ausgeschöpft.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat gemeint, sie sei ab dem 18. August 2020 nicht mehr verpflichtet, Entgeltfortzahlung zu leisten. Sie gehe davon aus, dass bezüglich der Erkrankungen im streitgegenständlichen Zeitraum anrechenbare Vorerkrankungen vorgelegen hätten, die eine Verpflichtung zur weiteren Entgeltfortzahlung ausschlossen. Das ArbG gab der Klage statt, das LAG wies sie ab.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist unbegründet. Der Senat wiederholt und bestätigt seine Rspr.

Die Argumente des Klägers scheitern. Die Zuweisung der abgestuften Darlegungslast an den Arbeitnehmer nach Maßgabe der dargestellten Grundsätze begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

Die grundrechtliche Prüfung der Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast ist auch unter Berücksichtigung der unionsrechtlich geprägten Regelungen zum Datenschutz primär am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes vorzunehmen. Aus der Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung des Prozessrechts, insbesondere von § 138 Abs. 3 ZPO, können sich abweichende Anforderungen an die Darlegungslast wegen einer Verletzung des gemäß Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts einer Partei ergeben. Soweit die abgestufte Darlegungs- und Beweislast bei Fortsetzungserkrankungen vom AN die Offenlegung von Gesundheitsdaten verlangt, ist der damit verbundene Eingriff in sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG jedoch verhältnismäßig und damit gerechtfertigt. Die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast zum Nachweis einer Fortsetzungserkrankung iSv. § 3 Abs. 1 Satz 2 EFZG steht im Einklang mit Unionsrecht.

Eine Zurückverweisung war nicht erforderlich, weil der Kläger keinen Sachvortrag geleistet hat.

Hinweis

1. Das BAG wiederholt und bestätigt die bisherige Rspr. (Erneute Erstbescheinigung: BAG, Urteil vom 11.12.2019 – 5 AZR 505/18, ZAT 2020, 42 mit Anmerkung Gundel).

Ist der AN innerhalb der Zeiträume des § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 EFZG **länger als sechs Wochen an der Erbringung der Arbeitsleistung verhindert, gilt eine abgestufte Darlegungslast** (vgl. grundlegend BAG 13. Juli 2005 - 5 AZR 389/04 - zu I 6 der Gründe, BAGE 115, 206; **ebenso 31. März 2021 - 5 AZR 197/20 - Rn. 26**; 10. September 2014 - 10 AZR 651/12 - Rn. 27, BAGE 149, 101):

1) Zunächst muss der AN - soweit sich aus der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung dazu keine Angaben entnehmen lassen - darlegen, dass keine Fortsetzungserkrankung besteht. Hierzu kann er eine ärztliche Bescheinigung vorlegen.

(2) Bestreitet der AG, dass eine neue Erkrankung vorliegt, hat der AN Tatsachen vorzutragen, die den Schluss erlauben, es habe keine Fortsetzungserkrankung bestanden (**BAG 31. März 2021 - 5 AZR 197/20 - Rn. 26**; 10. September 2014 - 10 AZR 651/12 - Rn. 27, aaO; ErfK/Reinhard 23. Aufl. EFZG § 3 Rn. 44; MüKoBGB/Müller-Glöge 9. Aufl. EFZG § 3 Rn. 87; BeckOK ArbR/Ricken Stand 1. Dezember 2022 EFZG § 3 Rn. 73; Jousen SAE 2006, 147, 151 f.). **Er muss laienhaft bezogen auf den gesamten maßgeblichen Zeitraum schildern, welche gesundheitlichen Beeinträchtigungen und Beschwerden mit welchen Auswirkungen auf seine Arbeitsfähigkeit bestanden und die behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht entbinden.** Denn erst ausgehend von diesem Vortrag ist regelmäßig dem AG substantiierter Sachvortrag möglich. Auf das Bestreiten des AGs genügt die bloße Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung nicht mehr. Eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, die von einem **anderen Arzt** ausgestellt ist, kann sich auch **als Erstbescheinigung ohnehin nicht** zum (Nicht-)Vorliegen einer Fortsetzungserkrankung verhalten.

(3) Die Folgen der **Nichterweislichkeit einer Fortsetzungserkrankung hat der AG zu tragen** (BAG 31. März 2021 - 5 AZR 197/20 - Rn. 26 mwN).

