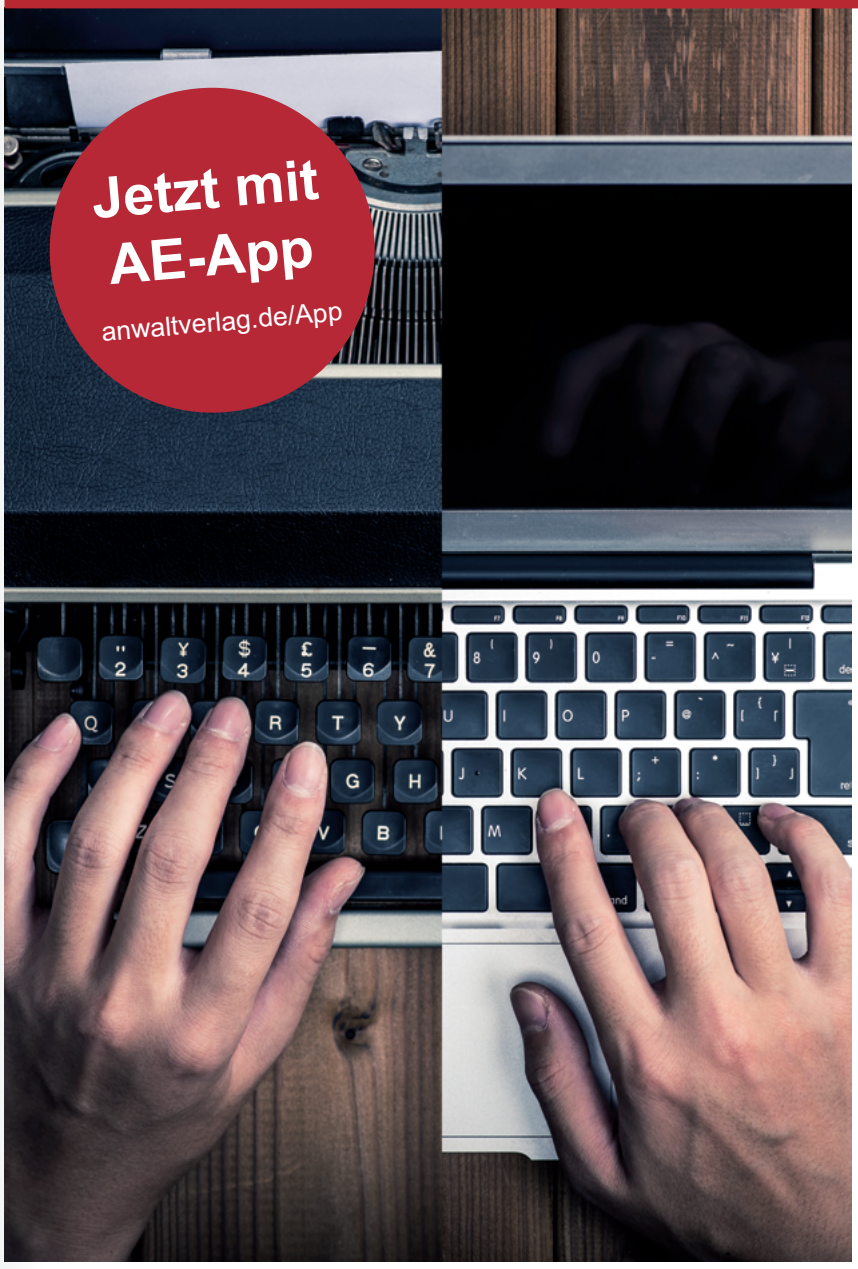
Herausgeber:
Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV

Deutscher Anwaltverein
Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht

Arbeitsrechliche Entscheidungen

01/2019, 29. Jahrgang



Aufsätze/Beiträge

Neue Entwicklungen

AE auf neuen Wegen/Teamvorstellung

Ein Thema: § 25a Abs. 5a KWG n.F.

Zwei Arbeitsrechtler: **Dr. Patrizia Chwalisz/Dr. Sebastian Frahm**

Zwei Meinungen?

Dr. Gunther Mävers

Arbeitsmigrationsrecht – ein Überblick

Prof. Dr. Michael Fuhlrott

Top 50 der arbeitsrechtlichen Entscheidungen 2018

Entscheidungen

Allgemeines Vertragsrecht, Bestandsschutz, Betriebsverfassungsrecht/Personalvertretungsrecht, Tarifrecht, Prozessuales, Sonstiges, Streitwert und Gebühren

Rezensionen

ISSN 1619-6600

DeutscherAnwaltVerlag

AE auf neuen Wegen

Ein kurzer Blick zurück

Liebe Kolleginnen und Kollegen, liebe Leserinnen und Leser,

Wir alle werden älter, so geht es auch unserer Zeitung, der AE. Was den Älteren von uns noch als der „Meier-Dienst“ im Gedächtnis ist, kennt jeder von uns heute als „AE“.

Dr. Hans-Georg Meier wurde im April 1991 in den Geschäftsführenden Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft gewählt. Schon kurz nach seinem Einstieg ergriff er die Initiative, mit einer regelmäßigen schriftlichen Information die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft über neue Rechtsprechungstendenzen zu informieren. Damals wandte er sich an die Präsidenten der Landesarbeitsgerichte, deren Entscheidungspraxis nur eingeschränkt einer größeren Fachöffentlichkeit zugänglich war, um interessante Urteile der Tatsacheninstanzen uns zugänglich zu machen. Schnell zeigte sich, dass die Mitglieder selbst an vielen Verfahren in den Verfahren vor den Arbeits- und Landesarbeitsgerichten beteiligt waren und deshalb durchaus auch selbst etwas zur Behebung des Informationsdefizits beitragen konnten. Dr. Hans-Georg Meier hat das aufgegriffen und damit einen Schatz gehoben, den er zum Rückgrat der AE machte. Wir alle kennen die „Rennliste“, in der fleißige Einsender belobt wurden, als Motivation, den Informationspool zu stärken. Dr. Hans-Georg Meier hat die AE zu einer der auflagenstärksten Fachpublikationen weiterentwickelt, in der längst nicht mehr nur sonst schwer zugängliche Entscheidungen zusammengetragen werden, sondern auch Fachbeiträge zu finden sind und regelmäßig über unsere Halbjahrestagungen berichtet wird. Wir sehen vierteljährlich immer nur das fertige Produkt und erahnen nicht, welche Arbeit Dr. Hans-Georg Meier – ehrenamtlich – investiert hat.

Natürlich haben sich die Anforderungen an eine Mitgliederzeitschrift in der langen Geschichte ihres Erscheinens geändert. Rechtsprechung ist heute online an nahezu jedem Ort verfügbar. Fachbeiträge aus unseren eigenen Reihen gewinnen an Bedeutung. Die Arbeitsgemeinschaft selbst hat sich zu einem Netzwerk entwickelt. All das greift die AE auf, wie sogleich noch einmal etwas ausführlicher dargestellt wird, seit dem Jahresbeginn 2019 in neuem Gewand und mit einem personell veränderten Team.

Dr. Hans-Georg Meier ist zum Jahresbeginn 2019 als Herausgeber und Chefredakteur ausgeschieden, um den Staffelstab an die jüngere Generation weiter zu geben. Ihm gebührt der große Dank der Arbeitsgemeinschaft und auch mein ganz persönlicher Dank als deren Vorsitzender.

Der Dank gilt aber auch nochmals den später hinzugekommenen „Redakteuren“ aus dem Kreis unserer Mitglieder, bis vor einigen Jahren Roland Gross, und bis heute Dr. Nathalie Oberthür und Regina Steiner. Sie haben gemeinsam die AE über viele Jahre mit großem Engagement und vielen 100 Stunden ehrenamtlicher Arbeit für uns auf Kurs gehalten, sodass wir uns auch künftig auf neue Ausgaben freuen dürfen.

Gütersloh, im Januar 2019

Ihr Dr. Johannes Schipp

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht

Vorsitzender des Geschäftsführenden Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV

AE auf neuen Wegen

Neues Team, neue Formate

„Landesarbeitsgericht Düsseldorf mit eigenem Internetauftritt“.

So lautete der Aufmacher der AE vor knapp eineinhalb Jahrzehnten in der Ausgabe 2/2002, die auch erstmals die berühmte „Rennliste“ beinhaltete. Arbeitsrechtliche Entscheidungen waren offensichtlich ein knappes Gut und alles andere als frei verfügbar. Der vorangestellte kurze Blick zurück von *Dr. Johannes Schipp* lässt auch vor diesem Hintergrund nur im Ansatz erahnen, welch wertvolle Aufbauarbeit *Dr. Hans-Georg Meier* mit der AE für die AG geleistet hat.

Wenn heute jedes Landesarbeitsgericht über einen eigenen Internetauftritt verfügt und zahlreiche Datenbanken und Fachzeitschriften mit ihrer redaktionellen Aufarbeitung um Leser konkurrieren, mag das ursprüngliche Alleinstellungsmerkmal der AE zwar weggefallen sein. Und ggf. mag auch die „Rennliste“ angesichts der für jüngere Kollegen kaum zu erreichenden dortigen Spitzenwerte der „Altvorderen“ nicht mehr so stark wie bisher als Motivationsfaktor dienen.

Die hinter ihr stehende Grundidee bildet jedoch auch künftig das Fundament für die AE und ihre neuen Formate: Fachkollegen teilen ihr Spezialwissen miteinander und erhalten dafür im Gegenzug ein veritables Marketingtool an die Hand. Denn auch im Zeitalter der sozialen Medien hat das dort „gepostete“ Foto eines eigenen Printartikels einen nachhaltigen Renommee Effekt beim "Follower".

Hinzutreten soll ein weiteres Alleinstellungsmerkmal der AG, das insbesondere die Workshops der Halbjahrestagungen kennzeichnet: Der Diskurs zwischen den „Lagern“ und die damit verbundenen, meist exklusiven Einblicke auf die Sichtweise des jeweils anderen. Auch dies würden wir mit dem einen oder anderem neuem Format gerne in die künftige AE transportieren.

Kurzum:
Wir würden uns wünschen, dass sich möglichst viele Mitglieder, ob neu oder langjährig verbunden, künftig hier in eines der neuen Formate oder mit der – auch weiterhin sehr geschätzten – Übersendung von Entscheidungen einbringen!

Berlin, Hamburg, Frankfurt, Siegen im Januar 2019

Dr. Peter Meyer, Dr. Alexander Lentz,
Dr. Julia Schweitzer, Marcus Engler
Rechtsanwälte, Fachanwälte für Arbeitsrecht

Um die Kontaktaufnahme insoweit zu erleichtern, möchten wir uns als neues Team kurz vorstellen:

Chefredaktion:
RA FA ArbR Dr. Peter Meyer, Berlin

www.weimann & meyer.de
E-Mail: dr.meyer@weimann-meyer.de
Tel.: 030/254 200 0

- **Neue Entwicklungen**
In seiner Funktion als Bindeglied der AE zum geschäftsführenden Ausschuss der AG Arbeitsrecht wird Dr. Meyer als dessen Mitglied im Rahmen dieses Formats in loser Abfolge insbesondere Stellungnahmen zu Gesetzgebungsvorhaben oder vergleichbare Aktivitäten des Ausschusses weiterleiten und so dem Mitgliederkreis zugänglich machen.

Redaktion Textbeiträge:
RA FA ArbR Dr. Alexander Lentz, Hamburg

www.labourlawlentz.de
E-Mail: info@labourlawlentz.de
Tel. 040/540 904 117

- **Ein Thema: Zwei Arbeitsrechtler Zwei Meinungen?**
greift für jede AE ein aktuelles arbeitsrechtliches Thema auf. Dafür suchen wir jedes Mal aufs Neue zwei Arbeitsrechtler. Eine oder einer eher im Arbeitgeberlager, einer oder eine eher im Arbeitnehmerlager verortet. In der aktuellen Ausgabe diskutieren unsere Mitglieder Dr. Patrizia Chwalisz aus Arbeitgebersicht und Dr. Sebastian Frahm aus Sicht von Führungskräften über die im Gesetzesentwurf in § 25a Abs. 5a KWG n.F. vorgesehene gesetzliche „Abfindungslösung“ für Risikoträger bei Banken und den damit ggf. verbundenen „Systembruch“ im Kündigungsschutz.

- **Top 50 der arbeitsrechtlichen Entscheidungen**
listet künftig einmal jährlich in Heft 1 kurz die Entscheidungen des jeweils vergangenen Kalenderjahres auf, die jeder Arbeitsrechtler in ihren Grundzügen kennen sollte. Den Auftakt macht in diesem Heft der Beitrag unseres Mitglieds Prof. Dr. Michael Fuhlrott. In den Folgejahren wird es in Heft 1 – unter seiner Beteiligung – dafür ein größeres Auswahlgremium geben.

- **Spezialwissen kompakt**
greift ein üblicherweise nicht dem "Brot und Butter"-Geschäft zugeordnetes arbeitsrechtliches Thema in überschaubarem Umfang auf, um es möglichst einfach unter Bezugnahme auf aktuelle Entwicklungen – zugänglich zu machen. Den Anfang macht unser Mitglied Dr. Gunther Mävers, der die Grundzüge des Arbeitsmigrationsrechts darstellt und dabei zudem den aktuellen Gesetzesentwurf zum Fachkräfteeinwanderungsgesetz aufgreift.

- **Aus den Annalen der AG**
bietet künftig in loser Abfolge einen fachlichen oder auch persönlichen "Blick zurück". Denn häufig sind auch aktuelle Themen – so oder ähnlich – in der AG bereits Jahre zuvor diskutiert worden. Dieses Mal findet sich dort die erste und die letzte Einsendeliste, deren Entwicklung in den vergangenen 16 Jahren *Dr. Johannes Schipp* mit seinen einleitenden Worten zu dieser Ausgabe nachzeichnet.

- **Berichte von den Tagungen der Arbeitsgemeinschaft**
wird künftig im Anschluss an die Frühlings- und Herbsttagung jeweils eine kurze Zusammenfassung der dortigen Vorträge bieten. Daneben werden die Organisatoren der Workshops über die dort diskutierten Fragestellungen und Lösungsansätze berichten.

Redaktion Rechtsprechung:

Ausgabe 1 und 3:

RA FA ArbR Dr. Julia Schweitzer, Frankfurt
www.justem.de
E-Mail: j.schweitzer@justem.de
Tel. 069/71 91 89 400

Ausgabe 2 und 4:

RA FA ArbR Marcus Engler, Siegen
www.stock-siegen.de
E-Mail: engler@stock-siegen.de
Tel. 0271/770 185 0

- **Entscheidungen**

Sind nach wie vor das Herzstück der Zeitschrift. Diese Rubrik wird daher abwechselnd von zwei Kollegen betreut.

Angesichts der etwas rückläufigen Anzahl an eingesandten Entscheidungen wird in Zukunft auch vermehrt die Aufarbeitung der von den LAGs selbst veröffentlichten Entscheidungen stattfinden. Die Idee, den Namen des Einsenders aus Marketingzwecken zu nennen, soll beibehalten werden. Es ist zudem für die Zukunft angedacht, ggf. die Struktur der Besprechung etwas zu ergänzen.
Darüber hinaus wird es hier ggf. auch ein neues Format geben, das einzelne Entscheidungen des BAG einbezieht.

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze/Beiträge 6

Neue Entwicklungen 6
Besuch des Ausschusses Arbeitsrecht und der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV im BMAS
Dr. Peter Meyer, Berlin

Ein Thema: Zwei Arbeitsrechtler – Zwei Meinungen? 7
§ 25a Abs. 5a KWG n.F.
Dr. Patrizia Chwalisz, Hamburg/Dr. Sebastian Frahm, Stuttgart

Spezialwissen kompakt
Arbeitsmigrationsrecht – ein Überblick 11
zugleich ein Ausblick auf das Fachkräfteeinwanderungsgesetz
Dr. Gunther Mävers, Köln

Top 50 der arbeitsrechtlichen Entscheidungen 16
Ein Rückblick auf das Kalenderjahr 2018
Prof. Dr. Michael Fuhlrott, Hamburg

Die AE-App 23
Nutzungsbedingungen der AE App

Aus den Annalen der AG 24
„Rennliste“ 2002 und 2018

Inhaltsverzeichnis der Entscheidungen 26

Entscheidungen 27
zusammengestellt von Dr. Julia Schweitzer, Frankfurt

Rezensionen 51

Arnold/Günther: Arbeitsrecht 4.0,Praxishandbuch zum Arbeits-, IP und Datenschutzrecht in einer digitalisierten Arbeitswelt 51
(Dr. Thomas Baumgarten)

Preis/Sagan: Europäisches Arbeitsrecht 51
(Dr. Alexander Lentz)

Müller: Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis 52
(Dr. Thomas Baumgarten)

Neue Entwicklungen

Besuch des Ausschusses Arbeitsrecht und der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV im BMAS

RA FA Arb Dr. Peter Meyer, Berlin

Am 20.2.2019 hatte eine Delegation der Ausschüsse Arbeitsrecht und der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV (RAin Dr. Nathalie Oberthür, RA Dr. Johannes Schipp, RA Prof. Dr. Stefan Lunk und RA Dr. Peter Meyer) auf Einladung des BMAS die Gelegenheit, aktuelle arbeitsrechtliche Themen und Gesetzesvorhaben mit der Parlamentarischen Staatssekretärin im BMAS, *Frau Anette Kramme*, und ihrem persönlichen Referenten, *Herrn Oliver Reisinger*, zu diskutieren.

Themen waren insbesondere

- das Positionspapier der SPD „Arbeit Solidarität Menschlichkeit“ vom 6.2.2019 und die derzeitigen Gesetzgebungsaktivitäten. Das BMAS legt den Schwerpunkt derzeit auf das Sozialversicherungsrecht und nennt hier insbesondere die Einbeziehung Selbständiger (ohne Berufsgruppen mit eigenem Versorgungswerk) in die gesetzliche Rentenversicherungspflicht unter Berücksichtigung moderner Arbeitsformen (z.B. Plattformwirtschaft) sowie die Einführung der sog. Grundrente.
- Im Arbeitsrecht sei, so Frau Staatssekretärin Kramme, der im Koalitionsvertrag genannte Gesetzesentwurf zur Beschränkung der sachgrundlosen Befristung nicht mehr im ersten Halbjahr 2019 zu erwarten. Inhaltliche Probleme sieht das BMAS insbesondere in der Ausgestaltung der Quotenregelung.
- Hingegen wird ein Gesetzentwurf zur Umsetzung der Entsenderichtlinie vorbereitet.
- Frau Staatssekretärin Kramme hält persönlich eine Neuregelung des Urlaubsrechts im Hinblick auf die unionsrechtlichen Entwicklungen für geboten und will sich hierfür einsetzen.

Das BMAS ist an der Zusammenarbeit und dem inhaltlichen Austausch mit dem DAV sehr interessiert. Die Stellungnahmen des DAV werden im BMAS geschätzt und von allen Akteuren im Gesetzgebungsverfahren zur Kenntnis genommen.

Erfreulich ist, dass das BMAS seine Teilnahme und Mitwirkung am 4. Deutschen Arbeitsrechtstag am 30./31.1.2020 in Berlin zugesagt hat.

Ein Thema: Zwei Arbeitsrechtler – Zwei Meinungen?

25a Abs. 5a KWG n.F.

Um nach dem bevorstehenden Brexit Frankfurt als Bankenstandort attraktiver zu machen, haben sich die Regierungsparteien bereits im Koalitionsvertrag darauf geeinigt, den Kündigungsschutz für Risikoträger bei Banken einzuschränken. Mittlerweile (Stand: Januar 2019) liegt ein entsprechender Vorschlag im Rahmen des Regierungsentwurfs zum Brexit-Steuerbegleitgesetz (abrufbar unter www.bundesfinanzministerium.de unter "Gesetze und Gesetzesvorhaben") vor. Gemäß § 25 a Abs. 5a KWG n.F. werden demnach Risikoträger in Banken im Hinblick auf einen Auflösungsantrag gemäß § 9 Abs. 1 S. 2 KSchG leitenden Angestellten gleichgestellt. Dieser Antrag bedarf zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses dann arbeitgeberseitig keiner Begründung der Kündigung mehr.

Welche Folgen dies für die Praxis haben könnte, erörtern im Folgenden *RAin FAin ArbR Dr. Patrizia Chwalisz* aus Hamburg und *RA FA ArbR Dr. Sebastian Frahm* aus Stuttgart.

Die Fragen stellte *RA FA ArbR Dr. Alexander Lentz*, Hamburg.

Dr. Patrizia Chwalisz ist Fachanwältin für Arbeitsrecht und Partnerin der multidisziplinären Kanzlei *Esche Schümann Commichau PartG mbB* in Hamburg. Sie berät Arbeitgeber in allen Fragen des kollektiven und individuellen Arbeitsrechts sowie Organe und Führungskräfte mit einem Schwerpunkt auf internationalen Mandanten.

Email: p.chwalisz@esche.de
Web: www.esche.de

Dr. Sebastian Frahm ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Gründungspartner der Arbeitsrechtsboutique *FRAHM KUCKUK HAHN Rechtsanwälte PartG mbB* mit Büros in Stuttgart und Berlin. Neben der Beratung von Arbeitgebern vertritt er insbesondere auch bundesweit Führungskräfte.

Email: frahm@fk.legal
Web: www.fk.legal

1. Ist § 25a Abs. 5a n.F. KWG aus Ihrer Sicht verfassungsgemäß?

Dr. Patrizia Chwalisz: Das BVerfG räumt dem Gesetzgeber i.R.d. Art. 12 Abs. 1 GG einen weiten Gestaltungsfreiraum ein, um das Bestandsschutz- und das Beendigungsinteresse in Ausgleich zu bringen. Der durch den Gesetzgeber zu gewährleistenden Mindestschutz von Arbeitnehmern kann auch durch einen Geldausgleich erfolgen (BVerfG – 1 BvL 15/87). Die Beschränkung auf besondere Risikoträger dürfte wegen ihrer risikonahen Stellung mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar sein. Insoweit problematisch ist hingegen die Beschränkung auf die Bankenbranche (bei vergleichbaren Risikoträgern in der Versicherungsbranche) und innerhalb dieser auf bedeutende KWG-Institute. Dies nimmt wohl auch nur mit Niederlassungen in Deutschland vertretene EU-Banken aus.

Dr. Sebastian Frahm: Nein, da – neben einem Verstoß gegen Art. 3 GG in der aktuellen Ausgestaltung – ein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 und Art. 2 Abs.1 GG vorliegt. Es trifft zwar zu, dass das BVerfG die Kleinbetriebsklausel für verfassungsgemäß erachtet hat. Dies aber nur unter besonderer Hervorhebung der Interessenlage der Kleinunternehmer, von denen im Anwendungsbereich des KWG ja keinesfalls die Rede sein kann.

Aus meiner Sicht liegt eine verfassungswidrige Ausweitung des § 14 II KSchG vor, die das entscheidende Kriterium der Einstellungs- und Entlassungsbefugnis entbehrlich werden lässt.

Damit ist keine Vergleichbarkeit mit dem Urteil des BVerfG gegeben, da der Status als „Risikoträger“ einen Wegfall des Kündigungsschutzes viel weniger rechtfertigt als der Schutz von Kleinunternehmer vor hohen Abfindungszahlungen oder die klare Positionierung im Arbeitgeberlager durch eine Einstellungs- und Entlassungsbefugnis.

2. Losgelöst davon: Besteht aus Ihrer Sicht zusätzlich auch auf betriebsverfassungsrechtlicher Ebene Klärungs-/Handlungsbedarf für den Gesetzgeber?

Dr. Patrizia Chwalisz: Ein Gleichklang zwischen dem Begriff des leitenden Angestellten i.S.d. KSchG und des BetrVG sowie eine entsprechende Erfassung des Risikoträgers wären in der Praxis wünschenswert. Risikoträger mit Spitzenverdiensten dürften auch nicht Zielklientel des Betriebsrats sein. Das enge Verständnis des BAG von den Tatbeständen des § 5 Abs. 3 BetrVG spiegelt dies nicht wieder. Der Umstand, dass allein eine Nachbildung der Regelung in § 14 Abs. 1 S. 2 KSchG geplant ist, indes § 3 KSchG (Kündigungseinspruch gegenüber dem Betriebsrat) – anders als bei leitenden Angestellten – für diese Arbeitnehmergruppe weitergelten soll, zeigt aber, dass der Gesetzgeber derzeit bewusst von Eingriffen in die Zuständigkeit des Betriebsrats absieht.

Dr. Sebastian Frahm: Die Anwendung der unterschiedlichen gesetzlichen Regelungen im KSchG und im BetrVG und die Rechtsprechung dazu funktionieren in der Praxis. Allerdings ergeben sich durch die Neuregelung praktische Probleme bei der Anwendung des § 102 BetrVG. Konsequenterweise sollte dann eine Anhörung des Betriebsrats vor Kündigung entbehrlich sein. Das ist aber augenscheinlich nicht gesetzlich gewollt.

3. Was bedeutet Ihre Einschätzung zu 1. für Sie als Anwalt, mithin: Wie würden Sie Ihren Mandanten (Arbeitgeber bzw. Arbeitnehmer) im Vorfeld – bspw. bei Vertragsschluss – und während eines Kündigungsschutzprozesses beraten?

Dr. Patrizia Chwalisz: Bis zur Klärung würde ich hilfsweise stets auf eine soziale Rechtfertigung der Kündigung drängen. Dessen ungeachtet mehren sich die Stimmen, die beim nach § 14 Abs. 2 S. 2 KSchG privilegierten Auflösungsantrag des Arbeitgebers bei Geschäftsführern und leitenden Angestellten ausreichen lassen, dass die Kündigung auch und nicht nur sozialwidrig ist. Dies würde ich auch für Risikoträger i.S.d. § 25a Abs. 5a n.F. KWG vertreten.

Dr. Sebastian Frahm: Bei Verhandlung des Arbeitsvertrages ist sicher der – ggf. vorsorgliche – Ausschluss des § 14 Abs. 2 KSchG und die Vereinbarung einer nicht gemäß § 10 KSchG gedeckelten Abfindungsregelung ratsam.

Auf Seiten der „Neu"-leitenden Angestellten wäre bis zu einer höchstinstanzlichen Klärung sicherlich der Rechtsweg durch alle Instanzen das Mittel der Wahl.

4. Würde sich Ihre Einschätzung unter 1. ändern, wenn die Regelung des § 25a Abs. 5a KWG n.F. auf Mitarbeiter aller Branchen ab einer bestimmten Verdienstgrenze ausgedehnt würde?

Dr. Patrizia Chwalisz: Jedenfalls wäre die aktuelle Regelung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz eher vereinbar, wenn generell auf Risikoträger mit einer entsprechenden wirtschaftlichen Grundabsicherung abgestellt würde. Diese finden sich nicht nur im Bankensektor, sondern in nahezu allen Branchen, ähnlich reguliert insbesondere im Versicherungsgewerbe.

Dr. Sebastian Frahm: Nein, da es nicht auf die Risikoträgereigenschaft, sondern allenfalls auf die wirtschaftliche Lage (sprich das Gehalt) allein ankommen kann. Die Regelung wäre aus meiner Sicht auch bei Ausweitung auf Risikoträger alle Branchen verfassungswidrig.

5. Wäre eine solche Ausdehnung und der damit einhergehende „Systemwechsel" – bpsw. auch ohne an eine Risikoträgerschaft anzuknüpfen – im Kündigungsrecht aus Ihrer Sicht sinnvoll?

Dr. Patrizia Chwalisz: Ja. In der Praxis geht es bei Kündigungsschutzverfahren von Arbeitnehmern in herausgehobener Stellung – von Ausnahmefällen abgesehen – um die Bedingungen der Beendigung, die sich nach dem Maß des Risikos einer unwirksamen Kündigung im konkreten Fall bestimmen. Besetzt nicht (mehr) die richtige Person eine solche Position, hat dies i.d.R. erhebliche negative Folgen für den Betrieb und die Belegschaft. Es wäre ehrlicher, nachvollziehbarer und planbarer, den Bestandsschutz durch einen Abfindungsschutz zu ersetzen.

Dr. Sebastian Frahm: Bei Einführung klarer Regelungen: Ja. Es müsste aber eine freiwillige einvernehmliche arbeitsvertragliche Regelung eingeführt werden. Also ein wirksamer Verzicht bei schon im Voraus festgelegten Konditionen (sprich Abfindungsfaktor).

6. Wie würde sich ein solcher „Systemwechsel“ auf das BetrVG auswirken, welche Probleme könnten dort aus Ihrer Sicht ggf. entstehen?

Dr. Patrizia Chwalisz: Während die Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten auch bei den Risikoträgern ihre Berechtigung haben kann, wäre sie bei personellen Einzelmaßnahmen, insbesondere bei § 102 BetrVG, und Betriebsänderungen überflüssig. Im Ergebnis müsste je nach Regelungsgegenstand zwischen leitenden Angestellten, Risikoträgern und sonstigen Arbeitnehmern unterschieden werden.

Dr. Sebastian Frahm: Bei Sozialplänen müssten die arbeitsvertraglich geregelten Abfindungen angerechnet werden und die Arbeitnehmer mit Abfindungsklauseln konsequenterweise aus der Sozialauswahl rausfallen. Das würde aber für die Arbeitgeber zu Folgeproblemen führen. Sie würden bei Personalabbau im Rahmen von Betriebsänderungen ggf. wertvolles Personal verlieren und könnten es auch nicht über eine Namensliste nach § 1 Abs. 5 KSchG „retten“. Dies spricht in letzter Konsequenz doch für einen notwendigen Gleichlauf in der Anwendung des KSchG und des BetrVG.

7. Welche Reaktionen wären bei einem solchen „Systemwechsel“ in der Praxis zu erwarten? Wird es bspw. – analog zur bisherigen Praxis bei Dienstverträgen für Organe – dann vermehrt zur Vereinbarung von längeren Befristungen / Kündigungsfristen kommen?

Dr. Patrizia Chwalisz: Dem stehen die geplanten Beschränkungen des Befristungsrechts entgegen. Zu erwarten ist aber, dass gut beratene Arbeitnehmer die Begründungspflicht für einen Auflösungsantrag des Arbeitgebers vertraglich vereinbaren. Denkbar ist auch, dass sie eher auf Festvergütung verzichten und eine höhere Variable verhandeln, um unterhalb der Verdienstgrenze zu bleiben und somit aus dem gesetzlichen Anwendungsbereich herauszufallen. Dieses Umgehungsszenario ist ohnehin bei § 25a Abs. 5a n.F. KWG zu erwarten, wenn es dabei bleibt, dass auf die regelmäßige Grundvergütung abgestellt wird.

Dr. Sebastian Frahm: Ja, aber das Befristungsrecht ist richtigerweise problematisch. Abfindungsregelungen werfen die bereits ausgeführten Vorteile, aber auch Probleme auf. Die Rechtsunsicherheit insgesamt im Bereich der „Neu“-leitenden Angestellten steigt weiter. Das ist am Ende in den Verhandlungen ein Nachteil für die Arbeitgeber.

8. Wenn Sie aus anwaltlicher Sicht den Gesetzgebungsprozess mitgestalten könnten, was sollte der Gesetzgeber aus Ihrer Sicht in jedem Fall sicherstellen?

Dr. Patrizia Chwalisz: Es sollte auf die durchschnittliche Jahresgesamtvergütung abgestellt werden und der Branchenbezug sollte aus den vorgenannten Gründen entfallen, jedenfalls nicht nur auf bedeutende KWG-Institute begrenzt werden. Bleibt es bei dem aktuellen persönlichen Anwendungsbereich, ist zu regeln, wer die Zuordnung als Risikoträger nach den bankenaufsichtsrechtlichen Vorgaben überprüft.

