

sfm-aktuell

2. Halbjahr 2022 – Dezember

NEUES vom BAG

Entschädigung nach AGG – **Corona-Testpflicht** – Mindestlohn in Insolvenz – **Massenentlassungsanzeige** – Nachweis von Überstunden – **Betriebsrentenanpassung** – Zusatzurlaub nach SGB IX – **Briefwahl** – Entgeltumwandlung – **Öffentlichkeit im Prozess** – Rückzahlung Fortbildungskosten – **Alterdiskriminierung** – Aufhebungsvertrag – **Freistellungstage** – zu spät für Sozialplan? – **Befugnisse BRV** – Zeugnis – **SP-Höchstbetrag** – Alters-WAZ-Reduktion und Urlaub – **Mindest...**

Weitere Themen

- ▶ **Umsetzung d. LkSG** S. 4
- ▶ **Vorschau 2023** S. 5
- ▶ **The never ending story Verwertungsverbot** . S. 8
- ▶ **aus AUB wird eAU** S. 10
- ▶ **BBG 2023** S. 11
- ▶ **Pflicht zur Arbeitszeiterfassung** S. 12
- ▶ **Alltagshelfer Kündigung** S. 14
- ▶ **EuGH-Urteile** S. 17
- ▶ **Frisch am Tisch** S. 19
- ▶ **Ausblick** S. 19
- ▶ **Rausblick** S. 20

Hinweisgeberschutz, Lieferkette, eAU, Urlaub, Verwertungsverbote u.V.m.

Ein turbulentes Jahr geht dem Ende zu. Pandemie, Ukraine-Krieg und Energiesparen konfrontieren uns mit Diskussionen, die wir vor 4-5 Jahren nicht für möglich gehalten hätten. So kann mensch sich täuschen.

Das Arbeitsrecht hat hier teilweise reagiert: Kurzarbeitergeld, steuerfreie Prämienmöglichkeiten, Ausweitung von virtuellen Arbeitsformen. Das ist nicht immer passgenau und auch nicht für alle Beschäftigten, aber immerhin. Aktuell wichtig ist es, die Kaufkraft der Beschäftigten zu erhalten. Denn es sind nicht die reichen Erben, die den Laden am Laufen halten.

Aber zurück zum Arbeitsrecht. Mit einem guten Jahr Verspätung hat der Bundestag am 16.12.2022 das **Hinweisgeberschutzgesetz – HinSchG** in dritter Lesung beschlossen, jetzt kommt noch der Bunderat und dann tritt es drei Monate später in Kraft (Seite 3).

Schon länger beschlossen, aber teils als to-do verdrängt ist das

Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – LkSG. Mitbestimmungsrechtlich relevant ist die Installation des dort vorgesehenen Beschwerdeverfahrens (siehe S. 4).

Bludruck gebracht hat die Änderung des **Nachweisgesetzes** bei Arbeitgebervertreter:innen, in der Praxis ging die Umsetzung aber weit geräuschloser, als uns die Beiträge auf LinkedIn vermitteln.

Neu ab 2023 ist die Nutzungspflicht der **elektronischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung – eAU**. Wie so oft, drohen trotz langem Vorlauf Umsetzungsprobleme (hierzu S. 10).

Aber nicht nur der Gesetzgeber, auch die Gerichte halten uns auf Trab.

Das **BAG** hat im September das Verfahren eines Betriebsrats zurückgewiesen, durch das dieser per Initiativrecht eine elektronische **Arbeitszeiterfassung** erzwingen wollte. Argument des Gerichts: Das

müssen Arbeitgeber:innen doch eher per Gesetz, damit ein Pyrrhussieg für Arbeitgebervertreter:innen (hierzu S. 12).

Präzisiert hat das **BAG** am 20.12.2022 noch kurz vor Jahresabschluss seine Rechtsprechung zum **Ur-**

laubsverfall. Die Verjährungsfrist beginne auch für ältere Ansprüche erst zu laufen, wenn Arbeitgeber:innen entsprechend darauf hingewiesen haben (9 AZR 266/20). Für den Fall der Nichtnahme wegen dauerhafter Arbeitsunfähigkeit beginne die 15-Monatsfrist des Verfalls auch erst nach entsprechenden Hinweisen (9 AZR 245/19), so das BAG in einer zweiten Entscheidung vom Tage.

Mitbestimmungsrechtlich interessant wird es werden, wenn das BAG über das Verfahren 2 AZR 297/22 entscheidet. Das LAG Niedersachsen hat umfangreiche **Verwertungsverbote** auf Grund einer Betriebsvereinbarung bejaht (siehe S. 8).

Und im betrieblichen Alltag mögen ganz andere Themen wichtig sein, je nach Branche, wirtschaftlicher Situation und Stärke der Betriebs- und Personalräte.

Unsere Themenauswahl bleibt insofern subjektiv und sicherlich unvollständig, wir wünschen gleichwohl anregende Lektüre.

M. Fleischmann

BAG-Splitter

Berichtszeitraum: 1. Halbjahr 2022

Bitte beachten, dass die Wiedergabe der Entscheidungen stark verkürzt ist und damit eine Übertragung auf ähnliche, nicht identische Fälle immer erst zu prüfen ist. Basis der Auswertung sind sowohl die in Pressemitteilungen des BAG mitgeteilten Entscheidungen, aber auch weitere, die wir für interessant erachten.

BAG vom 02.06.2022 – 8 AZR 191/21

Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG bei fehlender Beteiligung des Integrationsamts

Ein Verstoß des Arbeitgebers gegen § 168 SGB IX (Beteiligung des Integrationsamtes bei Kündigung) kann die widerlegbare Vermutung iSv. § 22 AGG begründen, dass die Schwerbehinderung (mit)ursächlich für die Benachteiligung, also Kündigung war. Das wiederum kann (neben der Unwirksamkeit der Kündigung) zur Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG führen. Die Schwerbehinderung war weder nachgewiesen und mitgeteilt noch offenkundig. Letzteres hatte der Kläger aber für sich in Anspruch genommen.

BAG vom 2. Juni 2022 – 8 AZR 191/21, Bestätigung von LAG Sachsen-Anhalt vom 26. Januar 2021 – 6 Sa 29/19, zit. nach PM des BAG 22/22

BAG vom 01.06.2022 - 5 AZR 28/22

Corona-Testpflicht für Arbeitnehmer:in nach spezifischem betrieblichen Hygienekonzept

Auch unabhängig von einer Verpflichtung durch Gesetz oder Verordnung kann es zulässig sein, Corona-Tests (inkl. PCR-Tests) von Arbeitnehmer:innen zu verlangen. Arbeitgeber:innen

können zur Umsetzung der sie treffenden arbeitsschutzrechtlichen Verpflichtungen berechtigt sein, auf Grundlage eines betrieblichen Schutz- und Hygienekonzepts Corona-Tests einseitig anzuordnen. Vorliegend war mit wissenschaftlicher Unterstützung ein komplexes, abgestuftes Hygienekonzept erstellt worden.

Dies u.a. auch deshalb, weil Arbeitgeber:innen nach § 618 Abs. 1 BGB verpflichtet sind, die Arbeitsleistungen so zu regeln, dass die Arbeitnehmer:innen gegen Gefahren für Leben und Gesundheit soweit geschützt sind, als die Natur der Arbeitsleistung es gestattet. Die öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutznormen des Arbeitsschutzgesetzes (ArbSchG) konkretisieren den Inhalt der Fürsorgepflichten, die Arbeitgeber:innen hiernach im Hinblick auf die Sicherheit und das Leben der Arbeitnehmer:innen obliegen. Zur Umsetzung arbeitsschutzrechtlicher Maßnahmen können Arbeitgeber:innen Weisungen nach § 106 Satz 2 GewO hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens im Betrieb erteilen. Das hierbei zu beachtende billige Ermessen wird im Wesentlichen durch die Vorgaben des ArbSchG konkretisiert. Die auf diesem Konzept beruhenden Anweisungen an die klagende Flötistin entsprachen vorliegend billigem Ermessen iSv. § 106 GewO, so bereits das LAG und nun auch das BAG. BAG vom 1. Juni 2022 – 5 AZR 28/22, Bestätigung von LAG München vom 26.

Oktober 2021 – 9 Sa
332/21, zit. nach PM des
BAG 21/22

**BAG vom 25.05.2022 - 6
AZR 497/21**

**Mindestlohn ist nicht
gegen Insolvenzan-
fechtung gesichert**

Bei Insolvenzen können Insolvenzverwalter:innen nach Maßgabe der §§ 129 ff. InsO das zu bestimmten Zeitpunkten ausbezahlte Arbeitsentgelt zu Gunsten der Insolvenzmasse zurückfordern (Anfechtung wegen Inkongruenz). Der Rückgewähranspruch umfasst das gesamte Arbeitsentgelt einschließlich des gesetzlichen Mindestlohns, so das BAG im Gegensatz zum LAG Hessen, das den Mindestlohn von der Rückforderung ausgenommen hatte. BAG vom 25. Mai 2022 – 6 AZR 497/21, Aufhebung von LAG Hessen vom 19. Oktober 2021 – 12 Sa 587/21, zit. nach PM des BAG 20/22

BAG vom 19.05.2022 - 2 AZR 467/21

Fehlende Soll-Angaben in Massenentlassungsanzeige

Fehlen in einer Massenentlassungsanzeige des Arbeitgebers gegenüber der Agentur für Arbeit die sog. Soll-Angaben nach § 17 Abs. 3 Satz 5 KSchG, führt dies für sich genommen nicht zur Unwirksamkeit einer entsprechenden Kündigung. Im Gegensatz zu den Vorinstanzen sieht das BAG die Anforderung des Satz 5 als weniger gravierend an, als etwa die nach Satz 4. BAG vom 19. Mai 2022 – 2 AZR 467/21, Aufhebung von Hessisches LAG vom 18. Juni 2021 – 14 Sa 1228/20, zit. nach PM des BAG 18/22

BAG vom 04.05.2022 - 5 AZR 359/21

Darlegungs- und Beweislast im Überstundenvergütungsprozess

Hinweisgeberschutzgesetz – HinSchG und es kommt doch noch ...

Am 16.12.2022 endlich beschlossen, muss es noch mal in den Bundesrat und wird dann drei Monate später in Kraft treten.

Verschiedene Dokumente aus dem Gesetzgebungsverfahren kann man in der Mediathek des Bundestages finden:
<https://www.bundestag.de/mediathek?vi-deoid=7549665#url=L21ZG1hdGhia292ZXJsYXk/dmlkZW9pZD03NTQ5NjY1&mod=mediathek>

Zielorientierte Leser:innen überspringen das und gehen direkt zum Gesetz mit einem guten Überblick über die letzten Änderungen, die ab S. 5 der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 14.12.2022 zu finden sind, abzurufen unter:
<https://dserver.bundestag.de/btd/20/049/2004909.pdf>

Im Überstundenprozess ist (nach wie vor) darzulegen

- dass Arbeit in einem die Normalarbeitszeit übersteigenden Umfang geleistet wurde oder sich der/die Arbeitnehmer:in auf Weisung hierzu bereitgehalten hat
- dass die geleisteten Überstunden ausdrücklich oder konkludent angeordnet, geduldet oder nachträglich gebilligt wurden.