2. Das BAG sieht keine einfacheren alternativen Möglichkeiten des AGs: Die Mitteilung der KK zum (Nicht-)Vorliegen von Fortsetzungserkrankungen ermöglicht keine dem Justizgewährungsanspruch genügende Kontrolle. § 69 Abs. 4 Halbs. 1 SGB X erlaubt den KK die Mitteilung ihrer Einschätzung an den AG, **bindet aber weder diesen noch die Gerichte für Arbeitssachen**. Die Regelung wurde im Interesse des AGs geschaffen, damit er ggf. schnell das Bestehen eines Anspruchs auf Entgeltfortzahlung feststellen kann (BT-Drs. 12/5187 S. 39).

Anders als es § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG für die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorsieht, **entzieht das Gesetz dem AG aber auf die Mitteilung gemäß § 69 Abs. 4 Halbs. 1 SGB X nicht sein Leistungsverweigerungsrecht**. Vor diesem Hintergrund hat die Mitteilung der KK keinen mit einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vergleichbaren Beweiswert (aA LAG Baden-Württemberg 8. Juni 2016 - 4 Sa 70/15 - zu I 2 c aa der Gründe).

Dies gilt gerade mit Blick darauf, dass die KK wegen ihrer unmittelbar betroffenen finanziellen Interessen **nicht als unparteiische Dritte angesehen werden können**. Muss der AG wegen des Nichtbestehens einer Fortsetzungserkrankung gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 EFZG Entgeltfortzahlung leisten, ist die KK nicht zur Zahlung von Krankengeld verpflichtet, § 49 Abs. 1 Nr. 1 SGB V (vgl. ErfK/Rolfs 23. Aufl. SGB V § 49 Rn. 3; BeckOK SozR/Tischler Stand 1. Dezember 2022 SGB V § 49 Rn. 5). Da der AG die Beurteilung der KK nicht auf anderem Wege gerichtlich überprüfen lassen kann (BAG 13. Juli 2005 - 5 AZR 389/04 - zu I 5 der Gründe, BAGE 115, 206; MüKoBGB/Müller-Glöße 9. Aufl. EFZG § 3 Rn. 87), ist im arbeitsgerichtlichen Verfahren um Entgeltfortzahlung eine gerichtliche Kontrolle zu ermöglichen. Dies gilt erst recht, wenn AN nicht in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert sind. Hier hat der AG außerhalb des gerichtlichen Verfahrens keine Möglichkeit zu überprüfen, ob eine Fortsetzungserkrankung vorliegt. Eine Differenzierung der Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast nach der gesetzlichen Krankenversicherungspflicht ist nicht sachlich zu rechtfertigen.

3. Obiter dictum weist der Senat darauf hin, dass auch eine **vorprozessuale Datenverarbeitung beim AG gestützt auf § 26 Abs. 3 BDSG iVm. Art. 9 Abs. 2 Buchst. b DS-GVO (vgl. hierzu BAG 1. Juni 2022 - 5 AZR 28/22 - Rn. 56 ff. mwN) grundsätzlich möglich ist**. Eine entsprechende Datenverarbeitung erfolgt in Ausübung von Rechten und zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis iSv. § 26 Abs. 3 BDSG, nämlich bei der Durchführung der in § 3 Abs. 1 EFZG geregelten Entgeltfortzahlungspflicht im Rahmen dessen, was zur Prüfung ihrer Voraussetzungen arbeitgeberseits erforderlich ist.

4. Der Grundsatz der „Einheit des Verhinderungsfalles“ greift nicht nur bei identischen icd codes ein, sondern auch bei gleicher Grunderkrankung oder Überschneidung, etc. Das erfordert **umfassenden Vortrag des Klägers zu allen Erkrankungen auch im sog. „Vorzeitraum“, d.h. innerhalb der Sechsmonatsfrist des § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 EFZG und der Jahresfrist des § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 EFZG**.

14 Zeugnis

14.1 BAG, Urteil vom 6. Juni 2023 – 9 AZR 272/22, ZAT 2023, 174 mit Anmerkung Gundel Arbeitszeugnis Maßregelungsverbot (Fortsetzung der Rspr.)