Dr. Sebastian Frahm: Wahlmöglichkeit für die Arbeitsvertragsparteien bei freier Verhandlung der Abfindungsregelungen (i.d.R. des Abfindungsfaktors) – wie vom BDA auch empfohlen. Es würde zwar unterschiedliche AN-Gruppen entstehen. Ich könnte mir aber vorstellen, dass bei der aktuellen Arbeitsmarktsituation und dem Klientel auf dem hier besprochenen Gehaltsniveau nicht wenige die Abfindungsvariante wählen. Die Gerichte die Höhe der Abfindung festlegen zu lassen, ist vorliegend nicht sachgerecht, wenn auch bessere Lösungen bestehen.

Spezialwissen kompakt

Arbeitsmigration

zugleich ein Ausblick auf das Fachkräfteeinwanderungsgesetz

RA FA Arb Dr. Gunther Mävers, Maître en Droit (Aix-en-Provence), Köln

Selbststudium § 15 FAO

Dieser Beitrag ist zur Pflichtfortbildung für Fachanwälte für Arbeitsrecht im Selbststudium mit Lernerfolgskontrolle (§ 15 Abs. 4 FAO) geeignet. Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft können hierzu online unter www.faocampus.de Multiple-Choice-Fragen beantworten und erhalten bei Erfolg eine Bescheinigung über 1 Stunden (60 Min) Fortbildung.

Das Arbeitsmigrationsrecht stellt für den „klassischen" Arbeitsrechtler regelmäßig eine exotische und fremde Materie dar. Bedingt durch die zunehmende Globalisierung sowie die demographische Entwicklung einerseits und den Zustand der (fast) Vollbeschäftigung und des Fachkräftemangels andererseits kommt der Anwerbung von ausländischen Fachkräften eine immer größer werdende Bedeutung zu. Angesichts dieser Entwicklung sollte man sich auch als „normaler" Arbeitsrechtler mit dem Thema befassen und die sich im Wesentlichen stellenden Fragen kennen.

Die insoweit zu beachtenden Regelungen sind eigentlich überschaubar. Sie gewinnen aber zum einen dadurch erheblich an Komplexität, dass sowohl nationale als auch internationale Rechtsgrundlagen zu beachten sind, die jeweils ineinandergreifen. Zum anderen bestehen zahlreiche Bezüge des Arbeitsmigrationsrechts zum „normalen" Ausländerrecht wie auch zum Arbeits-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht. Da zudem kaum Rechtsprechung existiert, ist es schwer, sich die Materie ohne praktische Erfahrungen zu erschließen. Es besteht gleichwohl keine Veranlassung zu Berührungsängsten. Denn die Beratung im Bereich des Arbeitsmigrationsrechts ist nicht nur sehr herausfordernd und spannend, sondern durchaus auch lukrativ.

Mit diesem Beitrag soll ein erster Einstieg in die Materie ermöglicht sowie ein Überblick über aktuelle Entwicklungen gegeben werden. Zunächst werden die derzeit bestehenden Regelungen und das Verfahren vorgestellt (I.). Sodann folgt ein Ausblick im Rahmen einer Zusammenfassung der möglichen Änderungen durch das Inkrafttreten des Fachkräfteeinwanderungsgesetzes (II.). Die Darstellung schließt mit einem kurzen Fazit (III.) sowie einigen Hinweisen zu ergänzenden Informationsquellen (IV.).

I. Derzeit gültige Rechtslage

1. Überblick über die Möglichkeiten des Arbeitsmarktzugangs

Die Regelungen über den Aufenthalt und den Arbeitsmarktzugang von ausländischen Staatsangehörigen, die

- weder die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen,
- noch als EU-Bürger von dem Recht auf Arbeitnehmerfreizügigkeit profitieren (Staatsangehörige von EU-Mitgliedstaaten)
- noch diesen gleichgestellt sind (Staatsangehörige der Schweiz oder des Europäischen Wirtschaftsraums),

richten sich in Deutschland sowohl nach nationalen wie auch nach internationalen, insbesondere europarechtlichen Vorschriften.

a. nationale Rechtsgrundlagen

Die maßgebliche Rechtsgrundlage für die Beschäftigung von ausländischen Staatsangehörigen in Deutschland findet sich im Aufenthaltsgesetz (AufenthG) einerseits sowie der Beschäftigungsverordnung (BeschV) andererseits. Hiernach ist – so der Grundsatz – eine Beschäftigung von ausländischen Arbeitnehmern nur dann möglich, wenn dies entweder durch das AufenthG oder die BeschV geregelt ist (sog. Verbot mit Erlaubnisvorbehalt). Bei Vorliegen der Voraussetzungen wird eine Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit erteilt, die sowohl die Berechtigung zum Aufenthalt als auch zur Aufnahme der avisierten Tätigkeit abdeckt.

aa. Aufenthaltsgesetz

Die Regelungen des Aufenthaltsgesetzes über den „Aufenthalt zum Zweck der Erwerbstätigkeit“ (§§ 18–21 AufenthG) beschränken sich allerdings – als eine Art Rahmenregelung – auf die Vorgaben der wesentlichen (arbeitsmarktpolitischen) Grundsätze.

So ist in § 18 Abs. 1 AufenthG normiert, dass die Zulassung ausländischer Beschäftigter sich an den Erfordernissen des Wirtschaftsstandortes Deutschland unter Berücksichtigung der Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt und dem Erfordernis, die Arbeitslosigkeit wirksam zu bekämpfen, orientiert.

Unter Abs. 2 der Vorschrift ist ferner vorgesehen, dass ein Aufenthaltstitel zur Ausübung einer Beschäftigung erteilt werden kann, wenn entweder die Bundesagentur für Arbeit dem zugestimmt hat oder aber aufgrund einer zwischenstaatlichen Vereinbarung oder durch Rechtsverordnung bestimmt ist, dass die Ausübung der Beschäftigung ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zulässig ist.

Dies bedeutet, dass sich allein dem AufenthG nicht, bzw. nicht in allen Fällen die Antwort auf die Frage entnehmen lässt, welcher ausländische Staatsangehörige in Deutschland beschäftigt werden kann und Arbeitsmarktzugang genießt.

bb. Beschäftigungsverordnung

Die weiteren Antworten lassen sich der Beschäftigungsverordnung entnehmen. Diese steuert die Zuwanderung ausländischer Arbeitnehmer und regelt im Einzelnen, unter welchen Voraussetzungen Ausländer zum Arbeitsmarkt zugelassen werden können. Sie regelt insbesondere, in welchen Fällen ein Aufenthaltstitel zur Ausübung einer Beschäftigung der Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit bedarf.

Des Weiteren stellt § 1 Abs. 2 BeschV klar, dass die Vorrangprüfung i.S.d. BeschV die Prüfung nach § 39 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AufenthG ist. Nach dieser Vorschrift kann die Bundesagentur für Arbeit der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung nach § 18 AufenthG oder einer Blauen Karte EU nach § 19a AufenthG unter bestimmten Voraussetzungen zustimmen:

So, wenn sich nachteilige Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt, insbesondere hinsichtlich der Beschäftigungsstruktur, der Regionen und der Wirtschaftszweige, nicht ergeben und ggf. vorrangig zu berücksichtigende Arbeitnehmer vom lokalen wie europäischem Arbeitsmarkt nicht zur Verfügung stehen oder wenn die Besetzung der offenen Stellen mit ausländischen Bewerbern arbeitsmarkt- und integrationspolitisch verantwortbar ist.

Voraussetzung ist stets, dass der Ausländer nicht zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer beschäftigt wird.

Beispielhaft seien nachfolgend nur die in der Praxis wichtigsten Beschäftigungskategorien genannt:

- Blaue Karte EU: für Akademiker mit (vergleichbarem) Hochschulabschluss bei einem Gehalt i.H.v. mindestens 2/3 der jährlichen Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung (53.600,– EUR) – § 19a AufenthG i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 2a BeschV; abgesenkte Gehaltsgrenze (41.808,– EUR) für sog. Mangelberufe (z.B. IT-Fachkräfte; Naturwissenschaftler; Ingenieure; Ärzte) – § 19a AufenthG i.V.m. § 2 Abs. 2 BeschV
- Hochschulabsolventen: zur Ausübung einer der beruflichen Qualifikation angemessenen Beschäftigung – § 2 Abs. 1 Nr. 2b, Abs. 3 BeschV
- Führungskräfte: für leitende Angestellte mit Generalvollmacht oder Prokura, Mitglieder des Organs einer juristischen Person, die zur gesetzlichen Vertretung berechtigt sind, oder leitende Angestellte oder für eine Tätigkeit in sonstiger leitender Position, die für die Entwicklung des Unternehmens von entscheidender Bedeutung ist – § 3 BeschV
- Leitende Angestellte und Spezialisten: für leitende Angestellte und andere Personen, die zur Ausübung ihrer Beschäftigung über besondere, vor allem unternehmensspezifische Spezialkenntnisse verfügen für eine qualifizierte Beschäftigung – § 4 BeschV
- Internationaler Personalaustausch: für Akademiker, Manager oder Spezialisten für eine Tätigkeit im Rahmen eines Personalaustausches innerhalb eines international tätigen Unternehmens oder Konzerns – § 10 BeschV; §§ 19b ff. AufenthG i.V.m. § 10a BeschV

b. Supranationale Rechtsgrundlagen

Neben den nationalen Regelungen sind noch zahlreiche weitere supranationale Regelungen zu berücksichtigen

aa. Europarechtliche Regelungen

Zum einen sind auch im Arbeitsmigrationsrecht zahlreiche europarechtliche Regelungen zu berücksichtigen. Diese betreffen traditionell die Frage der Einreise und des Aufenthalts, zunehmend aber auch unmittelbar den Arbeitsmarktzugang. In diesem Zusammenhang sind insbesondere zu nennen:

- die VO (EG) Nr. 539/2001 vom 15.3.2001 zur Aufstellung der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Außengrenzen im Besitz eines Visums sein müssen, sowie die Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige von dieser Visumspflicht befreit sind

- die VO (EG) Nr. 562/2006 vom 15.3.2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex)
- RL 2009/50/EG über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung (Blaue Karte EU)
- RL 2014/66/EU vom 15.5.2014 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen im Rahmen eines unternehmensinternen Transfers (Intracompany Transfer)

bb. bilaterale und multilaterale Abkommen

Zum anderen sind neben den europarechtlichen Regelungen noch zahlreiche weitere bilaterale und multilaterale Abkommen – wie bspw. das General Agreement on Trade in Services (GATS) – zu berücksichtigen, die hier indes im Einzelnen keine Erwähnung finden können.

2. Überblick über das Verfahren

Die Regelungen das Verfahren betreffend befinden sich teils im Aufenthaltsgesetz (§§ 77 ff. AufenthG), teils in der Beschäftigungsverordnung (§§ 34 ff. BeschV).

a. Grundsatz: Antragstellung vor der Einreise

Grundsätzlich ist vor der Einreise der Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels bzw. des (regelmäßig nur zur Einreise berechtigenden) Visums bei der für den Wohnsitz des Antragstellers zuständigen Auslandsvertretung (Deutsche Botschaft oder Generalkonsulat) zu stellen (§§ 71, 81 AufenthG). Erst nach persönlicher Vorsprache und Erteilung einer Einreiseerlaubnis kann die Einreise erfolgen.

b. Privilegierungen

Bestimmte Staatsangehörige von Staaten, welche in einem Anhang zur Verordnung (EG) Nr. 539/2001 im Einzelnen gelistet sind (bspw. Argentinien, Australien, Brasilien, Israel, Japan, Kanada; Mexiko, Vereinigte Staaten von Amerika), dürfen indes für einen Aufenthalt von bis zu 90 Tagen innerhalb von 180 Tagen ohne vorherige Einholung eines Visums einreisen.

Staatsangehörige aus Australien, Japan, Kanada, der Republik Korea, Neuseeland und den Vereinigten Staaten von Amerika dürfen auch für einen Aufenthalt, der kein Kurzaufenthalt ist, d.h. die Zeitdauer von 90 Tagen überschreitet, visumsfrei einzureisen und über den vorgenannten Zeitraum hinaus bis zur Entscheidung verweilen.

In diesem Fall kann ein erforderlicher Aufenthaltstitel nach der visumsfrei erfolgten Einreise in Bundesgebiet eingeholt werden, muss allerdings innerhalb von drei Monaten nach der Einreise beantragt werden, vgl. § 41 Aufenthaltsverordnung. Trotz der Erlaubnis zum weitergehenden Aufenthalt ist die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit vor Erteilung der Aufenthaltserlaubnis regelmäßig (Ausnahmen bestehen für bestimmte Tätigkeiten bei Kurzaufenthalten) nicht zulässig.

Bestimmten Staatsangehörigen (von Andorra, Australien, Israel, Japan, Kanada, Monaco, Neuseeland, San Marino sowie den Vereinigten Staaten von Amerika) kann ferner gem. § 26 Abs. 1 BeschV die Zustimmung zu einem Aufenthaltstitel zur Ausübung einer jeden Beschäftigung erteilt werden kann, unabhängig davon, ob die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach einer der sonstigen Beschäftigungskategorien vorliegt.

c. Vorabprüfung

Ist die Zustimmung der Agentur für Arbeit erforderlich, kann und sollte ein Antrag auf Vorabprüfung zur Beschleunigung des Verfahrens bei der Agentur für Arbeit (ZAV) gestellt werden. Diesen Antrag kann der Arbeitgeber unmittelbar bei der Bundesagentur für Arbeit stellen, vgl. § 36 Abs. 3 BeschV. Nach (nicht zwingender, aber leider vorherrschender) Auffassung der Bundesagentur für Arbeit soll dies allerdings nur möglich sein, solange der Ausländer sich noch im Ausland aufhält. Die Zuständigkeit bestimmt sich wiederum nach dem Ort der Beschäftigung.

II. Ausblick: Die Neuregelungen des Fachkräfteeinwanderungsgesetzes

1. Hintergrund

Am 19.12.2018 hat die Bundesregierung den Entwurf eines Fachkräfteeinwanderungsgesetzes verabschiedet, der am 4.1.2019 dem Bundesrat zur Zustimmung zugeleitet worden ist (BR-Drucks 7/19).

Bereits im Koalitionsvertrag vom 4.3.2018 hatte sich die Große Koalition unter der Überschrift „Wir regeln die Zuwanderung von Fachkräften“ Folgendes vorgenommen: „Fachkräfteeinwanderungsgesetz, das den steigenden Bedarf an Fachkräften durch Erwerbsmigration neu und transparent regelt. Orientierung sowohl an volkswirtschaftlichen Erfordernissen als auch an Qualifikation, Alter, Sprache, Nachweis eines konkreten Arbeitsplatzes und Sicherung des Lebensunterhalts.“

Nach der Vorlage von ersten konkreten Vorschlägen in einem Eckpunktepapier im August 2018 durch das federführende Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat (unter dem Titel „Eckpunkte zum kohärenten Ansatz Fachkräfteeinwanderung aus Drittstaaten“)

und einer sich in den Folgemonaten anschließenden kontroversen Diskussion kommt der Gesetzgeber diesem Regelungsauftrag nun nach.

Statt der Schaffung eines Einwanderungsgesetzbuches hat sich der Gesetzgeber – was durchaus sinnvoll ist – für die punktuelle Lockerung und Ergänzung der bestehenden Regelungen entschieden. Die Neuregelungen sollen die Attraktivität des Standortes Deutschland für Fachkräfte sowohl durch einige materiell-rechtliche Änderungen als auch durch zahlreiche Verfahrenserleichterungen steigern helfen.

2. Beabsichtigte materiell-rechtliche Änderungen

In materiell-rechtlicher Hinsicht sind die folgenden wesentlichen Änderungen beabsichtigt:

a. Grundsätzliches: Verzicht auf Vorrangprüfung und Engpassbetrachtung

Unter grundsätzlichem Verzicht auf die bisherige Vorrangprüfung und Engpassbetrachtung, wie sie soeben oben unter I. 1. a. kurz dargestellt wurden, sollen Fachkräfte fortan bei Vorliegen eines konkreten Arbeitsplatzangebotes beschäftigt werden können. Voraussetzung ist, dass sie die erworbene Qualifikation zur Ausübung der Beschäftigung befähigt. Dies gilt sowohl für Fachkräfte mit Berufsausbildung als auch für solche mit akademischer Ausbildung.

b. Vorphase: Arbeitsplatzsuche für Fachkräfte

Die Möglichkeiten des Aufenthalts zur Arbeitsplatzsuche für Fachkräfte sind nun in einer Norm zusammengefasst und ausgeweitet worden (§ 20 AufenthG-E). Fortan besteht – analog zur Regelung für Fachkräfte mit akademischer Ausbildung – auch für Fachkräfte mit Berufsausbildung die Möglichkeit zur befristeten Einreise zur Arbeitsplatzsuche von bis zu sechs Monaten bei Vorliegen bestimmter weiteren Voraussetzungen. Hierzu zählen u.a. Sprachkenntnisse; gesicherter Lebensunterhalt; mindestens gleich langer vorheriger Aufenthalt im Ausland. Die Aufenthaltserlaubnis berechtigt in beiden Fällen zur Ausübung von Probearbeiten bis zu 10 Stunden je Woche. All dies soll ausweislich der Gesetzesbegründung für fünf Jahre befristet erprobt werden.

c. Beschäftigung: Fachkräfte mit Berufsausbildung / akademischer Ausbildung

Die Erteilung eines Aufenthaltstitels zur Ausübung einer Beschäftigung als Fachkraft (mit Berufsausbildung oder akademischer Ausbildung) setzt gem. § 18 Abs. 2 AufenthG-E voraus, dass

1. ein konkretes Arbeitsplatzangebot vorliegt,
2. die Bundesagentur für Arbeit nach § 39 zugestimmt hat
3. eine Berufsausübungserlaubnis erteilt oder zugesagt wurde, soweit diese erforderlich ist, und
4. die Feststellung der Gleichwertigkeit der Qualifikation vorliegt, soweit dies erforderlich ist.

aa. Fachkraft mit Berufsausbildung

Einer Fachkraft mit Berufsausbildung kann gem. § 18a AufenthG-E eine Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer qualifizierten Beschäftigung erteilt werden, wenn die erworbene Qualifikation sie zur Ausübung der Beschäftigung befähigt. Im Rahmen der Anwendung der Vorschrift ist die in der allgemeinen Regelung des § 18 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG-E enthaltene Legaldefinition der Fachkraft mit beruflicher Ausbildung zu beachten. Hiernach ist Fachkraft ein Ausländer, der eine inländische qualifizierte Berufsausbildung oder eine mit einer inländischen qualifizierten Berufsausbildung gleichwertige ausländische Berufsqualifikation besitzt (Fachkraft mit Berufsausbildung).

bb. Fachkraft mit akademischer Ausbildung

Auch einer Fachkraft mit akademischer Ausbildung kann nach dem Grundsatz des § 18b Abs. 1 AufenthG-E eine Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer qualifizierten Beschäftigung in den Berufen erteilt werden, zu der sie ihre Qualifikation befähigt. Im Rahmen der Anwendung der Vorschrift ist die in der allgemeinen Regelung des § 18 Abs. 3 Nr. 2 AufenthG-E enthaltene Legaldefinition der Fachkraft mit akademischer Ausbildung zu beachten. Hiernach ist Fachkraft ein Ausländer, der einen deutschen, einen anerkannten ausländischen oder einen einem deutschen Hochschulabschluss vergleichbaren ausländischen Hochschulabschluss besitzt (Fachkraft mit akademischer Ausbildung).

Ob die Fachkraft eine Beschäftigung ausüben wird, zu der ihre Qualifikation befähigt, prüft die Bundesagentur für Arbeit im Rahmen der Zustimmung (§ 39 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG-E).

Nur bei der Blauen Karte EU (§ 18b Abs. 2 AufenthG-E) bleibt der strengere Maßstab der Angemessenheit der Beschäftigung im Verhältnis zur Ausbildung erhalten. Des Weiteren kann einer Fachkraft mit akademischer Ausbildung gem. § 18b Abs. 2 AufenthG-E unter bestimmten Voraussetzungen eine Blaue Karte EU zum Zweck einer der Qualifikation angemessenen Beschäftigung ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit erteilt werden. Die Regelung entspricht zu großen Teilen inhaltlich den bisherigen (derzeit in § 19a AufenthG/ § 2 BeschV enthaltenen) Vorschriften.

cc. Beschäftigung unterhalb der Qualifikation

Ausweislich der Gesetzesbegründung soll die Beschäftigung neben den Voraussetzungen, die sich aus § 18 AufenthG-E ergeben, nicht nur in Berufen ausgeübt werden können, die einen Hochschulabschluss voraussetzen, sondern auch in Berufen, die im bestehenden fachlichen Kontext üblicherweise eine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzen. Damit wird akademischen Fachkräften der Berufseinstieg auch unterhalb ihrer Qualifikation ermöglicht. Grundsätzlich – so lautet es in der Gesetzesbegründung weiter – sollte es jedoch das Ziel sein, dass auch diese akademischen Fachkräfte langfristig tatsächlich als Fachkräfte einen der Qualifikation angemessenen Arbeitsplatz haben, was angesichts des Fachkräftemangels in der Bundesrepublik Deutschland von Bedeutung sei.

d. sonstige Änderungen

Weitere Änderungen des Gesetzentwurfes würden folgende Themen betreffen: Niederlassungserlaubnis für Fachkräfte mit beruflicher Ausbildung; Aufenthaltserlaubnis für Ausländer mit ausgeprägten berufspraktischen Kenntnissen in bestimmten Berufen (Positivliste); Aufenthaltserlaubnis zur Durchführung von ergänzenden Qualifizierungsmaßnahmen und zur Anerkennung ausländischer Berufsqualifikationen. Diese Änderungen können hier nur benannt, nicht aber inhaltlich im Einzelnen vorgestellt werden.

3. Verfahrensrechtliche Änderungen

Des Weiteren enthält der Gesetzesentwurf einige Änderungen, die das Verfahren betreffen.

a. Errichtung einer zentralen Ausländerbehörde

Nach der neugefassten Vorschrift des § 71 AufenthG-E soll eine zentrale Ausländerbehörde errichtet werden. Anders als noch im Referentenentwurf vorgesehen, soll diese indes nur zuständig sein für das Visumsverfahren und nicht für das sich anschließende Verfahren zur Ersterteilung der Aufenthaltserlaubnis. Dies ist ausgesprochen misslich, da auch und gerade hier oft Engpässe durch unverhältnismäßig lange Wartezeiten (von mehreren Monaten) auftreten.

b. beschleunigtes Fachkräfteverfahren

§ 81a AufenthG-E sieht ferner die Einführung eines beschleunigten Fachkräfteverfahrens vor. Während die Antragstellung grundsätzlich dem Ausländer obliegt (§ 81 Abs. 1 AufenthG), soll dieser den (zukünftigen) Arbeitgeber hiernach u.a. für die Beantragung einer Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit bevollmächtigen können, ein beschleunigtes Fachkräfteverfahren zu beantragen (§ 81a Abs. 1 AufenthG-E). Sodann sollen die Ausländerbehörde und der (bevollmächtigte) Arbeitgeber eine Vereinbarung (!) schließen, die u.a. folgenden Inhalt umfassen soll:

1. Kontaktdaten des Ausländers, des Arbeitgebers und der Behörde,
2. Bevollmächtigung des Arbeitgebers durch den Ausländer,
3. Verpflichtung des Arbeitgebers, auf die Einhaltung der Mitwirkungspflicht des Ausländers hinzuwirken,
4. vorzulegende Nachweise,
5. Beschreibung der Abläufe einschließlich Beteiligter und Erledigungsfristen,
6. Mitwirkungspflicht des Arbeitgebers und
7. Folgen bei Nichteinhalten der Vereinbarung

Ungeachtet dieser Einbindung des Arbeitgebers bleibt die Ausländerbehörde (natürlich) Herrin des Verfahrens im Übrigen und soll gemäß § 81a Abs. 3 AufenthG-E den Arbeitgeber zum Verfahren und zu den einzureichenden Nachweisen beraten, ggf. die Prüfung der Anerkennung eines Abschlusses in die Wege leiten, die Zuständigkeit der Bundesagentur für Arbeit – so erforderlich – einholen und die zuständige Auslandsvertretung über die bevorstehende Visumsantragstellung informieren sowie der Visumserteilung vorab unverzüglich zustimmen.

c. Fortgeltung der Vorabprüfung

Hierneben bleibt die bisherige Möglichkeit zur Beschleunigung des Verfahrens nach § 36 Abs. 3 BeschV durch die Einleitung einer Vorabprüfungsanfrage bei der Bundesagentur für Arbeit für den Fall einer erforderlichen Zustimmung unmittelbar durch den Arbeitgeber (§ 36 Abs. 3 BeschV) bestehen.

III. Fazit

Durch das Fachkräfteeinwanderungsgesetz wurden die Regelungen für den Aufenthalt und die Zuwanderung von Fachkräften aus Drittstaaten dem wirtschaftlichen Bedarf entsprechend gezielt geöffnet sowie neu systematisiert und insgesamt klarer und transparenter gestaltet. Der von vielen geforderte Systemwechsel (von einer Einwanderung nach Beschäftigungskategorien hin zu einem points-based-System) ist indes ebenso ausgeblieben wie die Zusammenführung sämtlicher Vorschriften in einem Einwanderungsgesetzbuch. Insoweit steht das Arbeitsmigrationsrecht dem Arbeitsrecht in nichts nach.

Flankiert werden diese Regelungen durch zahlreiche, inhaltlich auch sehr weitreichende Verfahrensreglungen. Auch wenn dies einen Schritt in die richtige Richtung bedeutet, werden die Neuerungen wohl kaum ausreichen, um der in der Praxis als Haupthemmnis empfundenen Länge der Bearbeitungsdauer entgegenzuwirken. Insgesamt wird ein ausgewogenes Er-

gebnis erzielt, welches dem selbsterklärten Ziel, Deutschland für die Zuwanderung von Fachkräften attraktiver zu machen, ein Stück weit gerechter wird.

Es bleibt abzuwarten, ob der Entwurf des Fachkräfteeinwanderungsgesetzes im Gesetzgebungsverfahren weiteren inhaltlichen Änderungen unterzogen werden wird. Die politische Diskussion kurz vor Verabschiedung der Kabinettsfassung kurz vor Weihnachten hat sehr deutlich gezeigt, dass die Einflussnahme der Parteien und Lobbyisten, aber insbesondere auch der betroffenen Länder und Behörden (Auslandsvertretungen wie Ausländerbehörden) erheblich ist. Dies zeigt sich auch daran, dass die Neuregelungen erst nach Ablauf eines Übergangszeitraumes von 6 Monaten überhaupt in Kraft treten würden, um den Behörden einen entsprechenden Vorlauf für die erforderlichen Anpassungen zur Verfügung zu stellen. Die weitere Entwicklung wird mit Spannung zu verfolgen sein.

IV. Vertiefungshinweise

Kommentare und Handbücher:

- Beck'scher Online-Kommentar Ausländerrecht, Kluth/Heusch, beck.online
- Offer/Mävers, Beschäftigungsverordnung, C.H. Beck Verlag
- Dörig, Handbuch Migrations- und Integrationsrecht, C.H. Beck Verlag

Aufsätze:

- Deinert, Migration und Arbeitsrecht, ZfA 2018, 17 ff.
- Klaus, Die ICT-Richtlinie – Ende einer europäischen Odyssee, ZAR 2015, 1 ff.; Überwachung von Reisen Drittstaatsangehöriger durch das Entry/Exit System (EES): Anfang vom Ende aller Overstays?, ZAR 2018, 246 ff.
- Kluth, Einwanderungsgesetz: Entwürfe – Chancen – Kritik, NVwZ 2018, 1437 ff.
- Mävers, Arbeitsrechtliche Aspekte im Arbeitsmigrationsrecht, ArbRAktuell 2018, 4 ff.; Neues zum Arbeitserlaubnisrecht nach der neugefassten Beschäftigungsverordnung,
- ArbRAktuell 2013, 485 ff.; Working in Germany – Überblick zum Aufenthalts- und Arbeitserlaubnisrecht, ArbRAktuell 2010, 648 ff.

Sonstige Quellen:

- Auswärtiges Amt: https://www.auswaertiges-amt.de/de/einreiseundaufenthalt
- BMAS: https://www.bmas.de/DE/Presse/Meldungen/2018/fachkraefteeinwanderungsgesetz.html

RA FA Arb Dr. Gunther Mävers
Der Autor ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht und als Gründungspartner von michels.pmks in Köln tätig.
www.michelspmks.de

Top 50 der arbeitsrechtlichen Entscheidungen

Ein Rückblick auf das Kalenderjahr 2018

Prof. Dr. Michael Fuhlrott, Hamburg

Hinweis der Redaktion: Mit dem nachfolgenden Beitrag enthält die AE erstmals einen Jahresüberblick über 50 wichtige nationale arbeitsrechtliche Entscheidungen von BAG, BVerfG, BSG, BGH und der arbeitsgerichtlichen Instanzrechtsprechung, die bzw. die ihnen zugrundeliegenden Fallgestaltungen jeder Arbeitsrechtler kennen sollte. Die für das Kalenderjahr 2018 von Prof. Dr. Michael Fuhlrott erstellte „Top 50" hat nicht den Anspruch einer Urteilsbesprechung, sondern soll dem Leser mehr als „gedankliche Checkliste" dienen, die für die eigene Tätigkeit jeweils interessanten Entscheidungen ggf. nachzulesen.

1. Dreijahres-Grenze bei sachgrundloser Befristung – BVerfG, 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14 (u.a. NZA 2018, 774; NJW 2018, 2542)

Die vom BAG bei sachgrundloser Beschäftigung entwickelte Ausnahme vom Verbot vorheriger Beschäftigung im Falle erneuter Einstellung ist verfassungswidrig.

Das BVerfG qualifiziert die Rechtsprechung des BAG als unzulässige richterliche Rechtsfortbildung durch das „Hineinlesen" der Unschädlichkeit einer drei oder

mehr Jahre zurückliegenden Zuvorbeschäftigung in den Gesetzeswortlaut des § 14 Abs. 2 TzBfG.

2. Ausschlussfrist und Mindestlohn – BAG, 18.9.2018 – 9 AZR 162/18 (u.a. NZA 2018, 1619; ZIP 2018, 2433)

Eine in einem Formulararbeitsvertrag vereinbarte Ausschlussfrist muss Ansprüche auf den gesetzlichen Mindestlohn ausnehmen.
Das Urteil stellt fest, dass die gesetzlich unverzichtbaren Mindestlohnansprüche bei nach dem 1.1.2015 geschlossenen Verträgen in der Ausschlussfrist ausdrücklich ausgenommen werden müssen, sonst ist die Klausel insgesamt unwirksam. Unentschieden bleibt, ob dies auch bei Nichtnennung anderer gesetzlich unverzichtbarer Ansprüche gilt.

3. Löschfrist bei Videoaufzeichnung – BAG, 23.8.2018 – 2 AZR 133/18 (u.a. NZA 2018, 1329; ZIP 2018, 2131)

Ein Verstoß gegen das Gebot unverzüglicher Löschung erstellter Videoaufnahmen nach § 6b Abs.5 BDSG (= § 4 BDSG n.F.) begründet kein Beweisverwertungsverbot bei einer Arbeitnehmerüberwachung, soweit § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG (= § 26 Abs. 1. S. 1 BDSG n.F.) als speziellere Norm vorgeht.
Zulässig erstellte Aufnahmen aus einer offenen Videoüberwachung dürfen auch erst dann gesichtet werden, wenn hierzu konkreter Anlass besteht und solange die Tat noch materiell-rechtlich verfolgbar ist.

4. Befristungen im Profisport – BAG, 16.1.2018 – 7 AZR 312/16 (u.a. NJW 2018, 1992; NZA 2018, 703)

Das Arbeitsverhältnis eines Profisportlers kann unter Berufung auf den Sachgrund der Eigenart der Arbeitsleistung gem. § 14 I S. 2 Nr. 4 TzBfG gestützt werden. Mit der Entscheidung weitet das BAG den Anwendungsbereich des Sachgrunds der Eigenart der Arbeitsleistung von künstlerisch oder programmgestaltend tätigen Arbeitnehmern erstmals auch auf Arbeitsverhältnisse im Profisport aus.