Diese Grundsätze würden durch „die auf Unionsrecht beruhende Pflicht zur Einführung eines Systems zur Messung der von Arbeitnehmer:innen geleisteten täglichen Arbeitszeit“ nicht verändert, so das BAG. Vorliegend waren Anfang und Ende der Arbeit erfasst, die Pausen jedoch nicht. Das Arbeitsgericht hat die fehlende Erfassung dem Arbeitgeber zur Last gelegt, LAG und BAG haben das nicht gelten lassen. Die Überlegungen des EuGH zum Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer:innen schlagen nicht auf die Vergütungsansprüche durch, so das BAG (verkürzt).

BAG, Urteil vom 4. Mai 2022 – 5 AZR 359/21, Bestätigung von LAG Niedersachsen vom 6. Mai 2021 – 5 Sa 1292/20, zit. nach PM des BAG 16/22

BAG vom 03.05.2022 - 3 AZR 408/21

Betriebsrentenanpassung nach Regeln der Pensionskasse verdrängt gesetzliche Anpassungsprüfungspflicht auch rückwirkend

Wird die betriebliche Altersversorgung über eine Pensionskasse im Sinne von § 1b Abs. 3 Betriebsrentengesetz (BetrAVG) durchgeführt (vorliegend Versicherungsverein des Bankgewerbes aG) und ist nach deren Regelungen sichergestellt, dass ab Rentenbeginn sämtliche auf den Rentenbestand entfallenden Überschüsse zur Erhöhung der laufenden Leistungen verwendet werden, entfällt nach § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG die Verpflichtung des die Versorgung zusagenden Arbeitgebers zur Anpassungsprüfung und -entscheidung nach § 16 Abs. 1 und Abs. 2 BetrAVG. Die entsprechende rückwirkende Gesetzesänderung in 2015 sei nicht wegen unzulässiger Rückwirkung verfassungswidrig. BAG, Urteil vom 3. Mai 2022 – 3 AZR 408/21, Bestätigung von Hessisches LAG, Urteil vom 17. Februar 2021 – 6 Sa 480/20, zit. nach PM des BAG 15/22

Anmerkung 1: Das Verfahren war zuvor bereits am BAG und der Kläger hatte nach Rückverweisung teilweise Erfolg, hier ging es dann nur noch um den verbleibenden Teil des Streits.

Anmerkung 2: In einem weiteren Fall betreffend eine andere Pensionskasse wurde die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das LAG zurückverwiesen (BAG vom 3. Mai 2022 – 3 AZR 374/21, Vorinstanz: LAG Schleswig-Holstein vom 16. Juni 2021 – 3 Sa 244/20)

BAG vom 26.04.2022 - 9 AZR 367/21

Verfall von Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen

Ist kollektivrechtlich oder vertraglich nichts anders vereinbart, teilt der Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen nach § 208 SGB IX das Schicksal des gesetzlichen Urlaubs. Die Befristung des Anspruchs (und damit der pot. Verfall) setzt damit, wie beim gesetzlichen Mindesturlaub, grundsätzlich voraus, dass der/die Arbeitgeber:in den/die Arbeitnehmer:in durch Erfüllung seiner Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten in die Lage versetzt hat, den Urlaubsanspruch zu verwirklichen. Die Mitwirkungsobliegenheit entfällt aber, wenn der/die Arbeitgeber:in keine Kenntnis von der Schwerbehinderung hat und diese auch nicht offenkundig ist.

Ab dem Zeitpunkt, zu dem ein/e objektiv schwerbehinderte/r Arbeitnehmer:in über den Antrag auf Anerkennung der Schwerbehinderteneigenschaft unterrichtet, greifen die Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten der/des Arbeitgeber:in/s. Das kippt wieder, wenn der Antrag auf Feststellung der Schwerbehinderung abgelehnt wird und der/die Arbeitgeber:in nicht informiert wird, dass dagegen vorgegangen wird.

BAG vom 26.04.2022 - 9 AZR 367/21, teilw. Aufhebung von LAG Rheinland-Pfalz vom 22. April 2021 – 2 Sa 59/20, zit. anhand des Volltextes der Entscheidung

BAG vom 16.03.2022 - 7 ABR 29/20

Unwirksamkeit der Betriebsratswahl wegen pauschaler Anordnung von Briefwahl

Der Beschluss eines Wahlvorstand zur Anordnung von Briefwahl in nicht räumlich weit entfernten Betriebsteilen führt zur Anfechtbarkeit der Wahl. § 24 Abs. 3 der WOBetrVG steht nicht zur freien Disposition des Wahlvorstands.
BAG vom 16. März 2022 – 7 ABR 29/20, Bestätigung von LAG Niedersachsen vom 3. September 2020 – 4

TaBV 45/19, zit. nach PM des BAG Nr. 12/22

BAG vom 08.03.2022 - 3 AZR 361/21

Arbeitgeberzuschuss zum umgewandelten Entgelt kann durch TV-Regelung entfallen

Vorschau 2023

- Gelbe Zettel adé: Einführung der Elektronischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (eAU) ab 01.01.2023; automatische Weitergabe der digitalen AU an den AG durch die Krankenkasse (Neuer § 109 SGB IV; in § 5 EFZG neuer Abs. 1 a) dazu Daumoser auf S. 10.
- Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) tritt am 01.01.2023 in Kraft; siehe dazu S. 5
- Mehr Geld? Start der Tarifverhandlungen des öffentlichen Dienstes ab 01.01.2023 mit Relevanz für 2,8 Millionen Beschäftigte.
- Einführung des Bürgergeldes ab dem 01.01.2023: „Hartz IV“ Arbeitslosengeld II wird abgelöst und Regelsätze werden angehoben.
- Einführung von Fachkundennachweisen nach Strahlenschutzverordnung (NiSV) ab 01.01.2023. Betroffen sind vor allem Kosmetiker:innen und Angestellte in Sportstudios.
- Anhebung der Mindestausbildungsvergütung zum **01.01.2023** auf € 620,00 pro Monat im 1. Ausbildungsjahr.
- Whistleblower: Erleichterung und Entkriminalisierung der Meldung von Verstößen gegen geltendes EU-Recht in Unternehmen durch das neue Hinweisgeberschutzgesetz. Am 16.12.2022 vom Bundestag verabschiedet, muss es noch mal durch den Bundesrat und tritt dann drei Monate nach Verkündung in Kraft. Übergangsfrist für kleinere Unternehmen bis zum 17. Dezember 2023
- Ende der Förderung von beruflicher Weiterbildung während der Kurzarbeit. Erstattung der hälftigen Kosten des AG nach § 106 a SGB III nur bis zum 31.07.2023.
- Verlängerung der Westbalkanregelung: Bis 31.12.2023 gilt damit weiterhin für Personen aus Albanien, Bosnien und Herzegowina, Kosovo, Republik Nordmazedonien, Montenegro und Serbien: erleichterte Zustimmungen der Ausländerbehörde und Bundesagentur für Arbeit zum Aufenthaltstitel durch Vorrangprüfung.
- Steuer: u.a. Entfristung der Homeoffice-Pauschale und Erhöhung für 2023 auf 6,00 € pro Tag an maximal 210 Tagen.
- Steuerliche Förderung einer freiwilligen Inflationsausgleichsprämie von Arbeitgebern bis 31. Dezember 2024.

csr

Der durch das Betriebsrentenstärkungsgesetz 2018 eingeführte Anspruch auf einen Arbeitgeberzuschuss iHv. 15 vH des umgewandelten Entgelts bei Entgeltumwandlung kann bereits dadurch entfallen, dass ein 2019 abgeschlossener Haustarifvertrag auf einen älteren Tarifvertrag verweist, der den Zuschuss nicht kennt. Ob ein vor dem Betriebsrentenstärkungsgesetz abgeschlossener Tarifvertrag zur Altersversorgung bereits alleine eine solche Tariföffnung im Sinne des § 19 Abs. 1 BetrAVG darstellt, hat das BAG offen gelassen.

BAG vom 8. März 2022 – 3 AZR 361/21, Bestätigung von LAG Niedersachsen vom 31. Mai 2021 – 15 Sa 1096/20 B sowie BAG vom 8. März 2022 – 3 AZR 362/21 – Bestätigung von LAG Niedersachsen vom 31. Mai 2021 – 15 Sa 1098/20 B, zit. nach PM des BAG 11/22

BAG vom 02.03.2022 - 2 AZN 629/21

Wahrung des Öffentlichkeitsgrundsatzes

Der Verstoß gegen die Vorgabe aus § 52 Satz 1 iVm. § 64 Abs. 7 ArbGG, wonach die Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht öffentlich zu sein hat, stellt einen absoluten Revisionsgrund dar.

Der Grundsatz der Öffentlichkeit, der zu den Prinzipien demokratischer Rechtspflege gehört und auch in § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG niedergelegt ist, verlangt, dass jedermann nach Maßgabe des tatsächlich verfügbaren Raums Zutritt zur Verhandlung ermöglicht wird. Raumbeschränkungen an sich sind zulässig, so auch um Abstandsregeln einzuhalten. Es muss aber zumindest eine begrenzte Anzahl Zuhörer:innen ermöglicht werden. Ein einziger Platz ist zu wenig, erst recht, wenn gar kein Platz zur Verfügung steht.

BAG vom 02.03.2022 - 2 AZN 629/21, Aufhebung und Rückverweisung von LAG Hamburg vom 31. Mai 2021 – 4 Sa 86/20, zit. nach Volltext der Entscheidung

BAG vom 01.03.2022 - 9 AZR 353/21

Erfüllung von Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen

Der Anspruch auf Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen ist gegenüber dem gesetzlichen Mindesturlaub und arbeits- bzw. tarifvertraglichen Ansprüchen auf Erholungsurlaub ein

selbstständiger Anspruch. Damit findet § 366 BGB nicht nur entsprechend, sondern unmittelbar Anwendung. Die in § 366 Abs. 2 BGB vorgegebene Tilgungsreihenfolge sei jedoch unter Berücksichtigung der Besonderheiten des gesetzlichen Mindesturlaubs und zur Vermeidung systemwidriger Ergebnisse zu modifizieren, so das BAG. Danach werden

Umsetzung des LkSG (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz)

Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, das gerne auch nur Lieferkettengesetz genannt wird, verpflichtet Unternehmen und Konzerne ab 3000 Arbeitnehmer:innen ab 01.01.2023 bestimmte Sorgfaltspflichten einzuhalten. Dies soll verhindern, dass in der Lieferkette menschenrechtswidrige Arbeitsumstände herrschen. Es geht um Kinderarbeit, Sklaverei, Zwangsarbeit, aber auch Arbeitsschutz, Gewerkschaftsrechte und Umweltschutz. Es ist ein Risikomanagement einzuführen, Risikoanalysen durchzuführen und eine Grundsatzerklärung zur Umsetzung zu erstellen. Daneben ist zu klären, wie notwendige Abhilfemaßnahmen erfolgen und schließlich ein Beschwerdeverfahren zu installieren.