Sachverhalt

Die Klägerin verlangt von der Beklagten, das ihr erteilte Arbeitszeugnis abzuändern. Die Beklagte beschäftigte die Klägerin vom 15. August 2017 bis zum 28. Februar 2021 zunächst als „Persönliche Assistentin der

Geschäftsführung“ und zuletzt als „Managerin of Administration and Central Services“. Im März 2021 erteilte sie der Klägerin ein Arbeitszeugnis mit Datum vom 28. Februar 2021 („erstes Arbeitszeugnis“). Der letzte Absatz des Zeugnisses lautet: **„Frau D verlässt unser Unternehmen auf eigenen Wunsch. Wir danken ihr für ihre wertvolle Mitarbeit und bedauern es, sie als Mitarbeiterin zu verlieren. Für ihren weiteren Berufs- und Lebensweg wünschen wir ihr alles Gute und auch weiterhin viel Erfolg.“**

Unter dem 8. April 2021 forderte die Klägerin die Beklagte auf, das Arbeitszeugnis zu korrigieren und dabei ihr Arbeits- und Sozialverhalten besser zu bewerten. Das daraufhin geänderte Arbeitszeugnis („zweites Arbeitszeugnis“) enthält den folgenden Satz: **„Insgesamt waren ihre Arbeitsergebnisse von guter Qualität.“**

Mit Schreiben vom 25. Mai 2021 beanstandete die Klägerin diese Passage mit der Begründung, die positive Aussage werde durch die Verwendung des Wortes „insgesamt“ unzulässig eingeschränkt. Darüber hinaus verlangte sie unter Fristsetzung weitere Korrekturen. Die Beklagte änderte das Arbeitszeugnis ein zweites Mal („drittes Arbeitszeugnis“), das danach wie folgt endet: **„Frau D hat ihre Aufgaben stets zu unserer vollsten Zufriedenheit erledigt und unseren Erwartungen in jeder Hinsicht optimal entsprochen. ...**

Frau D verlässt unser Unternehmen auf eigenen Wunsch.“

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Beklagte sei verpflichtet, ihr ein Arbeitszeugnis auszustellen, das die in den ersten beiden Zeugnissfassungen erteilte Dankes- und Wunschformel enthalte. Mit der Erteilung des ersten und zweiten Arbeitszeugnisses habe sich die Beklagte diesbezüglich gebunden. Mit ihrer Weigerung, das dritte Arbeitszeugnis entsprechend zu korrigieren, verstoße sie gegen das arbeitsrechtliche Maßregelungsverbot.

Entscheidungsgründe

Die Klage hatte in allen drei Instanzen Erfolg. Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 612a BGB liegen im Streitfall vor. Die Beklagte hat die Klägerin, die ihren Anspruch auf Berichtigung der ihr erteilten Arbeitszeugnisse in zulässiger Weise verfolgt hat, gemäßregelt, indem sie darauf verzichtet hat, in das dritte Arbeitszeugnis die zuvor verwendete Dankes- und Wunschformel aufzunehmen. Mit der Änderung der Schlussformel in dem dritten Arbeitszeugnis hat die Beklagte der Klägerin einen Nachteil zugefügt. Der Änderungswunsch der Klägerin und das Weglassen der Schlusssätze sind auch ursächlich miteinander verknüpft. Die Beklagte hat bereits keinen Vortrag, der diesen Zusammenhang erschüttern könnte, gehalten. Insbesondere hat sie sich nicht darauf berufen, nach der Erteilung der ersten beiden Zeugnisse von Umständen erfahren zu haben, die eine abweichende Bewertung rechtfertigten.

Das BAG lässt dahinstehen, ob auch die Selbstbindung allein das Begehren der Klägerin trüge. Grundsätzlich ist der Arbeitgeber nach den Grundsätzen von Treu und Glauben an den Inhalt eines erteilten Zeugnisses gebunden. Von seinen Wissenserkklärungen zum Verhalten oder der Leistung des Arbeitnehmers kann der Arbeitgeber nur dann abrücken, wenn ihm nachträglich Umstände bekannt werden, die eine abweichende Beurteilung rechtfertigen. In gleicher Weise kann der Arbeitgeber - soweit er ursprünglich eine Schlussformel erteilt hat - an den Ausdruck persönlicher Empfindungen, wie Dank, Bedauern oder gute Wünsche für die Zukunft, gebunden sein.