5. Aufhebungsverträge mit Betriebsräten – BAG, 21.3.2018 – 7 AZR 590/16 (u.a. NZA 2018, 1019; NJW 2018, 2508)

Ein finanziell „attraktiver" Aufhebungsvertrag stellt keine gem. § 78 S. 2 BetrVG verbotene Betriebsratsbegünstigung dar.
Das BAG macht deutlich, dass sich ein Betriebsratsmitglied den ihm zustehenden Sonderkündigungsschutz bei Beendigungsverhandlungen über sein Arbeitsverhältnis abkaufen lassen kann. Es ist unerheblich, ob sich die gewährten Konditionen im Einzelfall als angemessen erweisen.

6. Vergütung von Reisezeit: BAG, 17.10.2018 – 5 AZR 553/17 (u.a. BeckRS 2018, 26639)

Reisezeiten des Arbeitnehmers sind als fremdnützige Tätigkeit grundsätzlich vergütungspflichtig.
Die erforderliche Reisezeit für den Flug eines Arbeitnehmers zu einer Baustelle in China ist vergütungspflichtige Arbeitszeit. Wenn eine – grundsätzlich zulässige – abweichende Vereinbarung hierzu fehlt, ist die hierfür erforderliche gesamte Reisezeit zu vergüten.

7. Vergütung von Umkleidezeit: BAG, 25.4.2018 – 5 AZR 245/17 (u.a. NZA 2018, 1077; GWR 2018, 296)

Umkleidezeiten des Arbeitnehmers sind bei auffälliger Dienstkleidung als fremdnützige Tätigkeit grundsätzlich vergütungspflichtig.
Die Tarifvertragsparteien können aber auch bei auffälliger Dienstkleidung eine abweichende Regelung treffen, die jedoch hinreichend klar und deutlich sein muss.

8. Diskriminierung bei Einstellung: BAG, 25.10.2018 – 8 AZR 501/14 („Egenberger", Entscheidungsbegr. derzeit noch n.v., BAG Pressemitteilung 53/18)

Religionszugehörigkeit darf nur dann Anforderung in einer Stellenausschreibung sein, wenn es sich hierbei um eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung für die auszuübende Tätigkeit angesichts des Ethos der Religionsgemeinschaft handelt. Mit der die Vorgaben des EuGH umsetzenden Entscheidung wird der Gestaltungsspielraum kirchlicher Arbeitgeber maßgeblich beschränkt, die sich bei ihrer Einstellungspolitik fortan insoweit auch der Prüfung durch staatliche Gerichte unterwerfen müssen.

9. Streik auf Firmengelände: BAG, 20.11.2018 – 1 AZR 189/17 (Entscheidungsbegr. derzeit noch n.v., BAG Pressemitteilung 62/18)

Ausnahmsweise darf die Mobilisierung zum Streik auch auf dem Firmenparkplatz des Arbeitgebers erfolgen.
Mit der Entscheidung weicht das BAG das generelle Verbot, wonach der Arbeitgeber bei einem Streik die Nutzung eigener Betriebsmittel untersagen darf, unter engen Voraussetzungen auf.

10. Twitter-Nutzung und Mitbestimmungsrecht: LAG Hamburg, 13.9.2018 – 2 TaBV 5/18 (u.a. NZA-RR 2018, 655; ArbRAktuell 2018, 589)

Das arbeitgeberseitige Betreiben eines Twitter-Account ist gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG mitbestimmungspflichtig.
Der per Rechtsbeschwerde zur Überprüfung gestellte Beschluss knüpft an die Rspr. des BAG beim Betreiben eines facebook-Accounts an und macht deutlich, dass

die vorgenommene schutzgutbezogene Auslegung des Mitbestimmungsrechts dieses wesentlich stärkt.

11. Verzugspauschale: BAG, 25.9.2018 – 8 AZR 26/18 (u.a. NZA 2019, 121; BeckRS 2018, 24940)

Dem Arbeitnehmer steht gegen den Arbeitgeber kein Anspruch auf Zahlung einer Verzugspauschale zu.
In den Instanzgerichten war umstritten, ob Arbeitnehmer bei arbeitgeberseitigen Zahlungsverzug auch die Verzugspauschale von 40 EUR gem. § 288 Abs. 5 BGB geltend machen konnten. Das BAG klärt dies nun zugunsten der Arbeitgeber und stellt fest, dass die Kostenprivilegierung des § 12a ArbGG auch insoweit gilt.

12. Streikbruchprämien: BAG, 14.8.2018 – 1 AZR 287/17 (u.a. ArbRAktuell 2018, 458; GWR 2018, 476)

Die Zahlung einer Prämie an Streikbrecher während eines laufenden Streiks ist zulässig.
Das BAG bestätigt seine Rspr., wonach Streikbruchprämien während eines laufenden Arbeitskampfes ein zulässiges arbeitgeberseitiges Arbeitskampfmittel darstellen.

13. Befristung und Altersgrenze: BAG, 19.12.2018 – 7 AZR 70/17 (Entscheidungsbegr. derzeit noch n.v., BAG Pressemitteilung 69/18)

Die es den Arbeitsvertragsparteien ermöglichende Regelung, den Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses durch Vereinbarung während des Arbeitsverhältnisses vor Erreichen der Regelaltersgrenze gem. § 41 S. 3 SGB VI hinauszuschieben, ist wirksam.
Nachdem der EuGH bereits Anfang des Jahres 2018 unionsrechtliche Bedenken mit Blick auf eine Altersdiskriminierung beiseite wischte, bestätigt nunmehr das BAG auch die Wirksamkeit der Regelung. Unentschieden bleibt weiterhin, ob neben dem Hinausschieben auch gleichzeitig mit der Befristung inhaltliche Änderungen am Arbeitsverhältnis erfolgen dürfen.

14. Betriebsführungsvertrag: BAG, 25.1.2018 – 8 AZR 309/16 (u.a. NZA 2018, 933; ZIP 2018, 1651)

Tritt der Betriebsführer bei einem echten Betriebsführungsvertrag nach außen hin nicht als solcher auf, findet mangels Inhaberwechsels kein Betriebsübergang statt.
Ein Betriebsführungsvertrag bleibt ein im Grundsatz vom BAG anerkanntes Gestaltungsmittel, um einen Betriebsübergang auszuschließen.

15. Kopftuchverbot I: LAG Nürnberg, 27.3.2018 – 7 Sa 304/17 (u.a. NZA-RR 2018, 356; AuR 2018, 588, n. rkr.)

Ein Kopftuchverbot während der Arbeitszeit stellt eine mittelbare Diskriminierung im Sinne des § 3 Abs. 2 AGG dar und beeinträchtigt die Religionsfreiheit des Art. 4 GG.
Die Entscheidung, deren Revisionsverhandlung am 30.1.2019 (10 AZR 299/18) vor dem BAG erfolgte, verdeutlicht die schwierige Abwägung zwischen berechtigten Interessen des Arbeitgebers und individueller Religionsfreiheit. Auch das ArbG Hamburg (Beschl. v. 21.11.2018 – 8 Ca 123/18, BeckRS 2018, 33797) hat jüngst in einem weiteren „Kopftuchfall" den Rechtsstreit ausgesetzt und im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens dem EuGH vorgelegt.

16. Kopftuchverbot II: LAG Berlin-Brandenburg, 27.11.2018 – 7 Sa 963/18 (Entscheidungsbegr. derzeit noch n.v., Pressemitteilung 21/18, n. rkr.)

Die Ablehnung einer Bewerberin auf eine Lehramtsstelle wegen der Absicht, auch im Unterricht ein Kopftuch tragen zu wollen, ist eine nicht erlaubte Benachteiligung wegen der Religion. Die Ablehnung ist auch nicht durch das Berliner Neutralitätsgesetz gerechtfertigt.
Das Gericht hat mit seiner Entscheidung nicht die Verfassungswidrigkeit des Berliner Neutralitätsgesetz angenommen.

17. Vollstreckung von Weiterbeschäftigung: BAG, 21.3.2018 – 10 AZR 560/16 (u.a. NZA 2018, 1071; DB 2018, 1802)

Der Arbeitgeber kann zur Abwehr eines Weiterbeschäftigungsanspruchs mit einer Vollstreckungsabwehrklage nicht den Einwand geltend machen, die Weiterbeschäftigung sei wegen Wegfalls des konkret ausgeurteilten Arbeitsplatzes nicht mehr möglich.
Die Entscheidung macht deutlich, dass der Arbeitgeber auch bei einem „gegen ihn" titulierten Weiterbeschäftigungsanspruch seines Direktionsrechts gem. § 106 GewO zur Zuweisung einer anderen vertragsgerechten Tätigkeit nicht verlustig geht und dem vollstreckenden Arbeitnehmer per Direktionsrecht auch eine andere Tätigkeit zuweisen kann.

18. Krankheitsbedingte Kündigung Unkündbarer: BAG, 25.4.2018 – 2 AZR 6/18 (u.a. NZA 2018, 1056; NJW-Spezial 2018, 531)

Die außerordentliche Kündigung eines ordentlich unkündbaren Arbeitsverhältnisses kann erlaubt sein, wenn ein gravierendes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht. Dies ist zumindest im Anwendungsbereich des TV-L der Fall, wenn der Ar-

beitgeber für mehr als ein Drittel der jährlichen Arbeitstage Entgeltfortzahlung zu leisten hat.
Mit der Entscheidung nennt das BAG erstmal einen zahlenmäßig fixierten Zeitraum, ab wann die außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslauffrist ordentlicher Unkündbarer wegen Kurzerkrankungen gerechtfertigt sein kann.

19. Befristete Arbeitszeiterhöhung: BAG, 25.4.2018 – 7 AZR 520/16 (u.a. NZA 2018, 1061; NJW 2018, 2815)

Für eine befristete Arbeitszeiterhöhung in einem erheblichen Umfang (ca. 25%) müssen Umstände vorliegen, die das Gewicht eines Sachgrunds gem. § 14 Abs. 1 TzBfG aufweisen, um eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitsnehmers auszuschließen.
Das BAG hält weiterhin an einer bloßen AGB-Kontrolle befristeter Arbeitsvertragsänderungen fest und wendet das TzBfG auf diese nicht an. Bei erheblichen Änderungen verlangt das BAG aber im Rahmen der Angemessenheitskontrolle einen gewichtigen Grund und zieht dennoch die Wertungen des TzBfG heran.

21. Beteiligung Schwerbehindertenvertretung: BAG, 19.12.2018 – 2 AZR 378/18 (BeckRS 2018, 38042)

Wird die Schwerbehindertenvertretung entgegen der gesetzlichen Vorgabe in § 178 Abs. 2 S. 3 SGB IX zu einer Kündigung eines Schwerbehinderten oder diesem gleichgestellten Arbeitnehmer nicht unverzüglich beteiligt, begründet dies allein keine Unwirksamkeit der Kündigung.
Das Urteil als erste höchstrichterliche Entscheidung zum gestärkten Beteiligungsrecht der Schwerbehindertenvertretung macht Vorgaben dazu, wie eine Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung bei personellen Einzelmaßnahmen erfolgen muss.

22. Mitbestimmung bei Einstellung: LAG München, 8.2.2018 – 4 TaBVGa 16/17 (u.a. BeckRS 2018, 5600; ArbRAktuell 2018, 238)

Der Betriebsrat hat kein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG bei der erstmaligen Zuordnung von einzustellenden Arbeitnehmern in ein bestehendes Schichtsystem. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG ist insoweit bei Neueinstellungen teleologisch zu reduzieren, da § 99 Abs. 1 BetrVG als Spezialregelung vorgeht.
Die Entscheidung widerspricht der Rechtsprechungslinie des BAG, die eine Beteiligung des Betriebsrats auch nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG annimmt.

23. Anwaltshaftung: BGH, 21.6.2018 – IX ZR 80/17 (u.a. NJW 2018, 2476; ArbRAktuell 2018, 405)

Der Rechtsanwalt muss zur Vermeidung persönlicher Haftung Warnungen und Hinweise außerhalb des ihm erteilten Mandats erteilen, wenn er die tatsächlichen und rechtlichen gefahrdrohenden Gegebenheiten entweder kannte oder diese offenkundig waren.
Selbst wenn das dem Rechtsanwalt erteilte Mandant gegenständlich beschränkt ist, kann der Rechtsanwalt außerhalb des eigentlichen Vertragsgegenstandes zu Hinweisen verpflichtet sein (hier: 2-Wochen-Frist für schriftliches Weiterbeschäftigungsverlangen gem. § 33 Abs. 3 TVöD).

24. Prozesskostenhilfe für Rechtsmittel: BAG, 23.4.2018 – 9 AZB 5/18 (u.a. NJW 2018, 2433; NZA 2018, 1021)

Die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für ein Rechtsmittel setzt grundsätzlich voraus, dass dieses begründet wird.
Das BAG macht in seiner Entscheidung deutlich, dass einer Partei, die auf Kosten der Allgemeinheit prozessiert, zugemutet werden muss, zulässige Maßnahmen erst dann vorzunehmen, wenn diese im Einzelfall wirklich notwendig werden.

25. Rückzahlung Sonderzuwendung: BAG, 27.6.2018 – 10 AZR 290/17 (u.a. NZA 2018, 1344; ZIP 2018, 1943)

Die Zahlung einer jährlichen tarifvertraglichen Sonderzahlung kann vom Bestand des Arbeitsverhältnisses zu einem bestimmten Stichtag außerhalb des Bezugszeitraums im Folgejahr abhängig gemacht werden.
Die Gestaltungsspielräume der Tarifvertragsparteien bei Rückzahlungs- oder Stichtagsvereinbarungen sind mangels Anwendbarkeit der Angemessenheitskontrolle der §§ 305 ff. BGB weitgehender als diejenigen der Arbeitsvertragsparteien bei Formulararbeitsverträgen.

26. Karenzentschädigung: BAG, 31.1.2018 – 10 AZR 392/17 (u.a. NZA 2018, 578; RdA 2018, 311)

Der Arbeitnehmer kann vom nachvertraglichen Wettbewerbsverbot mit Wirkung für die Zukunft zurücktreten, wenn der Arbeitgeber die vereinbarte Karenzentschädigung nicht zahlt.
Der Senat verdeutlicht, dass die Rücktrittsvorschriften der §§ 323 ff. BGB nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf das nachvertragliche Wettbewerbsverbot Anwendung finden und insbesondere § 314 BGB dem nicht entgegensteht.

27. Homeoffice: LAG Berlin-Brandenburg, 18.12.2018 – 17 Sa 562/18 (Entscheidungsbegr. derzeit noch n.v., Pressemitteilung 23/18)

Es stellt keine Arbeitsverweigerung dar, wenn der Arbeitnehmer einer Anordnung, im Homeoffice tätig zu werden, keine Folge leistet.
Arbeiten im Homeoffice oder Telearbeit können gegenüber dem Arbeitnehmer nicht einseitig im Wege des Direktionsrechts angeordnet werden; wechselseitig steht dem Arbeitnehmer grundsätzlich auch kein Recht zur Arbeitsleistung im Homeoffice zu.

28. Urlaubstage: BAG, 23.1.2018, 9 AZR 200/17 (u.a. NZA 2018, 653; NJW 2018, 1899)

Bruchteile von Urlaubstagen, die weniger als einen halben Tag betragen, sind weder auf- noch abzurunden.
Bruchteile von Urlaubstagen, die mindestens einen halben Tag ergeben, sind gem. § 5 Abs. 2 BUrlG auf volle Urlaubstage aufzurunden. Das Schicksal von kleineren Bruchteilen von Urlaubstagen hat das BAG mit dem vorliegenden Urteil geklärt.

29. Konzernbetriebsrat: BAG, 23.5.2018 – 7 ABR 60/16 (u.a. NZA 2018, 1562; ZIP 2018, 1993)

Die Bildung eines Konzernbetriebsrats setzt voraus, dass das herrschende Unternehmen seinen Sitz im Inland hat oder wenigstens eine Teilkonzernspitze im Inland besteht.
Das BAG macht mit der Entscheidung deutlich, dass es trotz verschiedentlicher Kritik an seiner Auffassung weiter festhalten wird.

30. Mindestlohnwirksamkeit von Zuschlägen: BAG, 17.1.2018 – 5 AZR 69/17 (u.a. NZA 2018, 781; NJW 2018, 2586)

Sonn- und Feiertagszuschläge, auf die der Arbeitnehmer einen Anspruch hat, sind grundsätzlich mindestlohnwirksam.
Das BAG bestätigt seine bisherige Rechtsprechung, die insbesondere darauf fußt, dass der Mindestlohn ein auskömmliches Lohnniveau sichern soll und Sonderzahlungen daher grundsätzlich mindestlohnwirksam sind.

31. Anhörung bei Verdachtskündigung I: LAG Schleswig-Holstein – 21.3.2018, 3 Sa 398/17 (u.a. ArbRAktuell 2018, 346; BeckRS 2018, 5369)

Die Anhörungsfrist von zwei vollen Arbeitstagen (hier: Freitag und Montag) ist für die im Rahmen der Verdachtskündigung erforderliche Anhörung und Gelegenheit des Arbeitnehmers zur Stellungnahme nicht ausreichend.
Die erkennende Kammer legt einen strengen Maßstab an das Wirksamkeitserfordernis „Anhörung des Arbeitnehmers“ bei Verdachtskündigung zugrunde.

32. Elternzeit bei Sozialplanabfindung: BAG, 15.5.2018 – 1 AZR 20/17 (u.a. NZA 2018, 1198; BeckRS 2018, 19748)

Ein Sozialplan, der für die Abfindungsberechnung auf das Gehalt in einem einzigen Referenzmonat abstellt, muss bei Arbeitnehmern in Elternzeit dasjenige Gehalt berücksichtigen, dass diese ohne Berücksichtigung der Elternzeit erzielt hätten.
Um Arbeitnehmer in Elternzeit nicht zu diskriminieren, ist auf das „reguläre“ Gehalt ohne Elternzeit abzustellen.

33. Widerspruchsrecht und Verzicht: LAG Niedersachsen – 5.2.2018, 8 Sa 831/17 (u.a. NZA-RR 2018, 411; ZIP 2018, 2088, n. rkr.)

Der Verzicht auf das Widerspruchsrecht beim Betriebsübergang setzt keine ordnungsgemäße Unterrichtung voraus.
Die Entscheidung, deren Revision vor dem BAG anhängig ist, steht im Widerspruch zu anderen landesarbeitsgerichtlichen Entscheidungen. Eine höchstrichterliche Klärung fehlt bislang.

34. Arbeitsschutzwidriger Arbeitsplatz: BAG, 28.6.2018 – 2 AZR 436/17 (u.a. NZA 2018, 1259; BeckRS 2018, 20832)

Der Umstand, dass ein Arbeitsplatz den Arbeitsschutznormen nicht vollumfänglich entspricht, rechtfertigt keine Zurückhaltung der Arbeitskraft, wenn es sich um geringfügige oder kurzzeitige Verstöße handelt.
Mit der Entscheidung macht das BAG deutlich, dass der Arbeitnehmer sich in die Gefahr einer mit einer außerordentlich fristlosen Kündigung zu sanktionierenden Arbeitsverweigerung begibt, wenn er seine Arbeit unter Verweis auf (geringe) Arbeitsschutzverstöße verweigert.

35. Beschäftigungsverhältnis und Freistellung: BSG, 30.8.2018 – B 11 AL 15/17 R (u.a. BeckRS 2018, 31014)

Auch während einer unwiderruflichen Freistellung bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses liegt ein sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis vor. Die hierin erdienten Gehälter sind für die Höhe des Arbeitslosengelds relevant.
Das BSG macht deutlich, dass die Vereinbarung einer unwiderruflichen Freistellung keine sozialversicherungsrechtlichen Nachteile für den Arbeitnehmer nach sich zieht.

36. Abfindung und Arbeitslosengeld: BSG, 30.8.2018 – B 11 AL 16/17 R (u.a. BeckRS 2018, 31086)

Ist das Arbeitsverhältnis dauerhaft ordentlich unkündbar, gilt eine fiktive Kündigungsfrist von 18 Monaten für

die Frage des Ruhens des Arbeitslosengelds wegen Gewährung einer Entlassungsentschädigung.
Die Entscheidung gibt für Abfindungszahlungen in Fällen ordentlich unkündbarer Arbeitnehmer Gestaltungshinweise.

37. Anhörung bei Verdachtskündigung II: BAG, 25.4.2018 – 2 AZR 611/17 (u.a. NZA 2018, 1405; DB 2018, 2440)

Der Arbeitnehmer muss aufgrund der Anhörung in der Lage sein, bestimmte, zeitlich und räumlich eingegrenzte Tatsachen bestreiten oder ihn entlastende Umstände aufzeigen zu können.
Das BAG betont, dass auch beim Arbeitnehmer bereits vorliegendes Wissen zu berücksichtigen ist und demnach auch Informationen aus vorherigen Gesprächen oder anderweitig erhaltene Informationen für die Konkretisierung der Anhörung maßgeblich sind.

38. Kündigung wg. Pfandflaschensammeln: BAG, 23.8.2018 – 2 AZR 235/18 (u.a. BeckRS 2018, 28019)

Das wiederholte verbotswidrige Sammeln von Pfandflaschen einer Reinigungskraft während der Arbeitszeit trotz vorheriger Abmahnungen rechtfertigt auch bei 26jähriger Betriebszugehörigkeit eine außerordentlich fristlose Kündigung.
Die Entscheidung betont, dass nicht das Vermögensdelikt, sondern der wiederholte und abgemahnte Verstoß gegen eine Arbeitsanweisung die Kündigung begründet.

39. Fahrt zur Arbeitsstelle: BAG, 25.4.2018 – 5 AZR 424/17 (u.a. NZA 2018, 1211; DStR 2018, 2158)

Die Fahrt zur auswärtigen Arbeitsstelle ist – gleich ob der Fahrtantritt vom Betrieb des Arbeitgebers oder der Wohnung des Arbeitnehmers erfolgen – vergütungspflichtige Arbeitszeit.
Die Entscheidung betont zudem, dass abweichende Regelungen zulässig sind, wenn bei einer gesamten Betrachtung der gesetzliche Mindestlohn nicht unterschritten wird.

40. Nachträgliche Klagzulassung: BAG, 25.4.2018 – 2 AZR 493/17 (u.a. NZA 2018, 1157; NJW 2018, 2916)

Ist der Arbeitnehmer mehr als sechs Wochen und damit nicht nur vorübergehend im Ausland, muss er sicherstellen, dass er zeitnah von Kündigungsschreiben Kenntnis erlangt, die in seinem inländischen Hausbriefkasten eingeworfen werden.
Das BAG stellt heraus, dass für die nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage gem. § 5 Abs. 1 S. 1 KSchG ausschlaggebend ist, ob der Arbeitnehmer dauerhaft oder nur vorübergehend im Ausland weilt.

41. Kündigungsschutzantrag bei Folgekündigung: BAG, 24.5.2018 – 2 AZR 67/18 (NZA 2018, 1127; BeckRS 2018, 18682)

Der klagende Arbeitnehmer kann während eines Kündigungsschutzprozesses eine weitere Kündigung auch nach Ablauf der Drei-Wochen-Frist noch wirksam angreifen.
Auch ein punktueller Kündigungsschutzantrag ist so auszulegen, dass der Arbeitnehmer sich auch gegen weitere Kündigungen wenden möchte. Er muss hierfür allerdings bis zum Schluss der mündlichen Verhandlungen eine weitere Kündigung ausdrücklich angreifen.

42. Gewerkschaftliche Betätigung: LAG Köln, 24.8.2018 – 9 TaBV 7/18 (u.a. NZA-RR 2018, 659; BeckRS 2018, 25695)

Dem Betriebsrat steht kein Beteiligungsrecht gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG bei gewerkschaftlicher Betätigung (hier: Aufbau eines Informationsstands) im Betrieb zu.
Unentschieden – bislang auch höchstrichterlich – bleibt, ob ein Beteiligungsrecht des Betriebsrats dann besteht, wenn der Arbeitgeber der Gewerkschaft weitergehende Betätigungsmöglichkeiten einräumt.

43. Befristung wg. Eigenart Arbeitsleistung: BAG, 24.10.2018 – 7 AZR 92/17 (u.a. BeckRS 2018, 32922)

Bei der Abwägung des Arbeitnehmerinteresses an Entfristung mit dem Beendigungsinteresse des Arbeitgebers bei einer programmgestaltenden Tätigkeit des Arbeitnehmers kann eine vorherige mehrjährige Tätigkeit als freier Mitarbeiter ein Indiz für das fehlende Bedürfnis nach personellem Wechsel darstellen.
Das BAG macht deutlich, dass auch bei programmgestaltenden Mitarbeitern, deren Befristung aufgrund Eigenart der Arbeitsleistung gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 TzBfG möglich ist, dennoch im Einzelfall eine sorgfältige Interessenabwägung erfolgen muss.

44. Wiedereinstellungsanspruch: BAG, 19.10.2018 – 8 AZR 845/15 (u.a. NZA 2018, 436; NZA-RR 2018, 242)

In Kleinbetrieben sind die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum Wiedereinstellungsanspruch nicht anwendbar.
Die zu einer betriebsbedingten Kündigung entschiedene Frage dürfte auch auf personenbedingte Kündigungen übertragbar sein.

45. Streik bei Beamten: BVerfG, 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12, 2 BvR 1395/132, 2 BvR 1068/14 und 2 BvR 646/15 (u.a. NJW 2018, 2695; EuZW 2018, 637)

Streiks durch Beamte sind nicht erlaubt.

Das BVerfG macht zwar deutlich, dass der Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 3 GG zwar auch Beamte umfasst, das Streikverbot für diese allerdings als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums vom Gesetzgeber zu beachten ist.

46. Amtsärztliche Untersuchung: BAG, 25.1.2018 – 2 AZR 382/17 (u.a. NZA 2018, 845; NJW-Spezial 2018, 436)

Die Verweigerung einer einzel- oder tarifvertraglich verpflichtenden amtsärztlichen Untersuchung kann eine außerordentlich fristlose Kündigung rechtfertigen.
Die Entscheidung ist insbesondere für den öffentlichen Dienst relevant, da TVöD und TV-L eine Pflicht zur Mitwirkung an einer amtsärztlichen Untersuchung bei Zweifeln an der gesundheitlichen Eignung vorsehen.

47. Arbeitnehmerbürgschaft: BGH, 11.9.2018 – XI ZR 380/16 (u.a. NJW 2018, 3637; ZIP 2018, 2162)

Eine Arbeitnehmerbürgschaft ohne Gegenleistung des Arbeitgebers ist nicht per se sittenwidrig.
Der BGH klärt einen in der Literatur schwelenden Streit und begründet seine Entscheidung u.a. damit, dass die Übernahme einer Arbeitnehmerbürgschaft für einen gut verdienenden, leitenden Angestellten, ein hinnehmbares Risiko darstelle, das sich bei wirtschaftlicher Gesundung seines Arbeitgebers für ihn auszahlen könne.

48. Vorenthalten von Arbeitsentgelt: BGH, 24.1.2018 – 1 StR 331/17 (u.a. NStZ-RR 2018, 180; DStR 2018, 1623)

Im Rahmen von § 266a StGB muss sich der Vorsatz nur auf die statusbegründenden tatsächlichen Voraussetzungen der Eigenschaft als Arbeitgeber und Arbeitnehmer erstrecken.
Der BGH kündigt einen Rechtsprechungswechsel dahingehend an, wonach er künftig Fehlvorstellungen über die Arbeitgebereigenschaft in § 266a StGB und die daraus folgende Abführungspflicht insgesamt als (vorsatzausschließenden) Tatbestandsirrtum behandeln wird.

49. Zustimmungsersetzungsverfahren: BAG, 25.4.2018 – 2 AZR 401/17 (u.a. NJW 2018, 2659; NZA 2018, 1087)

Die Bindungswirkung des § 103 Abs. 2 BetrVG des Zustimmungsersetzungsverfahren zur Kündigung eines Betriebsratsmitglieds erstreckt sich im späteren Kündigungsschutzprozess auch auf die Wahrung der Kündigungserklärungsfrist zur Einleitung des Beschlussverfahrens.
Das BAG macht deutlich, dass sich der gekündigte Funktionsträger im späteren Kündigungsschutzverfahren nur auf solche Einwände berufen kann, die nicht bereits Gegenstand des Beschlussverfahrens waren.

50. Konzernbetriebsrat und Freistellung: BAG, 23.5.2018 – 7 ABR 14/17 (u.a. NZA 2018, 1281; ZIP 2018, 2044)

Eine vollständige Arbeitsfreistellung ist auch alleine für eine Konzernbetriebsratstätigkeit möglich.
Mit der Aussage, wonach auch der Konzernbetriebsrat im Rahmen der Erforderlichkeit pauschale Freistellungen geltend machen kann, wird ein in der Literatur schon seit einiger Zeit schwelender Streit zugunsten der vorherrschenden Auffassung entschieden.

RA FA ArbR Prof. Dr. Michael Fuhlrott
Der Autor ist Professor für Arbeitsrecht an der HS Fresenius, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht und als Partner von Fuhlrott Hiéramente & von der Meden Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB in Hamburg tätig.
www.fhm-law.de

Die AE-App ist da!

Elektronische Version der AE

Ab sofort steht allen Mitgliedern der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV kostenfrei eine hilfreiche und leistungsfähige App im Rahmen der „Anwaltverlag Bibliothek“ zur Verfügung.

Die elektronische Variante der AE umfasst – neben den aktuellen Heften des laufenden Jahres – auch ein **Heftarchiv ab dem Jahrgang 2018**. Ab sofort haben Sie die AE immer dabei und überall im Zugriff. Die digitale Ausgabe können Sie sich in der AE-App bereits vor Erscheinen der aktuellen Print-Ausgabe anschauen. Doch das reine Aufrufen und Lesen der AE wäre zu wenig…

Der besondere Zusatznutzen der App

Diese Möglichkeiten gibt es außerdem:

- **Suchfunktion**, leistungsfähig und intelligent, hilft Ihnen dabei, über alle Ausgaben der AE (ab Heft 01/2018) sofort das zu finden, was Sie suchen. Die Möglichkeit
- **Lesezeichen** zu setzen und interessante Textstellen zu markieren, mit eigenen
- **Notizen** zu versehen und sogar
- **Foto- und Audiobotschaften** anzuhängen, rundet den Funktionsumfang ab.

Ihre AE-App – für Tablet, Smartphone und PC

Die App gibt es sowohl für mobile Endgeräte wie Tablets und Smartphones (iOS und Android) als auch für Ihren PC. So lesen Sie die AE nicht nur **unterwegs**, sondern arbeiten auch **an Ihrem Kanzlei-Computer** mit den Inhalten.

Benutzerhinweise

Die Inhalte der AE sind ab sofort mit Ihren persönlichen Login-Daten aufrufbar. Die App-Nutzung ist kostenfrei im Rahmen Ihrer Mitgliedschaft in der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht. Ab Heft 1/2019 finden Sie Ihre persönlichen Zugangsdaten auf dem Adressaufkleber auf dem Heftcover der AE.

Weitere Informationen sowie die Links zu den Apps für PC, Smartphone und Tablet finden Sie unter:

www.anwaltverlag.de/app

Aus den Annalen der AG

Liste der AE Einsender 2002

Erste „Rennliste“

AE kann Ihr Informationsziel nur erreichen, wenn möglichst viele Entscheidungen aus der Mitgliedschaft der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV kommen. Wir werden daher künftig mit Dank und Lob diejenigen erwähnen, die sich um die AE besonders verdient gemacht haben.