In Kraft getreten ist das Gesetz bereits am 21.07.2021, beschlossen von einer unionsgeführten Bunderegierung. Nach über einem Jahr kommt die Union nun plötzlich auf die Idee, dass man das doch bitte verschieben möge, da die Betroffenen sich ja gar nicht wirklich vorbereiten hätten können auf das böse – von ihnen selbst beschlossene – Gesetz. OMG, sagt da der Betrachter der Szenerie, sollen die belohnt werden die in eineinhalb Jahren ihre Hausaufgaben nicht gemacht haben? Tja,...

Aber nun zur echten Welt: Das Beschwerdeverfahren sieht auf den ersten Blick ähnlich aus, wie beim Hinweisgeberschutz, hat aber ein paar Abweichungen. Insbesondere fordert es mehr Interaktion mit den Beschwerdeführer:innen. Auch muss der Schutz hier erst geschaffen werden („Das Beschwerdeverfahren muss...wirksamen Schutz gewährleisten“) und ist nicht bereits durch das Gesetz selbst gegeben. Da oftmals technische Lösungen zu Einsatz kommen, sind Betriebsräte und Personalräte hier gefragt. Es geht um Mitbestimmung bei Technik und Fragen der Ordnung im Betrieb, auch wenn das Beschwerdeverfahren auch für Dritte offen sein muss.

Haben die Unternehmen ab 3000 AN ihre Aufgaben bereits erfüllt, so werden im Laufe des Jahres diejenigen ab 1000 AN aktiv werden müssen, denn für die gelten die Regeln dann ab 01.01.2024. Nachdem das Hinweisgeberschutzgesetz demnächst in Kraft tritt und entsprechende Aktivitäten auslösen wird, bietet es sich an, die Anforderungen des LkSG auch gleich zu bearbeiten, auch wenn es durchaus zu beachtende strukturelle Unterschiede gibt.

fl



zuerst die gesetzlichen Urlaubsansprüche getilgt, wenn ein Arbeitgeber Erholungsurlaub, ohne eine Tilgungserklärung vorzunehmen, gewährt.
BAG vom 01.03.2022 - 9 AZR 353/21, Bestätigung von LAG Hamm vom 11. Februar 2021 – 5 Sa 1125/20, zit. nach Volltext der Entscheidung

BAG vom 01.03.2022 – 9 AZR 260/21
Nicht jede Eigenkündigung darf zur Rückzahlung von Fortbildungskosten führen

Wird in einem Vertrag über Fortbildung, eine als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu interpretierende Rückzahlungsklausel vereinbart, die inhaltlich und sprachlich bei allen Fällen der Eigenkündigung greift, führt dies zu einer unangemessenen Benachteiligung i. S. v. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Der Anwendungsbereich der Klausel erstreckt sich damit auch auf eine Kündigung, die Arbeitnehmer:innen aussprechen, weil sie unverschuldet und ohne Verursachungsbeitrag des Arbeitgebers aus Gründen in ihrer Person dauerhaft nicht (mehr) in der Lage sind, die durch die Weiterbildung erworbene Qualifikation im Rahmen der vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu nutzen. Das geht zu weit. Die Klausel ist deshalb (insgesamt) unwirksam.

BAG vom 01.03.2022 – 9 AZR 260/21, Bestätigung von LAG Nürnberg vom 26. März 2021 – 8 Sa 412/20, zit. nach Volltext der Entscheidung

BAG vom 24.02.2022 - 8 AZR 208/21 (A)

Persönliche Assistenz für Menschen mit Behinderungen – Diskriminierung wegen des Alters?

Das BAG hat dem EuGH die Frage vorgelegt, ob eine Benachteiligung wegen des Alters dadurch gerechtfertigt sein kann, dass Wünsche der Leistungsberechtigten nach § 8 Abs. 1 SGB IX hinsichtlich der persönlichen Assistenz Berücksichtigung finden („am besten zwischen 18 und 30 Jahre alt sein“).

Die Vorlagefrage lautet: Können Art. 4 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1, Art. 7 und/oder Art. 2 Abs. 5 der Richtlinie 2000/78/EG – im Licht der Vorgaben der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Charta) sowie im Licht von Art. 19 des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-BRK) – dahin ausgelegt werden, dass in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters gerechtfertigt werden kann?
BAG vom 24. Februar 2022 – 8 AZR 208/21 (A), Vorinstanz: LAG Köln vom 27. Mai 2020 – 11 Sa 284/19, zit. nach PM des BAG 9/22, am EuGH unter dem AZ C-518/22

BAG vom 24.02.2022 - 6 AZR 333/21

Gebot fairen Verhandeln bei Abschluss eines Aufhebungsvertrag

Die Missachtung des Gebots fairen Verhandeln beim Abschluss eines Aufhebungsvertrags führt unmittelbar zu einem Entfall der Rechtswirkungen des Aufhebungsvertrags und damit zu einer Fortsetzung des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses zu unveränderten Bedingungen. Ob ein solcher Fall vorliegt, ist anhand der Gesamtumstände der konkreten Verhandlungssituation im jeweiligen Einzelfall zu entscheiden. Allein der Umstand, dass der/die Arbeitgeber:in den Abschluss eines Aufhebungsvertrags von der sofortigen Annahme seines Angebots abhängig macht, stellt für sich genommen keine Pflichtverletzung gemäß § 311 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 241 Abs. 2 BGB dar, auch wenn dies dazu führt, dass Arbeitnehmer:innen weder eine Bedenkzeit verbleibt noch erbetteten Rechtsrat einholen können.

BAG vom 24. Februar 2022 – 6 AZR 333/21, Bestätigung von LAG Hamm vom 17. Mai 2021 – 18 Sa 1124/20, zit.

Werbung:

gekündigt?

Unsere Expertinnen helfen

kanzlei@sfm-arbeitsrecht.de

+49 89 23 000 50

nach PM des BAG 8/22 (siehe zum Thema die zentrale Entscheidung BAG vom 07.02.2019 – 6 AZR 75/18)

BAG vom 23.02.2022 - - 10 AZR 99/21

Tarifliche Freistellungstage werden bei Arbeitsunfähigkeit nicht erfüllt

Der tarifliche Anspruch auf Freistellungstage anstelle des Anspruchs auf ein tarifliches Zusatzgeld nach dem TV T-ZUG (Tarifvertrag Tarifliches Zusatzgeld für die Metall- und Elektroindustrie Nordrhein-Westfalens) wird nicht erfüllt, wenn Arbeitnehmer:innen am Freistellungstag arbeitsunfähig sind. Wenn die Gewährung von solchen Freistellungstagen aus personenbedingten Gründen – z. B. wegen einer langandauernden Erkrankung – im gesamten (restlichen) Kalenderjahr nicht möglich ist, geht der Freistellungsanspruch unter, dafür lebt der Anspruch auf das tarifliche Zusatzgeld wieder auf.

BAG vom 23. Februar 2022 – 10 AZR 99/21, Bestätigung von LAG Hamm, Urteil vom 25. November 2020 – 6 Sa 695/20, zit. nach PM des BAG 7/22

BAG vom 08.02.2022 - 1 ABR 2/21

Anspruch auf Abschluss eines Sozialplans, wenn Betriebsrat „zu spät“ gewählt wurde – Gesetzliche Funktion des Sozialplans (auch) Einfluss auf Maßnahme

Das BAG bestätigt seine Rechtsprechung, wonach der Betriebsrat eines bislang betriebsratslosen Betriebs, der erst nach Beginn der Durchführung der Betriebsänderung gewählt wird, nicht die Aufstellung eines Sozialplans verlangen kann. Es bestehe ein funktionaler Gesamtzusammenhang zwischen Interessenausgleich und Sozialplan, daher sei die Umsetzung der Betriebsänderung maßgeblicher Zeitpunkt für die notwendige Existenz des Betriebsrats. Als Argument wird angeführt, dass die Möglichkeit des Betriebsrats, auch gegen

§ 75 Abs. 1 BetrVG verbietet Vereinbarungen, durch die Arbeitnehmer:innen aufgrund der dort aufgeführten Merkmale benachteiligt werden. Die in § 1 AGG geregelten Benachteiligungsverbote sind in § 75 Abs. 1 BetrVG enthalten. Die unterschiedliche Behandlung der Betriebsangehörigen aus einem in § 1 AGG genannten Grund ist daher nur unter den im AGG normierten Voraussetzungen zulässig. Eine Begrenzung der Grundabfindung ist geeignet, Arbeitnehmer:innen mit höherem Lebensalter in besonderer Weise zu benachteiligen.

Das BAG führt aus, dass die Berechnungsmethode aber auch dazu führt, dass zunächst ältere Arbeitnehmer:innen typischerweise eine deutlich höhere Abfindung

nach dem Sozialplan erhalten als jüngere und sieht es dann als „rechtmäßiges“ Ziel an, angesichts limitierter finanzieller Mittel Verteilungsgerechtigkeit herzustellen. Die Höchstbetragsregelung sei zudem geeignet, erforderlich und angemessen. Insbesondere sei nicht erkennbar, dass eine Abfindung i. H. v. 230.000,00 Euro keine substantielle Milderung der Nachteile darstellt. *BAG vom 08.02.2022 - 1 AZR 252/21, Bestätigung von Hessisches LAG vom 10. März 2021 - 18 Sa 1041/20, zit. nach Volltext der Entscheidung*

BAG vom 08.02.2022 - 1 AZR 233/21 Keine Anscheinsvollmacht zum Abschluss einer BV

Eingefangen hat das BAG zwischenzeitlich ein oft zitiertes Urteil des LAG Düsseldorf vom 15.04.2021 - 11 Sa 490/20. Das LAG hatte eine Regelung in einer BV zulasten eines Arbeitnehmers gelten lassen, obwohl der Unterschrift des Betriebsratsvorsitzenden kein Beschluss des Gremiums zugrunde lag.

Das BAG hierzu: „Der Charakter einer Betriebsvereinbarung als *privatrechtlich kollektiver und objektives Recht setzender Normenvertrag von Betriebsparteien (...)* steht der Annahme entgegen, eine Betriebsvereinbarung könne für den Betriebsrat nach den Grundsätzen einer Anscheinsvollmacht zustande kommen.“

BAG vom 08.02.2022 - 1 AZR 252/21, Aufhebung von LAG Düsseldorf vom 15.04.2021 - 11 Sa 490/20

BAG vom 27.01.2022 – 6 AZR 155/21 (A) Massenentlassungsverfahren – Führt Verstoß gegen § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG zur Unwirksamkeit der Kündigung?

Das BAG legt dem EuGH die Frage vor, ob die nach § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG vorgeschriebene Übermittlung der an den Betriebsrat gerichteten Mitteilung gemäß § 17 Abs. 2 KSchG an die Agentur für Arbeit eine Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung darstellt. Vorliegend war dies unterlassen worden, was dann zur Unwirksamkeit führen würde. *BAG vom 27. Januar 2022 – 6 AZR 155/21 (A), Vorinstanz: LAG Niedersachsen vom 24. Februar 2021 – 17 Sa 890/20, zit. nach PM des BAG 4/22*

BAG vom 25.01.2022 - 9 AZR 146/21 Schlussformulierung eines Arbeitszeugnisses

Das BAG bleibt – entgegen der Vorinstanz – dabei, dass eine Dankes- und Wunschformel im Zeugnis nicht eingeklagt werden kann. Arbeitgeber:innen brächten nur Gedanken und Gefühle zum Ausdruck, die weder Rückschlüsse auf die Art und Weise, in der Arbeitnehmer:innen die übertragenen Aufgaben erledigt haben, noch auf deren für das Arbeitsverhältnis wesentlichen Charaktereigenschaften und Persönlichkeitszüge zulassen. Das BAG ignoriert mit dem Festhalten an seiner Meinung nach wie vor die Lebenswirklichkeit in Unternehmen.