Hinweis

1. Das BAG macht aus pädagogischen Gründen ein Versäumnisurteil mit Gründen, die sich nicht auf die Säumnis stützen!

1. Streit über die Änderung von Zeugnissen

Das BAG befasst sich vorliegend einem äußerst praxisrelevanten Thema: Der nachträglichen Änderung von Zeugnissen oder der Korrektur einmal erteilter Zeugnisbewertungen. Vorliegend unter dem Aspekt der Maßregelung und bezogen auf die einmal erteilte Gruß- und gute Wünscheformel, die erstmalig nach der zweiten Änderung des Zeugnisses weggelassen wurde. Des Arguments der Maßregelung hätte es nicht bedurft. Unabhängig von einer Maßregelung hat das BAG in vorangegangenen Entscheidungen den Grundsatz der Selbstbindung des Arbeitgebers aus § 242 BGB und dem Charakter der Wissenserklärungen abgeleitet und bei Zeugnissen als alleinigen Grundsatz angewendet. Bei der Selbstbindung kommt es auf die weiteren Tatbestandsmerkmale der Nachteilszufügung, der Kausalität sowie des wesentlichen Motivs nicht an.

2. Selbstbindung des Arbeitgebers

Sowohl bei der Maßregelung als auch bei der bloßen Selbstbindung ist der Arbeitgeber an ein einmal erteiltes Arbeitszeugnis gebunden. Die Selbstbindung gilt im Verhältnis eines Zwischenzeugnisses zum Endzeugnis für den Zeitraum, zu welchem sich das Zwischenzeugnis verhält. Der Arbeitgeber darf deshalb im Endzeugnis von der Bewertung des Zwischenzeugnisses nur zum Nachteil des Arbeitnehmers abzuweichen, soweit eine geänderte Tatsachengrundlage dies rechtfertigt. Ein großer Zeitraum allein ist ohne Relevanz, maßgebend sind stets die zu bewertenden Tatsachen (Bindung des Erwerbers an Zwischen- oder Endzeugnis auch bei einem Betriebsübergang: BAG 16.10.2007 - 9 AZR 248/07, NZA 2008, 298; zur Verhaltensbeurteilung: BAG 21.6.2005 - 9 AZR 352/04, NZA 2006, 104; LAG Rheinland-Pfalz 20.1.2020 - 3 Sa 256/19, juris; zuletzt: LAG Köln 12.9.2023 – 4 Sa 12/23, juris). Die Selbstbindung gilt auch, wenn der Arbeitgeber sukzessive – in mehreren Schritten – ein erteiltes Zeugnis auf die Aufforderung des Arbeitnehmers nachbessert. Ein einfaches „Zurück“ ist stets ausgeschlossen (BAG 21.6.2005 – 9 AZR 352/04, NZA 2006, 104). Die im Arbeitszeugnis zum Ausdruck gebrachte Wissenserklärung zum Verhalten oder zur Leistung des Arbeitnehmers ist nach der Rechtsprechung stets bindend. Wie der Volksmund dies bei einer Eheschließung ausdrückt, gilt deshalb der Grundsatz: „Drum prüfe wer sich ewig bindet.“ Zum großen Erstaunen ist dann allerdings die Eheauflösung leichter als die Zeugniskorrektur, sie bedarf nämlich im Gegensatz zur Zeugniskorrektur keines rechtfertigenden Grundes.

Ein Arbeitgeber kann nur unter zwei Voraussetzungen ein einmal erteiltes Arbeitszeugnis wieder korrigieren (vgl. BAG vorstehend; Gäntgen in HWK, 10. Aufl. 2022, § 109 GewO Rn. 39; Lunk ArbRB 2023, 292): (1) Wenn ihm nach Erteilung des Zeugnisses oder Zwischenzeugnisses oder nach einer etwaigen Änderung, Umstände bekannt werden, die eine abweichende Beurteilung rechtfertigen und (2) wenn er die nachträglichen Umstände darlegen und beweisen kann.