Einsender mit mehr als 30 Entscheidungen

Gross	Roland	Leipzig	Mansholt	Werner	Darmstadt

Einsender mit mehr als 20 Entscheidungen

Tschöpe, Dr.	Ulrich	Gütersloh	Zeißig, Dr.	Rolf	Berlin

Einsender mit mehr als 10 Entscheidungen

Neef, Dr.	Klaus	Hannover	Bauer	Dietmar	Wiehl
Kelber, Dr.	Markus	Berlin	Berrisch	Hannjörg	Gießen
Puhr-Westerheide	Christian	Duisburg	Weber	Axel	Frankfurt a.M.

Einsender mit 5-9 Entscheidungen

Schmalenberg, Dr.	Werner	Bremen	Crämer	Eckart	Dortmund
Brötzmann, Dr.	Ulrich	Mainz	Gehrmann	Dietrich	Aachen
Faecks	Friedhelm	Marburg	Kern	Jan H.	Hamburg
Behrens	Walter	Hamburg	Kunzmann, Dr.	Walter	Euskirchen
Hennige, Dr.	Susanne	Gütersloh	Schulz	Georg R.	München
Hiligus	Kurt-Jörg	Neustadt i. Holst.	Thieme	Hans	Frankfurt
Schaefer	Rolf	Hannover	Eckert, Dr.	Helmut	Offenbach
Theissen-Graf Schweinitz	Ingo	Hagen	Hertwig, Dr.	Volker	Bremen
Zirnbauer	Ulrich	Nürnberg	Jung	Nikolaus	Oberursel
Böse	Rainer	Essen	Meier, Dr.	Hans-Georg	Berlin
			Richter	Klaus	Bremen
			Rütte	Klemens	Hamm
			Schrader, Dr.	Peter	Hannover

AE 2002
(*abgedruckt mit freundlicher Genehmigung des Verlags C.F.Müller, Heidelberg*)

Letzte „Rennliste“

AE kann ihr Informationsziel nur erreichen, wenn möglichst viele Entscheidungen aus der Mitgliedschaft der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV kommen. Wir nennen daher hier regelmäßig mit Dank und Lob diejenigen, die sich um die AE besonders verdient gemacht haben.

Einsender mit mehr als 40 Entscheidungen

Bauer	Bertram	Ansbach	Koch, Dr.	Friedemann	Berlin
Berrisch	Hansjörg	Gießen	Mansholt	Werner	Darmstadt
Brötzmann, Dr.	Ulrich	Mainz	Müller	Steffen	Iserlohn
Graumann	Ingo	Iserlohn	Pauly, Dr.	Stephan	Bonn
Gross	Roland	Leipzig	Puhr-Westerheide	Christian	Duisburg
Gussen, Prof. Dr.	Heinz	Rheda-Wiedenbrück	Schrader, Dr.	Peter	Hannover
Höser, Dr.	Jürgen	Frechen	Weberling, Prof. Dr.	Johannes	Berlin

Einsender mit mehr als 20 Entscheidungen

Banse, Dr.	Thomas	Düren	Müller-Knapp	Klaus	Hamburg
Faecks	Friedhelm	Marburg	Neef, Prof. Dr.	Klaus	Hannover
Franzen	Klaus-Dieter	Bremen	Peter	Michael	Bad Honnef
Heinemann	Bernd	Sankt Augustin	Rütte	Klemens	Hamm
Hilligus	Kurt-Jörg	Neustadt i. Holst.	Schaefer	Rolf	Hannover
			Schmitt	Jürgen	Stuttgart
Kelber, Dr.	Markus	Berlin	Seidemann, Dr.	Gisbert	Berlin
Krügermeyer-Kalthoff	Rolf	Köln	Tschöpe, Dr.	Ulrich	Gütersloh
Link	Jochen	Villingen	Zahn	Thomas	Berlin
Lodzik	Michael	Darmstadt	Zeißig, Dr.	Rolf	Berlin

Einsender mit mehr als 10 Entscheidungen

Bauer	Dietmar	Wiehl	Jung	Nikolaus	Oberursel
Behrens	Walter	Hamburg	Keller	Thomas	München
Chaudry	Ijaz	Frankfurt/M.	Kistner	Heinz	Hannover
Clausen	Dirk	Nürnberg	Krutzki	Gottfried	Frankfurt a.M.
Clemenz Dr.	Susanne	Gütersloh	Lampe, Dr.	Christian	Berlin
Cornelius	Astrid	Darmstadt	Matyssek	Rüdiger	Ratingen
Dribusch	Bernhard	Detmold	Müller-Wiechards	Wolfram	Lübeck
Geus	Franz	Schweinfurth	Schäder Dr.	Gerhard	München
Goergens	Dorothea	Hamburg	Schmalenberg, Dr.	Werner	Bremen
Gosda	Ralf	Ahlen	Schneider-Bodien	Marcus	Düsseldorf
Gravenhorst, Dr.	Wulf	Düsseldorf	Schramm	Joachim	Lübbecke
Greinert	Jaqueline	Kassel	Schulz, Dr.	Georg R.	München
Hertwig, Dr.	Volker	Bremen	Sparla	Franz	Aachen
Hesse, Dr.	Walter	Berlin	Straub, Dr.	Dieter	München
Hjort	Jens	Hamburg	Thiele	Volker	Düren
			Weber	Axel	Frankfurt/M.

Einsender mit 5 – 9 Entscheidungen

Becker, Dr.	Gunnar	Berlin	Matissek	Reinhard	Kaiserslautern
Beckmann	Paul-Werner	Herford	Pfeiffer	Gerd	Hagen
Böse	Rainer	Essen	Pouyadou, Dr.	Richard M.	Augsburg
Brammertz, Dr.	Dieter	Aachen	Preßer	Wolfgang	Neunkirchen
Crämer	Eckart	Dortmund	Pütter, Dr.	Albrecht	Flensburg
Daniels	Wolfgang	Berlin	Richter	Klaus	Bremen
Eckert, Dr.	Helmut	Offenbach	Richter, Dr.	Hanns-Uwe	Heidelberg
Fischer	Ulrich	Frankfurt/Main	Riemer, Dr.	Martin	Brühl
Fromlowitz	Horst	Essen	Schäfer	Dieter	Essen
Gehrmann	Dietrich	Aachen	Schipp, Dr.	Johannes	Gütersloh
Goergens	Dorothea	Hamburg	Schönfeld	Julia	Bremen
Grimm, Dr.	Detlev	Köln	Striegel	Bernhard	Kassel
Heimann	Marko	Cham	Struckhoff	Michael H.	München
Herbert, Dr.	Ulrich	Coburg	Sturm	Joachim	Bottrop
Howald, Dr.	Bert	Stuttgart	Theissen-Graf Schweinitz	Ingo	Hagen
Karle	Gerd	Balingen	Thieme	Hans	Frankfurt/M.
Kern	Jan H.	Hamburg	Thon	Horst	Offenbach
Keunecke	Carsten	Frechen	Vrana-Zentgraf	Silke	Darmstadt
Krafft	Alexander	Öhringen	Wolf	Dr. Thomas	Büdingen
Kroll	Matthias W.	Hamburg	Zerfowski	Michael	Karlsruhe
Kühn	Stefan	Karlsruhe	Zirnbauer	Ulrich	Nürnberg
Kunzmann, Dr.	Walter	Euskirchen			

Inhaltsverzeichnis der Entscheidungen

Zusammengestellt von RAin FAin ArbR Dr. Julia Schweitzer

Seite

Allgemeines Vertragsrecht

1. Altersdiskriminierung im Bewerbungsverfahren 27
2. Keine Erhöhung von Urlaubsabgeltungsansprüchen durch fristlose Kündigung 30
3. Voraussetzungen des Anspruchs auf behinderungsgerechte bzw. leidensgerechte Beschäftigung, Schadensersatz 31
4. Zum Begriff des Betriebsübernehmers, Betriebsübergang 31

Bestandsschutz

5. Außerordentliche Kündigung – Schadensersatzansprüche 31
6. Kündigung – Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung 32
7. BEM bei krankheitsbedingter Kündigung 33
8. Kündigung – Massenentlassungsanzeige 34

Betriebsverfassungsrecht/ Personalvertretungsrecht

9. Betriebsratswahl, Bekanntmachung der Öffnung der Freiumschläge der Briefwähler 35
10. Mitbestimmung des Betriebsrats bei Twitter-Account der Arbeitgeberin 36

Tarifrecht

11. Einstweilige Verfügung gegen Streik – Tarifsozialplan – Verhältnismäßigkeit 38
12. Vergütung für nicht dienstplanmäßige Arbeit an gesetzlichen Wochenfeiertagen bei Gewährung von Freizeitausgleich – Tarifauslegung 38

Seite

Prozessuales

13. Konkurrentenklage – Rechtsweg 40
14. Rechtsweg – Entschädigungsklage nach AGG – Sic-non-Fall 41
15. Zulässigkeit der Berufung – Unterzeichnung der Berufungsbegründung – Fortführung einer unzulässigen Revision als zulässige Anschlussrevision 41
16. Sofortige Beschwerde, Unzulässigkeit des Zivilrechtsweges bei unerlaubten Handlungen, die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen 43

Sonstiges

17. Wiedereinstellung eines nach § 6c Abs. 1 Satz 1 SGB II übergegangenen Arbeitnehmers 43

Streitwert und Gebühren

18. Zum Streitwert bei mehreren Abmahnungen 47
19. Streitwert, Mehrvergleich eines Verwaltungsverfahrens 48
20. Gegenstandswertbeschwerde, Zustimmungsersetzung, Einstellung 48
21. Gegenstandswertbeschwerde, Zustimmungsersetzung, Ein- und Umgruppierung, eigenständiges, nicht vermögensrechtliches Verfahren 48
22. Streitwert, Kündigungsschutzklage gegen Veräußerer und Feststellungsklage gegen Erwerber 48
23. AGB-Kontrolle – Verfallklauseln in Arbeitsverträgen 49

Allgemeines Vertragsrecht

1. Altersdiskriminierung im Bewerbungsverfahren

Leitsatz

Der Arbeitgeber, für den eine zulässige tarifliche Altersgrenzenregelung (hier: § 33 Abs. 1a TVöD) gilt, verstößt gegen das Verbot der Altersdiskriminierung nach § 7 Abs. 1 AGG, § 1 AGG, wenn er die Bewerbung eines Altersrentners um eine ausgeschriebene Stelle unter Hinweis auf dessen Rentnerstatus bereits im Bewerbungsverfahren zurückweist. Die mit der Altersgrenze verbundene unmittelbare Benachteiligung des Bewerbers wegen des Alters ist nicht durch § 10 Satz 3 Nr. 5 AGG gerechtfertigt.

Tatbestand

Der im Jahr 1946 geborene Kläger macht mit seiner (…) Klage einen Entschädigungsanspruch gemäß § 15 AGG geltend.

Entscheidungsgründe

Die Berufung der Beklagten ist nur teilweise begründet, (…). Dem Kläger steht eine angemessene Entschädigungszahlung nach § 15 Abs. 2 AGG zu, weil die Beklagte ihn im Bewerbungsverfahren wegen seines Alters benachteiligt hat. (…) Der Kläger kann als angemessene Entschädigungszahlung gem. § 15 Abs. 2 AGG lediglich ein Monatsentgelt verlangen. (…).

1. Voraussetzung für einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG ist ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG. § 15 Abs. 2 AGG enthält nur eine Rechtsfolgenregelung; für die Anspruchsvoraussetzungen ist auf § 15 Abs. 1 AGG zurückzugreifen (BAG v. 24.1.2013 – 8 AZR 4 29/11, Rn 30 m.w.N.).

2. Nach § 7 Abs. 1 Halbs. 1 AGG dürfen Beschäftigte nicht wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt werden. Hierzu zählt auch das Lebensalter. Das Benachteiligungsverbot bezieht sich auf unmittelbare und mittelbare Benachteiligungen. Eine unmittelbare Benachteiligung liegt nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde, wobei in den Fällen, in denen es keine Vergleichspersonen gibt, auch eine hypothetische Betrachtung infrage kommt (BAG v. 11.8.2016 – 8 AZR 406/14, Rn 97; BAG v. 20.6.2013 – 8 AZR 482/12, Rn 34).

a) Der Kläger ist als Bewerber „Beschäftigter“ im Sinne des AGG. Insoweit ist die gesetzliche Fiktion des § 6 Abs. 1 Satz 2, 1. Alt. AGG maßgeblich, wonach als Beschäftigte auch Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis gelten. Zutreffende Anspruchsgegnerin ist die Beklagte, da sie i.S.d. § 6 Abs. 2 Satz 1 AGG Arbeitgeberin ist. Aufgrund der gesetzlichen Fiktion des „Beschäftigten“ ist derjenige, der um Bewerbungen für ein von ihm angestrebtes Beschäftigungsverhältnis bittet (BAG v. 19.8.2010 – 8 AZR 370/09, Rn 19) Arbeitgeber. Diese Voraussetzungen sind hier aufgrund der unstreitig von der Beklagten geschalteten Stellenanzeige gegeben.

b) § 22 AGG trifft hinsichtlich des Ursachenzusammenhangs zwischen Nachteil und durch § 1 AGG verbotenem Anknüpfungsmerkmal eine Beweislastregelung, die sich zugleich auf die Darlegungslast auswirkt. Nach § 22 Halbs. 1 AGG genügt eine Person, die sich wegen eines der in § 1 AGG genannten Gründe für benachteiligt hält, ihrer Darlegungslast, wenn sie Indizien vorträgt und gegebenenfalls beweist, die diese Benachteiligung vermuten lassen. Für die Vermutungswirkung des § 22 AGG ist es ausreichend, dass ein in § 1 AGG genannter Grund „Bestandteil eines Motivbündels“ ist, das die Entscheidung beeinflusst hat. Eine bloße Mitursächlichkeit genügt. Auf ein schuldhaftes Handeln oder gar eine Benachteiligungsabsicht kommt es nicht an (BAG v. 23.7.2015 – 6 AZR 457/14, Rn 25 m.w.N.).

c) Gemessen hieran ist eine unmittelbare Benachteiligung des Klägers wegen seines Lebensalters und damit wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zu vermuten.

aa) Wird ein Arbeitnehmer wegen des Bezugs einer Altersrente weniger günstig behandelt als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation, liegt eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Lebensalters i.S.d. § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG vor.

bb) Das Absageschreiben der Beklagten (…) führt als Grund an, dass bei der Beklagten keine Rentner eingestellt werden dürften. Unstreitig waren damit auch Altersrentner gemeint. Damit ist das Lebensalter des Klägers in Bezug genommen, denn die Beanspruchung der gesetzlichen Altersrente setzt nach den §§ 35 ff. SGB VI bei jedem Tatbestand ein Mindestalter voraus. Der Bezug einer Altersrente ist daher untrennbar mit dem Alter verbunden (BAG v. 23.7.2015 – 6 AZR 657/14, Rn 33). Damit hat das verpönte Merkmal die Entscheidung wesentlich beeinflusst.

d) Das Vorliegen einer vergleichbaren Situation i.S.d. § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG setzt nicht voraus, dass der Kläger objektiv für die ausgeschriebene Stelle geeignet

war (BAG v. 11.8.2016 – 8 AZR 406/14, Rn 88 ff.). Dass der Kläger objektiv für die ausgeschriebene Stelle geeignet war, ist im Übrigen vorliegend zwischen den Parteien nicht streitig. Eine unmittelbare Benachteiligung des Klägers scheitert auch nicht allein daran, dass die Beklagte auf die ausgeschriebene Stelle – nach dem von der Beklagten nicht bestrittenen Vortrag des Klägers – letztlich niemanden eingestellt hat, denn die ungünstigere Behandlung liegt bereits in der Versagung einer Chance. Der Bewerber hat einen Anspruch auf ein diskriminierungsfreies Bewerbungsverfahren, der unabhängig von dessen Ausgang besteht. Selbst wenn der Bewerber auch bei diskriminierungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre, ist nämlich ein Entschädigungsanspruch nicht ausgeschlossen, wie sich aus § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG ergibt (BAG v. 11.8.2016 – 8 AZR 406/14, Rn 91 m.z.w.N.; BAG v. 23.8.2012 – 8 AZR 285/11, Rn 22 f.).

3. Die Beklagte hat nicht i.S.d. § 22 AGG bewiesen, dass entgegen dieser Vermutung kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.

a) Besteht eine Benachteiligungsvermutung, trägt die andere Partei die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt worden ist. Auch hierfür gilt § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO, allerdings mit dem Beweismaß des so genannten Vollbeweises (BAG v. 26.6.2014 – 8 AZR 547/13, Rn 40). Bei einer wegen des Alters vermuteten Benachteiligung ist die Darlegung und ggf. der Beweis von Tatsachen erforderlich, aus denen sich ergibt, dass es ausschließlich andere Gründe waren als das Alter, die zu der weniger günstigen Behandlung geführt haben, und dass in dem Motivbündel das Alter keine Rolle gespielt hat (BAG v. 23.8.2012 – 8 AZR 285/11, Rn 34).

b) Die zu vermutende unterschiedliche Behandlung des Klägers wegen des Alters ist nicht nach § 10 AGG zulässig.

aa) § 10 Satz 1 AGG gestattet die unterschiedliche Behandlung wegen des Alters, wenn diese objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Nach § 10 Satz 2 AGG müssen die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sein. Die Rechtfertigungsgründe werden in § 10 Satz 1 und Satz 2 AGG zunächst in Form einer Generalklausel umschrieben. § 10 Satz 3 AGG zählt dann, wie sich aus dem Wort „insbesondere“ ergibt, Beispielsfälle auf, ohne dass es sich um einen abschließenden Katalog handelt.

(1) § 10 Satz 1 AGG definiert nicht, was unter einem legitimen Ziel zu verstehen ist. Für die Konkretisierung des Begriffs des legitimen Ziels ist deshalb auf Art. 6 Abs. 1 und Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG zurückzugreifen. Legitime Ziele i.S.v. Art. 6 Abs. 1 und Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG, d.h. Ziele, die als geeignet angesehen werden können, eine Ausnahme vom Grundsatz des Verbots von Diskriminierungen aus Gründen des Alters zu rechtfertigen, sind, obgleich die in Art. 6 Abs. 1 und Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG enthaltene Aufzählung nicht erschöpfend ist, wegen der als Beispiele genannten Bereiche Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung nur solche, die mit der Beschäftigungspolitik, dem Arbeitsmarkt und der beruflichen Bildung im Zusammenhang stehen, und damit nur rechtmäßige Ziele aus dem Bereich „Sozialpolitik“. Ein unabhängig von Allgemeininteressen verfolgtes Ziel eines Arbeitgebers kann eine Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen. Nach § 10 Satz 1 AGG reicht es – ebenso wie nach Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG – für die Rechtfertigung einer unmittelbaren Benachteiligung wegen des Alters nicht aus, dass der Arbeitgeber mit der unterschiedlichen Behandlung ein legitimes Ziel i.S.v. § 10 Satz 1 AGG verfolgt; hinzukommen muss nach § 10 Satz 2 AGG, dass die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Beides ist im Hinblick auf das konkret angestrebte Ziel zu beurteilen. Dabei sind in unionsrechtskonformer Auslegung von § 10 Satz 2 AGG die Mittel nur dann angemessen und erforderlich, wenn sie es erlauben, dass mit der unterschiedlichen Behandlung verfolgte Ziel zu erreichen, ohne zu einer übermäßigen Beeinträchtigung der legitimen Interessen derjenigen Personen zu führen, die wegen ihres Alters benachteiligt werden und die Maßnahme nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung des angestrebten Ziels notwendig ist (BAG v. 11.8.2016 – 8 AZR 406/14, Rn 77 f. m.w.N. zur Rechtspr. des BAG und EuGH).

(2) Derjenige, der sich auf die Zulässigkeit einer unterschiedlichen Behandlung wegen des Alters nach § 10 Satz 1 AGG beruft, trägt die Darlegungs- und Beweislast bezüglich des Vorliegens eines legitimen Ziels im Sinne dieser Vorschrift (BAG v. 23.7.2015 – 6 AZR 457/14, Rn 37).

bb) Gemessen an diesen Anforderungen hat die Beklagte keine Rechtfertigung i.S.v. § 10 AGG dargelegt.

(1) Die Beklagte kann sich im Streitfall zur Rechtfertigung nicht auf die für sie aufgrund Tarifbindung geltende Altersgrenzenregelung des § 33 Abs. 1a TVöD (VKA) berufen.

(aa) Die Tarifvorschrift des § 33 Abs. 1a TVöD regelt lediglich die nach § 10 Abs. 3 Nr. 5 AGG zulässige (vgl. hierzu BAG v. 8.12.2010 – 7 AZR 438/09 m.z.w.N. und BAG v. 12.6.2013 – 7 AZR 917/11, Rn 35 m.w.N.) Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Sie hindert hingegen nicht die Einstellung von Altersrentnern. Erst recht

rechtfertigt diese Tarifvorschrift nicht, dass ein Bewerber – wie im Streitfall – überhaupt nicht in die Auswahl einbezogen, sondern vorab ausgeschieden wird.

(aaa) Der TVöD kennt keine Höchstaltersgrenzen für die Einstellung. Arbeitnehmer, die die Regelaltersgrenze vollendet haben, können eingestellt werden, auch wenn sie unmittelbar vorher nicht bei dem Arbeitgeber im Arbeitsverhältnis beschäftigt waren, mithin nicht unter die Regelung des § 33 Abs. 5 TVöD fallen (*Sponer/Steinherr/Günther*, TVöD-Kommentar, § 33 Rn 197). Dies führt entgegen der Auffassung der Beklagten nicht zur sofortigen Beendigung eines solchen neu begründeten Arbeitsverhältnisses nach § 33 Abs. 5 TVöD. Denn diese Tarifvorschrift erfasst nicht Arbeitsverhältnisse, die nach Erreichen der Regelaltersgrenze abgeschlossen werden.

(bbb) Zugunsten der Beklagten geht die Kammer davon aus, dass Arbeitgeber die Bewerbung eines Arbeitnehmers für ein Anschlussarbeitsverhältnis, dessen Arbeitsverhältnis aufgrund einer zulässigen tariflichen Altersgrenzenvereinbarung geendet hat, unter Hinweis auf dessen Alter ablehnen darf, weil andernfalls der Sinn der zulässigen tariflichen Altersgrenze konterkariert würde (so *Sponer/Steinherr*, TVöD-Kommentar, § 33 Rn 185; *Bauer/Krieger/Günther*, AGG/EntgeltTranspG, 5. Aufl. 2018, Rn 39; ErfKomm/*Schlachter*, 18. Aufl. 2018, AGG, § 10 Rn 12; LAG Köln v. 27.6.2012 – 9 SA 20/12, Rn 53; aA MüKo-BGB/*Thüsing*, 7. Aufl. 2015, AGG, § 10 Rn 36 und wohl auch *Clemens/Scheuring/Stein/Wiese*, TVöD-Kommentar, § 33 Rn 106). Dies mag zur Vermeidung von Ungleichbehandlungen auch für die Ablehnung der Einstellung von Altersrentnern gelten, die zuvor nicht in einem Beschäftigungsverhältnis zum Arbeitgeber standen (so *Bayreuther*, NJW 2012, 2758, 2759).

(ccc) Auch die neuere Rechtsprechung des EuGHs verlangt nicht, dass Altersgrenzen mit einer Weiterbeschäftigungsoption verbunden sein müssen bzw. der Arbeitgeber eine Bewerbung des aufgrund einer Altersgrenzenregelung ausgeschiedenen Arbeitnehmers nur aus sachlichen Gründen ablehnen darf, die sich nicht alleine in dem Alter des Arbeitnehmers erschöpfen dürfen (*Bayreuther*, NJW 2012, 2758, 2759 m.w.N.). So kommt es nach der Entscheidung Hörnfeldt (EuGH v. 5.7.2012 – C-141/11), anders als noch in der Entscheidung Rosenbladt (EuGH v. 12.10.2010 – C-45/09), für die Zulässigkeit einer Altersgrenzenregelung (im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung) nicht darauf an, dass der Arbeitnehmer gegen seinen vormaligen Arbeitgeber einen Anspruch auf Wiedereinstellung hat, ohne wegen seines Alters diskriminiert zu werden (vgl. *Däubler/Bertzbach/Brors*, AGG Kommentar, 4. Aufl. 2018, § 10 Rn 92). Bereits in der Entscheidung Age Concern (EuGH v. 5.3.2009 – C-388/07) hatte der EuGH zudem eine Bestimmung der (früheren) englischen Employment Equality (Age)Regulations, die dem Arbeitgeber erlaubten, Bewerbungen von Arbeitnehmern zurückzuweisen, die die Altersgrenze überschritten hatten oder demnächst überschreiten würden, für europarechtskonform gehalten (*Bayreuther*, NJW 2012, 2758, 2759). Dies spricht dafür, dass der Arbeitgeber, für den eine zulässige tarifliche Altersgrenzenregelung gilt, die Einstellung eines aufgrund dieser Altersgrenzenregelung ausgeschiedenen Bewerbers aus den mit ihr zulässigerweise verfolgten sozialpolitischen Zielen abweisen darf.

(bb) Im Streitfall geht es aber nicht um eine mit dem Alter begründete Ablehnung der Einstellung eines Altersrentners, sondern darum, dass dem Kläger eine Chance im Bewerbungsverfahren versagt wurde. Eine zulässige Altersgrenzenregelung rechtfertigt es nämlich nach Ansicht der Kammer jedenfalls nicht, Altersrentner von vorneherein nicht in die Auswahl einzubeziehen, sondern vorab auszuscheiden und ihnen damit – wie im Streitfall geschehen – die Chance zu versagen, den Arbeitgeber von ihrer Bewerbung zu überzeugen. Denn wie oben ausgeführt, hindert § 33 Abs. 1a TVöD grundsätzlich nicht die Einstellung von Altersrentnern. Denkbar ist schließlich, dass sich auf eine ausgeschriebene Stelle unter Umständen nur Altersrentner bewerben oder es überhaupt nur eine Bewerbung gibt. Die Ablehnung eines Altersrentners aus Gründen des Alters könnte dann nicht nach § 10 AGG gerechtfertigt werden. Selbst wenn nämlich der Arbeitgeber von einer Einstellung oder Beschäftigung eines anderen Bewerbers absieht, die Stelle also nach Beginn der eigentlichen Bewerberauswahl unbesetzt bleibt, stellt die Ablehnung einer Bewerbung unter Hinweis auf das Alter einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG dar.

cc) Soweit die Beklagte meint, es müsse ausreichen, wenn ein öffentlicher Arbeitgeber für sich die Entscheidung treffe, zum Erhalt bzw. Erreichen einer ausgewogenen Altersstruktur seiner Kommunalverwaltung Stellen mit jüngeren Bewerbern nachzubesetzen, die nicht bereits die Regelaltersgrenze für den ungekürzten Rentenbezug überschritten hätten, benennt sie zwar damit rechtmäßige Ziele aus dem Bereich „Sozialpolitik“. Wie oben bereits ausgeführt muss der Arbeitgeber nach § 10 Satz 1 AGG und Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG aber mit der unterschiedlichen Behandlung nicht nur ein legitimes Ziel i.S.v. § 10 Satz 1 AGG verfolgen, sondern es müssen nach § 10 Satz 2 AGG auch die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sein (BAG v. 11.8.2016 – 8 AZR 406/14, Rn 78). Um dies darzutun, reicht es nicht aus, dass der Arbeitgeber allgemein behauptet, die die unterschiedliche Behandlung bewirkende Maßnahme oder Regelung sei geeignet, der Beschäfti-

gungspolitik, dem Arbeitsmarkt und der beruflichen Bildung zu dienen. Derartige allgemeine Behauptungen lassen nämlich nicht den Schluss zu, dass die gewählten Mittel zur Verwirklichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Der Arbeitgeber hat hierzu vielmehr substantiierten Sachvortrag zu leisten (BAG v. 11.8.2016 – 8 AZR 406/14, Rn 79). Daran fehlt es vorliegend.

dd) Soweit die Beklagte meint, § 10 Satz 3 Nr. 3 AGG rechtfertige die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung unter anderem aufgrund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand und der Kläger könne, da er bereits Altersrente beziehe, vor dem Eintritt in den Ruhestand keine angemessene Beschäftigungszeit mehr zurücklegen, verkennt sie, dass § 10 Satz 3 Nr. 3 AGG lediglich Beispiele für die Zulässigkeit einer Höchstaltersgrenze bei der Einstellung, die hier gerade nicht gegeben ist, benennt, nicht aber etwa eine notwendige angemessene Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand vorschreibt.

ee) Erst recht kann die Vermutung der Beklagten, der Personalrat würde der Einstellung eines Altersrentners nach § 65 Abs. 2 Nr. 1 NPersVG nicht zustimmen, die unterschiedliche Behandlung wegen des Alters und insbesondere die Zurückweisung der Bewerbung im Bewerbungsverfahren nicht gemäß § 10 AGG rechtfertigen. Bei Nichteinigung/Äußerung einer falschen Rechtsauffassung des Personalrats hätte die Beklagte im Übrigen die Möglichkeit, das Verfahren nach § 70 NPersVG durchzuführen.

ff) Weitere Rechtfertigungsgründe für die unterschiedliche Behandlung wegen des Alters nach § 10 AGG oder § 8 Abs. 1 AGG hat die hierfür darlegungspflichtige Beklagte nicht angeführt.

4. Anhaltspunkte dafür, dass der Entschädigungsanspruch des Klägers dem Rechtsmissbrauchseinwand (§ 242 BGB) ausgesetzt sein könnte, sind von der insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten (BAG v. 11.8.2016 – 8 AZR 406/14, Rn 50) nicht vorgetragen und auch sonst nicht ersichtlich. (…)

II. Der auf Zahlung einer Entschädigung gerichtete Klageantrag ist in Höhe von 2.757,16 EUR, was nach dem von der Beklagten nicht bestritten Vortrag des Klägers (§ 138 Abs. 3 ZPO), einem Monatsentgelt der ausgeschriebenen Stelle entspricht, begründet. Soweit der Kläger darüber hinaus weitere zwei Gehälter als Entschädigungszahlung begehrt, ist seine Klage hingegen unbegründet.

1. Bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des AGG ist der Arbeitgeber verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen, § 15 Abs. 1 Satz 1 AGG. Nach § 15 Abs. 2 AGG kann der/die Beschäftigte wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Eine solche Entschädigung macht der Kläger im Streitfall geltend.

a) Bei der Beurteilung der angemessenen Höhe der festzusetzenden Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG sind alle Umstände des Einzelfalls, wie etwa die Art und Schwere der Benachteiligung, ihre Dauer und Folgen, der Anlass und der Beweggrund des Handelns und der Sanktionszweck der Entschädigungsnorm zu berücksichtigen. Die Entschädigung muss einen tatsächlichen und wirksamen rechtlichen Schutz gewährleisten, zugleich aber den allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren (BAG v. 11.8.2016 – 8 AZR 406/14, Rn 88 ff. m.w.N.).

b) In Anwendung dieser Grundsätze hält die Kammer im Streitfall eine Entschädigung in Höhe eines Monatsentgelts der ausgeschriebenen Stelle für angemessen und verhältnismäßig. Dabei berücksichtigt die Kammer vor allem, dass es sich vorliegend um die Ausschreibung einer lediglich auf neun Monate befristeten Stelle handelte und die Beklagte vor dem Hintergrund einer bisher durch den EuGH noch nicht entschiedenen Rechtsfrage der Ansicht war, aufgrund der tariflichen Altersgrenzenregelung an der Einstellung von Altersrentnern gehindert zu sein. Darüber hinaus hält die Kammer im vorliegenden Einzelfall die Festsetzung eines Monatsentgelts als Entschädigung auch für geeignet, einen tatsächlichen und wirksamen rechtlichen Schutz und eine abschreckende Wirkung gegenüber der Beklagten zu gewährleisten.