Werbung:

BV gefällig?
Unsere Expertinnen helfen
kanzlei@sfm-arbeitsrecht.de
+49 89 23 000 50

den Willen des/der Arbeitgeber:in einen Sozialplan erzwingen zu können, auch dazu beitragen soll, dass die Betriebsänderung in einer möglichst schonenden Form durchgeführt wird.

Die „gesetzlich vorgesehene Funktion des Sozialplans als Instrument auch zur mittelbaren Einflussnahme auf den unternehmerischen Prozess der Willensbildung und Entscheidung über die Betriebsänderung“ beruhe auf der Prämisse, dass schon dann ein Betriebsrat besteht, wenn die Maßnahme noch nicht umgesetzt worden ist. Warum es nicht ausreicht, dass der/die Arbeitgeber:in weiß, dass der Betriebsrat mit seiner Existenz „droht“, vermag uns der erste Senat nicht wirklich zu erklären. *BAG 08.02.2022 - 1 ABR 2/21, Bestätigung von Hessisches LAG vom 21. Juli 2020 – 4 TaBV 170/19, zit. nach Volltext der Entscheidung*

BAG vom 08.02.2022 - 1 AZR 252/21

Höchstbetragsregelung in Sozialplan kann zulässig sein

BAG vom 25.01.2022 - 9 AZR 146/21, Aufhebung von LAG Düsseldorf vom 12. Januar 2021 – 3 Sa 800/20, zit. nach Volltext der Entscheidung

BAG vom 25.01.2022 - 9 AZR 230/21

Tariflich reduzierte Wochenarbeitszeit im Alter reduziert Urlaub nicht

Arbeitsbefreiungen aufgrund von tariflicher Altersfreizeit (Manteltarifvertrag für die Chemische Industrie: zweieinhalbstündige Reduktion der Arbeitsverpflichtung je Woche, zusammengefasst zu

ganzen Tagen) führen nicht zu einer (geringeren) Neuberechnung des Urlaubsanspruchs.

BAG vom 25.01.2022 - 9 AZR 230/21, Aufhebung von LAG Niedersachsen vom 13. Januar 2021 – 17 Sa 957/20 zugunsten des Klägers, zit. nach Volltext der Entscheidung

BAG vom 19.01.2022 - 5 AZR 217/21

Kein Mindestlohn für Pflichtpraktikum als Zulassungsvoraussetzung für die Aufnahme eines Studiums

Praktikanten, die ein nach der Studienordnung einer Hochschule als Zulassungsvoraussetzung verpflichtendes Praktikum absolvieren, haben keinen Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn. Dies ergebe sich aus § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 MiLoG, so das BAG. BAG vom 19. Januar 2022 – 5 AZR 217/21, Bestätigung von LAG Rheinland-Pfalz vom 16. März 2021 – 8 Sa 206/20. Zit. Nach PM des BAG Nr. 1/22

fl

The never ending story

Wann können Daten, die unter Verletzung des Mitbestimmungsrechts gewonnen wurden gegen Arbeitnehmer:innen verwendet werden?

Diese Frage beschäftigt das deutsche Arbeitsrecht schon über 15 Jahre: Können Daten, die unter Verletzung des Mitbestimmungsrechts gewonnen wurden, im Kündigungsschutzprozess gegen Arbeitnehmer verwendet werden? Begonnen hatte die Auseinandersetzung mit dem sog. Lippenstifturteil des 2. Senats vom 13.12.2007 - 2 AZR 537/06. Die Taschenkontrolle war

am Personalausgang mitbestimmungswidrig vorgenommen worden, aber der dabei gefundene Lippenstift, der dem Arbeitgeber gehörte, durfte im Prozess dennoch gegen

die Arbeitnehmerin als Beweis verwertet werden. Inzwischen hat das BAG diese Rechtsprechung ein wenig korrigiert und geht dort, wo die Nutzung mitbestimmungswidrig erlangter Beweise zugleich eine Verletzung des Rechts auf informelle Selbstbestimmung ist, von einem Beweisverwertungsverbot aus (sog. Keylogger-Entscheidung: BAG vom 27.07.2017 – 2 AZR 681/16).

In dieser Situation lässt eine Entscheidung des LAG Niedersachsen vom 06.07.2022 - 8 Sa 1148/20

werden, nicht verwenden darf. An den eingesetzten Videogeräten war zumindest später eine Hinweistafel angebracht worden, dort war unter der Überschrift „Dauer der Datenspeicherung“ zu lesen: „Die Daten werden 96 Stunden vorgehalten“. Eine Betriebsvereinbarung über die Videoüberwachung gab es nicht, nur ein einseitig vom Arbeitgeber erstelltes „Betriebskonzept Videosystem Werk H.“ aus dem

Jahr 2012.

Nach einem anonymen Hinweis wertete die Arbeitgeberin Videodaten aus, die ca. ein Jahr zurücklagen und verglich sie

mit den Daten der elektronischen Anwesenheitserfassung, die ebenfalls ca. ein Jahr alt waren. Aus dem Vergleich schloss die Arbeitgeberin, dass ein bestimmter Arbeitnehmer an mehreren Tagen das Werksgelände einige Minuten, in einem Fall sogar bereits 22 Minuten vor Schichtende verlassen habe. Er sei an diesen Tagen im Werk erschienen, um seine Anwesenheit zu dokumentieren, habe seine Anwesenheit in einer dort geführten Liste bestätigen lassen und habe dann das

Die Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts kann zu Verwertungsverbot im Prozess führen

Werksgelände vorzeitig wieder verlassen, um vorsätzlich einen Arbeitszeitbetrug zu begehen. Auf dieser Grundlage kündigte die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer fristlos wegen Arbeitszeitbetrugs.

Sowohl das Arbeitsgericht als auch das LAG Niedersachsen gaben der Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers statt. Natürlich ist Arbeitszeitbetrug an sich geeignet, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung i. S. v. § 626 Abs. 1 BGB darzustellen. Dabei geht es nicht um die um wenige Minuten verkürzte Arbeitszeit, es geht vielmehr um die schwere Verletzung des Vertrauensverhältnisses, wenn der Arbeit-

nehmer „wider besseres Wissen die Behauptung aufstellt, die (vollständige) Schicht abgeleistet zu haben, obwohl dies tatsächlich nicht der Fall war.“

Der Arbeitnehmer selbst hatte aber seinerseits die Pflichtwidrigkeit bestritten,

es kam im Prozess letztlich auf die Frage an, ob die Arbeitgeberin mit den Video- und Anwesenheitserfassungsdaten, die etwa ein Jahr alt waren den Beweis erbringen konnte, dass der Arbeitnehmer einen Arbeitszeitbetrug begangen hat. Dies verneinte das LAG Niedersachsen.

Daten aus der elektronischen Anwesenheitserfassung, so begründete das Gericht seine Entscheidung, dürften als Beweis nicht verwendet werden, weil die „personenbezogene Auswertung“ nach dem Inhalt der Betriebsvereinbarung verboten sei. Zumindest habe die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer „durch den Abschluss der Betriebsvereinbarung „in Sicherheit gewiegt“, so dass eine „berechtigte Privatheitserwartung“ des Klägers bestand und daraus folgend im vorliegenden Verfahren ein Verbot der Verwertung der durch die Kartensegeräte gewonnenen Daten besteht.“ Das sind erfreuliche neue Töne in der Diskussion, die Entscheidung bezieht sich ausdrücklich auf die normative Wirkung der Betriebsvereinbarung und den dadurch erzeugten Schutz des Arbeitnehmers.

Eine vergleichbare Argumentation konnte das Gericht hinsichtlich der verwendeten Videodaten nicht anwenden, denn es bestand keine Betriebsvereinbarung. Hier argumentierte das Gericht damit, dass die Videoaufzeichnung unverhältnismäßig, weil nicht erforderlich i.S. § 26 BDSG sei. *Das Mittel der Videoüberwachung*

und - aufzeichnung sei darüber hinaus zur Kontrolle geleisteter Arbeitszeiten und zur Aufdeckung einer damit im Zusammenhang stehenden Straftat auch nicht erforderlich, da hierzu andere Mittel zur Verfügung stehen, die die Ableistung von Arbeitszeiten verlässlicher dokumentieren. Wenn aber die Videodaten nach dem Datenschutzrecht unzulässig gewonnen wurden, liegt eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Gestalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und am eigenen Bild vor. Dann dürfe das Gericht solche Beweise auch nicht im Prozess verwerten.

Eine mutige und zu begrüßende Entscheidung des LAG

Niedersachsen, die vom BAG überprüft werden wird. Die Rechtsbeschwerde wurde wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen. Sie zeigt aber das eigentliche Problem der Verwendung personenbezogener Daten

gegen Arbeitnehmer. Weder das Mitbestimmungsrecht noch das Datenschutzrecht ist dazu da Betrüger zu schützen. Kein vernünftiger Betriebsrat wird sich für die kleine Minderheit unehrlicher Kollegen einsetzen, denn dann wäre der Ehrliche schnell der Dumme. Und keine Belegschaft würde ein solches Engagement ihres Betriebsrats verstehen. Aber: Jeder Mensch kann zwar heute erklären, warum er gestern oder auch vorgestern zu welcher Zeit gekommen oder gegangen ist. Ein Jahr danach kann sich niemand mehr erinnern, nur zeigen die gespeicherten Daten ein Bild, aus dem schnell Schlüsse gezogen werden können. Diese faktische Beweislastumkehr gilt es zu verhindern, es gilt, Arbeitnehmer davor zu schützen, ein Jahr später erklären zu müssen, warum sie nichts Unanständiges getan haben, obwohl doch die Daten einen anderen Schluss zulassen. Deshalb ist es wichtig, die Datennutzung zumindest auf einen für Arbeitnehmer überschaubaren Zeitraum zu beschränken und sie nach Möglichkeit, wie im vom LAG Niedersachsen vollständig zu verbieten. Denn: Rechtswidrige Datennutzung darf dem Arbeitgeber keinen Vorteil bringen. Dazu ist die Entscheidung des LAG Niedersachsen ein wichtiger Meilenstein.

K. Seebacher, RA

Nutzungsbeschränkungen von Daten in Betriebsvereinbarungen müssen auch im Kündigungsschutzprozess Beachtung finden

Siehe zum Thema demnächst auch: Fleischmann, Verwertungsverbot bei unzulässiger Datennutzung, Computer und Arbeit Heft 2 oder 3/2023

Ab dem 01.10.2023 wird das bereits für Ärzte und Krankenkassen eingeführte elektronische Meldeverfahren über Arbeitsunfähigkeiten auch für Arbeitgeber:innen verpflichtend. Damit ändern sich nicht nur die Informationsabläufe zwischen den Beteiligten, sondern auch die arbeitsrechtlichen Pflichten für gesetzlich krankenversicherte Arbeitnehmer:innen. Was bedeutet dies in der Praxis?