3. Grundsatz: Kein Anspruch auf Dank- und gute Wünsche

Zwar finden Bedauern, jedenfalls aber Dank und gute Wünsche in einer der Zeugnisnote entsprechenden Form, weit überwiegend in Zeugnissen Anwendung (so selbst das BAG: BAG 20.2.2001 – 9 AZR 44/00 - Rn. 23, NZA 2001, 843). Doch besteht nach der ständigen Rechtsprechung des BAG der letzten 20 Jahre (zuletzt: BAG 25.1.2022 – 9 AZR 146/21, NZA 2022, 783; BAG 11.12.2012 – 9 AZR 227/11, NZA 2013, 324; BAG 20.2.2001 – 9 AZR 44/00, NZA 2001, 843 ebenso LAG Baden-Württemberg 3.2.2011 – 21 Sa 74/10, RdV 2011, 253, jedoch entgegen dem LAG Köln 29.2.2008 - 4 Sa 1315/07, Volltext nur juris und bei überdurchschnittlichem Zeugnis: LAG Düsseldorf 12.1.2021 – 3 Sa 800/20, ZTR 2021, 222) kein Anspruch auf den Ausdruck persönlicher Empfindungen wie einer Dankes-, Bedauerns- oder einer gute Wünscheformel. So hat das BAG entschieden, das Zeugnis sei ohne eine solche Formel nicht unvollständig (BAG 20.2.2001 – 9 ZAR

44/00 Rn. 19, NZA 2001, 843; zuletzt: LAG Düsseldorf 14.12.2021 – 14 Sa 727/21, juris), die Grundsätze des sog. „beredten Schweigens“ – des Auslassens mit Erklärungsbedeutung – finden keine Anwendung (BAG, aaO. Rn. 22). Ist der Arbeitnehmer mit einer vom Arbeitgeber in das Zeugnis aufgenommenen Schlussformel nicht einverstanden, hat er nach der Rechtsprechung des BAG keinen Anspruch auf Ergänzung oder Umformulierung der Schlussformel, sondern nur Anspruch auf die Erteilung eines Zeugnisses ohne Schlussformel. Allerdings darf die Schlussformel nicht um Widerspruch zum übrigen Zeugnisinhalt stehen.

4. Selbstbindung bei Erteilung einer Dankes- und gute Wünscheformel

Vorsicht! Werden Bedauern, Dank oder auch nur gute Wünsche vom Arbeitgeber freiwillig zum Ausdruck gebracht, bindet er sich auch hieran. Dogmatisch vermag das Argument der Wissenserklärung allerdings nicht zu verfangen, fehlt es doch daran bei einer reinen Empfindung. Angesichts der Tatsache, dass kein Anspruch besteht, stellt sich umgekehrt die Frage, ob es eine Korrekturmöglichkeit entsprechend den vorstehenden Grundsätzen überhaupt gibt oder ob diese angesichts des rein subjektiven Charakters der Empfindungen des Bedauerns-, Dankes oder gute Wünscheformel von vornherein ausgeschlossen ist. Jedenfalls müssen nach der vorstehenden Entscheidung wiederum zwei Voraussetzungen erfüllt sein: (1) Es bedarf nachträglich bekanntgewordener Tatsachen, welche nach objektiven Maßstäben geeignet sind, die zum Ausdruck gebrachte Empfindung zu erschüttern und (2) der prozessuale Nachweis im Rechtsstreit muss gelingen.

5. Darlegungs- und Beweislast bei Zeugnisberichtigung

In prozessualer Hinsicht ist für die Berichtigung eines Zeugnisses nach der ständigen Rechtsprechung des BAG (so bereits: BAG 14.10.2003 – 9 AZR 12/03 - Rn. 37, NZA 2004, 843 und BAG 11.12.2012 – 9 AZR 227/11, NZA 2013, 324) zu beachten, dass die Darlegungs- und Beweislast differenziert ist. Es gilt jeweils der Grundsatz, dass die Partei, die eine ihr günstige Tatsache prozessual erstrebt, die Beweislast zu tragen hat. Danach hat der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast einer überdurchschnittlichen Bewertung zu tragen, der Arbeitgeber umgekehrt die unterdurchschnittliche Bewertung darzulegen und zu beweisen. Als gut durchschnittlich gilt bei Anwendung der den Schulnoten entsprechenden Gesamtleistungsbewertung „stets zur Zufriedenheit“ oder zur vollen Zufriedenheit“.