2. Der Zinsanspruch ist nach § 288 Abs. 1 BGB i.V.m. § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB begründet. (…)

- Landesarbeitsgericht Niedersachsen vom 1.8.2018 – 17 Sa 1302/17

2. Keine Erhöhung von Urlaubsabgeltungsansprüchen durch fristlose Kündigung

Leitsatz

Wenn ein Arbeitnehmer die Frist für eine ordentliche Eigenkündigung in 2018 versäumt, muss er hinnehmen, dass zum 31.3.2018 seine Urlaubsansprüche aus dem Jahr 2016 verfallen. Es besteht keine Möglichkeit, durch eine fristlose Eigenkündigung Urlaubsansprüche des Arbeitnehmers zu retten. Es bestand vorliegend kein überwiegendes Interesse an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Der Kläger hätte die ordentliche Kündigungsfrist einhalten müssen. Er hat keinen Anspruch auf Abgeltung des Urlaubs aus dem Jahr 2016. Die Ansprüche aus dem Jahr 2016 seien

mit Ablauf des 31.3.2018 verfallen, da das Arbeitsverhältnis erst zum 15.4.2018 habe beendet werden können.

- Arbeitsgerichts Siegburg
vom 22.11.2018 – 5 Ca 1305/18

3. Voraussetzungen des Anspruchs auf behinderungsgerechte bzw. leidensgerechte Beschäftigung, Schadensersatz

Leitsatz

Der Anspruch auf behinderungsgerechte bzw. leidensgerechte Beschäftigung setzt voraus, dass der Arbeitnehmer eine solche Beschäftigung unter Angabe der behinderungsbedingten bzw. krankheitsbedingten Beeinträchtigungen geltend macht. Dies ist nicht der Fall, solange der Arbeitnehmer solche Beeinträchtigungen bestreitet und (vermeintliche) behinderungs- bzw. leidensgerechte Beschäftigungsmöglichkeiten lediglich deshalb nennt, um die soziale Rechtfertigung einer (Änderungs-)Kündigung zu entkräften. Der Arbeitgeber macht sich daher nicht schadensersatzpflichtig, wenn er in einem solchen Fall dem Arbeitnehmer keinen der von ihm genannten Arbeitsplätze zuweist oder eine entsprechende Vertragsänderung anbietet.

- Landesarbeitsgericht Nürnberg
vom 18.4.2018 – 2 Sa 408/17

4. Zum Begriff des Betriebsübernehmers, Betriebsübergang

Leitsätze

1. Steht fest, dass eine wirtschaftliche Einheit i.S.d. § 613 Abs. 1 BGB rechtsgeschäftlich übertragen wurde, ist aber zweifelhaft, welche natürliche oder juristische Person Betriebsübernehmer ist, trifft die diesbezügliche Darlegungs- und Beweislast grundsätzlich den Arbeitnehmer.

2. Betriebsübernehmer ist die für den Betrieb der wirtschaftlichen Einheit verantwortliche natürliche oder juristische Person, die die wirtschaftliche Einheit im eigenen Namen führt und nach außen als deren Inhaber auftritt (im Anschluss an BAG, Urt. v. 25.1.2018 – 8 AZR 309/16).

- Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz
vom 10.8.2018 – 1 Sa 534/17

Bestandsschutz

5. Außerordentliche Kündigung – Schadensersatzansprüche

Leitsatz:

1. Wird ein Arbeitnehmer ohne rechtfertigenden Grund heimlich durch einen Detektiv beobachtet und werden dabei Video- oder Fotoaufnahmen gefertigt, so liegt eine schwerwiegende Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vor, die einen Schadensersatzanspruch auslöst.

2. Die durch die Beobachtung gewonnenen Erkenntnisse unterliegen einem Sachvortrags- und Beweisverwertungsverbot.

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung sowie um Schadensersatzansprüche. (…)

Aus den Entscheidungsgründen

A. (…). Die Kündigung der Beklagten (…) hat das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht beendet. Für die an diesem Tag ausgesprochene Kündigung liegt kein wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB vor, sie ist auch nicht sozial gerechtfertigt, § 1 Abs. 2 KSchG. (…)

I. Das Vortäuschen einer Arbeitsunfähigkeit oder das Erschleichen einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung kann grundsätzlich einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 BGB darstellen oder eine ordentliche Kündigung sozial rechtfertigen. Dies gilt nicht nur, wenn sich der Arbeitnehmer für die Zeit einer vorgetäuschten Arbeitsunfähigkeit Entgeltfortzahlung gewähren lässt und damit regelmäßig einen Betrug zulasten des Arbeitgebers begeht (vgl. BAG v. 29.6.2017 – 2 AZR 597/16). Auch ein genesungswidriges Verhalten während einer attestierten Arbeitsunfähigkeit ist geeignet, eine Kündigung zu rechtfertigen (vgl. LAG Rheinland-Pfalz v. 13.7.2017 – 5 Sa 49/17.)

II. Die Beklagte hat keine Tatsachen dargelegt und unter Beweis gestellt, aus denen sich ergeben könnte, dass der Kläger die attestierte Arbeitsunfähigkeit (…) vorgetäuscht, sich eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschlichen oder sich genesungswidrig verhalten hat. Es ist der Beklagten verwehrt, sich auf die Erkenntnisse aus der Beobachtung des Klägers durch eine Detektei zu berufen. Die durch die Beobachtung gewonnenen Erkenntnisse unterliegen einem Sachvortrags- und Beweisverwertungsverbot.

1. Ein Sachvortrags- oder Beweisverwertungsverbot wegen einer Verletzung des gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts einer Partei kann sich im arbeitsgerichtlichen Verfahren aus der Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung des Prozessrechts erge-

ben, wenn die Verwertung von heimlich beschafften persönlichen Daten und Erkenntnissen, die sich aus diesen Daten ergeben, mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Betroffenen nicht vereinbar ist. Die Observation eines Arbeitnehmers durch einen Detektiv ist eine Datenerhebung i.S.d. §§ 3 Abs. 1, Abs. 3, Abs. 7, 32 Abs. 2 BDSG. Durch die Überwachung werden in dem für den Arbeitgeber bestimmten Observationsbericht Einzelangaben über persönliche und sachliche Verhältnisse des Arbeitnehmers i.S.d. § 3 Abs. 1 BDSG beschafft. Gemäß § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses unter anderem dann erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn dies für dessen Durchführung oder Beendigung erforderlich ist. Zur Durchführung gehört die Kontrolle, ob der Arbeitnehmer seinen Pflichten nachkommt, zur Beendigung im Sinne einer Kündigungsvorbereitung die Aufdeckung einer Pflichtverletzung, die die Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen kann. Gemäß § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG kann eine Datenerhebung zur Aufdeckung einer im Beschäftigungsverhältnis begangenen Straftat erfolgen. Dabei greifen Maßnahmen zur Aufdeckung einer Straftat besonders intensiv in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers ein. Daher sind verdeckte Überwachungen nur dann zulässig, wenn der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zulasten des Arbeitsgebers besteht und weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung des Verdachts ergebnislos ausgeschöpft sind und die verdeckte Überwachung damit das praktisch einzig verbleibende Mittel darstellt. Nur unter diesen Voraussetzungen ist die verdeckte Überwachung nicht unverhältnismäßig. Dem Arbeitgeber müssen dann hinreichend konkrete, auf Tatsachen gestützte Anhaltspunkte für eine schwerwiegende Verletzung oder Straftat vorliegen. Gerade bei attestierter Arbeitsunfähigkeit müssen angesichts des hohen Beweiswertes ärztlicher Bescheinigungen begründete Zweifel an deren Richtigkeit bestehen (vgl. BAG, a.a.O., v. 19.2.2015 – 8 AZR 1007/13).

2. Die Beklagte hat keine Tatsachen vorgetragen, aus denen sich ein die Überwachung rechtfertigender Verdacht ergeben könnte.

a) Allein der Umstand, dass der Kläger ununterbrochen (…) aufgrund von sieben unterschiedlichen Krankheiten arbeitsunfähig krank war, begründet keinen konkreten Verdacht dafür, dass die Arbeitsunfähigkeit vorgetäuscht ist. Insoweit muss sich die Beklagte vorhalten lassen, dass sie den insoweit zunächst gehegten Zweifel hat fallen lassen, indem sie die (…) zunächst verweigerte Entgeltfortzahlung dann doch geleistet hat. Auch hat der eingeschaltete medizinische Dienst die zur Zeit der Untersuchung (…) bestehende Arbeitsunfähigkeit bestätigt. (…)

B. Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von 1.000,00 EUR gemäß § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

I. (…) Wird eine Person ohne rechtfertigenden Grund unter Verstoß gegen § 32 Abs. 1 BDSG heimlich durch einen Detektiv beobachtet und werden dabei Video- oder Fotoaufnahmen gefertigt, so liegt eine schwerwiegende Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vor, die einen Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 1 BGB auslöst (vgl. BAG v. 19.2.2015 – 8 AZR 1007/13).

II. Die Beklagte hat den Kläger durch eine Detektei heimlich beobachten lassen. Für diese Beobachtungen lagen (…) keine rechtfertigenden Gründe vor. Ernsthafte Zweifel an der attestierten Arbeitsunfähigkeit aufgrund konkreter Tatsachen hat die Beklagte nicht vorgetragen, ein tragfähiger Verdacht lag nicht vor.

III. Bei der Bemessung der Geldentschädigung hat das Gericht berücksichtigt, dass die Beobachtung durch die Detektei sich über mehrere Tage erstreckte und dabei eine Vielzahl von Fotoaufnahmen gefertigt wurde. Allerdings erstreckte sich die Beobachtung nur auf die sogenannte Öffentlichkeits- und nicht auf die Intim- oder Privatsphäre des Klägers, da die Beobachtungen allein im öffentlichen Straßenraum und auf dem Betriebsgelände des Schwagers des Klägers erfolgten. Auch sind die Aufzeichnungen vertraulich behandelt worden und nur der Beklagten und durch diese dem Gericht zugänglich gemacht worden. Daher erscheint ein Betrag in Höhe von 1.000,00 EUR angemessen. Ein höherer Betrag steht dem Kläger nicht zu. (…)

- Arbeitsgericht Iserlohn

vom 21.6.2018 – 4 Ca 2109/17
eingereicht von Rechtsanwalt Steffen Müller
Von-Scheibler-Straße 10, 58636 Iserlohn
Tel.: 02371/776690; Fax: 02371/835556

6. Kündigung – Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer Kündigung sowie um Weiterbeschäftigung.

Aus den Entscheidungsgründen

1) Die Kündigungsschutzklage ist zulässig und begründet. Die Kündigung der Beklagten (…) ist unwirksam und hat daher das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst. Es fehlt an der ordnungsgemäßen Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung der Beklagten nach § 95 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. Satz 1 SGB IX in der bis 31.12.2017 gültigen Fassung.

a) Danach ist die Kündigung eines schwerbehinderten Menschen, die der Arbeitgeber ohne eine Beteiligung nach Satz 1 ausspricht, unwirksam (§ 95 Abs. 2 Satz 3 SGB IX a.F.). Nach Satz 1 der Vorschrift hat der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung in allen Angelegenheiten, die einen einzelnen oder die schwerbehinderten Menschen als Gruppe berühren, unverzüglich und umfassend zu unterrichten und vor der Entscheidung anzuhören; er hat ihr die getroffene Entscheidung unverzüglich mitzuteilen.

b) Danach fehlt es hier an Folgendem:

aa) Nach der herrschenden Meinung in der Literatur und Rechtsprechung fordert es die Unverzüglichkeit vom Arbeitgeber, die Schwerbehindertenvertretung ohne schuldhaftes Zögern (s. § 121 Abs. 1 BGB) anzuhören, sobald er seinen Kündigungswillen gebildet hat. Sie muss daher am Beginn der vom Arbeitgeber zu treffenden Maßnahmen stehen. Die Anhörung des Betriebsrats bzw. des Personalrats kann zwar zeitgleich erfolgen, darf derjenigen nach § 95 Abs. 2 SBG IX a.F. aber nicht vorgehen. Die Zustimmung des Integrationsamtes darf allerdings erst danach beantragt werden (s. für alle: ErfKomm/*Rolfs*, § 178 SGB IX, Rn 9 sowie ArbG Hagen v. 6.3.2018 – 5 Ca 1902/17, juris, Rn 30 f., jeweils m.w.N.). Dem wird beigetreten.

Danach scheitert die Kündigung daran, dass die Beklagte die Schwerbehindertenvertretung erst (…) nach dem Antrag auf Zustimmung zur Kündigung beim Integrationsamt (…) beteiligt hat.

bb) Zudem hat der Arbeitgeber abweichend vom Betriebsverfassungsrecht der Schwerbehindertenvertretung nach Unterrichtung und Anhörung die getroffene Entscheidung gemäß § 95 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 SGB IX a.F. unverzüglich mitzuteilen. Fehlt eine entsprechende unverzügliche Mitteilung, so muss bis zu einer höchstrichterlichen Klärung nach dem Gesetzeswortlaut davon ausgegangen werden, dass auch das Unterlassen dieser Mitteilung zur Unwirksamkeit der Kündigung eines schwerbehinderten Menschen führt (s. *Esser/Isenhardt*, in: Schlegel/Voelzke, JurisPK-SGB IX, § 178 SGB IX, Rn 32 m.w.N.). Auch dem wird beigetreten.

Auch daran scheitert die streitgegenständliche Kündigung. (…)

Die Mitteilung des Einigungsstellenbeschlusses durch die Beklagte wäre nur dann ausreichend, wenn sich daraus ihr Kündigungsentschluss ergibt. (…)

3) Die Klage auf tatsächliche Weiterbeschäftigung ist begründet. Nach dem erstinstanzlichen Obsiegen im Kündigungsschutzprozess steht der Klägerin auf alle Fälle der in der Rechtsprechung und auch Literatur anerkannte allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch zu. (…)

- Arbeitsgericht Stuttgart

vom 19.9.2018 – 14 Ca 8233/17
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Bert Howald
Marienstraße 17, 70178 Stuttgart
Tel.: 0711/2229110; Fax: 0711/22291199

7. BEM bei krankheitsbedingter Kündigung

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer krankheitsbedingten Kündigung sowie um Weiterbeschäftigung. (…)

Aus den Entscheidungsgründen

Die Berufung des Klägers hat Erfolg. (…)

B. Die Berufung ist begründet. Die Kündigung der Beklagten (…) ist unwirksam und hat das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht (…) beendet. Die Beklagte ist dazu verpflichtet, den Kläger (…) zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen weiter zu beschäftigen.

I. Die Kündigung der Beklagten (…) ist sozial ungerechtfertigt.

1. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet das Kündigungsschutzgesetz Anwendung. (…)

2. Die Beklagte stützt die Kündigung ausschließlich auf arbeitsunfähigkeitsbedingte Fehlzeiten des Klägers. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes ist eine damit begründete Kündigung gemäß § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt, wenn eine negative Prognose hinsichtlich der voraussichtlichen Dauer der Arbeitsunfähigkeit vorliegt – 1. Stufe –, eine darauf beruhende erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen festzustellen ist – 2. Stufe – und die Interessenabwägung ergibt, dass die betrieblichen Beeinträchtigungen zu einer billigerweise nicht mehr hinzunehmenden Belastung des Arbeitgebers führen – 3. Stufe – (stRspr d. BAG, vgl. nur BAG, v. 24.4.2018 – 2 AZR 6/18, Rn 19).

3. Vorliegend kann dahingestellt bleiben, ob eine negative Gesundheitsprognose wegen der (Kurz-)Erkrankungen des Klägers in der Vergangenheit zu bejahen ist. Ebenso kann offenbleiben, ob in Zukunft mit Entgeltfortzahlungskosten für den Kläger von jährlich mehr als sechs Wochen zu rechnen ist. Die soziale Rechtfertigung der Kündigung (…) scheitert jedenfalls in der 3. Prüfungsstufe. Sie ist nicht „ultima ratio“ und deshalb unverhältnismäßig.

4. Die Beklagte trägt als Arbeitgeberin nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG die Darlegungs- und Beweislast für die Verhältnismäßigkeit der ausgesprochenen Kündigung.

Die Beklagte hat das in § 84 Abs. 2 SGB IX gesetzlich vorgesehene betriebliche Eingliederungsmanagement (bEM) unterlassen, ohne dass sie ausreichend dargelegt hat, es habe im Kündigungszeitpunkt kein milderes Mittel als die Kündigung gegeben, um der in der Besorgnis weiterer Fehlzeiten bestehenden Vertragsstörung entgegenzuwirken. Das pflichtwidrige Unterlassen eines bEM führt im Streitfall dazu, dass die Kündigung (…) unverhältnismäßig ist.

a) Die Durchführung des bEM ist zwar keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Kündigung. § 84 Abs. 2 SGB IX ist jedoch auch kein bloßer Programmsatz. Die Norm konkretisiert vielmehr den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. (…)

b) Die Beklagte war vorliegend gem. § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX verpflichtet, ein bEM durchzuführen. (…)

c) Die Beklagte hat kein bEM (…) durchgeführt.

aa) Sie hatte den Kläger (…) zur Durchführung eines bEM eingeladen. Zudem hat (…) ein Informationsgespräch zum betrieblichen Eingliederungsmanagement stattgefunden. Darin hatte der Kläger erklärt, hieran teilnehmen zu wollen. Die Beklagte hat dann jedoch das Verfahren abgebrochen und stattdessen die streitgegenständliche Kündigung erklärt.

bb) Das von der Beklagten mit dem Kläger (…) geführte Fehlzeitengespräch machte ebenso wenig wie das von ihr pauschal vorgetragene Rückkehrgespräch (…) die Durchführung eines bEM entbehrlich. Auch wenn das auf verschiedene Weise möglich ist, weil § 84 Abs. 2 SGB IX weder konkrete Maßnahmen noch ein bestimmtes Verfahren vorschreibt, lassen sich aus dem Gesetz doch gewisse Mindeststandards ableiten. Zu diesen gehören, die gesetzlich vorgeschriebenen Stellen, Ämter und Personen zu beteiligen und zusammen mit ihnen eine an den Zielen des bEM orientierte Klärung ernsthaft zu versuchen. Ziel des bEM ist es, festzustellen, aufgrund welcher gesundheitlichen Einschränkungen es zu bisherigen Ausfallzeiten gekommen ist und herauszufinden, ob Möglichkeiten bestehen, sie durch bestimmte Veränderungen künftig zu verringern, um so eine Kündigung zu vermeiden (vgl. BAG v. 20.11.2014 – 2 AZR 755/13, Rn 30). Dass das Fehlzeitengespräch (…) oder das Rückkehrgespräch (…) diesen Anforderungen gerecht wird, hat die Beklagte nicht dargelegt. (…)

e) Da mithin insgesamt nach dem Vortrag der Beklagten nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Durchführung eines bEM zu einem positiven Ergebnis hätte führen können, ist die Kündigung (…) jedenfalls unverhältnismäßig und daher unwirksam. Sie hat das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht beendet.

- Landesarbeitsgericht Niedersachsen
vom 13.9.2018 – 6 Sa 180/18
eingereicht von Rechtsanwalt Stephan Korb
Hinüberstraße 4, 30175 Hannover
Tel.: 0511/70022900; Fax: 0511/70022909

8. Kündigung – Massenentlassungsanzeige

Leitsatz der Redaktion

Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber ist dann unwirksam, wenn die Kündigungserklärung erfolgt, bevor die Massenentlassungsanzeige bei der Agentur für Arbeit eingegangen ist. Die Kündigungserklärung ist erfolgt, wenn das Kündigungsschreiben unterzeichnet ist.

Tatbestand

Die Parteien streiten über die wirksame Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Aus den Entscheidungsgründen

I. Die Berufung des Klägers ist zulässig.

II. Die Berufung ist auch begründet. Das Urteil des Arbeitsgerichts ist abzuändern. Es ist festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung des Beklagten vom 26.6.2017 nicht aufgelöst worden ist. Die ordentliche Kündigung des Beklagten ist gem. § 134 BGB i.V.m. § 17 Abs. 1 KSchG unwirksam. Es kann nicht festgestellt werden, dass der Beklagte die Kündigung gem. § 17 Abs. 1 KSchG erst ausgesprochen hat, nachdem die Massenentlassungsanzeige am 26.6.2017 bei der Agentur für Arbeit eingegangen war.

1. Der Beklagte war gem. § 17 Abs. 1 Nr. 1 KSchG verpflichtet, der Agentur für Arbeit die beabsichtigten Entlassungen aller 45 Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen anzuzeigen. Er ist dieser Verpflichtung nachgekommen. Die Massenentlassungsanzeige ging am 26.6.2017 bei der Agentur für Arbeit ein.

2. Ein Arbeitnehmer darf gem. § 17 Abs. 1 KSchG nur entlassen werden, wenn die Massenentlassungsanzeige zuvor bei der Agentur für Arbeit eingegangen ist. Der Begriff der Entlassung ist europarechtskonform dahingehend auszulegen, dass er die Kündigungserklärung des Arbeitgebers meint. Bei nach § 17 Abs. 1 KSchG anzeigepflichtigen Entlassungen kann das Arbeitsverhältnis eines betroffenen Arbeitnehmers erst wirksam gekündigt werden, wenn die Massenentlassungsanzeige bei der Agentur für Arbeit eingegangen ist (vgl. EuGH v. 27.1.2005 – C-188/03, NJW 2005, 1099, Rn 35 ff.; BAG v. 23.3.2006 – 2 AZR 343/05, NJW 2006, 3161, 3163 f.; v. 9.6.2016 – 6 AZR 405/15, NZA 2016, 1198, Rn 17).

3. Dabei ist auf die Kündigungserklärung, die Unterzeichnung des Kündigungsschreibens, nicht auf den

Zugang der Kündigung beim Arbeitnehmer abzustellen (vgl. EuGH, a.a.O., Rn 36 f.; BAG NZA 2016, 1198, Rn 18; unklar BAG NJW 2006, 3161, 3162 (unter B II 1 a aa 2. Abs.), 3165 (unter B II 3); a.A. BAG v. 22.11.2012 – 2 AZR 371/11, NZA 2013, 845, 3. Orientierungssatz; *von Hoyningen-Huene*, Kündigungsschutzgesetz, 15. Aufl. 2013, § 17 Rn 25; *Moll*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht, 5. Aufl. 2017, § 18 Rn 43a). Nach § 17 Abs. 3 KSchG muss die Massenentlassungsanzeige u.a. Angaben zu den Gründen für die „geplanten" Entlassungen sowie zu den „vorgesehenen" Kriterien für die Auswahl der „zu entlassenden" Arbeitnehmer enthalten. Die Massenentlassungsanzeige ist zu einem Zeitpunkt zu erstellen, in dem Kündigungen geplant, aber noch nicht entschieden sind. Die Anzeige muss daher die Agentur für Arbeit erreichen, bevor der Arbeitgeber die Kündigungsentscheidung trifft und das Kündigungsschreiben unterzeichnet. Bei Zugang der Kündigung wird diese zwar erst wirksam (§ 130 Abs. 1 BGB). Die zugrunde liegende Kündigungsentscheidung des Arbeitgebers wurde aber bereits zu einem früheren Zeitpunkt getroffen und manifestiert sich in der Abgabe der Kündigungserklärung mit Unterzeichnung des Kündigungsschreibens.

4. Es kann nicht festgestellt werden, dass der Beklagte das Kündigungsschreiben vom 26.6.2017 erst unterschrieb, nachdem die Massenentlassungsanzeige – ebenfalls am 26.6.2017 – bei der Agentur für Arbeit eingegangen war. Er hat hierzu keine näheren Angaben gemacht. Es ist daher nicht ersichtlich, dass die ordentliche Kündigung des Beklagten die Wirksamkeitsvoraussetzungen des § 17 Abs. 1 und 3 KSchG erfüllt. Die ausgesprochene Kündigung ist gem. § 134 BGB unwirksam.

5. Im Hinblick auf dieses Ergebnis kann die Frage offenbleiben, ob der Beklagte das Konsultationsverfahren gem. § 17 Abs. 2 KSchG vor Ausspruch der Kündigung durchgeführt hat, ob es dazu ausreicht, dass Interessenausgleichsverhandlungen stattgefunden haben und der Betriebsrat im Interessenausgleich das nicht ausdrücklich eingeleitete Verfahren für abgeschlossen erklärt.

Auf die Berufung des Klägers ist das Urteil des Arbeitsgerichts abzuändern und festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die ordentliche Kündigung des Beklagten vom 26.6.2017 nicht aufgelöst worden ist. (…)

- Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg vom 21.8.2018 – 12 Sa 17/18

Betriebsverfassungsrecht/ Personalvertretungsrecht

9. Betriebsratswahl, Bekanntmachung der Öffnung der Freiumschläge der Briefwähler

Leitsätze

1. Die Öffnung der Freiumschläge der Briefwähler hat gemäß § 26 Abs. 1 Wahlordnung BetrVG in öffentlicher Sitzung des Wahlvorstands zu erfolgen. Dies erfordert, dass Ort und Zeitpunkt sowie Gegenstand der Sitzung rechtzeitig vorher bekannt gemacht werden.

2. Selbst unter Zugrundelegung einer Einschätzungsprärogative des Wahlvorstands erfolgt eine Öffnung der Freiumschläge nicht unmittelbar vor Abschluss der Stimmabgabe, wenn diese so frühzeitig begonnen wird, dass sie eine Stunde vor dem Ende der Stimmabgabe bereits abgeschlossen ist.

Tatbestand

Die Beteiligten streiten über die Anfechtung einer Betriebsratswahl.

Antragsteller ist eine Gewerkschaft, (…). Er hat die Ansicht vertreten, die Unwirksamkeit der Betriebsratswahl ergebe sich darüber hinaus daraus, dass (unstreitig) etwa 2 Stunden vor Ende der Stimmabgabe, also gegen 16:30 Uhr, der vollständig versammelte Wahlvorstand im Wahlraum damit begann, die Freiumschläge der 46 Briefwähler zu öffnen, die Stimmabgabe in der Wählerliste zu vermerken und die Wahlumschläge in die Urne zu werfen. Dies nahm etwa 1 Stunde in Anspruch. Der Zeitpunkt des Beginns der Öffnung der Freiumschläge war vom Wahlvorstand nicht gesondert öffentlich bekannt gemacht worden.

Aus den Entscheidungsgründen

II. Die Beschwerde ist statthaft (…) und zulässig, (…).

Die Beschwerde ist begründet. Die Betriebsratswahl vom 21.6.2017 ist unwirksam. (…)

Nach § 26 Abs. 1 WahlO öffnet der Wahlvorstand unmittelbar vor Abschluss der Stimmabgabe in öffentlicher Sitzung die bis zu diesem Zeitpunkt eingegangenen Freiumschläge und entnimmt ihnen die Wahlumschläge sowie die vorgedruckten Erklärungen. Ist die schriftliche Stimmabgabe ordnungsgemäß erfolgt (§ 25), so legt der Wahlvorstand den Wahlumschlag

nach Vermerk der Stimmabgabe in der Wählerliste ungeöffnet in die Wahlurne.

Die Öffnung der Freiumschläge hat in öffentlicher Sitzung des Wahlvorstands zu erfolgen. Zwar bestehen, worauf Arbeitgeber und Betriebsrat zu Recht hinweisen, für Sitzungen des Wahlvorstands keine näheren Vorschriften zur Ladung. Der Wahlvorstand kann daher auch spontan zusammentreten und – sofern alle Mitglieder anwesend sind – Beschlüsse fassen. Dies gilt jedoch nicht, soweit es sich um öffentliche Sitzungen des Wahlvorstands handelt. Dann muss die Öffentlichkeit die Möglichkeit haben, an diesen Sitzungen teilzunehmen, was voraussetzt, dass ihr Ort und Zeitpunkt sowie Gegenstand der Sitzung des Wahlvorstands rechtzeitig bekannt gemacht werden (*Fitting*, BetrVG, 29. Aufl., § 26 WO, Rn 3). Sofern die Vorstellung des Verordnungsgebers, wie *Jacobs* ausführt (GK-BetrVG, 11. Aufl., § 26 WO, Rn 2), dahin ging, dass die Wahl im Wahllokal stattfindet und bereits dadurch öffentlich ist, dass das Wahllokal geöffnet ist, reicht dies nicht aus. Die Öffentlichkeit muss den genauen Zeitpunkt der Sitzung des Wahlvorstands kennen, um nicht während der gesamten Dauer der Öffnung des Wahllokals dort anwesend sein zu müssen, ohne Gefahr zu laufen, die öffentliche Sitzung des Wahlvorstands zu versäumen. Dem kann nur dadurch Rechnung getragen werden, dass Zeit und Ort der öffentlichen Sitzung des Wahlvorstands vorher öffentlich bekannt gemacht werden.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Öffnung der Freiumschläge gemäß § 26 Abs. 1 WahlO „unmittelbar vor Abschluss der Stimmabgabe“ zu erfolgen hat. Hieraus lässt sich für die Betriebsöffentlichkeit nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit feststellen, zu welchem Zeitpunkt die öffentliche Sitzung des Wahlvorstands stattfindet. Wie der vorliegende Fall zeigt, ist der Begriff „unmittelbar“ zeitlich nicht exakt bestimmbar, sodass beispielsweise ein Betriebsangehöriger, der 1 Stunde vor Abschluss der Stimmabgabe in das Wahllokal gekommen wäre, um die Öffnung der Freiumschläge der Briefwähler zu überwachen, seiner Kontrollmöglichkeit nicht (mehr) hätte nachkommen können. (…) Vielmehr muss darüber hinaus sichergestellt werden, dass auch das Verfahren der schriftlichen Stimmabgabe einer Kontrolle durch die Betriebsöffentlichkeit unterliegt. Dies ist nicht der Fall, wenn der Zeitpunkt der öffentlichen Sitzung des Wahlvorstands i.S.v. § 26 Abs. 1 WahlO nicht zuvor der Betriebsöffentlichkeit bekannt gemacht wurde. Allein der Umstand, dass das Wahllokal geöffnet ist, reicht nicht aus, denn eine interessierte Betriebsöffentlichkeit, die gerade an der öffentlichen Sitzung des Wahlvorstands nach § 26 Abs. 1 WahlO teilnehmen möchte, ohne den ganzen Tag im Wahllokal anwesend zu sein, läuft Gefahr, die öffentlichen Sitzung des Wahlvorstands zu versäumen. Dies ist mit der besonderen Bedeutung der Kontrollmöglichkeit der Vorgänge nach § 26 Abs. 1 WahlO nicht vereinbar. Soweit das LAG Köln (v. 11.6.2015 – 7 TaBV 10/15, Rn 23 ff.) dies anders sieht, war dort der Sachverhalt ein anderer: Für die Briefwahlstimmen war eine Abgabefrist auf 12:00 Uhr festgelegt, für die persönlich abgegebenen Stimmen auf 13:00 Uhr, sodass insoweit bestimmbar war, was „unmittelbar“ i.S.v. § 26 Abs. 1 WahlO bedeutete. Dies war vorliegend nicht der Fall. Es gab im Vorhinein für die Betriebsöffentlichkeit nicht den geringsten Anhaltspunkt dafür, dass der Wahlvorstand seine öffentliche Sitzung i.S.v. § 26 Abs. 1 WahlO gerade um 16:30 Uhr abhalten würde.

Unabhängig von der fehlenden öffentlichen Bekanntmachung des Zeitpunkts der Sitzung des Wahlvorstands nach § 26 Abs. 1 WahlO erfolgte diese auch nicht unmittelbar vor Abschluss der Stimmabgabe um 18:30 Uhr. Selbst unter Zugrundelegung einer Einschätzungsprärogative des Wahlvorstands war 16:30 Uhr zu früh. Dies zeigt sich daran, dass die Öffnung der Freiumschläge und Entnahme der Wahlumschläge sowie der vorgedruckten Erklärungen, des Vermerks in der Wählerliste sowie der Einlegung der ungeöffneten Wahlumschläge in die Wahlurne bereits gegen 17:30 Uhr beendet war, also eine Stunde vor Abschluss der Stimmabgabe (vgl. auch VG Berlin v. 30.11.2004 – 62 A 17.04, Rn 23, 24). (…)

§ 26 Abs. 1 WahlO ist eine wesentliche Vorschrift über das Wahlverfahren, deren Verletzung gemäß § 19 Abs. 1 BetrVG geeignet ist, die Anfechtung der Wahl zu rechtfertigen.