Bisherige Anzeige- und Nachweispflichten gem. § 5 Abs. 1 EntgeltfortzahlungsgG

Nach der bestehenden Regelung in § 5 Abs. 1 EntgeltfortzahlungsgG sind Arbeitnehmer:innen verpflichtet, Arbeitgeber:innen die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich mitzuteilen (Anzeige-

Gilt nur für gesetzlich Versicherte

pflicht). Wenn die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage dauert, muss eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorgelegt werden (Nachweispflicht). Arbeitgeber:innen können die Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung auch früher verlangen. Bei länger andauernder Erkrankung als bescheinigt, muss eine neue ärztliche Bescheinigung vorgelegt werden.

Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung wurde Arbeitnehmer:innen bisher in Papierform in dreifacher Ausfertigung übergeben um selbst für die rechtzeitige Übermittlung an die Krankenkasse und den/die Arbeitgeber:in Sorge zu tragen.

Wurde die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht vorgelegt, konnte gem. § 7 EntgeltfortzahlungsgG die Entgeltfortzahlung verweigert werden.

aus AUB wird eAU

Elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ab dem 01.01.2023 verpflichtend!

Neuregelung – Feststellungspflicht statt Nachweispflicht

Das Entgeltfortzahlungsgesetz wurde nunmehr in § 5 um einen neuen Absatz 1a ergänzt. Die unverzügliche Anzeigepflicht der Arbeitsunfähigkeit unter Angabe der voraussichtlichen Dauer nach Abs. 1 bleibt bestehen. Durch die ergänzende Regelung in Abs. 1a entfällt für gesetzlich Krankenversicherte, die sich vertragsärztlich behandeln lassen, nun jedoch die Pflicht die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung Arbeitgeber:innen selbst vorzulegen. Die Nachweispflicht wird durch eine Fest-

stellungspflicht ersetzt. Ab dem 01.01.2023 sind gesetzlich Krankenversicherte, die länger als drei Tage krank sind, nur noch verpflichtet, Ihre Arbeitsunfähigkeit und deren

voraussichtliche Dauer feststellen und sich hierüber eine ärztliche Bescheinigung aushändigen zu lassen. Diese Bescheinigung muss nicht mehr übermittelt werden.

Zu beachten ist jedoch, dass es bei der bisher geltenden Nachweispflicht gem. § 5 Abs. 1 EntgeltfortzahlungsgG bleibt, wenn die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung des gesetzlich Versicherten durch einen Privatarzt festgestellt wurde, Arbeitnehmer:innen eine geringfügige Beschäftigung in Privathaushalten ausüben oder sich bei Beginn der Arbeitsunfähigkeit im Ausland aufhalten. Auch für Privatversicherte bleibt es bei der bisher bestehenden Vorlagepflicht an die Arbeitgeber:innen.

Im Gegensatz zum bisherigen Verfahren existiert im neuen elektronischen Meldeverfahren also nur noch die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung in Papierform, die

sich Arbeitnehmer:innen gem. § 5 Abs. 1 a S. 2 Entgeltfortzahlungsg vom Arzt aushändigen lassen müssen. Dies soll es, z. B. bei Übermittlungsfehlern oder anderen technischen Störungen ermöglichen, weiterhin die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit nachzuweisen.

Im Rahmen der Neuregelung wurde das Leistungsverweigerungsrecht der Arbeitgeber:innen in § 7 Abs. 1 Entgeltfortzahlungsg im Wortlaut nicht geändert. Ob daher Arbeitgeber:innen die Entgeltfortzahlung entsprechend verweigern können, wenn Arbeitnehmer:innen die Arbeitsunfähigkeit nicht ärztlich feststellen lassen oder sie Arbeitgeber hierüber nicht informieren, wird durch die Rechtsprechung zu klären sein.

Automatisiertes Mitteilungsverfahren

Zur Information über die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers wurde ein für Ärzt:innen, Einrichtungen, Krankenkassen und Arbeitgeber:innen verpflichtendes automatisiertes Mitteilungsverfahren eingeführt.

Die behandelnden Ärzt:innen und Einrichtungen sind gem. § 295 Abs. 1 S. 1 SGB V verpflichtet, die von ihnen festgestellten Arbeitsunfähigkeitsdaten elektronisch an die Krankenkassen zu übermitteln.

Die Krankenkassen stellen diese Daten im Folgenden den Arbeitgeber:innen zum Abruf bereit. Dabei werden nach § 109 Abs. 1 SGB V, der Name des Beschäftigten,

der Beginn und das Ende der Arbeitsunfähigkeit, das Datum der ärztlichen Feststellung sowie die Bezeichnung als Erst- oder Folgebescheinigung mitgeteilt. Außerdem wird angegeben, ob Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Arbeitsunfähigkeit auf einem Arbeitsunfall

oder sonstigen Unfall oder auf Folgen von solchen beruht.

Bei Abruf der elektronischen Arbeitsunfähigkeitsdaten erhalten Arbeitgeber:innen jedoch keine Kenntnis mehr über den Namen des behandelnden Arztes oder seine Fachrichtung. Dies ist aus Arbeitnehmersicht zu begrüßen, weil die Art der Erkrankung nicht mehr auch nur mittelbar für Arbeitgeber:innen zu erkennen ist.

Arbeitgeber:innen dürfen die Daten bei der Krankenkasse jedoch nur abfragen, wenn im angefragten Zeitraum ein Beschäftigungsverhältnis bestand und

Arbeitgeber:innen rufen eAU bei Krankenkasse selbst ab

Rechengrößen der Sozialversicherung 2023

	West		Ost	
	Monat	Jahr	Monat	Jahr
Beitragsbemessungsgrenze: allgemeine Rentenversicherung	7.300 €	87.600 €	7.100 €	85.200 €
Beitragsbemessungsgrenze: knappschaftliche Rentenversicherung	8.950 €	107.400 €	8.700 €	104.400 €
Beitragsbemessungsgrenze: Arbeitslosenversicherung	7.300 €	87.600 €	7.100 €	85.200 €
Versicherungspflichtgrenze: Kranken- und Pflegeversicherung	5.550 €	66.600 €	5.550 €	66.600 €
Beitragsbemessungsgrenze: Kranken- und Pflegeversicherung	4.987,50 €	59.850 €	4.987,50 €	59.850 €
Bezugsgröße in der Sozialversicherung	3.395 €	40.740 €	3.290 €	39.480 €
Vorläufiges Durchschnittsentgelt/Jahr in der Rentenversicherung	43.142 €			

Die Verordnung ist noch nicht verkündet. Die Daten wurden dem Regierungsentwurf entnommen, der am 12.10.2022 verabschiedet wurde auf Grundlage des Referentenentwurfs des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales. Der Regierungsentwurf findet sich mit Erläuterungen unter <https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetze/Regierungsentwuerfe/reg-verordnung-rechengoessen-der-sozialversicherung-2023.pdf?blob=publicationFile&v=2> CSR

ihnen die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit arbeitnehmerseits vorab mitgeteilt wurde.

Fazit

Die automatisierte Meldung der Arbeitsunfähigkeitsdaten lässt zwar die Pflicht zur Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung an Arbeitgeber:innen für gesetzlich Krankenversicherte entfallen, dennoch besteht unverändert die Pflicht, über die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich zu informieren und die Arbeitsunfähigkeit nach dem dritten Tag ärztlich feststellen zu lassen. Arbeitgeber:innen können auch weiterhin eine frühere Feststellung verlangen.

Es empfiehlt sich schon zu Beweis Zwecken, Arbeitgeber:innen über die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit in Textform zu informieren, damit die Daten bei der Krankenkasse abgerufen werden können und dem Arbeitnehmer:innen keine Pflichtverletzung vorgeworfen werden kann.

Nicht vorgelegt werden muss jedoch die (zusätzlich) noch ausgehändigte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung in Papierform, da diese neben dem Namen des behandelnden Arztes auch die Diagnose enthält – Informationen die Arbeitgeber:innen in dem Moment nichts

angehen. Das „Ersatzbeweisdokument“ kann jedoch genutzt werden, um in der ersten Zeit technische Unzulänglichkeiten zu überwinden. Dann sollte allerdings zumindest die Diagnose vor Vorlage an Arbeitgeber:innen geschwärzt werden. Auch könnte der Arzt gebeten werden, für eine Übergangszeit weiterhin eine Arbeitgeber-Bescheinigung nach altem Muster auszustellen. Wie so oft bei der Digitalisierung von Prozessen funktioniert die eAU noch nicht überall. Andernfalls müsste man Abrechnungen nur noch unter Vorbehalt machen und auf die Systemdaten warten, was auch aus Arbeitnehmer:innensicht nicht unbedingt vorteilhaft sein dürfte.

In kollektivrechtlicher Hinsicht ist ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG auch nach der Neuregelung nur dann gegeben, wenn Arbeitgeber:innen eine frühere Feststellung der Arbeitsunfähigkeit als gesetzlich vorgesehen verlangen und ein kollektiver Tatbestand vorliegt. Werden jedoch zum Abruf der Arbeitsunfähigkeitsdaten technische Systeme eingeführt oder geändert, kommt eine Mitbestimmung gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG in Betracht.

In Betriebsvereinbarungen muss künftig die Neuregelung in § 5 Abs. 1 a Entgeltfortzahlungsgesetz, insbesondere in Hinblick auf die unterschiedlichen Pflichten für Privat- und gesetzlich Krankenversicherte, berücksichtigt werden.

A. Daumoser, RAin

Zuckerbrot und/ oder Peitsche!?

Bundesarbeitsgericht zum Thema Zeiterfassung: Der Beschluss vom 13.09.2022 - 1 ABR 22/21 schlägt Wellen

Kaum eine BAG-Entscheidung, die -noch vor Veröffentlichung der Entscheidungsgründe- so häufig, kontrovers und mitunter emotional diskutiert wurde. Und das sowohl aus dem Arbeitnehmer- wie auch aus dem Arbeitgeberlager. Ein echter Paukenschlag also.

Leitsätze des BAG:

1. Arbeitgeber sind nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG verpflichtet, Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit zu erfassen,...

2. Dem Betriebsrat steht kein - über einen Einigungsstellenspruch durchsetzbares - Initiativrecht zur Einführung eines elektronischen Systems zu, mit dem die tägliche Arbeitszeit solcher Arbeitnehmer erfasst werden soll.

Arbeitgebervertreter wittern (wieder einmal) den Untergang des Abendlandes, Betroffenheit auch auf Arbeitnehmerseite, weil man befürchtet, mangels Initiativrechts tatenlos zusehen zu müssen, wenn Arbeitgeber

diese Verpflichtung nicht umsetzen. Es folgen Diskussionen (von dogmatisch bis ideologisch), ob das nun (diesmal aber wirklich!) das Ende der Vertrauensarbeitszeit ist, ob und warum es trotzdem zumindest keiner elektronischen Erfassung der Arbeitszeit bedürfe oder ob man die Entscheidung überhaupt beachten müsse oder getrost einfach ignorieren könne.