6. Maßregelung § 612a BGB im beendeten Arbeitsverhältnis bei Zeugniserteilung

Zum Argument der Maßregelung führt der Neunte Senat aus, dass entgegen der Auffassung der Beklagten, der Anwendungsbereich des Maßregelungsverbots nicht auf das laufende Arbeitsverhältnis beschränkt ist, sondern auch nach dessen Beendigung eröffnet sei, insbesondere im Bereich des Zeugnisrechts. Ähnlich wie das Rücksichtnahmegebot des § 241 Abs. 2 BGB (vgl. dazu BAG 25.1.2022 – 9 AZR 146/21 – Rn. 23, NZA 2022, 783), kann auch die Bestimmung des § 612a BGB nachvertragliche Wirkungen zeitigen. So hat das Bundesarbeitsgericht in der Vergangenheit angenommen, das Maßregelungsverbot hindere den Arbeitgeber daran, vom Arbeitnehmer nicht beanstandete Teile des Arbeitszeugnisses grundlos über die zu Recht verlangten Berichtigungen hinaus, zu ändern (vgl. BAG 21.6.2005 – 9 AZR 352/04 – zu I 3 der Gründe, NZA 2006, 104; auch: BAG 10.5.2005 – 9 AZR 261/04 – zu II 3 c der Gründe, BAGE 114, 320).

7. Voraussetzungen der Maßregelung

Die Maßregelung nach § 612a BGB setzt voraus, dass:

- (1) Eine zulässige Rechtsausübung vorliegt – vorliegend ein Anspruch zulässig verfolgt wird.

(2) Ein Nachteil rechtlich oder faktisch herbeigeführt wird – die negative Abweichung vom bisher erteilten Zeugnis.

(3) Und zuletzt eine qualifizierte Kausalität von Anspruch und Nachteil derart besteht, dass die zulässige Rechtsausübung, der tragende Beweggrund sein muss, also das wesentliche Motiv und nicht nur einen äußeren Anlass darstellen muss. Bei mehreren Motiven, einem sog. Motivbündel, ist das wesentliche Motiv maßgebend.

8. Grundsätze der abgestuften Darlegungs- und Beweislast

Grundsätzlich hat der Arbeitnehmer, der sich auf die Maßregelung beruft, die Darlegungs- und Beweislast zu tragen. Das BAG wendet jedoch die Grundsätze der abgestuften Darlegungs- und Beweislast an: (1) Zunächst muss der Arbeitnehmer einen Sachverhalt vortragen, der auf einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Maßnahme des Arbeitgebers und einer vorangegangenen zulässigen Ausübung von Rechten hindeutet. (2) Daraufhin muss sich der Arbeitgeber nach § 138 Abs. 2 ZPO im Einzelnen zu diesem Vortrag erklären (BAG 18.11.2021 – 2 AZR 229/21 - Rn. 28, NZA 2022, 200; BAG 16.10.2013 – 10 AZR 9/13, NZA 2014, 264). In der Revision ist die volle Überzeugung des Gerichts iSd. § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO nur auf Ermessensfehler überprüfbar. Dies umfasst drei Fragestellungen: (1) Ist die richterliche Überzeugungsbildung möglich, (2) Ist sie widerspruchsfrei (Beispiel: Werden die Einzelleistungen des Arbeitnehmers ausnahmslos als "sehr gut" bewertet, so ist es unvereinbar und widersprüchlich, dem Arbeitnehmer zusammenfassend zu bescheinigen, er habe nur zur "vollen Zufriedenheit" gearbeitet, vgl. BAG 23.9.1992 - 5 AZR 573/91, EzA § 630 BGB Nr. 16; LAG Rheinland-Pfalz 20.1.2020 - 3 Sa 256/19, juris) und zuletzt (3) verstößt die richterliche Überzeugung gegen Denkgesetze, Erfahrungssätze oder andere Rechtssätze.

Konkret: Der Arbeitgeber hat vorliegend schon nicht substantiiert auf den Maßregelungsvortrag, dass ein Zusammenhang zwischen den (legitimen) Änderungswünschen und dem Weglassen der Dankes- und Wunschformel bestehe, erwidert, weshalb nach § 138 Abs. 3 ZPO der arbeitnehmerseitige Vortrag der zweimalig erteilten Schlussformel, die beim dritten Mal weggelassen wurde, als unstreitig anzusehen war. Eine rechtfertigende Erklärung lag nicht vor.