Der Verfahrensverstoß war auch geeignet, das Wahlergebnis zu beeinflussen. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass es bei dem Öffnen der Freiumschläge, bei der Bewertung, ob die Stimmabgabe ordnungsgemäß war, bei dem Vermerk der Stimmabgabe oder bei dem Einwurf der Wahlumschläge in die Wahlurne zu Fehlern gekommen ist, die bei einer Öffnung der Freiumschläge in öffentlicher Sitzung nicht unterlaufen wären. Es kommt nicht darauf an, ob tatsächliche objektive Anhaltspunkte für solche Fehler vorliegen. Die Vorschrift soll der Minderung abstrakter Gefährdungen dienen (BAG v. 10.7.2013 – 7 ABR 83/11, Rn 20 zur Wahl der Schwerbehindertenvertretung). (…)

- Hessisches Landesarbeitsgericht
vom 24.9.2018 – 16 TaBV 50/18

10. Mitbestimmung des Betriebsrats bei Twitter-Account der Arbeitgeberin

Leitsatz

Unterhält die Arbeitgeberin einen Twitter-Account, besteht zumindest aufgrund der Funktionalität „Antwort“ ein Mitbestimmungsrecht des (Gesamt-)Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.

Tatbestand
Die Beteiligten streiten über ein Mitbestimmungsrecht des Gesamtbetriebsrats beim Betreiben eines Twitter-Accounts durch die Arbeitgeberin. (…)

Aus den Entscheidungsgründen
III. (...)

aa. Die Arbeitgeberin hat das Mitbestimmungsrecht des Gesamtbetriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG verletzt, indem sie (…) einen Twitter-Account „@x“ eingerichtet hat und nutzt.

bb. Nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG hat der Betriebsrat u.a. mitzubestimmen bei der Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Das Mitbestimmungsrecht ist darauf gerichtet, Arbeitnehmer vor Beeinträchtigungen ihres Persönlichkeitsrechts durch den Einsatz technischer Überwachungseinrichtungen zu bewahren, die nicht durch schutzwerte Belange des Arbeitgebers gerechtfertigt und unverhältnismäßig sind. Die auf technischem Wege erfolgende Ermittlung und Aufzeichnung von Informationen über Arbeitnehmer bei der Erbringung ihrer Arbeitsleistung oder der Durchführung des Arbeitsverhältnisses bergen die Gefahr in sich, dass sie zum Objekt einer Überwachungstechnik gemacht werden, die anonym personen- oder leistungsbezogene Informationen erhebt, speichert, verknüpft und sichtbar macht. Den davon ausgehenden Gefährdungen des Persönlichkeitsrechts von Arbeitnehmern soll das Mitbestimmungsrecht entgegenwirken. „Überwachung“ im Sinne des Mitbestimmungsrechts ist ein Vorgang, durch den Informationen über das Verhalten oder die Leistung von Arbeitnehmern erhoben und – jedenfalls in der Regel – aufgezeichnet werden, um sie auch späterer Wahrnehmung zugänglich zu machen. Die Informationen müssen auf technische Weise ermittelt und dokumentiert werden, sodass sie zumindest für eine gewisse Dauer verfügbar bleiben und vom Arbeitgeber herangezogen werden können (BAG, Beschl. v. 19.12.2017 – 1 ABR 32/16, juris Rn 15).

cc. Unter Zugrundelegung dieser Rechtsgrundsätze ist Twitter mit seinen vorgegebenen Funktionen eine technische Einrichtung i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Die Arbeitgeberin nutzt mit den bei ihr vorhandenen EDV-Einrichtungen eine von Twitter Inc. bereitgestellte webbasierte Software. Durch die Eröffnung und die Nutzung eines Accounts für die Seite https://twitter.com/x hat sie die technische Einrichtung eingeführt und wendet sie an. (…)

(2) Der Umstand, dass es sich dabei um Antworten auf Tweets der Arbeitgeberin handelt, mithin um „reaktiv“ abgegebene Beiträge (vgl. *Fitting*, BetrVG, 29. Aufl. 2018, § 87 Rn 223a für die Kommentar-Funktion bei Facebook), rechtfertigt keine andere Bewertung. (…)

(4) Dass die Antworten auf die Tweets der Arbeitgeberin „auf den Accounts der Antwortenden verbleiben“ und von der Arbeitgeberin nicht gelöscht werden können, rechtfertigt keine andere Bewertung. Der Schutzzweck des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG gebietet insoweit keine einschränkende Auslegung.

(a) § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG dient – wie bereits ausgeführt – dem Schutz des Persönlichkeitsrechts vor Beeinträchtigungen durch technische Überwachungseinrichtungen (BAG v. 19.12.2017, a.a.O., Rn 15). Das Persönlichkeitsrecht umfasst die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden, und daher grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten gegenüber Dritten und in der Öffentlichkeit zu bestimmen (BAG v. 13.12.2016, a.a.O., Rn 39 mit Verweis auf BVerfG, Beschl. v. 23.2.2007 – 1 BvR 2368/06, Rn 37).

(b) Nach dieser Maßgabe ist der Speicherort für die Frage des Schutzzwecks unerheblich; maßgeblich ist vielmehr die Frage, für wen die Nachrichten einsehbar sind. Durch arbeitnehmerbezogene, an die Arbeitgeberin gerichtete Tweets und deren Veröffentlichung auf Twitter werden die Arbeitnehmer einem ständigen Überwachungsdruck ausgesetzt. Sie müssen jederzeit damit rechnen, dass Twitter-Nutzer den Twitter-Account bzw. Tweets der Arbeitgeberin nutzen, um die Arbeitgeberin mit Hilfe der Funktion „Antwort“ über das Verhalten und die Leistung der Arbeitnehmer zu informieren. Unabhängig von der Darstellungsart sind diese Antworten nicht nur der Arbeitgeberin, sondern zumindest auch den registrierten Twitter-Nutzern und damit einer unbestimmten Anzahl von Personen zugänglich. Dass die Antworten von der Arbeitgeberin – anders als Besucher-Beiträge bei Facebook – nicht gelöscht werden könne – erhöht eher noch den Überwachungsdruck und die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts der betroffenen Mitarbeiter. Selbst wenn eine Antwort auf einen Tweet der Arbeitgeberin beispielsweise einen Unterschlagungs- oder Betrugsvorwurf beim Kassiervorgang oder eine sonstige ehrkränkende Äußerung über einen Mitarbeiter enthält, kann die Arbeitgeberin die Antwort nicht sofort selbst löschen, sondern muss sich erst an Twitter Inc. wenden in der Hoffnung, dass Twitter Inc. ihren Löschungsantrag umgehend bearbeitet. Bis zur Löschung können zumindest alle Twitter-Nutzer mit eigenem Account, die der Unterhaltung des Antwortenden oder von „@x“ folgen, mit weiteren Tweets sich an der Unterhaltung über den Mitarbeiter beteiligen. Auf diese Weise kann sich mitunter eine einen einzelnen Mitarbeiter betreffende Antwort

exponentiell in der Öffentlichkeit verbreiten. Twitter ist als Kurznachrichtendienst durch die Verknüpfung mit den Symbolen „@“ und „#“ gerade auch darauf ausgerichtet, Nachrichten (Tweets) schnell und unkompliziert zu verbreiten und auffindbar zu machen.

(5) Ob und inwieweit die Funktionen „Erwähnung“ und „Retweet“ Überwachungsmöglichkeiten i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG begründen, kann dahingestellt bleiben. (…)

(6) Für die Anwendbarkeit des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ist es auch nicht erforderlich, dass die Daten über das Verhalten und die Leistung des einzelnen Arbeitnehmers durch die technische Einrichtung selbst und automatisch erhoben oder ausgewertet werden. Vielmehr genügt es, dass die Daten aufgrund der Funktion „Antwort“ manuell eingegeben und mittels der von Twitter eingesetzten Software einer dauerhaften Speicherung und zeitlich unbegrenzten Zugriffs- und Verbreitungsmöglichkeit zugeführt werden. Sie sind deshalb nicht mit einem an die Arbeitgeberin gerichteten Beschwerdebrief vergleichbar. (…)

(a) Insoweit unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt auch von dem Sachverhalt, der der Entscheidung des Arbeitsgerichts Heilbronn zugrunde liegt (ArbG Heilbronn, Urt. v. 8.6.2017 – 8 BV 6/16, juris). Diese Entscheidung betraf die Nutzung einer Smartphone-App, die ein Lebensmitteleinzelhandelsunternehmen seinen Kunden u.a. für ein „Filial-Feedback“ zur Verfügung gestellt hat. Die über die App eingegebenen Kundenkommentare waren nur von der Arbeitgeberin bzw. dem von ihr beauftragten Dienstleistungsunternehmen einsehbar. Dies ist im Streitfall gerade nicht der Fall. Der Überwachungsdruck und die Beeinträchtigung der Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer sind bei einer öffentlichen Datenverbreitung ungleich größer (vgl. auch *Greif*, Arbeitsrechtliche Implikationen von Unternehmensfacebookprofilen, NZA 2015, 1106, 1107). Die Nutzung eines sozialen Netzwerks wie Twitter, das dem Arbeitgeber eine direkte und öffentliche Kommunikation mit seinen Kunden ermöglicht und von einer unbegrenzten Anzahl von Menschen – z.T. weitgehend anonym – anstelle einer geschützten „analogen“ Kommunikation, etwa in Form eines Beschwerdebriefs oder einer persönlichen Beschwerde, genutzt wird, bedarf zum Schutz der Arbeitnehmer einer betrieblichen Regelung, insbesondere zu der Frage, wie mit den aus der Nutzung resultierenden Erkenntnissen über die Leistung und das Verhalten einzelner Arbeitnehmer umgegangen wird. (…)

- Landesarbeitsgericht Hamburg
vom 13.9.2018 – 2 TaBV 5/18

Tarifrecht

11. Einstweilige Verfügung gegen Streik – Tarifsozialplan – Verhältnismäßigkeit

Leitsätze

1. Bei einem so genannten Tarifsozialplan handelt es sich um ein tariflich regelbares Ziel, für das gestreikt werden darf.

2. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erfordert eine Würdigung, ob ein Kampfmittel zur Erreichung eines rechtmäßigen Kampfziels geeignet und erforderlich und bezogen auf das Kampfziel angemessen (proportional bzw. verhältnismäßig im engeren Sinn) eingesetzt worden ist.

3. Das Verständnis der Arbeitgeberseite von einer Verhältnismäßigkeitsprüfung in dem Sinn, ob die Streikziele erreichbar sind und welche Schäden durch den Streik entstehen, entspricht nicht der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts.

4. Die Unverhältnismäßigkeit der Arbeitskampfmaßnahme ergibt sich nicht aus der Höhe der Streikforderung.

5. Der Streik zielte nicht auf die wirtschaftliche Existenzvernichtung des Arbeitgebers. Vielmehr wollte die Gewerkschaft ein möglichst gutes Ergebnis für die Arbeitnehmer (d.h. hohe Abfindungen) erreichen.

6. Dass aufgrund des Streiks Kunden des Arbeitgebers „abwandern“, hat keine Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit des Arbeitskampfes.

- Hessisches Landesarbeitsgericht
vom 16.7.2018 – 16 SaGA 933/18

12. Vergütung für nicht dienstplanmäßige Arbeit an gesetzlichen Wochenfeiertagen bei Gewährung von Freizeitausgleich – Tarifauslegung

Leitsatz

Ein Arbeitnehmer, der an einem gesetzlichen Wochenfeiertag außerhalb seiner regelmäßigen Arbeitszeit im Rahmen von Rufbereitschaft zur Arbeit herangezogen wird, hat bei Gewährung von Freizeitausgleich nach § 8 Abs. 1 und Abs. 5 TV-L auch (zusätzlich) Anspruch auf die Vergütung der tatsächlich angefallenen Arbeit.

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Gutschrift von Arbeitsstunden, die der Kläger während Rufbereitschaft (…) leistete, auf seinem Arbeitszeitkonto.

Der Kläger ist bei dem beklagten Land auf der Grundlage eines Arbeitsvertrags (…) seit dem 1.1.1994 beschäftigt. (…) Der Kläger wird nach Entgeltgruppe 5 Stufe 6 des auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findenden TV-L vergütet. (…) Der Kläger erhielt für den 1.5.2015 Entgeltfortzahlung (nach § 2 EFZG). Darüber hinaus erhielt er als Rufbereitschaftspauschale nach § 8 Abs. 5 Satz 2 TV-L das vierfache Stundenentgelt. Der Kläger arbeitet nicht auf Grundlage eines Dienstplans.

Aus den Entscheidungsgründen

II. (…) Das beklagte Land schuldet dem Kläger für die am 1.5.2015 geleistete Arbeit eine weitere Zeitgutschrift von fünf Stunden und 15 Minuten, das in Zeit umgewandelte Entgelt für die geleistete Arbeit. (…)

2. Der Kläger hat nach § 8 Abs. 5 i.V.m. Abs. 1 TV-L einen Anspruch darauf, dass die während der Rufbereitschaft bei seinem Einsatz außerhalb des Aufenthaltsorts i.S.d. § 7 Abs. 4 TV-L geleistete Arbeit – neben dem Freizeitausgleich – vergütet wird. Dies ergibt die Auslegung von § 8 Abs. 1 und 5 TV-L. Unstreitig kann das entsprechende Entgelt in Zeit umgewandelt und dem Arbeitszeitkonto des Klägers gutgeschrieben werden. Daher hat das Arbeitsgericht der Klage zu Recht stattgegeben. Die Kammer geht davon aus, dass die Tarifvertragsparteien unter Berücksichtigung der gesetzlichen Regel in § 11 Abs. 3 Satz 2 ArbZG den Ausgleich von Feiertagsarbeit durch entsprechende Freizeit (also Freizeitausgleich) grundsätzlich für vorzugswürdig halten, wie sie dies auch in § 8 Abs. 2 TV-L für Überstunden ausdrücklich geregelt haben. Dieses Ziel könnte nicht erreicht werden, wenn sich Arbeitnehmer bei der Wahl von Freizeitausgleich finanziell schlechter stehen. Jeder wirtschaftlich denkende Arbeitnehmer würde dann nicht Freizeitausgleich, sondern Auszahlung wählen. Jedenfalls ist davon auszugehen, dass Freizeitausgleich und Auszahlung als gleichwertige Optionen geregelt werden sollten und die Tarifvertragsparteien nicht etwa – ohne ersichtlichen Grund – zwei ungleiche Wahlmöglichkeiten vorsehen wollten. Nimmt man an, dass die Tarifvertragsparteien zwei (wirtschaftlich) gleichwertige Optionen zur Wahl stellen wollten, hat dies auch Folgen für das Verständnis der Zuschlagsregelung in § 8 Abs. 1 Satz 1 d) TV-L. Dann ist davon auszugehen, dass hinter der Regelung eines Zuschlags „neben dem Entgelt für die geleistete Arbeit“ von 35 % bei Freizeitausgleich im Vergleich zu 135 % ohne Freizeitausgleich die Vorstellung steckt, dass auch der Arbeitnehmer, der Freizeitausgleich wählt, auf 235 % Vergütung für die geleisteten Stunden kommt, weil er Vergütung für die geleistete Arbeit (100 %) und Freizeitausgleich (100 %) und den niedrigeren Zuschlag von 35 % erhält.

cc) Dieses Ergebnis widerspricht, anders als das beklagte Land meint, auch nicht der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. In den zitierten Entscheidungen (BAG v. 9.7.2008 – 5 AZR 902/07; v. 10.12.2008 – 4 AZR 813/07; v. 21.8.2013 – 5 AZR 410/12 und v. 17.11.2016 – 6 AZR 465/15) ging es jeweils um Beschäftigte, die regelmäßig nach einem Dienstplan arbeiteten, der Wechselschicht bzw. Schichtdienst an sieben Tagen in der Woche vorsah. Für diese Fälle gab es in den jeweils anwendbaren Tarifverträgen Sonderregelungen zur Berücksichtigung der – dienstplanmäßigen – Feiertagsarbeit. Für solche Mitarbeiter werden in ihren Dienstplänen am Feiertag „regulär“ zu leistenden Stunden i.d.R. bereits durch eine Reduzierung der Sollarbeitszeit berücksichtigt. Damit haben diese Beschäftigten bereits einen „ersten“ Freizeitausgleich erhalten. Dann greift der vom beklagten Land zitierte Satz, es könne für ein und dieselbe Stunde nicht zweimal Freizeitausgleich geben, wenn diese Beschäftigten einen weiteren Freizeitausgleich bzw. einen Feiertagszuschlag von 135 % fordern.

Anders liegt es beim Kläger im vorliegenden Verfahren. Dieser arbeitete nicht nach einem Dienstplan und hat nach dem im Kammertermin beim Landesarbeitsgericht klargestellten Vortrag auch keine „Zeitgutschrift“ in Form von reduzierten Sollstunden für den Feiertag erhalten. Hierauf käme es aber wohl auch nicht an, weil sich diese Reduzierung auf die reguläre Arbeitszeit des Klägers (vormittags) beziehen würde. Insofern würde der Kläger vorliegend selbst unter Berücksichtigung eines solchen „ersten Freizeitausgleichs“ nicht für ein- und dieselbe Stunde doppelten Freizeitausgleich fordern, sondern Vergütung für (nachmittags) geleistete Arbeit und Freizeitausgleich, wobei die Entgeltfortzahlung für den Feiertag (für die wegen des Feiertags vormittags ausgefallene Arbeit) außer Betracht zu bleiben hätte. (…)

- Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz
vom 25.10.2018 – 14 Ca 2289/18

Prozessuales

13. Konkurrentenklage – Rechtsweg

Leitsatz

Der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen ist für eine Konkurrentenklage nach § 2 Abs. 1 Nr. 3c ArbGG eröffnet, wenn das betreffende öffentliche Amt im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ausgeübt werden soll.

Tatbestand

Die Klägerin (Volljuristin) bewarb sich auf die von der Beklagten ausgeschriebene Stelle mit Vergütung nach Entgeltgruppe 9 c TVöD. Die Beklagte teilte der Bewerberin einige Tage nach dem Vorstellungsgespräch mit, dass sie sich für einen anderen Bewerber entschieden habe.

Mit ihrer Klage beim Arbeitsgericht begehrt die Klägerin nun die Feststellung, dass die durchgeführte Auswahlentscheidung rechtswidrig ist und sie in ihren Rechten verletzt ist und die Verpflichtung der Beklagten, über ihre Bewerbung erneut unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu entscheiden. Hilfsweise verlangt sie die Zahlung von Schadensersatz in Höhe von drei Monatsgehältern für die ausgeschriebene Stelle und die Feststellung einer weitergehenden Schadensersatzpflicht.

Mit Beschl. v. (…) hat das Arbeitsgericht (…) den Rechtsstreit an das Verwaltungsgericht verwiesen. Gegen den Beschluss hat die Klägerin Beschwerde eingelegt.

Mit Beschl. v. (…) hat das Arbeitsgericht der Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem Landesarbeitsgericht vorgelegt.

Aus den Entscheidungsgründen

Die sofortige Beschwerde ist zulässig. (…)

Die sofortige Beschwerde der Klägerin hat auch in der Sache Erfolg.

Für die vorliegende Konkurrentenklage ist der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen gegeben. Es handelt sich um eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber aus Verhandlungen über die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses (§ 2 Abs. 1 Nr. 3c ArbGG).

Ob eine Streitigkeit öffentlich- oder bürgerlich-rechtlich ist, richtet sich nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird (GmS-OGB v. 10.4.1986 – GmS-OGB 1/85 – NJW 1986, 2359). Die Klägerin macht mit der von ihr erhobenen Konkurrentenklage eine Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs aus Art. 33 Abs. 2 GG mit dem Ziel der Übertragung einer Angestelltentätigkeit geltend. Ausweislich der Ausschreibung soll der erfolgreiche Bewerber im Angestelltenverhältnis mit einer Vergütung nach der Entgeltgruppe 9 c TVöD tätig werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist die Rechtswegzuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen nach § 2 Abs. 1 Nr. 3c ArbGG für einen solchen Bewerbungsverfahrensanspruch gegeben, wenn das betreffende öffentliche Amt im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ausgeübt werden soll und die öffentliche Verwaltung sich daher bei ihrer Entscheidung, mit welchem Stellenbewerber ein entsprechender Arbeitsvertrag abgeschlossen werden soll, auf dem Boden des Privatrechts bewegt (BAG v. 23.8.1989 – 7 AZR 546/88, juris Rn 21 und 22; BAG v. 14.12.1988 – 7 AZR 773/87, Rn 21, NJW 1989, 2909). In einem solchen Fall ist das Klagebegehren bürgerlich-rechtlicher Natur (BAG v. 12.10.2010 – 9 AZR 554/09, Rn 24, NZA-RR 2011, 216; vgl. auch BAG v. 2.12.1997 – 9 AZR 445/96 – Rn 18, NZA 1998, 884). Das Bundesverwaltungsgericht stellt ebenfalls auf die Rechtsnatur des angestrebten Rechtsverhältnisses ab und geht von dem Grundsatz aus, dass sich je nach der rechtlichen Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses (privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich) auch der Rechtsweg bei Streitigkeiten auf Abschluss eines derartigen Rechtsverhältnisses bestimmt (BVerwG v. 25.3.1982 – 2 C 30/79, Rn 30, NVwZ 1983, 220; vgl. auch BayVGH v. 7.4.2014 – 7 C 14.408, juris Rn 9).

Auch wenn der vorliegend geltend gemachte Bewerbungsverfahrensanspruch aus einer Norm des Grundgesetzes hergeleitet wird und sich gegen eine öffentlich-rechtliche Körperschaft richtet, handelt es sich hier gleichwohl um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit. Das Rechtsverhältnis ist maßgeblich durch das Klagebegehren geprägt, in den öffentlichen Dienst eingestellt zu werden, wofür das Arbeitsverhältnis oder das Beamtenverhältnis in Betracht kommen. Da das eine dem Privatrecht (Arbeitsrecht) zugeordnet ist und das andere dem öffentlichen Recht (Beamtenrecht) richtet sich die Rechtswegbestimmung danach, ob der Kläger letztendlich seine Beschäftigung als Angestellter oder als Beamter anstrebt (*Groeger*, Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, Teil 15, Rn 8). Im Hinblick darauf, dass die ausgeschriebene Tätigkeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ausgeübt werden soll, bewegt sich die Beklagte bei ihrer Entscheidung, mit welchem Stellenbewerber ein entsprechender Arbeitsvertrag geschlossen werden soll, auf dem Boden des Privatrechts. Die Natur des Rechtsverhältnisses wird nicht dadurch ver-

ändert, dass das Klagebegehren auf eine grundrechtsgleiche Position gestützt wird (*Groeger*, Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, Teil 15, Rn 11). Auch wenn die Beklagte eine öffentlich-rechtliche Körperschaft ist, soll diese hier nach dem mit der Konkurrentenklage verfolgten Ziel an einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis beteiligt werden (vgl. *Groeger*, Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, Teil 15, Rn 12).

Mithin ist für die von der Klägerin erhobene Konkurrentenklage die Rechtswegzuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen nach § 2 Abs. 1 Nr. 3c ArbGG begründet. Über die Zulässigkeit des Rechtswegs für das hilfsweise geltend gemachte Schadensersatzbegehren ist nicht vorab, sondern erst nach Abweisung des Hauptantrags zu entscheiden (vgl. BAG v. 23.8.2001 – 5 AZB 20/01, Rn 13, AP ArbGG 1979, § 2 Nr. 76). Solange der Hauptantrag rechtshängig ist, bestimmt sich die Zuständigkeit für die gesamte Klage allein nach diesem (BAG v. 3.12.2014 – 10 AZB 98/14, Rn 19, NZA 2015, 180). (…)

- Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz
vom 24.10.2018 – 2 Ta 115/18

14. Rechtsweg – Entschädigungsklage nach AGG – Sic-non-Fall

Leitsatz

Bei einer Klage auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG genügt die Rechtsbehauptung, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien besteht, um den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten zu eröffnen (sog. Sic-non-Fall).

Aus den Entscheidungsgründen

Für den Anspruch auf Entschädigung nach § 15 AGG ist der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten gegeben. Da der Anspruch der Klägerin nur arbeitsrechtlich begründet werden kann – nämlich wenn es sich bei dem Beklagten um einen Arbeitgeber i.S.d. §§ 15 Abs. 2, 6 Abs. 2 AGG handelt – liegt insoweit ein Sic-non-Fall vor (vgl. LAG Rheinland-Pfalz v. 23.1.2012 – 9 Ta 17/12, juris). Die genannten Normen sehen einen Schadensersatzanspruch für Beschäftigte im Sinne des AGG vor, der sich gegen den Arbeitgeber im Sinne des AGG richtet. Zwar erwähnt § 15 Abs. 2 AGG – anders als § 15 Abs. 1 AGG – nicht explizit den Arbeitgeber als Anspruchsgegner, aus § 15 Abs. 5 AGG ergibt sich jedoch eindeutig, dass sich beide Ansprüche nur gegen den Arbeitgeber richten können. Der Klageerfolg hängt folglich auch von den Tatsachen ab, die zugleich für die Bestimmung des Rechtswegs entscheidend sind. Bei einem Sic-non-Fall genügt jedoch bereits die bloße Rechtsbehauptung, dass ein Arbeitsverhältnis vorliege.

- Landesarbeitsgericht Nürnberg
vom 28.12.2018 – 2 Ta 142/18

15. Zulässigkeit der Berufung – Unterzeichnung der Berufungsbegründung – Fortführung einer unzulässigen Revision als zulässige Anschlussrevision

Aus den Entscheidungsgründen

Die Revision der Beklagten ist begründet. (…)

2. Die Berufung des Klägers ist wegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist unzulässig (§ 520 ZPO). Der innerhalb der bis zum 9.2.2016 verlängerten Begründungsfrist als Telekopie eingegangene Schriftsatz vom 9.2.2016 ist nicht von der ihn verantwortenden Person unterschrieben. Die in der vom Gericht erstellten Kopie des Schriftsatzes wiedergegebene faksimilierte Unterschrift des Rechtsanwalts Dr. P genügt nicht dem für bestimmende Schriftsätze zwingenden und unverzichtbaren Formerfordernis des § 30 Nr. 6 ZPO. Der Mangel konnte nicht nach § 295 Abs. 1 ZPO durch rügelose Einlassung geheilt werden.

a) Nach § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG i.V.m. § 520 Abs. 3 Satz 1 ZPO ist die Berufungsbegründung, sofern sie nicht bereits in der Berufungsschrift enthalten ist, in einem Schriftsatz bei dem Berufungsgericht einzureichen. Für diesen gelten nach § 520 Abs. 5 ZPO die allgemeinen Vorschriften über die vorbereitenden Schriftsätze.

b) Als bestimmender Schriftsatz muss die Berufungsbegründung von einem beim Landesarbeitsgericht nach § 11 Abs. 4 Satz 1, Satz 2 und Satz 4 ArbGG vertretungsberechtigten Prozessbevollmächtigten zwar nicht selbst verfasst, aber nach eigenverantwortlicher Prüfung genehmigt und eigenhändig unterschrieben sein, § 130 Nr. 6 ZPO (vgl. BAG v. 5.8.2009 – 10 AZR 692/08, Rn 17; BGH v. 30.1.2018 – II ZR 238/16, Rn 9). Eine solche Unterschrift stellt sicher, dass der Unterzeichner die Verantwortung für den Inhalt des Schriftsatzes übernimmt (BGH v. 27.2.2018 – XI ZR 452/16, Rn 16). Bei der Übermittlung eines Schriftsatzes durch einen Telefaxdienst tritt an die Stelle der grundsätzlich zwingenden Unterschrift auf der Urkunde die Wiedergabe dieser Unterschrift in der bei Gericht erstellten Kopie (vgl. BAG v. 5.8.2009 – 10 AZR 692/08, Rn 21). Die Prüfung der für eine Unterschrift erforderlichen Merkmale kann vom Revisionsgericht selbstständig vorgenommen werden (BAG v. 25.2.2015 – 5 AZR 849/13, Rn 17, BAGE 151, 66).

c) Die auf der Telekopie wiedergegebene faksimilierte Unterschrift unter dem Schriftsatz vom 9.2.2016 entspricht diesen Anforderungen nicht. Ein Unterschriftsstempel ist keine eigenhändige Unterschrift der den Schriftsatz verantwortenden Person i.S.v. § 130 Nr. 6 ZPO (so bereits mit ausführlicher Begründung BAG v. 5.8.2009 – 10 AZR 692/08, Rn 18 ff.; vgl. auch BGH v. 18.3.2015 – XII ZB 424/14, Rn 15; v. 26.10.2015 – AnwZ (Brfg) 25/15, Rn 20).

aa) Das Fehlen einer eigenhändigen Unterschrift kann ausnahmsweise unschädlich sein, wenn – ohne Beweisaufnahme – aufgrund anderer Umstände zweifelsfrei feststeht, dass es sich bei dem Schriftsatz nicht nur um einen Entwurf handelt, sondern der Prozessbevollmächtigte die Verantwortung für den Inhalt des Schriftsatzes übernimmt und diesen auch bei Gericht einreichen will (vgl. BAG v. 25.2.2015 – 5 AZR 849/13, Rn 22, BAGE 151, 66; BGH v. 26.3.2012 – II ZB 23/11, Rn 9).

bb) Anders als eine leer gebliebene Unterschriftszeile, die auf ein Versehen zurückzuführen sein kann (vgl. BGH v. 4.10.1984 – VII ZR 342/83, zu 1 c bb der Gründe BGHZ 92, 251), erlaubt das Vorhandensein eines faksimilierten Signums unter einem Schriftsatz regelmäßig den Schluss, dass derjenige, mit dessen Namenszug der dem Gericht zugeleitete Schriftsatz gestempelt wurde, bei der Fertigstellung und Absendung des Schriftsatzes nicht anwesend war. Die Annahme, er habe gleichwohl die Verantwortung für den Inhalt des Schriftsatzes übernehmen und diesen auch bei Gericht einreichen wollen, liegt daher in einem solchen Fall fern. Umstände, die im Streitfall darauf schließen lassen, dass der als Telekopie eingegangene Schriftsatz vom 9.2.2016 gleichwohl von dem klägerischen Prozessbevollmächtigten verantwortet und mit dessen Wissen und Willen dem Landesarbeitsgericht zugeleitet wurde, sind nicht gegeben.

(1) Schon aufgrund der durch den Stempel hervorgerufenen Abwesenheitsvermutung bieten weder die Verwendung des Briefbogens seiner Kanzlei noch die maschinenschriftliche Wiedergabe seines Namens am Ende des Schriftsatzes eine der Unterschrift vergleichbare Gewähr für die Urheberschaft des Prozessbevollmächtigten des Klägers. Auch dessen Wille, am 9.2.2016 durch einen Telefaxdienst eine Berufungsbegründung in den Rechtsverkehr zu bringen, ist daher nicht zu erkennen (zu der Unterzeichnung mit einer unleserlichen „Linienführung“ BAG v. 25.2.2015 – 5 AZR 849/13, Rn 23, BAGE 151, 66).

(2) Der Schriftsatz ist dem Landesarbeitsgericht nicht zusammen mit einem vom Prozessbevollmächtigten des Klägers unterschriebenen Begleitschreiben übermittelt worden. Innerhalb der Berufungsbegründungsfrist sind auch keine Abschriften des Schriftsatzes beim Landesarbeitsgericht eingereicht worden, die mit einer Unterschrift oder zumindest mit einem handschriftlich vollzogenen Beglaubigungsvermerk des Prozessbevollmächtigten versehen waren. Selbst das am 15.2.2016 als Briefpost eingegangene Original des Schriftsatzes trägt anstelle der Unterschrift allein den faksimilierten Schriftzug „Dr. P“.