Bei näherer Betrachtung der Entscheidungsgründe ist nun Folgendes zu konstatieren:

1. Das BAG macht unmissverständlich klar, dass Arbeitgeber **kraft Gesetzes** verpflichtet sind, ein System einzuführen, mit dem Beginn und Ende und damit die Dauer der täglichen Arbeitszeiten erfasst werden. Hierbei muss es sich um ein „objektives, verlässliches und zugängliches“ System handeln.

Ganz offensichtlich für viele Arbeitgeber eine -um im Bild zu bleiben- schmerzhaft Peitsche. Inhaltlich

10 Seiten sehr ausführlich und akribisch (unter Bezugnahme auf nationale Gesetzgebungsverfahren sowie Darstellung unionsrechtlicher Bezüge), warum dies zwingend auch das europarechtlich geforderte System zur Arbeitszeiterfassung einschließt.

Die gerne ins Feld geführte Aussage „EuGH interessiert uns nur am Rande, wir warten erstmal ab, was der nationale Gesetzgeber daraus macht“ dürfte damit vom Tisch sein. (Bezeichnend ist allerdings, dass sie nun mitunter ersetzt wird durch die Aussage „gesetzliche Verpflichtung, mag sein, aber Verstöße gegen § 3 Abs. 2 ArbSchG sind ja nicht straf- oder bußgeldbewährt“. Also das mehr oder weniger offene Bekenntnis, geltendes Recht einfach nicht umsetzen zu wollen, weil und solange man nichts zu befürchten hat.)

2. Das BAG stellt fest, dass dem Betriebsrat kein Initiativrecht zur Einführung eines zwingend elektronischen Systems zur Arbeitszeiterfassung zusteht.

Der 1. Senat begründet dies damit, dass sich aus § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG nicht zwingend die Verpflichtung zur Einführung eines elektronischen Systems zur Arbeitszeiterfassung ergibt (sieht man sich die europarechtliche Herleitung der Verpflichtung an, ist dies nur konsequent: auch der EuGH-Entscheidung vom 14.05.2019 ist zu entnehmen, dass das geforderte Zeiterfassungssystem - zumindest

theoretisch - nicht immer ausnahmslos und zwingend elektronisch sein muss.)

Ebenso deutlich macht der Senat allerdings, dass dem Betriebsrat für die Ausgestaltung des im Betrieb zu verwendenden Systems zur Arbeitszeiterfassung durchaus ein Mitbestimmungsrecht und damit ein Initiativrecht gem. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG (Gesundheitsschutz) zusteht. Das Initiativrecht darf sich nur nicht auf die Zeiterfassung in elektronischer Form beschränken.

Das Initiativrecht des Betriebsrats setzt ein, wenn (wie hier vom BAG für die Arbeitszeiterfassung bejaht) eine gesetzliche Handlungspflicht objektiv besteht und wegen des Fehlens zwingender gesetzlicher Vorgaben betriebliche Regelungen verlangt werden, um das vom Gesetz vorgegebene Ziel des Arbeits- und Gesundheitsschutzes zu erreichen.

BAG: betrieblicher Gesundheitsschutz zwingt Arbeitgeber zu vollständiger, objektiver und verlässlicher Arbeitszeiterfassung

wiederholt das BAG damit nur die Anforderungen, die der EuGH bereits vor über 3 Jahren (EuGH vom 14.05.2019, C-55/18) bereits aufgestellt hat. Neu und durchaus ein „Kracher“ ist aber, dass sich diese Verpflichtung nach Auffassung des 1. Senats ganz ohne weitere Umsetzungsakte des Gesetzgebers im Wege einer unionsrechtskonformen Auslegung bereits aus § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG (Gesundheitsschutz) ergibt. Angesichts des allgemein gehaltenen Wortlauts dieser Rahmenvorschrift ist dies durchaus beachtlich: der Arbeitgeber hat gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 ArbSchG zur Planung und Durchführung von erforderlichen Maßnahmen des Gesundheitsschutzes unter Berücksichtigung der Art der Tätigkeiten und der Zahl der Beschäftigten eine „geeignete Organisation“ und die „erforderlichen Mittel“ bereitzustellen. Der 1. Senat begründet aber auf über

Heißt in der Praxis: Weigert sich der Arbeitgeber, ein System zur Arbeitszeiterfassung einzuführen, kann der Betriebsrat durchaus (zunächst) sein Initiativrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG diesbezüglich geltend machen und eine Einigungsstelle einsetzen lassen. Er darf

Also durchaus „Zuckerbrot“ für den Betriebsrat!

Dass mit der Entscheidung des BAG beileibe nicht alle Fragen zum Thema Arbeitszeit geklärt sind und hiermit auch neue aufgeworfen werden, ist angesichts der Komplexität des Themas nicht verwunderlich und

wohl unvermeidbar. Insbesondere welche Folgen sich aus der Verpflichtung zur Zeiterfassung ergeben, wird weiter zu diskutieren und von Gerichten (oder dem Gesetzgeber) zu klären sein:

➤ Folgt aus der Verpflichtung

zur Arbeitszeiterfassung auch die Verpflichtung zur (regelmäßigen) Kontrolle der aufgezeichneten Arbeitszeiten?

- Kann der Arbeitgeber weiterhin seinen Beschäftigten die Verteilung der vertraglich geschuldeten Arbeitszeit überlassen (Stichwort Vertrauensarbeitszeit)?
- Welche mittelbaren Auswirkungen entstehen für die Vergütung von erfasster Arbeitszeit?

Der für Vergütung zuständige 5. Senat hat bereits entschieden, dass Verstöße gegen die Verpflichtung zur Arbeitszeiterfassung im Überstundenprozess nicht helfen. Wenn aber der Arbeitgeber eine Verpflichtung zur Erfassung und zur Prüfung der entsprechenden Zeiten hat, duldet er dann nicht zumindest regelmäßig geleistete Mehrarbeit?

Es bleibt weiterhin spannend beim Thema Arbeitszeit....

B. Renkl, RAin

den Regelungsgegenstand nur nicht auf ein System der elektronischen Zeiterfassung beschränken, da das europarechtlich geforderte „objektive, verlässliche und zugängliche“ System nicht zwingend ein elektronisches sein muss. Es ist dann Aufgabe der Einigungsstelle festzustellen, welches System dies leisten kann und sinnvoll ist. Praktisch ist schwer vorstellbar, was dies für ein System sein könnte, wenn nicht ein elektronisches (manch Arbeitgebervertreter bringt tatsächlich wieder analoge Stempeluhren ins Gespräch...).

Ist durch die Einigungsstelle festgestellt, dass die Vorgabe des § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG im konkreten Fall durch Einführung und Betrieb eines elektronischen Zeiterfassungssystems umzusetzen ist, besteht dann ohne Zweifel ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bei der Ausgestaltung.

Im Falle einer „Totalblockadehaltung“ des Arbeitgebers mag dieser „Umweg“ über § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG erstmal mühsam sein. Im Ergebnis eröffnet er aber dem Betriebsrat die Möglichkeit, die Einführung eines (elektronischen) Zeiterfassungssystems wirkungsvoll voranzutreiben.

Siehe zum Thema auch: Seebacher/Fleischmann, „Schluss mit der Gratsmentalität“, Arbeitsrecht im Betrieb 12/2022

WERBUNG

Beschlussvorlagen für Betriebs- und Personalräte unter:

www.sfm-arbeitsrecht.de

<https://sfm-arbeitsrecht.de/beschlusstexte-fuer-betriebsraete/>

<https://sfm-arbeitsrecht.de/beschlusstexte-fuer-personalraete/>

Der kleine Alltagshelfer für den Betriebsrat

– Bearbeitungshinweis für alltäglich auftretende Themen –

Teil 4: Kündigung, §§ 102, 103 BetrVG [Stand 12.12.2022]

4.1 Fälle des § 102 BetrVG

Die Mitbestimmung nach § 102 BetrVG bezieht sich auf ordentliche (fristgemäße) Kündigungen, aber auch auf außerordentliche (fristlose) Kündigungen, damit auch auf Kombinationen der beiden Formen. Für Betriebsrats-, JAV- und Wahlvorstandsmitglieder, aber auch Wahlbewerber gilt die Sondernorm des § 103 BetrVG (siehe unten).

Ablauf der Anhörungsbearbeitung:

- (1) Feststellung des Zugangszeitpunkts der Anhörung und Berechnung der 3-Tagesfrist und der Wochenfrist zur Reaktion
- (2) Prüfung der Vollständigkeit der Information und in der Regel KEINE Nachforderung
- (3) Aufnahme in Tagesordnung der Betriebsratssitzung oder des zuständigen Ausschusses
- (4) Beschlussfassung über Bedenken und Widerspruch
- (5) Ausfertigung der Bedenken und/oder des Widerspruchs mit Begründung unter Bezug auf die Fälle des § 102 Abs. 3 Ziff. 1 - 5 BetrVG, Unterschrift der/s Vorsitzenden und Zuleitung an Arbeitgeber binnen der Frist.

Anders bei § 103 BetrVG!

4.1.1. Ordentliche Kündigung

Ähnlich wie bei Maßnahmen nach § 99 BetrVG ist bei einer ordentlichen Kündigung der Betriebsrat **unter Angabe der Gründe**, die den Arbeitgeber zu der Maßnahme bewogen haben, anzuhören. § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG stellt klar, dass eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung unwirksam ist. Unter den Begriff „ohne Anhörung“ kann auch eine fehlerhafte Anhörung fallen, so dass der Betriebsrat in der Regel den Arbeitgeber nicht (!) dazu anleiten sollte oder müsste, seinen Fehler, der sich letztlich zu Gunsten der/s Betroffenen auswirken kann, zu beheben. Auch sollte man als Betriebsrat zweimal überlegen, ob

man die besseren Kenntnisse, die man hat, dem Arbeitgeber wirklich übermitteln muss. Dies kann im Einzelfall einmal Sinn machen, wenn man die ernsthafte Hoffnung hat, der Arbeitgeber könnte von der Kündigung Abstand nehmen.

Die Widerspruchsgründe sind in Abs. 3 abschließend aufgeführt.

Hier ist zu beachten, dass die Frage der Rechtmäßigkeit der Kündigung dort nicht als möglicher Widerspruchsgrund aufgeführt ist. Somit muss, selbst, wenn man umfangreich vortragen kann, warum die Kündigung wohl rechtswidrig ist, zwingend mindestens einer der gesetzlich vorgesehenen Widerspruchsgründe enthalten sein, um einen wirksamen Widerspruch zu erzeugen. Auch hier ist die bloße Wiedergabe des Gesetzestextes nicht ausreichend.

Findet man als Betriebsrat keine formellen Widerspruchsgründe, so kann es gleichwohl angezeigt sein, einen Widerspruch zu formulieren, in dem dann zumindest signalisiert wird, dass der Betriebsrat mit der Maßnahme nicht einverstanden ist und der dem betroffenen Arbeitnehmer psychologische Unterstützung signalisiert und vielleicht auch einige Hinweise für die eigene Rechtsverteidigung gibt. Zudem sieht § 102 Abs. 2 S. 1 BetrVG ja auch vor, dass man auch **Bedenken** mitteilen kann, also nicht begrenzt ist, in dem was man vorbringt. Ein Unterschied ergibt sich bei den Folgen.