(3) Das auf Seite 1 des Schriftsatzes abgedruckte Kürzel „pü-jk“ neben dem kanzleiinternen Aktenzeichen erlaubt schon deshalb keinen sicheren Rückschluss darauf, dass Rechtsanwalt Dr. P ihn sowohl inhaltlich verantwortet hat als auch in den Rechtsverkehr bringen wollte, weil er erstinstanzlich auch – von ihm unterschriebene – Schriftsätze mit dem Diktatzeichen „mpü-pü-jk“ bei Gericht eingereicht hat.

3. Die mangelhafte Form der Berufungsbegründung konnte nicht durch rügelose Einlassung der Beklagten geheilt werden (§ 295 Abs. 2 ZPO). (...)

b) Ohne Erfolg verweist der Kläger darauf, dass es sich bei § 130 Nr. 6 ZPO lediglich um eine Sollvorschrift handele und das Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift „nicht mehr zeitgemäß“ sei.

aa) Die eigenhändige Unterschrift auf dem Original eines bestimmenden Schriftsatzes stellt am wirkungsvollsten sicher, dass der Berechtigte das Schreiben autorisiert hat. Der Zugang zu Gericht wird dadurch nicht unzumutbar erschwert (BVerfG v. 18.4.2007 – 1 BvR 110/07, Rn 22, BVerfGK 11, 48).

bb) Die Formulierung „sollen enthalten …“ im Eingangshalbsatz von § 130 ZPO ist bezüglich des Unterschriftserfordernisses in Nr. 6 als „müssen“ zu interpretieren (…).

II. Das Rechtsmittel des Klägers ist einheitlich als Anschlussrevision zu behandeln. In der Sache hat es keinen Erfolg.

1. Die Revision des Klägers ist unzulässig. Sie ist nicht rechtzeitig eingelegt worden (…).

2. Die Anschlussrevision ist nach § 72 Abs. 5 ArbGG i.V.m. § 554 Abs. 1, Abs. 2 ZPO statthaft. Der Revisionsbeklagte kann sich im Verfahren vor dem Bundesarbeitsgericht der Revision anschließen, auch wenn – wie im Streitfall – die Revisionsfrist bereits verstrichen ist.

a) Die Anschließung erfolgte am Tag der Zustellung der Revisionsbegründung und damit fristgerecht (§ 554 Abs. 2 Satz 2 ZPO).

b) Die Anschlussrevision wurde auch fristgerecht begründet (§ 554 Abs. 3 Satz 1 ZPO). (…)

3. Die unzulässige Revision des Klägers bildet mit der Anschlussrevision ein einheitliches Rechtsmittel, über das einheitlich zu erkennen ist. In der Sache hat die Anschlussrevision keinen Erfolg, weil bereits die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts unzulässig ist (…).

- Bundesarbeitsgericht

vom 24.10.2018 – 10 AZR 278/17
eingereicht von Rechtsanwalt Thomas Keller
Ickstattstraße 1, 80469 München
Tel.: 089/24223027; Fax.: 089/24223030

16. Sofortige Beschwerde, Unzulässigkeit des Zivilrechtsweges bei unerlaubten Handlungen, die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen

Aus den Entscheidungsgründen

Die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin ist gemäß § 17a Abs. 4 Satz 3 GVG i.V.m. § 569 Abs. 1 Satz 1 u. 2, Abs. 2 ZPO statthaft und zulässig (…)

Der Antragsteller wirft der Antragsgegnerin eine unerlaubte Handlung vor, welche im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht. Die Zuständigkeit nach Nr. 3d) der Bestimmung setzt nicht voraus, dass ein Verstoß gegen arbeitsvertragliche Pflichten geltend gemacht wird. Es reicht aus, wenn dieser in einer inneren Beziehung zu einem Arbeitsverhältnis der Parteien steht. Dies ist der Fall, wenn sie in der Eigenart des Arbeitsverhältnisses und den ihm eigentümlichen Berührungspunkten und Reibungen ihre Ursache findet (Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht/*Koch*, 17. Aufl., § 2 Rn 18). So verhält es sich auch nach dem Vorbringen des Antragstellers hier. Die inkriminierte Äußerung der Antragsgegnerin soll nicht als Reaktion auf einen rein privatrechtlichen Vorgang erfolgt sein. Vielmehr trägt der Antragsteller selbst vor, die Antragsgegnerin habe ihr Verhalten damit begründet, der Antragsteller habe an ihrem Arbeitsplatz unter ihrem Schreibtisch eine Überwachungskamera angebracht, mit der sie gefilmt würde. In der Folge ist die (behauptete) ehrenrührige Äußerung auf die typische Eigenart des Arbeitsverhältnisses, hier nämlich der Zugangsmöglichkeit des Arbeitgebers zu den von seinen Mitarbeitern genutzten Räumen und der Möglichkeit der Anbringung von Überwachungseinrichtungen hierin zurückzuführen. Nicht zuletzt hat der Antragsteller die Antragsgegnerin (…) wegen dieses Vorgangs abgemahnt.

Weiter handelt es sich auch um einen Rechtsstreit zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Die Arbeitnehmereigenschaft der Antragsgegnerin besteht unzweifelhaft. Entsprechend § 2 Abs. 1 Nr. 3d) ArbGG ist der Antragsteller hier als Arbeitgeber anzusehen. Denn die für die juristische Person als Organ handelnde natürliche Person steht dem Arbeitgeber gleich (BAG VersR 1996, 1256; OLG Nürnberg, Beschl. v. 11.12.2006 – 9 W 2459/09, juris). (…) Der Zwischenschaltung einer juristischen Person kommt insoweit keine Relevanz zu; vielmehr kann es in der Umsetzung der Rechtsprechung des BAG, welcher sich die Kammer anschließt, allein darauf ankommen, dass der Verfahrensbeteiligte als natürliche Person, wenn auch gestaffelt über zwischengeschaltete juristische Personen, die Geschäfte des Arbeitgebers tatsächlich führt. (…)

- Landgericht Frankfurt (Oder)

vom 4.1.19 – 16 T 6/19

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Gunnar Becker
DBM Rechtsanwälte, Tauentzienstraße 11,
10789 Berlin
Tel: 030/254591-0; Fax: 030/254591-11
E-Mail: kontakt@dbm.legal

Sonstiges

17. Wiedereinstellung eines nach § 6c Abs. 1 Satz 1 SGB II übergegangenen Arbeitnehmers

Leitsätze

1. Im Fall einer Wiedereinstellung i.S.d. § 6c Abs. 1 Satz 4 SGB II handelt es sich nicht um einen Übertritt kraft Gesetzes, sondern um die vertragliche Neubegründung eines Arbeitsverhältnisses zu den bisherigen Bedingungen (im Anschluss an BAG, Urt. v. 24.9.2015 – 6 AZR 511/14).

2. § 6c Abs. 1 Satz 4 SGB II hat keinen drittschützenden Charakter zugunsten des Arbeitnehmers. Die Auswahl der zurückzugebenden Arbeitnehmer trifft der kommunale Träger (im Anschluss an BAG, Beschl. v. 26.9.2013 – 8 AZR 775/12).

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht, hilfsweise ob der Kläger gegen die Beklagte einen Anspruch auf Abgabe eines Angebots auf Abschluss eines Arbeitsvertrags hat.

Aus den Entscheidungsgründen

B. I. (…)

1. Der Kläger ist vom gesetzlichen Übergang nach § 6c SGB II betroffen. Für die Rückkehr des Klägers zur Beklagten bedurfte es einer vertraglichen Vereinbarung zwischen den Parteien. Nach Auffassung der Kammer ist eine solche Vereinbarung der Parteien nicht zustande gekommen (…).

Der Kläger war vom gesetzlichen Übergang seines Arbeitsverhältnisses nach § 6c SGB II betroffen.

Gemäß § 6c Abs. 1 Satz 1 SGB II treten die Arbeitnehmer, die am Tag vor der Zulassung eines weiteren kommunalen Trägers nach § 6a Abs. 2 SGB II und mindestens seit 24 Monaten Aufgaben der Beklagten als Träger nach § 6 Abs. 1 Satz 1 SGB II in dem Gebiet des kommunalen Trägers wahrgenommen haben, zum Zeitpunkt der Neuzulassung kraft Gesetzes in den Dienst des kommunalen Trägers über.

Die Zeiten der Beschäftigung müssen unmittelbar vor dem Stichtag liegen (LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 8.10.2012 – 1 Sa 22/12). Das ergibt sich aus dem Wortlaut des § 6c Abs. 1 Satz 1 SGB II („am Tag vor der Zulassung eines kommunalen Trägers (...) und mindestens seit 24 Monaten"). Hierfür spricht auch der Gesetzeszweck, entsprechend dem Grundsatz „Personal folgt der Aufgabe" die Personalkontinuität und damit die Arbeitsfähigkeit der Sozialverwaltung bei dem Übergang von Aufgaben der Grundsicherung auf einen kommunalen Träger zu gewährleisten (LAG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 18.9.2012 – 6 Sa 434/11, juris Rn 33). Die Stichtagsregelung soll gewährleisten, dass die übertretenden Beschäftigten eine hinreichende Berufserfahrung aufweisen (BAG, Urt. v. 16.4.2015 – 6 AZR 142/14, NZA 2015, 1008, 1013, Rn 42). Nur objektiv qualifiziertes, gründlich eingearbeitetes Personal soll auf den kommunalen Träger übergehen. Die fachliche Erfahrung der bisherigen Beschäftigten der Beklagten im Bereich der Grundsicherung soll für die Optionskommune gesichert werden. Diese soll mit „derselben Mannschaft" starten, die zuvor bei der Beklagten die Aufgaben der Grundsicherung wahrgenommen hat (BAG, Beschl. v. 17.3.2016 – 6 AZR 96/15). Die Tätigkeit muss aber nicht durchgehend wahrgenommen worden sein, Unterbrechungen der tatsächlichen Tätigkeit im Bereich der Grundsicherung innerhalb dieser Rahmenzeit sind grundsätzlich für die Berechnung ohne Bedeutung, wenn diese Unterbrechungen nach § 19 Abs. 6 TV-BA für die Laufzeit in den Entwicklungsstufen unschädlich sind (BAG, Beschl. v. 17.3.2016 – 6 AZR 96/15; LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 8.10.2012 – 1 Sa 22/12 für eine nicht länger als drei Monate dauernde Abordnung an eine andere Dienststelle). Darum ist Elternzeit grundsätzlich als Beschäftigungszeit zu werten (BAG, Beschl. v. 17.3.2016 – 6 AZR 96/15; a.A. LAG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 18.9.2012 – 6 Sa 434/11, juris Rn 37). Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn im Referenzzeitraum keinerlei aktive Tätigkeit in der Grundsicherung ausgeübt wird. Dann fehlt es an der von § 6c Abs. 1 Satz 1 SGB II geforderten „Wahrnehmung" von Aufgaben in der Grundsicherung. Zugleich würde insbesondere dann das Regelungsziel, der Kommune eingearbeitetes Personal zur Verfügung zu stellen, mit dem sofort die Aufgaben der Grundsicherung fortgeführt werden können, verfehlt, wenn ruhende Arbeitsverhältnisse übergingen (BAG, Beschl. v. 17.3.2016 – 6 AZR 96/15; LAG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 18.9.2012 – 6 Sa 434/11, juris Rn 31 ff.; Arbeitsgericht Stendal, Urt. v. 2.5.2012 – 4 Ca 273/12; *Münder*, SGB II, 6. Aufl. 2017, SGB II, § 6c Rn 2 m.w.N.).

Nach diesen Grundsätzen ist das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien auf den Nebenintervenienten übergegangen. (…)

2. Das erkennende Gericht hat im Hinblick auf die im Vorlagebeschluss des BAG v. 26.9.2013 (8 AZR 775/12; nachfolgend: BVerfG [Erster Senat], Beschl. v. 21.3.2018 – 1 BvL 1/14, NZA 2018, 959; a.A. BVerwG, Urt. v. 26.2.2015 – 2 C 1/14, NVwZ-RR 2015, 619, Rn 5, 31; OVG Magdeburg, Urt. v. 12.11.2013 – 1 L 15/13) dargestellten Argumente zwar Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des § 6c Abs. 1 SGB II, ist von dessen Nichtigkeit aber nicht überzeugt.

Art. 12 Abs. 1 GG garantiert neben der freien Wahl des Berufs auch die freie Wahl des Arbeitsplatzes. Das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG ist daher berührt, wenn der Gesetzgeber bestehende Arbeitsverhältnisse in der Weise normativ umgestaltet, dass er die Person des Arbeitgebers auswechselt (BVerfG, Beschl. v. 25.1.2011 – 1 BvR 1741/09, NZA 2011, 400, 401, Rn 69). Dies gilt in gleicher Weise für Arbeitsplätze in der Privatwirtschaft wie im öffentlichen Dienst. Das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG ist daher unbeschadet der Organisationsgewalt des Staates berührt, wenn der Gesetzgeber bestehende Arbeitsverhältnisse in der Weise normativ umgestaltet, dass er die Person des Arbeitgebers auswechselt. In der gesetzlichen Überleitung eines Arbeitsverhältnisses auf einen zugelassenen kommunalen Träger ohne Widerspruchs- und/oder Rückkehrrecht des Arbeitnehmers liegt eine Beeinträchtigung des Arbeitnehmers in seinem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG. Neben Art. 12 Abs. 1 GG scheidet Art. 2 Abs. 1 GG als Prüfungsmaßstab unter dem Gesichtspunkt der Vertragsfreiheit aus (BVerfG, Beschl. v. 25.1.2011 – 1 BvR 1741/09, NZA 2011, 400, 401 Rn 70).

Der Arbeitnehmer ist dadurch in seiner Berufsfreiheit betroffen, dass anstelle der Beklagten der kommunale Träger in die Position des Arbeitgebers einrückt, mit dem er vertraglich verbunden sein soll. Diese durch Gesetz vollzogene Zuweisung eines anderen Arbeitgebers ist ein Eingriff in das Recht auf die freie Wahl des Arbeitsplatzes. Soweit der Gesetzgeber zulässt, dass der Arbeitgeber durch Rechtsgeschäft ohne Zustimmung des Arbeitnehmers ausgewechselt wird, trifft ihn eine Schutzpflicht, die nicht nur das Interesse des Arbeitnehmers am Erhalt seines Arbeitsplatzes trotz Arbeitgeberwechsels, sondern auch seine privatautonome Entscheidung über die Person des Vertragspartners beachten muss (BVerfG, Beschl. v. 25.1.2011 – 1 BvR 1741/09, NZA 2011, 400, 402, Rn 73). Durch den Verlust des alten Arbeitgebers wird dem Arbeitnehmer ein erhebliches Maß an Bestandsschutz entzogen.

Die Regelung in § 6c Abs. 1 Satz 1 SGB II könnte jedoch verhältnismäßig sein. Sie verfolgt einen legitimen Zweck („Personal folgt der Aufgabe") und ist geeignet, den angestrebten Zweck zu erreichen. Die Regelung könnte erforderlich sein, da gleich geeignete, aber we-

niger einschneidende Bestimmungen insoweit nicht zu erkennen sind. Insbesondere würde die Einräumung eines den Übertritt hindernden Widerspruchsrechtes der Betroffenen – wie in § 613a BGB vorgesehen – den Personalwechsel in dem erforderlichen Umfang erschweren oder gar weitgehend unmöglich machen (OVG Magdeburg, Urt. v. 12.11.2013 – 1 L 15/13).

Der zustimmungslose Übergang des Arbeitsverhältnisses könnte auch nicht unzumutbar, das heißt unverhältnismäßig im engeren Sinn sein. Die Betroffenen können Nachteile im beruflichen Fortkommen und auch im Einkommen erleiden. Die geltenden Tarifsysteme der Beklagten und der kommunalen Träger sind unterschiedlich ausgestaltet, auch wenn § 6c Abs. 5 SGB II den Besitzstand in Bezug auf das Arbeitsentgelt sichert. Unterschiede ergeben sich auch hinsichtlich der Organisationsstrukturen. Bei der Beklagten ergeben sich sowohl in räumlicher als auch in funktionaler Hinsicht andere, breit gefächerte Einsatz- und Aufstiegsmöglichkeiten als bei einem kommunalen Träger. Auch die Anzahl und Art der bei einer kommunalen Gebietskörperschaft für eine Beschäftigung zur Verfügung stehenden Stellen ist wesentlich geringer als bei der Beklagten. Das hat zur Folge, dass die Möglichkeiten eines nach § 6c Abs. 1 Satz 1 SGB II übergegangenen Arbeitnehmers, sich auf anderweitige, gegebenenfalls höherwertige Stellen zu bewerben bzw. sich räumlich durch Anträge auf Versetzung zu verändern, erheblich eingeschränkt werden. Gleiches gilt für die Chance, sich für eine völlig andersartige Tätigkeit zu bewerben. Hinzu kommt, dass die Verwaltungsstrukturen und damit auch die Art der Personalführung und -organisation bei der Beklagten nicht mit der bei einem kommunalen Träger vergleichbar sind (BAG, Beschl. v. 26.9.2013 – 8 AZR 775/12). Andererseits wird der Arbeitgeber zwar ausgetauscht, das Arbeitsverhältnis wird aber unter weitgehend ähnlichen Bedingungen dauerhaft im öffentlichen Dienst fortgesetzt. Insoweit unterscheidet sich der vorliegende Fall von demjenigen, der dem Beschluss des BVerfG v. 25.1.2011 (1 BvR 1741/09, NZA 2011, 400) zugrunde lag. Die Arbeitnehmer nehmen weiterhin Aufgaben wahr, die ihrer bisherigen Tätigkeit bei der Beklagten entsprechen. In § 6c Abs. 4 und 5 SGB II wurden eine Reihe besitzstandswahrender Regelungen geschaffen. Endet die kommunale Trägerschaft für die Grundsicherung, sieht § 6c Abs. 2 SGB II eine Rückübertragung des Arbeitsverhältnisses auf die Beklagte vor. Daher könnte der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit mit Rücksicht auf das überwiegende öffentliche Interesse an der Funktionsfähigkeit der Grundsicherungsverwaltung (BT-Drucks 17/1555 S. 19) und der Kontinuität der Aufgabenwahrnehmung unter Beachtung des Beurteilungsspielraums des Gesetzgebers gerechtfertigt sein (so LAG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 18.9.2012 – 6 Sa 434/11, juris Rn 24 ff.; Arbeitsgericht Stendal, Urt. v. 2.5.2012 – 4 Ca 273/12; *Eicher/Luik/Weißenberger*, SGB II, 4. Aufl. 2017, § 6c Rn 6 m.w.N.; *Gagel/Luik*, 70. EL Juni 2018, SGB II, § 6c Rn 11, 23 ff. m.w.N.). Ohne Personal mit ausreichenden Fachkenntnissen und Praxiserfahrungen kann die Aufgabe einer funktionierenden Grundsicherungsverwaltung, die unter anderem für die Sicherstellung des Existenzminimums für einen großen Personenkreis zuständig ist, durch den übernehmenden kommunalen Träger nicht ausgeführt werden. Er muss sofort handlungsfähig sein. Dazu ist es erforderlich, dass handlungsfähige Strukturen mit entsprechendem Personal übernommen werden (*Gagel/Luik*, 70. EL Juni 2018, SGB II, § 6c Rn 24 m.w.N.). Das Regel-/Ausnahmemodell von gemeinsamer Einrichtung und Optionskommunen ist durch Art. 91e GG auch verfassungsrechtlich verankert (*Stachnow-Meyerhoff*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB II, 4. Aufl. 2015, § 6c Rn 29).

Fraglich ist auch, ob der Verfassungsverstoß zur Nichtigkeit der gesetzlichen Regelung führen würde (verneinend LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 20.6.2013 – 25 Sa 349/13, 26 Sa 358/13 unter Hinweis darauf, dass dem Gesetzgeber verschiedene Regelungsalternativen zur Verfügung stünden m.w.N.) sowie ob sich eine etwaige Verfassungswidrigkeit nicht nur auf die verschlechterten Bedingungen, insbesondere auf den Tarifwechsel (§ 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II, vgl. Thüringer LAG, Urt. v. 10.1.2017 – 7 Sa 172/14, juris Rn 49: verfassungskonforme Auslegung des § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II dahin, dass die Anwendbarkeit des TV-BA kraft Vertragsrechts nicht ausgeschlossen ist) beziehen würde und im Hinblick auf die Abtrennbarkeit dieser Regelung nicht die gesamte Norm einschließlich des § 6c Abs. 1 Satz 1 SGB II erfassen würde (so LAG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 18.9.2012 – 6 Sa 434/11, juris Rn 29).

Von der Nichtigkeit des § 6c Abs. 1 SGB II ist die Kammer daher nicht überzeugt. Einer Vorlage an das Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 100 Abs. 1 GG bedurfte es daher nicht (vgl. *Stein/Jonas/Roth*, ZPO, 22. Aufl. 2005, § 148 Rn 15 m.w.N.). Das Landesarbeitsgericht konnte daher von der Verfassungsmäßigkeit des § 6c Abs. 1 Satz 1 SGB II und von einem Übergang des Arbeitsverhältnisses des Klägers auf den Nebenintervenienten bis zur Rückübertragung und Wiedereinstellung bei der Beklagten nach § 6c Abs. 1 Satz 4 SGB II ausgehen.

3. Die Rückkehr des Klägers zu der Beklagten setzt eine vertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien voraus.

Im Fall einer Wiedereinstellung bei der Beklagten i.S.d. § 6c Abs. 1 Satz 4 SGB II handelt es sich nicht um ei-

nen Übertritt kraft Gesetzes in den Dienst eines anderen Trägers, sondern um die vertragliche Neubegründung eines Arbeitsverhältnisses zu den bisherigen Bedingungen (BAG, Urt. v. 24.9.2015 – 6 AZR 511/14, AP SGB II § 6c Nr. 3, Rn 21 ff.).

Das ergibt sich aus dem Wortlaut des § 6c Abs. 1 SGB II. Nach § 6c Abs. 1 Satz 4 SGB II war die Beklagte bis zum Erreichen der 10 %-Grenze nach § 6c Abs. 1 Satz 3 SGB II verpflichtet, nach Satz 1 übergegangene Arbeitnehmer wiedereinzustellen, wenn diese auf Vorschlag des kommunalen Trägers dazu bereit sind. Unter einer „Wiedereinstellung" ist typischerweise die vertragliche Neubegründung eines Arbeitsverhältnisses durch Abgabe entsprechender Willenserklärungen zu verstehen (BAG, Urt. v. 24.9.2015 – 6 AZR 511/14, AP SGB II § 6c Nr. 3, Rn 22 m.w.N.; *Eicher/Luik/Weißenberger*, SGB II, 4. Aufl. 2017, § 6c Rn 6). Solche Willenserklärungen sind bei einem Übertritt kraft Gesetzes nicht erforderlich. Dies wird ebenfalls deutlich in § 6c Abs. 1 Satz 5 SGB II, in dem es heißt: „Die (...) Wiedereinstellung im Sinne der Sätze (...) 4 ist innerhalb von drei Monaten nach dem Zeitpunkt der Neuzulassung abzuschließen". Die Unterscheidung in § 6c Abs. 1 SGB II zwischen einem Arbeitgeberwechsel auf gesetzlicher Grundlage und einer vertraglich begründeten Wiedereinstellung entspricht der Formulierung anderer gesetzlicher Regelungen. Die vertragliche Vereinbarung der Wiedereinstellung i.S.d. § 6c Abs. 1 Satz 4 SGB II entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers, der davon ausging, dass eine Wiedereinstellung nicht ohne Zustimmung des jeweiligen Arbeitnehmers möglich ist. Hiermit ist die Annahme „einer Wiedereinstellung kraft Gesetzes" durch § 6c Abs. 1 Satz 4 SGB II unvereinbar (BAG, Urt. v. 24.9.2015 – 6 AZR 511/14, AP SGB II § 6c Nr. 3, Rn 23 f. m.w.N.).

4. Die Parteien haben nach Auffassung der Kammer nicht vertraglich die Wiedereinstellung des Klägers bei der Beklagten vereinbart. (…) Der Abschluss eines Arbeitsvertrages wäre bereits vor Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Nebenintervenienten möglich gewesen. Mit § 6c Abs. 1 Satz 5 SGB II sieht das Gesetz im Interesse der Planungssicherheit auch der Arbeitnehmer nur eine zeitliche Begrenzung von drei Monaten nach dem Zeitpunkt der Neuzulassung des kommunalen Trägers vor. Eine möglichst frühzeitige Klarheit über die Wiedereinstellung ist im Sinn des Gesetzgebers. Die Wiedereinstellung konnte daher bereits vor dem Zeitpunkt der Neuzulassung vereinbart werden (vgl. BAG, Urt. v. 24.9.2015 – 6 AZR 511/14, AP SGB II § 6c Nr. 3, Rn 19 m.w.N.; *Eicher/Luik/Weißenberger*, SGB II, 4. Aufl. 2017, § 6c Rn 7).

Verträge kommen durch auf den Vertragsschluss gerichtete, einander entsprechende Willenserklärungen zustande, indem das Angebot („Antrag") der einen Vertragspartei gemäß §§ 145 ff. BGB von der anderen Vertragspartei angenommen wird. Eine Willenserklärung ist eine Äußerung, die auf die Herbeiführung eines rechtsgeschäftlichen Erfolgs gerichtet ist (vgl. nur BAG, Urt. v. 17.5.2017 – 7 AZR 301/15, AP TzBfG § 14 Nr. 158).

Nach §§ 133, 157 BGB sind Willenserklärungen und Verträge so auszulegen, wie die Parteien sie nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen mussten, wobei vom Wortlaut auszugehen ist. Zur Ermittlung des wirklichen Willens der Parteien sind auch die außerhalb der Vereinbarung liegenden Umstände einzubeziehen, soweit sie einen Schluss auf den Sinngehalt der Erklärung zulassen. Vor allem sind die bestehende Interessenlage und der mit dem Rechtsgeschäft verfolgte Zweck zu berücksichtigen. Im Zweifel ist der Auslegung der Vorzug zu geben, die zu einem vernünftigen und widerspruchsfreien Ergebnis führt, das den Interessen beider Vertragspartner gerecht wird (vgl. nur BAG, Urt. v. 17.5.2017 – 7 AZR 301/15, AP TzBfG § 14 Nr. 158).

Der Kläger musste nach Auffassung der Kammer die Erklärung der Beklagten in deren Schreiben von November 2011 dahingehend verstehen, dass die Beklagte mit diesem Schreiben nur seine Bereitschaft zur Rückkehr abfragen, nicht jedoch ein bindendes Angebot zum Abschluss eines Arbeitsvertrags abgeben wollte. Das ergibt sich aus dem Wortlaut dieses Schreibens unter Einbeziehung von weiteren Umständen. (…)

Einer erneuten Abfrage der Rückkehrbereitschaft des Klägers steht auch nicht entgegen, dass der Kläger nach seinem Vortrag zuvor bereits im Mai 2011 eine schriftliche Interessenbekundung abgegeben hatte sowie mündlich unter anderem gegenüber Frau Y. seinen Wunsch, bei der Beklagten zu verbleiben bzw. zu dieser zurückzukehren, deutlich gemacht hatte. Im Hinblick auf das in § 6c Abs. 1 Satz 4 SGB II vorausgesetzte Einverständnis der Arbeitnehmer erscheint es nicht ungewöhnlich, formalisiert den Kläger auch um eine schriftliche Mitteilung zu bitten, ob er mit der Wiedereinstellung bei der Beklagten einverstanden ist. (…)

Das Schreiben vom November 2011 enthält zudem nicht alle für einen Vertragsabschluss wesentlichen Vertragsbedingungen. Zu dem für eine Vertragseinigung notwendigen Mindestinhalt (essentialia negotii) gehören nach § 611 Abs. 1 BGB auf jeden Fall die „versprochenen Dienste", also Art und Beginn der Arbeitsleistung (BAG, Urt. v. 25.6.2014 – 7 AZR 847/12, NZA 2014, 1209, 1211). Dem Schreiben vom November 2011 kann aber insbesondere nicht der Zeitpunkt des Vertragsbeginns entnommen werden. Dies wird vielmehr ausdrücklich offen gelassen. (…)

II. Der Kläger hat gegen die Beklagte auch keinen Anspruch auf Abgabe eines Angebots auf Abschluss eines Arbeitsvertrages für die Zeit ab dem 1.4.2012 (Hilfsantrag zu 2.).

1. Dabei ist die Klage nicht schon deswegen teilweise unbegründet, weil die Verurteilung der Beklagten zur Abgabe des Vertragsangebotes zum 1.8.2009 (rück-)wirken soll. Die rückwirkende Begründung eines Arbeitsverhältnisses ist zulässig (BAG, Urt. v. 13.3.2013 – 7 AZR 344/11; v. 9.2.2011 – 7 AZR 91/10, AP BGB § 307 Nr. 52, Rn 25, jeweils m.w.N.).

2. Der Kläger hat gegen die Beklagte jedoch keinen Anspruch aus § 6c SGB II auf Wiedereinstellung.

a) Ein solcher Anspruch des Klägers ist bereits deshalb nicht gegeben, weil § 6c SGB II keinen drittschützenden Charakter hat. Ein Rückkehrrecht des übergegangenen Arbeitnehmers beinhaltet § 6c SGB II nicht. Es ist dem Kläger auch nicht im Wege einer verfassungskonformen Auslegung des § 6c SGB II einzuräumen (BAG, Beschl. v. 26.9.2013 – 8 AZR 775/12). Der insoweit eindeutige Wortlaut des § 6c SGB II sieht ein solches Rückkehrrecht nicht vor. Eine dem Wortlaut widersprechende Auslegung widerspräche auch dem Willen des Gesetzgebers. So hat dieser die Möglichkeit einer Rückkehr eines übergeleiteten Arbeitnehmers vom kommunalen Träger zur Beklagten im Falle der Wiedereinstellung auf Vorschlag des kommunalen Trägers (§ 6c Abs. 1 Satz 4 SGB II) ausdrücklich geregelt. Ein Rückkehrrecht des übergegangenen Arbeitnehmers sieht § 6c SGB II jedoch nicht vor (BAG, Beschl. v. 26.9.2013 – 8 AZR 775/12). Da ein solches auch nicht in der Gesetzesbegründung erwähnt wird, kann nicht auf den Willen des Gesetzgebers geschlossen werden, er habe im Fall des § 6c Abs. 1 Satz 1 SGB II entgegen dem eindeutigen Wortlaut dem Arbeitnehmer ein Recht zum Widerspruch gegen die Auswechslung seines Arbeitgebers oder ein Rückkehrrecht zur Beklagten gewähren wollen (BAG, Beschl. v. 26.9.2013 – 8 AZR 775/12).

b) Auch sind die Voraussetzungen des § 6c SGB II im vorliegenden Fall nicht gegeben. (…)

3. Der Kläger hat gegen die Beklagte auch keinen Anspruch aus einer (Einstellungs-)Zusage der Beklagten unabhängig von einer Rückgabe durch den Nebenintervenienten. (…)

- Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 22.8.2018 – 7 Sa 494/13

Streitwert und Gebühren

18. Zum Streitwert bei mehreren Abmahnungen

Leitsatz

Mehrere in einem Rechtsstreit angegriffene Abmahnungen führen zu einem Wert von höchsten einem Vierteljahresverdienst des Arbeitnehmers.

Aus den Entscheidungsgründen

1. Der Streit über die Berechtigung einer Abmahnung ist gemäß § 23 Abs. 1 RVG, § 48 Abs. 1 GKG, § 3 ZPO nach freiem Ermessen des Gerichts zu bewerten. Dabei ist es regelmäßig angemessen, einen Wert in Höhe eines Bruttomonatsverdienstes festzusetzen. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass eine Bestandsschutzstreitigkeit gemäß § 42 Abs. 2 GKG mit dem Vierteljahresverdienst zu bewerten ist und einer Abmahnungsstreitigkeit deutlich weniger Bedeutung zukommt. Werden in einem Verfahren mehrere Abmahnungen angegriffen, so ist jede von ihnen zu bewerten; der Wertansatz ist jedoch auf ein Vierteljahresverdienst zu begrenzen, weil die Bedeutung derartig kumulierter Abmahnungsstreitigkeiten bei einer wertenden Betrachtungsweise den Wert einer Bestandsstreitigkeit nicht übersteigt. Dies entspricht den Empfehlungen der Streitwertkommission für die Arbeitsgerichtsbarkeit vom 9.2.2018, an denen sich die Beschwerdekammer im Interesse einer einheitlichen Wertfestsetzung orientiert.

2. Bei Anwendung dieser Grundsätze ist der vom Arbeitsgericht festgesetzte Wert in der aus dem Beschlusstenor ersichtlichen Weise herabzusetzen. Dass in jeweils gesondert geführten Rechtsstreitigkeiten angegriffene Abmahnungen zu einem Wertansatz von jeweils einem Bruttomonatsverdienst geführt hätten, trifft zu, rechtfertigt jedoch kein anderes Ergebnis. Denn eine verfahrensübergreifende Wertanrechnung bzw. Wertfestsetzung ist ausgeschlossen. Dass bei mehreren Rechtsstreitigkeiten insgesamt höhere anwaltliche Vergütungsansprüche entstehen als bei einer Klagehäufung in einem Verfahren, ist mit anderen Worten für die auf einen Rechtsstreit bezogene Wertfestsetzung ohne Bedeutung.

3. (…) Die Entscheidung ist unanfechtbar.

- Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg 14.12.2018 – 17 Ta (Kost) 6137/18

19. Streitwert, Mehrvergleich eines Verwaltungsverfahrens

Leitsatz

Schließen die Parteien im Kündigungsschutzprozess eines schwerbehinderten Arbeitnehmers einen Vergleich, durch den auch ein noch beim Integrationsamt anhängiges Verwaltungsverfahren auf Erteilung der Zustimmung zu einer beabsichtigten weiteren Kündigung miterledigt wird, so kommt dieser Regelung ein Mehrwert zu, der mit einem Bruttomonatsgehalt angemessen, aber auch ausreichend bewertet ist.

- Landesarbeitsgericht Köln

vom 17.6.2016 – 7 Ta 396/15

20. Gegenstandswertbeschwerde, Zustimmungsersetzung, Einstellung

Leitsatz

Der Wert des Zustimmungsersetzungsantrags richtet sich nach der Bedeutung des betroffenen Mitbestimmungsrechts. Dies ist in der Regel unabhängig von der arbeitsvertraglich vereinbarten Vergütung. Deshalb ist es sachgerecht, bei der Ermessensausübung nach § 23 RVG vom Hilfswert auszugehen.

- Landesarbeitsgericht Köln

vom 15.12.2016 – 2 Ta 297/16

21. Gegenstandswertbeschwerde, Zustimmungsersetzung, Ein- und Umgruppierung, eigenständiges, nicht vermögensrechtliches Verfahren

Leitsatz

Im Verfahren auf Einleitung des Zustimmungsersetzungsverfahrens zur Ein- und Umgruppierung kann der Streitwertkatalog (B 13.6) dahingehend angewandt werden, dass für den ersten Fall 50 % des Hilfswertes angenommen werden. Für weitere überwiegend identische Streitfälle im gleichen Verfahren kann auf die Staffel aus B 13.7 des Streitwertkatalogs zurückgegriffen werden. Streitgegenstand ist nicht die Frage, ob die Eingruppierung richtig ist, sondern ob Tatbestände gegeben sind, aus denen der Arbeitgeber zur Einleitung des Zustimmungsersetzungsverfahrens verpflichtet ist.

- Landesarbeitsgericht Köln

vom 10.1.2018 – 2 Ta 275/18

22. Streitwert, Kündigungsschutzklage gegen Veräußerer und Feststellungsklage gegen Erwerber

Leitsatz

Bei der streitwertmäßigen Bewertung einer Bestandsschutzklage gegen den Betriebsveräußerer und einer Feststellungs- bzw. Bestandsschutzklage gegen den Erwerber findet keine Erhöhung wegen der subjektiven Klagehäufung statt. Es sind für beide Anträge insgesamt nur drei Gehälter als Streitwert anzusetzen. Dieses gilt jedenfalls für die typischen Fälle, in denen eine betriebsbedingte Kündigung angegriffen wird. (amtlicher Leitsatz).

Aus den Entscheidungsgründen

Die Abänderung des erstinstanzlichen Beschlusses ergibt sich daraus, dass die erkennende Kammer im Gegensatz zum Arbeitsgericht dem Streitwertkatalog (I Nr. 13) bei der streitwertmäßigen Bewertung einer Bestandsschutzklage gegen den Betriebsveräußerer und einer Feststellungs- bzw. Bestandsschutzklage gegen den Erwerber im Regelfalle folgt. Danach findet keine Erhöhung wegen der subjektiven Klagehäufung statt. Es sind für beide Anträge insgesamt nur drei Gehälter als Streitwert anzusetzen.

Dieses gilt jedenfalls für die typischen Fälle, in denen eine betriebsbedingte Kündigung angegriffen wird. Nach Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. insbesondere BAG v. 16.5.2002 – 8 AZR 319/01) schließen sich eine Betriebsstilllegung und ein Betriebsübergang gegenseitig aus. Das Gleiche gilt für die Stilllegung eines Betriebsteils und eine Teilbetriebsübertragung. In diesen typischen Fällen haben beide Klageanträge – wenn auch gegen verschiedene Parteien – nicht nur das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses zum Gegenstand, sondern auch einen einheitlichen punktuellen Lebenssachverhalt.

Ob der Betriebsübergang dem Ausspruch der Kündigung nachfolgt – worauf die Prozessbevollmächtigte des Klägers in seiner eigenen Stellungnahme abstellt – kann nicht entscheidend sein. Denn eine Kündigung kann nicht erst dann ausgesprochen werden, wenn der Betrieb stillgelegt ist, sondern auch dann, wenn die Stilllegung beabsichtigt ist. An einer Stilllegungsabsicht fehlt es, solange der bisherige Inhaber mit einem potentiellen Erwerber in Verhandlungen wegen der Übernahme steht. Dabei kommt dem Arbeitnehmer eine tatsächliche Vermutung zur Hilfe. Bei alsbaldiger Wiedereröffnung des Betriebes oder bei alsbaldiger Wiederaufnahme der Produktion durch einen Erwerber spricht eine tatsächliche Vermutung gegen die ernsthafte Absicht, den Betrieb stillzulegen (BAG v. 27.4.1995 – 8 AZR 200/94). Gegen einen einheitlichen Lebenssachverhalt spricht es mithin nicht, wenn der Betriebsübergang erst während der Kündigungsfrist eintritt.

Offen lässt die erkennende Kammer, ob der Fall anders zu beurteilen ist, wenn die Kündigungsgründe nicht aus dem betriebsbedingten Bereich stammen und/oder ein Zusammenhang mit dem Betriebsübergang ausscheidet, insbesondere wenn z.B. zunächst eine verhaltensbedingte oder personenbedingte Kündigung ausgesprochen wird und danach ein Betriebsübergang stattfindet.

Im vorliegenden Fall ist für einen solchen Ausnahmefall nichts ersichtlich.

Es wurde „aus betriebsbedingten Gründen“ gekündigt. Dem Kläger wurde „inoffiziell“ mitgeteilt, der Arbeitsplatz werde entfallen. Dass keine Information gemäß § 613a BGB gegeben wurde, ist dabei nicht relevant. Auch kommt es nicht darauf an, ob der Kläger sich auf § 613a BGB berufen hat (tatsächlich hat er sich im Schriftsatz vom 22.7.2014 darauf berufen). Für den typischen Zusammenhang zwischen den betrieblichen Gründen und dem Betriebsübergang spricht die Erledigung des Rechtsstreits: Das Arbeitsverhältnis wird aufgrund des Vergleichs zu unveränderten Bedingungen mit dem Erwerber fortgesetzt. (…)

- Landesarbeitsgericht Köln
vom 6.6.2016 – 4 Ta 99/16

23. AGB-Kontrolle – Verfallklauseln in Arbeitsverträgen

Leitsätze

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 2.500 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz jeweils aus einem Betrag in Höhe von 1.250 EUR seit dem 1.5.2017 und seit dem 1.8.2017 zu zahlen.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 900 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus jeweils 180 EUR brutto seit dem 1.3.2017, seit dem 1.4.2017, seit dem 1.5.2017, seit dem 1.6.2017 und seit dem 1.7.2017 zu zahlen.

3. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 768,96 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 3.500 EUR brutto seit dem 14.7.2017 zu zahlen.

4. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 3.500 EUR brutto für den Zeitraum vom 1.7.2017 bis 5.7.2017 zu zahlen.

5. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger ein qualifiziertes Zeugnis zu erteilen.

Tatbestand

Die Parteien streiten um Vergütungsansprüche sowie um ordnungsgemäße Zeugniserteilung.

Entscheidungsgründe

I. (…) Der Kläger hat einen Anspruch auf Zahlung einer variablen Vergütung i.H.v. 2.500 EUR brutto aus § 611 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag.

1. Die Parteien haben sich auf eine garantierte variable Vergütung im ersten Beschäftigungsjahr in Höhe von 5.000 EUR, quartalsweise zu leisten, verständigt. (…)

2. Der Kläger ist vom 1.1.2017 bis zum 31.6.2017 und damit für die Dauer von sechs Monaten bei der Beklagten beschäftigt gewesen. Ihm ist danach ein Anspruch in Höhe von 2.500 EUR erwachsen.

3. Der Anspruch ist nicht durch § 20 Abs. 2 der arbeitsvertraglichen Verfallklausel ausgeschlossen. § 20 des Arbeitsvertrags ist unwirksam.

a. § 20 Abs. 1 und 2 des Arbeitsvertrages enthalten eine zweistufige Verfallklausel. Nach § 20 Abs. 1 sind alle beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und solche, die mit dem Arbeitsverhältnis in Verbindung stehen, verfallen, wenn sie nicht innerhalb von drei Monaten nach der Fälligkeit gegenüber der anderen Vertragspartei schriftlich erhoben werden. Nach § 20 Abs. 2 verfällt der Anspruch, wenn er nicht innerhalb von drei Monaten nach der Ablehnung oder dem Fristablauf gerichtlich geltend gemacht wird, und die Gegenseite den Anspruch abgelehnt oder sich nicht innerhalb von zwei Wochen nach der Geltendmachung des Anspruchs erklärt hat.

b. § 20 Abs. 1 des Arbeitsvertrages verstößt gegen § 309 Nr. 13b) BGB.

Nach § 309 Nr. 13b) BGB, der nach Art. 227 § 37 EGBGB auf nach dem 30.9.2016 begründete Schuldverhältnisse Anwendung findet, darf für Anzeigen und Erklärungen, die nicht Verträge i.S.v. § 309 Nr. 13a) BGB betreffen, keine strengere Form als die Textform verlangt werden.

§ 20 Abs. 1 des von den Parteien nach dem 30.9.2017 unterzeichneten Arbeitsvertrages verlangt „Schriftform“ und geht damit über die nach § 309 Nr. 13b) BGB angeführte Textform hinaus. Es handelt sich bei dem Arbeitsvertrag der Parteien jedoch nicht um einen Vertrag i.S.v. § 309 Nr. 13a) BGB, bei welchem eine strengere Form als Textform zulässigerweise verlangt werden durfte.

c. Der Verstoß gegen § 309 Nr. 13b) BGB führt zur Gesamtunwirksamkeit von § 20 und insbesondere auch von § 20 Abs. 2 des Arbeitsvertrages. Die Anwendung der Grundsätze des sog. Blue-Pencil-Tests (vgl. BAG v. 12.3.2008 – 10 AZR 152/07, Rn 28 ff.; LAG Köln v. 13.6.2013 – 7 Sa 101/13) führt nicht dazu, dass § 20 Abs. 1 des Arbeitsvertrages unter Herausstreichen der Formulierung „schriftlich“ aufrechterhalten bleibt. Hierin läge eine geltungserhaltende Reduktion, die im Hinblick auf § 306 Abs. 1 und 2 BGB sowie Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung des § 309 Nr. 13b) BGB ausscheidet (vgl. ebenso: *Küttner/Schmidt*, Personalhandbuch, 25. Aufl. 2018, Einzelheiten/Ausschlussfrist, Rn 9 m.w.N.; *Besgen*, JM 17, 106; *Oberthür/Stähler*, ArbRB 16, 273). Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB, nach

welchem auf die Besonderheiten des Arbeitsrechts Rücksicht zu nehmen ist. Denn das Erfordernis einer schriftlichen Geltendmachung stellt keine arbeitsrechtliche Besonderheit dar (vgl. ebenso: *Küttner/Schmidt*, Personalhandbuch, 25. Aufl. 2018, Einzelheiten/Ausschlussfrist, Rn 9). Die Anwendung der Grundsätze des sog. Blue-Pencil-Tests führt zur Streichung des wegen Verstoßes gegen § 309 Nr. 13b) BGB unwirksamen ersten Absatzes von § 20 des Arbeitsvertrages. Danach bleibt von der Ausschlussfristregelung bestehen: „Lehnt die Gegenpartei den Anspruch ab oder erklärt sie sich nicht innerhalb von zwei Wochen nach der Geltendmachung des Anspruchs, so verfällt dieser, wenn er nicht innerhalb von drei Monaten nach der Ablehnung oder dem Fristablauf gerichtlich geltend gemacht wird. (...)“ Hierin liegt keine eigenständige sachliche Regelung, die fortbestehen könnte (vgl. hierzu: BAG v 12.3.2008 – 10 AZR 152/07, Rn 28 ff.; BAG v. 16.5.2012 – 5 AZR 251/11, Rn 37 f.). Der verbleibende § 20 Abs. 2 allein ist nicht mehr nachvollziehbar. Wegen der Unwirksamkeit der ersten Stufe in § 20 Abs. 1 gibt es keinen Zeitpunkt mehr, an den der Fristlauf der zweiten Stufe anknüpfen könnte (vgl. BAG zu vergleichbarer Ausschlussfrist in zwei getrennten Absätzen: BAG v. 16.5.2012 – 5 AZR 251/11, Rn 37 f.). (…)

II. (…) Der Kläger hat einen Anspruch gegen die Beklagte aus § 611 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag auf Zahlung einer Verpflegungspauschale für fünf Monate in Höhe von jeweils 180 EUR brutto.

1. Die Parteien haben sich auf die Zahlung einer Verpflegungspauschale i.H.v. 180 EUR monatlich verständigt. (…)

2. Der Kläger ist ab Februar 2017 für die Dauer von fünf Monaten bei der Beklagten beschäftigt gewesen, sodass ihm ein Anspruch in Höhe von 900 EUR brutto entstanden ist.

3. Der Anspruch ist nicht durch die arbeitsvertragliche Ausschlussfrist ausgeschlossen. Ebenso wenig hat der Kläger auf den Anspruch verzichtet. Es wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die vorstehenden Ausführungen Bezug genommen. (…)

III. (…) Der Kläger hat einen Anspruch auf Erstattung ihm anlässlich durchgeführter Dienstreisen entstandener Aufwendungen gemäß § 670 BGB.

1. Der Kläger legt mit seiner Klageschrift (…) sowie mit ergänzendem Schriftsatz (…) im Einzelnen dar, dass die angeführten Dienstreisen sowie die in diesem Zusammenhang getätigten Aufwendungen aus betrieblichen Gründen veranlasst und erforderlich waren. (…)

2. Der Anspruch ist nicht durch die arbeitsvertragliche Ausschlussfrist ausgeschlossen. Ebenso wenig hat der Kläger auf den Anspruch verzichtet. Es wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die vorstehenden Ausführungen Bezug genommen. (…)

IV. (…) Der Kläger hat einen Anspruch gemäß §§ 286 Abs. 2 Nr. 1, 288 Abs. 1 BGB auf Verzinsung des ihm für Juni 2017 zu zahlenden Bruttomonatsgehalts in Höhe von 3.500 EUR für den Zeitraum vom 1.7.2017 bis zum 5.7.2017. (…)

V. (…) Der Kläger hat einen Anspruch gegen die Beklagte auf Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses gemäß § 109 Abs. 1 Satz 3 GewO. (…)

Soweit ihm ein mit „Arbeitszeugnis“ überschriebenes Dokument zugeleitet worden ist, war dies zur Erfüllung des klägerseitigen Anspruchs, § 362 BGB, nicht geeignet. Denn es fehlte eine Unterzeichnung durch die Beklagte, sodass es sich bislang lediglich um einen Entwurf handelte. (…)

- Arbeitsgericht Köln

vom 27.11.18 – 14 Ca 2289/18

Rezensionen

Arnold/Günther
Arbeitsrecht 4.0 – Praxishandbuch zum Arbeits-, IP- und Datenschutzrecht in einer digitalisierten Arbeitswelt

Verlag C.H.Beck, München, 2018, 298 Seiten, gebunden (in Leinen), 59,00 EUR
ISBN 978-3-406-72213-4

Die Digitalisierung, für die Zwecke des rezensierten Buches definiert als Aufbereitung und Verarbeitung von Information mit Hilfe von Computern, verändert nicht nur bestimmte Berufsbilder, sondern weitergehend die Organisationsformen der Arbeitswelt insgesamt. Die Autoren erläutern zunächst Chancen und Risiken der Digitalisierung und stellen neue und alternative Beschäftigungsformen wie economy on demand, crowd working, scrum und Matrixstrukturen dar. In weiteren Kapiteln behandelt das Autorenteam die Flexibilisierungsmöglichkeiten im individuellen Arbeitsrecht, den Arbeits- und Gesundheitsschutz, den Schutz des geistiges Eigentums und Wettbewerbsrecht, Datenschutz und kollektives Arbeitsrecht jeweils im Rahmen von Beschäftigungsformen, die Antworten auf die Anforderungen und Möglichkeiten der Digitalisierung geben sollen.

Die Handlungsformen und Instrumente des geltenden Arbeitsrechts werden jeweils ausführlich dargestellt. Erkennbar wird auch, dass sich diese Instrumente häufig schwer damit tun, die Phänomene der Digitalisierung zu erfassen. Dies gilt schon für die bekannten Matrixstrukturen, die sich zugunsten gesellschaftsübergreifender Weisungsrechte und fachlicher Zusammenarbeit über klassische individual- und kollektivarbeitsrechtliche Strukturen hinwegsetzen. Umso weniger sind Formen der Zusammenarbeit arbeitsrechtlich zu erfassen, bei denen schon unklar ist, ob die Partizipienten überhaupt als Arbeitnehmer anzusehen sind und bei denen die betriebliche Anbindung und klare Weisungsstrukturen fehlen.

Empfehlenswert ist das besprochene Werk für alle Juristen und betriebliche Rechtsanwender, die eine erste fundierte Orientierung suchen, ob und wie die Phänomene der Digitalisierung in der Arbeitswelt mit den Instrumenten und Strukturen des aktuellen Arbeitsrechts bewältigt werden können. Von Vorschlägen für Detailregelungen und von Mustertexten, z. B. Betriebsvereinbarungen, Überlassungsvereinbarungen für mobile Kommunikationsgeräte, Home-Office-Vereinbarungen o. Ä. haben die Autoren abgesehen und damit die Nutzbarkeit als Praxishandbuch etwas relativiert.

Dr. Thomas Baumgarten
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin

Preis/Sagan
Europäisches Arbeitsrecht
Grundlagen – Richtlinien – Folgen für das deutsche Recht

Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2. Aufl. 2019, 945 Seiten, Hardcover (In Leinen) 169,00 EUR
ISBN 978-3-504-42066-6

Mut wird belohnt. So mag man über diese Neuauflage angesichts des Geleitworts von *Prof. Dr. Dres. h.c. Peter Hanau* zur Erstauflage denken. Hatte dieser doch damals das erstmalige Verfassen eines Handbuchs zum Europäischen Arbeitsrecht als „große Aufgabe, die Mut erfordert“ beschrieben.

Ohne Zweifel handelt es sich für Praktiker bei dem auch in der 2. Auflage von *Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Preis* und *Prof Dr. Adam Sagan* herausgegebenen Handbuch mittlerweile um eines der beiden Standardwerke zum Europäischen Arbeitsrecht. Die Neuauflage ist im Umfang gegenüber der Vorauflage um knapp ein Viertel angewachsen. Zudem war es offensichtlich notwendig, das Schriftbild zu verkleinern. Beides ist in erster Linie dem Umstand geschuldet, dass nunmehr auch Elternzeit, Mutterschutz, Arbeitnehmerdatenschutz sowie die EMRK als eigenständig bearbeitete Inhaltsabschnitte zu den bisherigen 13 Themenbereichen (u.a. Grundlagen des europäischen Arbeitsrechts, Urlaub, Arbeitszeit, Betriebsübergang, Leiharbeit) hinzugekommen sind. Hiermit einher geht auch eine Erweiterung des Autorenkreises auf nunmehr 22 Autoren, fast ausschließlich und zu fast gleichen Teilen, aus Lehre und Anwaltschaft. Mit der Entsenderichtlinie 2018/957 sind zum Teil auch noch Rechtssetzungsakte aus der zweiten Hälfte des vergangenen Jahres umfassend in die Bearbeitung eingeflossen.

Die Notwendigkeit, im Rahmen anwaltlicher Beratung eine eigenständige europarechtliche Prüfung vornehmen zu müssen, hat seit langem ganz alltägliche Fragestellungen des Arbeitsrechts erreicht. Sie ist damit nicht mehr nur Spezialisten vorbehalten, sondern betrifft den hochspezialisierten Transaktionsarbeitsrechtler genauso wie den Allgemeinanwalt mit arbeitsrechtlichem Tätigkeitsschwerpunkt. So ist kaum eine arbeitsrechtliche Mandatsstruktur denkbar, in der in den letzten Jahren nicht auch eine Befristung über die Regelaltersgrenze hinaus Gegenstand anwaltlicher Beratung gewesen sein dürfte. Dem Lösungsansatz des deutschen Gesetzgebers, § 41 Satz 3 SGB VI, stand aus Sicht mancher die mögliche Europarechtswidrigkeit geradezu auf der Stirn geschrieben. Nicht immer liegt dann im Fall einer Beratung bereits – wie hier seit Feb-

ruar letzten Jahres durch die Rechtssache John (C-46/17) – eine klarstellende Entscheidung des EuGH vor.

Gerade der Praktiker, der nur ab und an mit europarechtlichen Fragestellungen konfrontiert wird, benötigt daher ein Werk, mit dem er sich auch ohne vertiefte europarechtliche Kenntnisse schnell die maßgeblichen rechtlichen Problemkreise erschließen – und diese auf Wunsch mithilfe der Fußnoten auch vertiefen – kann. Diesen Praxistest besteht der *Preis/Sagan* aufgrund seines sehr systematischen Aufbaus mit Bravour. So findet sich in der aktuellen Auflage die Lösung des vorerwähnten Beispielsfalles wie erwartet in § 6 (Verbot der Altersdiskriminierung) unter VII. (Beendigung des Arbeitsverhältnisses). Und selbst wer zunächst unter § 13 (Befristungsrecht) gesucht haben sollte, wäre über III. (Schnittstellen mit anderen unionsrechtlichen Regelungen) kurze Zeit später an der richtigen Stelle gelandet. Gäbe es die Entscheidung in der Rechtssache John noch nicht, hätte man sich zudem mit § 1 (Grundlagen des europäischen Arbeitsrechts) IV. (Auslegung des Unionsrechts) des Handbuchs behelfen können.

Es ist allen Autoren zu Gute zu halten, dass sie – auch im Rahmen der neu hinzugetretenen Themenbereiche wie bspw. dem Datenschutzrecht – weiter klar die unions- bzw. europarechtlichen Rechtsfragen und die nationalen Rechtsfragen voneinander abgrenzen. Dem Leser hilft dabei weiterhin eine kleine graue Linie am Seitenrand, die den Text zum nationale Recht vom Text zum europäischen Recht abhebt.

All dies zusammen macht das Werk für die arbeitsrechtliche Praxis weiterhin alternativlos und uneingeschränkt empfehlenswert. Es bleibt daher zu hoffen, dass trotz Zuwachs an Inhalt und Autoren das Handbuch auch künftig als Werk „aus einem Guss“ erhalten bleibt.

Dr. Alexander Lentz
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Hamburg

Müller
Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis

Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019, 260 Seiten, broschiert, 85,00 EUR
ISBN 978-3-8487-4883-9

In vielen Branchen wird das Homeoffice künftig immer größere Bedeutung gewinnen, nicht nur – aber auch – unter den Gesichtspunkten der Vereinbarkeit von Familie und Beruf, der Flexibilisierung von Arbeitswelten und der Mitarbeiterzufriedenheit. Dabei kann zwischen dem ausschließlichen oder alternierenden Homeoffice und der Sonderform des mobilen Arbeitsplatzes ohne örtliche Anbindung unterschieden werden. Rechtsanwalt *Müller* betrachtet für alle Spielarten der Telearbeit die Möglichkeiten der Einführung, die relevanten Aspekte der Durchführung (insbesondere Einrichtung, Arbeitszeitregelung, Weisungsrecht, Kosten, Kontrolle, Haftung, Gesundheitsschutz, Sozialversicherung, steuerliche Gesichtspunkte) und der Beendigung sowie Voraussetzungen und Inhalt der Beteiligungsrechte des Betriebsrates.

Die einzelnen Kapitel enthalten regelmäßig instruktive Hinweise für Arbeitgeber, für Arbeitnehmer und auch für Betriebsräte zu ausgewählten Einzelfragen mit besonderer praktischer Bedeutung. Ferner stellt das rezensierte Werk in einem knapp 30seitigen Anhang diverse Checklisten, Musterverträge und Betriebsvereinbarungstexte mit verschiedenen Regelungsvarianten bereit. Dies hilft allen Beteiligten, ihre jeweiligen Bedürfnisse und Rechte einzubringen und sich bei der Erarbeitung von betrieblichen oder individuellen Regelungen gut angeleitet und unterstützt zu wissen.

Müller darf bescheinigt werden, dass er ein übersichtliches, verständliches und detailreiches Praxishandbuch zusammengestellt hat, das mit seinen Arbeitshilfen sowohl betrieblichen Praktikern wie Personalleitung, Betriebsrat und auch interessierten Arbeitnehmern empfohlen als auch den beratenden Rechtsanwälten als Standardwerk zum Thema Homeoffice nahegelegt werden kann.

Dr. Thomas Baumgarten
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin

Impressum

AE-Arbeitsrechtliche Entscheidungen

Gründungsherausgeber:
Dr. Hans-Georg Meier, Berlin
www.dbm.legal

Herausgeber:
Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV

Chefredaktion:
Dr. Peter Meyer
Weimann & Meyer
Kurfürstenstr. 56
10785 Berlin
Tel.: 030/254 200 0
E-Mail: dr.meyer@weimann-meyer.de

Redaktion (Textbeiträge):
Dr. Alexander Lentz
Kanzlei für Arbeitsrecht
Scheffelstr. 7
22301 Hamburg
Tel. 040/540 904 117
E-Mail: info@labourlawlentz.de

Redaktion (Rechtsprechung):
Dr. Julia Schweitzer
JUSTEM Rechtsanwälte
Neue Mainzer Str. 26
60311 Frankfurt a.M.
Tel. 069/71 91 89 400
E-Mail: j.schweitzer@justem.de

Marcus Engler
Stock Rechtsanwälte
Am Bahnhof 23
57072 Siegen
Tel. 0271/770 185 0
E-Mail: engler@stock-siegen.de

für die Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im Deutschen Anwaltverein (Adresse s. unten)

Geschäftsführender Ausschuss:
Geschäftsstelle:
Rechtsanwalt Dr. Johannes Schipp (Vors.)
Münsterstraße 21
33330 Gütersloh
Telefon (0 52 41) 90 33-0
Telefax (0 52 41) 1 48 59

Deutscher AnwaltVerein
Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht
Geschäftsstelle
Max Gröning
Littenstraße 11
10179 Berlin
Telefon (030) 72 61 52-0, Sekr. 171
Telefax (030) 72 61 52-195

Verlag:
Deutscher AnwaltVerlag
Rochusstr. 2–4
53125 Bonn
Telefon: (0228) 9 19 11-0
Telefax: (0228) 9 19 11-23
E-Mail: kontakt@anwaltverlag.de

Anzeigen
Deutscher Anwaltverlag
Adresse: s.o.
E-Mail: anzeigen@anwaltverlag.de

Lektorat
Anne Krauss
Telefon: (0228) 9 19 11-52
E-Mail: krauss@anwaltverlag.de

Satz
Cicero Computer GmbH, 53225 Bonn

Druck
Hans Soldan Druck GmbH, 45356 Essen

Erscheinungsweise
Die AE erscheint vierteljährlich.

Bezugspreise 2019
Inland € 106,– (zzgl. MwSt. und Versand)
Einzelheft € 34,20 (zzgl. MwSt und Versand)

Der Abonnementpreis wird im Voraus in Rechnung gestellt.

Das Abonnement verlängert sich zu den jeweils gültigen Bedingungen um ein Jahr, wenn es nicht 6 Wochen vor Ablauf des Bezugsjahres gekündigt wird.

Die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft für Arbeitsrecht erhalten die AE im Rahmen ihrer Mitgliedschaft.

Urheber- und Verlagsrecht
Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge und Bilder – auch die bearbeiteten Gerichtsentscheidungen und Leitsätze – sind urheberrechtlich geschützt. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der Grenzen des Urhebergesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen verwendbare Sprache, übertragen werden. Namentlich gezeichnete Artikel müssen nicht die Meinung der Redaktion wiedergeben. Manuskripte und Einsendungen sind bitte an die Redaktionsanschrift zu senden.

Bildnachweis
Titelseite: beeboys adobe-stock
S. 1 Dr. Johannes Schipp, T/S/C Fachanwälte für Arbeitsrecht
S. 3 Dr. Peter Meyer, Weimann & Meyer
Dr. Alexander Lentz, Kanzlei für Arbeitsrecht Dr. Alexander Lentz
S. 4 Dr. Julia Schweitzer, JUSTEM Rechtsanwälte
Marcus Engler, Stock Rechtsanwälte
S. 7 Dr. Patrizia Chwalisz, Esche Schümann Commichau
Dr. Sebastian Frahm, FRAHM, KUCKUK, HAHN Rechtsanwälte PartG mdB
S. 16 Dr. Gunther Mävers, michels.pmks
S. 22 Prof. Dr. Michael Fuhlrott, Fuhlrott Hiéramente & von der Meden Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

Manuskripte
Die AE beinhaltet aktuelle arbeitsrechtliche Entscheidungen sowie Beiträge für die Anwaltspraxis. Manuskripte sind an die Redaktionsanschrift zu richten. Unverlangt eingesandte Manuskripte – für die keine Haftung übernommen wird – gelten als Veröffentlichungsvorschlag zu den Bedingungen des Verlages. Es werden nur unveröffentlichte Originalarbeiten übernommen. Die Verfasser erklären sich mit einer nicht sinnentstellenden redaktionellen Bearbeitung durch den Herausgeber einverstanden. Mit der Annahme eines Manuskriptes erwirbt der Verlag vom Verfasser das ausschließliche Recht zur Veröffentlichung und Verwertung. Eingeschlossen ist insbesondere auch das Recht zur Einspeicherung in Datenbanken sowie das Recht zur weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege eines fotomechanischen oder eines anderen Verfahrens.

Haftungsauschschluss:
Verlag und Autoren übernehmen keinerlei Gewähr für die Richtigkeit oder Vollständigkeit der abgedruckten Inhalte. Insbesondere stellen (Formulierungs-)Hinweise, Muster und Anmerkungen lediglich Arbeitshilfen und Anregungen für die Lösung typischer Fallgestaltungen dar. Die Verantwortung für die Verwendung trägt der Leser.