Folge eines korrekt begründeten Widerspruchs nach Abs. 3:

Ein Widerspruch des Betriebsrats führt nicht dazu, dass der Arbeitgeber die Kündigung nicht aussprechen darf. Er gibt jedoch dem betroffenen Arbeitnehmer gem. § 102 Abs. 5 BetrVG die Möglichkeit während laufendem Kündigungsschutzprozess die Weiterbeschäftigung über die Kündigungsfrist hinaus zu erzwingen. Ohne Widerspruch gibt es diese Option, bis auf Ausnahmen, nicht,

mit der Folge, dass das finanzielle Risiko für den/die Arbeitnehmer:in größer wird und der/die Betroffene sich auch mangels Eingliederung in den Betrieb oftmals psychologisch zusehends von dem Wunsch nach Weiterbeschäftigung „verabschiedet“.

Der Betriebsrat hat hier also eine hohe Verantwortung gegenüber den Kolleginnen und Kollegen.

Beachte: Die Wochenfrist endet vorzeitig, wenn der Betriebsrat seine Stellungnahme abgibt, also auch, wenn er dem Arbeitgeber schreibt, nicht Stellung nehmen zu wollen. Wenn dies trotz ausreichend Zeit kurz vor Monatsende erfolgt, kann die Kündigung zu einem früheren Zeitpunkt erfolgen. Der Betriebsrat schadet damit den Betroffenen.

4.1.2. Außerordentliche (fristlose) Kündigung

Bei einer außerordentlichen Kündigung kann der Betriebsrat gem. § 102 Abs. 2 S. 3 BetrVG lediglich Bedenken äußern und zwar innerhalb von drei Tagen. Diese Bedenken, welche ebenfalls schriftlich dem Arbeitgeber zuzustellen sind, führen nicht zum Weiterbeschäftigungsanspruch nach Abs. 5.

Gleichwohl kann dies im Kündigungsschutzprozess durchaus die Stimmung zu Gunsten oder zu Lasten des Arbeitnehmers beeinflussen, wenn hier der Betriebsrat Bedenken angemeldet hat. Bei komplexen oder schwerwiegenden Vorwürfen mag dies für den Betriebsrat schwierig sein. Dann sollte der Betriebsrat, insbesondere wenn er nur die Version des Arbeitgebers kennt, lieber schweigen, bevor er auf Basis alleine der Arbeitgeberversion eine ausdrückliche Zustimmung erteilt.

Niemand kann einen Betriebsrat zwingen, zuzustimmen. Wenn ein Betriebsrat sich nicht zur Äußerung von Bedenken oder zum Widerspruch durchringen kann, sollte er lieber schweigen.

Fristproblem bei kombinierter Anhörung zu außerordentlicher und ordentlicher Kündigung:

Kombiniert der Arbeitgeber eine Anhörung, so kann der Betriebsrat gleichwohl gesondert antworten. Der Betriebsrat muss jedoch klarstellen, dass die erste Reaktion innerhalb der 3-Tages-Frist sich nur auf die außerordentliche Kündigung bezieht und nicht der Eindruck vermittelt wird, es handele sich um eine abschließende Stellungnahme zu beiden Maßnahmen. Dies kann bei längeren Kündigungsfristen, welche z. B. zum nächsten Quartal enden, im Einzelfall den Betroffenen ein ganzes Quartal mehr Gehalt bringen.

Sonderform Außerordentliche betriebsbedingte Kündigung:

Werden sog. „tariflich Unkündbare“ Arbeitnehmer doch ausnahmsweise betriebsbedingt gekündigt, erfolgt dies als „außerordentliche betriebsbedingte Kündigung mit sozialen Auslaufrist“. In diesem Sonderfall gelten die Regeln der Anhörung bei ordentlicher Kündigung.

4.2. Kündigung von Betriebsratsmitgliedern, JAV, Wahlvorständen und Wahlwerber:innen, § 103 BetrVG

Mitglieder des Betriebsrats, der Jugend- und Auszubildendenvertretung, des Wahlvorstands oder auch Wahlwerber:innen dürfen nur außerordentlich gekündigt werden und auch nur dann, wenn die ausdrückliche Zustimmung des Betriebsrats vorliegt oder durch Gericht ersetzt wurde.

Hier gibt es keine so genannte Zustimmungsfiktion, d. h. die Zustimmung gilt nicht als erteilt, wenn der Betriebsrat sich nicht (rechtzeitig) äußert. Vielmehr muss der Arbeitgeber, um dann erst kündigen zu können, die Zustimmung erwirken. Das hierzu erforderliche Gerichtsverfahren kann sich über Monate, wenn nicht Jahre hinziehen.

(ff)!

www.sfm-arbeitsrecht.de

und der EuGH ...

EuGH stärkt Rechtsposition von Beschäftigten hinsichtlich des Verfalls von Urlaubsansprüchen

Der EuGH hatte am 22.09.2022 gleich über mehrere Vorlagen des BAG betreffend den Verfall und die Verjährung von Urlaubsansprüchen zu entscheiden.

Dass Urlaubsansprüche nicht so leicht verfallen, wie der deutsche Gesetzgeber und auch viele Arbeitgeber sich das vorgestellt hatten, hat der EuGH in den letzten Jahren in mehreren Entscheidungen deutlich gemacht. Diese Linie führt der EuGH mit seinen Entscheidungen vom 22.09.2022 fort:

Keine Verjährung von Urlaubsansprüchen bei fehlender Mitwirkung des Arbeitgebers (EuGH vom 22.09.2022 - C-120/21)

Art. 7 der RL 2003/88/EG und Art. 31 II der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) stehen einer nationalen Regelung entgegen, nach der der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub nach Ablauf einer Frist von drei Jahren verjährt, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht tatsächlich in die Lage versetzt hat, diesen Anspruch wahrzunehmen.

Zwar verfolge die Verjährungsvorschrift des § 195 BGB ein legitimes Ziel, nämlich die Gewährleistung der Rechtssicherheit. Vorliegend sei es aber Sache des Arbeitgebers, gegen späte Anträge von Beschäftigten wegen nicht genommenen bezahlten Jahresurlaubs dadurch Vorkehrungen zu treffen. Er müsse also seinen Hinweis- und Aufforderungsobliegenheiten gegenüber dem Arbeitnehmer nachkommen.

In der Praxis bedeutet dies, dass Urlaubsansprüche, wenn der Arbeitgeber die Beschäftigten nicht ausdrücklich dazu auffordert, Urlaub zu nehmen, nicht nur von der Verfallsregelung des § 7 Abs. 3 BurlG ausgenommen sind, sie verjähren auch nicht.

Kein Verfall von Urlaub bei langandauernder Erkrankung bei fehlender Mitwirkung des Arbeitgebers (EuGH vom 22.9.2022 – C-518/20 und C-727/20)

Art. 7 RL 2003/88/EG und Art. 31 II GRCh stehen einer nationalen Regelung entgegen, nach der der Anspruch eines Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub, den er in einem Bezugszeitraum erworben hat, in dessen Verlauf er tatsächlich gearbeitet hat, bevor er arbeitsunfähig geworden ist, nach Ablauf eines nach nationalem Recht grundsätzlich zulässigen Übertragungszeitraums erlöschen kann, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht rechtzeitig in die Lage versetzt hat, diesen Anspruch auszuüben.

2012 hatte das BAG (07.08.2012 - 9 AZR 353/10) einer Entscheidung des EuGH (22.11.2011, C-214/10) folgend entschieden, dass in Krankheitsfällen angesparter Urlaub 15 Monate nach dem Ende des Urlaubsjahres, mithin zum 31.03. des übernächsten Jahres, verfällt. Diesen Verfall schränkt der EuGH nun ein: Der Urlaub verfällt nicht mehr, wenn der Arbeitgeber im Jahr des Beginns der dauerhaften Arbeitsunfähigkeit seinen Mitwirkungsobliegenheiten nicht nachgekommen ist. Bei langandauernder Arbeitsunfähigkeit ist mithin zu unterscheiden zwischen Urlaubsansprüchen, die vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit erworben wurden, und solchen, die während der Arbeitsunfähigkeit entstanden sind. Nur letztere verfallen nach wie vor nach Ablauf von 15 Monaten ab Ende des Urlaubsjahres.

Unternehmensmitbestimmung bei Umwandlung einer AG in SE: gesonderter Wahlgang für Gewerkschaftsvertreter (EuGH vom 18.10.2022 – C-677/20)

„Mitbestimmung im Unternehmen einschränken“, das war ein immer wieder zu hörendes Argument von Arbeitgeberberatern, wenn es um die Umwandlung eines Unternehmens in eine „Societas Europaea“ (SE) ging: Die SE solle ein grundsätzlich vom nationalen Mitbestimmungsrecht losgelöstes Mitbestimmungsregime haben, das vorrangig einvernehmlich im Rahmen einer Beteiligungsvereinbarung festgelegt wird.

Im Fall des Softwarekonzerns SAP hat sich nunmehr der EuGH mit der Thematik befasst und geklärt, wieweit dabei die Rechte von Gewerkschaften reichen. Der 16-köpfige Aufsichtsrat der AG deutschen Rechts war nach dem Mitbestimmungsgesetz je zur Hälfte mit Mitgliedern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer besetzt. Zu den Arbeitnehmervertretern gehörten zwei Mitglieder, die von Gewerkschaften vorgeschlagen und in einem separaten Wahlgang gewählt wurden. Bei der Umwandlung der AG zur SE wurde eine Vereinbarung nach dem SE-Beteiligungsgesetz (§ 21 SEBG) geschlossen, die eine Möglichkeit zur Verkleinerung des Kontrollorgans auf zwölf Mitglieder vorsieht. Gewerkschaften sollten zwar weiterhin eigene Vorschläge unterbreiten können, allerdings sollte kein gesonderter Wahlgang mehr stattfinden. Hiergegen setzten sich die betroffenen Gewerkschaften ver.di und IG Metall zur Wehr.

Mit Erfolg: Bereits das BAG hatte es für problematisch angesehen, dass nach der geschlossenen Vereinbarung nicht mehr sichergestellt sei, dass unter den Arbeitnehmervertretern des Kontrollgremiums auch Gewerkschaftsvertreter seien. Zur Klärung der Frage, ob die EU-Richtlinie 2001/86 zur Ergänzung des Statuts der SE hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer nicht ein von allen Mitgliedstaaten sicherzustellendes einheitliches Schutzniveau vorsehe, das geringer sei als nach deutschem Recht, hat es allerdings diese Frage mit Vorlagebeschluss vom 18.8.2020 (1 ABR 43/18) dem EuGH vorgelegt.

Der EuGH hat nunmehr mit Urteil vom 18.10.2022, C-677/20, entschieden, dass wenn das nationale Recht für die umzuwandelnde Gesellschaft einen getrennten Wahlgang für die Wahl der von den Gewerkschaften vorgeschlagenen Arbeitnehmervertreter vorsehe, müsse eine solche Regelung auch nach einer Umwandlung in eine SE beibehalten werden.

Für die Beurteilung, ob die Vereinbarung eine mindestens gleichwertige Beteiligung sichere, sei das deutsche Recht maßgebend, welches für die betroffene

Gesellschaft vor ihrer Umwandlung in eine SE galt, vorliegend insbesondere das Mitbestimmungsgesetz. Der Unionsgesetzgeber habe bewusst kein auf die SE anwendbares einheitliches europäisches Modell der Arbeitnehmerbeteiligung vorgesehen. Insbesondere habe er der Gefahr entgegentreten wollen, dass die Gründung einer SE im Wege der Umwandlung zu einer Einschränkung oder sogar zur Beseitigung der Beteiligungsrechte führt, die vor der Umwandlung nach den nationalen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten galten.

Der EuGH hat damit dem Ansinnen „Mitbestimmungseinschränkung durch Umwandlung“ eine deutliche Absage erteilt.

Niedrigerer Stundenlohn für Leiharbeiter:innen nur bei entsprechendem Ausgleich (EuGH vom 15.12.2022, C- 311/21).

Grundsätzlich gilt bei Arbeitnehmerüberlassung der sog. Equal-Pay-Grundsatz. Nach § 8 Abs. 4 AÜG kann durch Tarifvertrag hiervon (jedenfalls befristet) abgewichen werden. Eine Beschäftigte aus Deutschland, deren Tariflohn ein Drittel weniger betrug als der Stundenlohn entsprechender Stammbeschäftigter, machte die Differenz geltend. Ihr Argument: die entsprechende Regelung im AÜG verstoße gegen EU-Recht, insbesondere Art. 5 der Leiharbeitsrichtlinie 2008 (RL 2008/104/EG). Das BAG legte schließlich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Tarifvertrag vom Grundsatz der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern abweichen kann, dem EuGH vor.

Nach der Entscheidung des EuGH ist eine unterschiedliche Bezahlung nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Diese verstoße nicht gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung, solange andere angemessene Vorteile gewährt werden. Art. 5 Abs. 3 RL 2008/104/EG sei dahingehend auszulegen, dass die Sozialpartner vom Grundsatz der Gleichbehandlung in Bezug auf das Arbeitsentgelt zulasten von Leiharbeitnehmern durch Tarifverträge abweichen können, sofern diese Verträge für Leiharbeiter entsprechende Ausgleichsvorteile in Bezug auf die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gewähren. Lassen die Sozialpartner also durch einen Tarifvertrag Ungleichbehandlungen in

Bezug auf wesentliche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen (z.B. Stundenlohn) zum Nachteil von Leiharbeitnehmern zu, muss dieser Tarifvertrag andere Vorteile festlegen, um diese Ungleichbehandlung auszugleichen.

Konkrete Voraussetzungen, wie dieser Ausgleich in Tarifverträgen genau aussehen muss, müssten - so der EuGH - die nationalen Vorschriften aber nicht

vorgeben. Dies zu prüfen sei vielmehr Aufgabe der nationalen Gerichte.

Die Sozialpartner - insbesondere die Gewerkschaften – müssen daher bei Abschluss entsprechender Tarifverträge dafür Sorge tragen, dass die Arbeitsbedingungen für Leiharbeitnehmer auch tatsächlich gleichwertig sind.

B. Renkl, Rechtsanwältin

Frisch am Tisch:

BAG vom 05.07.2022 – 9 AZR 341/21– Wirksamkeit einer Verfallklausel – AGB-Kontrolle

Verstößt eine als Allgemeine Geschäftsbedingung gestellte Ausschlussfristenregelung gegen § 202 Abs. 1 BGB, wonach die Verjährung bei Haftung wegen Vorsatzes nicht im Voraus durch Rechtsgeschäft erleichtert werden kann, führt dies zur Gesamtnichtigkeit einer – wie im Streitfall – nicht teilbaren Klausel.

Es ging um folgende Klausel:

§ 10 Ausschlussfrist

1. Alle beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und solche, die mit dem Arbeitsverhältnis in Verbindung stehen, verfallen, wenn sie nicht innerhalb von 3 Monaten nach der Fälligkeit gegenüber der anderen Vertragspartei schriftlich erhoben werden.

2. Lehnt die Gegenpartei den Anspruch ab oder sie erklärt sich nicht innerhalb von 2 Wochen nach

der Geltendmachung des Anspruchs, so verfällt dieser, wenn er nicht innerhalb von 3 Monaten nach der Ablehnung oder dem Fristablauf gerichtlich geltend gemacht wird.“

(f1)

Ausblick...

Anstehende Entscheidungen

- ❖ Dotierung eines Sozialplans, Rechtsbeschwerde zu LAG Hamm vom 26.10.2021 – 7 TaBV 19/21 wird vom BAG am 14.02.2023 unter dem AZ 1 ABR 28/21 verhandelt
- ❖ Fehlerhafte Angaben bei der Unterrichtung des Personalrats vor Ausspruch einer Kündigung, Revision zu LAG Thüringen vom 03.05.2022 – 1 Sa 18/21 wird vom BAG am 28.02.2023 unter dem AZ 2 AZR 202/22 verhandelt
- ❖ Auflösung des Betriebsrats, Rechtsbeschwerde zu LAG Hamm vom 18.6.2021 – 13 TaBV 12/20 wird am 08.03.2023 unter dem AZ 7 ABR 21/21 verhandelt
- ❖ Feststellung eines Gemeinschaftsbetriebes, Rechtsbeschwerde zu LAG Sachsen-Anhalt vom 23.11.2021 – 4 TaBV 43/19 wird vom BAG am 24.05.2023 unter dem AZ 7 ABR 8/22 verhandelt

+++

LAG Hessen vom 08.08.2022 – 16 TaBV 191/21 Unterlassungsantrag des Betriebsrats zu Kündigungen ohne Anhörung

Es kann eine grobe Pflichtverletzung des Arbeitgebers nach §23 Abs. 3 BetrVG darstellen, wenn er Kündigungen ohne vorherige Anhörung des Betriebsrats nach §102 Absatz 1 BetrVG ausspricht. Das rechtfertigt einen

... und Rausblick

oder: sfm schreibt (auch) auswärts

In der September-Ausgabe der **CuA –Computer und Arbeit** kommentiert **Michael Fleischmann** unter dem Titel „**Schadensersatz bei konzernweiter Datenübermittlung**“ eine Entscheidung des LAG Hamm vom 14.12.2021 – 17 Sa 1185/20, in der Oktober-Ausgabe bespricht er das Urteil des LAG Baden-Württemberg vom 25.03.2022 – 7 Sa 63/21 zur „Kündigung eines Betriebsrats wegen Datenschutzverstoßes“ **Krikor R. Seebacher** lässt im gleichen Heft 10 seinen Beiträgen aus Heft 5 wichtige Hinweise zu „**IT-Betriebsvereinbarung – leicht gemacht**“ folgen.

Gemeinsam erläutern sie in der Dezember-Ausgabe der **AiB – Arbeitsrecht im Betrieb** unter dem Titel „**Schluss mit der Grati- mentalität**“ die Konsequenzen aus der Entscheidung des BAG vom 13.09.2022 - 1 ABR 21/22 zur Arbeitszeiterfassung.

Zwischenzeitlich erschienen ist Band 4 der von Dahl herausgegebenen Reihe „Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten“. **Fleischmann** hat dort das Kapitel Personalfragebogen aus Arbeitnehmer:innensicht kommentiert.

Für ein Auskunfts- verlangen der Auf- sichtsbehörde nach § 17 Abs. 4 ArbZG etwa zur Einsicht oder Vor- lage von Arbeitszeit- nachweisen ist es nicht erforderlich, dass konkrete Verstöße gegen Bestimmungen des ArbZG bereits festste- hen oder zumindest ein konkreter Verdacht ein- es Gesetzesverstoßes gegeben ist. Es ge- nügt, dass ein berech- tigter Anlass gegeben ist, z. B., wenn eine Betriebsprüfung An- haltspunkte für Ver- stöße gegen Arbeits- zeitbestimmungen ergibt oder wenn die

Unterlassungsanspruch mit Ordnungs- geldandrohung. (fl)

+++

EuGH vom 15.12.2022, C- 311/21 – Equal Pay bei Leiharbeitneh- mer:innen

Diese Entscheidung ist bereits im obigen Beitrag von B. Renkl nachzu- lesen.

+++

OVG Magdeburg vom 17.11.2022 – 1 L 100/20– Auskunft der Aufsichts- behörde zu Einhaltung ArbZG

Aufsichtsbehörde – auch anonyme – Hinweise auf solche Verstöße erhält. (fl)

+++

BAG vom 20.12.2022 – 9 AZR 266/20 und 9 AZR 245/19 – Verjährung und Verfall von Urlaubsansprüchen

Kommen Arbeitgeber:innen ihrer Mit- wirkungspflicht zur Urlaubsnahme nicht nach, beginnt weder die Ver- jähmung hinsichtlich nehmbarer Ur- laubs noch die 15-monatige Ver- fallsfrist bei Dauerarbeitsunfähig- keit.



Kündigungsschutz +++ Abfindung +++ Gehaltsforderungen +++ Betriebsverfassungsrecht +++ Personalvertretungsrecht +++ Schulungen +++

+++ Arbeitsrecht pur +++

+++ www.sfm-arbeitsrecht.de +++

+++ [@sfmarbeitsrecht](https://twitter.com/sfmarbeitsrecht) +++

Unsere Kooperationspartner in Düsseldorf, Köln und Hamburg:

silberberger.lorenz, Düsseldorf - www.sl-arbeitsrecht.de

Gaidies Heggemann & Partner, Hamburg - www.gsp.de

TowaRA, Köln - www.towara.com

Zusammen sind wir mehr als 40 Rechtsanwält*innen im Arbeitsrecht auf Seiten der Arbeitnehmer*innen und ihrer Vertretungen

Impressum:

sfm-aktuell wird herausgegeben von seebacher.fleischmann.müller - kanzlei für arbeitsrecht, seidlstr. 30, 80335 münchen

tel.: +49 (0) 89 – 23 000 50 - fax: +49 (0) 89 – 23 000 511 - mail: kanzlei@sfm-arbeitsrecht.de

Redaktion: Michael Fleischmann (fl), (verantwortlich i.S.d.P.), Barbara Renkl (br), Krikor R. Seebacher (see), Angelika Daumosser (dau), Catarina Silva Ruther (csr); Dank auch an die weiteren Kolleginnen und Kollegen für Anregungen und für das Korrekturlesen.

Hinweis: Die hier wiedergegebenen Rechtsansichten und Meinungen sind subjektiv. Ob und in welchem Umfang eine Übertragung auf konkrete Einzelfälle zu den gleichen juristischen Konsequenzen führt, wie hier angenommen, muss stets im Einzelnen geprüft werden. Auch die Wiedergabe von Rechtsprechung von Gerichten erfolgt zwar nach bestem Wissen und Gewissen, Fehler bleiben jedoch vorbehalten, gerade angesichts der Verkürzung der Aussagen.

Hinweis: Die letzten Ausgaben der *sfm-aktuell* können unter www.sfm-arbeitsrecht.de heruntergeladen werden.

Die Weitergabe an Interessierte ist ausdrücklich gestattet