

## NEWSLETTER ARBEITSRECHT

AUSGABE 03/20



Wir halten Sie regelmäßig auf dem Laufenden über die neuesten Entwicklungen im Bereich Arbeitsrecht. Nachfolgend haben wir einige Highlights der vergangenen Monate für Sie zusammengefasst.

- **Kündigungsfrist für Geschäftsführerdienstverträge**
- **Auskunftsanspruch des Arbeitgebers über Vermittlungsangebote des Jobcenters**
- **Einsicht in Entgeltlisten nach dem Entgelttransparenzgesetz**
- **Ausgestaltung eines Tarifvertrags durch Dritte**
- **Kündigung wegen verspäteter Anzeige einer fortdauernden Arbeitsunfähigkeit**
- **Nichteinladung zum Vorstellungsgespräch trotz Schwerbehinderung**
- **Arbeitgeber muss Streikmobilisierungsmaßnahmen auf Betriebsparkplatz im Einzelfall dulden**
- **Das „Mobile-Arbeit-Gesetz“ – Großer Wurf oder Schnellschuss?**
- **Betriebsratsbeschlüsse per Videokonferenz nur noch bis Jahresende?**
- **Begrenzte Anrechnung gleichwertiger Vordienstzeiten**

### **Kündigungsfrist für Geschäftsführerdienstverträge**

Die Kündigungsfristen bei Arbeitsverhältnissen gem. § 622 BGB finden nicht auf freie Dienstverhältnisse von GmbH-Geschäftsführern Anwendung. Stattdessen sind, bei keiner abweichenden Vereinbarung, die in der Regel kürzeren Kündigungsfristen bei Dienstverhältnissen gem. § 621 BGB anwendbar. Damit weicht das BAG von der bisherigen Rechtsprechung des BGH ab.

## **Sachverhalt**

Die Parteien streiten u. a. über die maßgebliche Kündigungsfrist für einen Geschäftsführerdienstvertrag. Die Klägerin war neun Jahre lang als Geschäftsführerin der Beklagten beschäftigt. Nach Unstimmigkeiten zwischen der Klägerin und dem Vereinsvorstand, dessen Tochtergesellschaft die Beklagte ist, beschloss die Gesellschafterversammlung die Abberufung und ordentliche Kündigung der Klägerin und kündigte der Klägerin ordentlich „unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist zum nächstmöglichen Zeitpunkt“. Der Dienstvertrag der Klägerin verwies wiederum auf die gesetzliche Kündigungsfrist. Die Klägerin wendet sich mit ihrer Klage gegen die Kündigung und macht u. a. geltend, dass die längeren Kündigungsfristen des § 622 Abs. 2 BGB Anwendung finden müssten.

## **Urteil des Bundesarbeitsgerichts**

Das BAG hält an der Entscheidung des Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg fest, welches die Klage im Wesentlichen abgewiesen und festgestellt hatte, dass das Arbeitsverhältnis wirksam mit der in § 621 Nr. 4 BGB bestimmten Frist gekündigt worden sei.

Die Klägerin könne sich als Geschäftsführerin, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagten stehe und nicht Mehrheitsgesellschafterin sei, nicht auf die längeren Fristen des § 622 Abs. 2 BGB berufen. Damit weicht das BAG von der Rechtsprechung des BGH ab, der die Anwendung von § 622 Abs. 1 Satz 1 BGB in ihrer bis zum 14. Oktober 1993 geltenden Fassung („a.F.“) mit einer planwidrigen Regelungslücke begründete: Nicht an der Gesellschaft beteiligte Fremdgeschäftsführer seien mit Arbeitnehmern vergleichbar und die entsprechende Anwendung des § 622 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. liege gleichermaßen im Interesse des Geschäftsführers und der Gesellschaft. Gegen diese auch in der Literatur umstrittene Auffassung wendet sich nun das BAG: Da § 621 BGB eine Regelung für freie Dienstverhältnisse treffe, bestünde keine ausfüllungsbedürftige Regelungslücke. Auch gäbe es keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber mit der seit 1993 geltenden Neufassung des § 622 BGB die Fristen für (Fremd-)Geschäftsführer regeln wollte. Schließlich stünde die gegenteilige Auffassung im Widerspruch mit der Rechtsprechung des BAG, nach der § 622 BGB nicht auf arbeitnehmerähnliche Personen anzuwenden sei.

Das BAG hatte darüber hinaus Gelegenheit, sich zum Regel-Ausnahmeverhältnis der Arbeitnehmereigenschaft von GmbH-Geschäftsführern sowie zur Arbeitnehmerähnlichkeit von GmbH-Geschäftsführern zu äußern:

- › GmbH-Geschäftsführer würden in aller Regel auf der Grundlage eines freien Dienstvertrags tätig, bei dem die Gesellschaft ein unternehmerisches Weisungsrecht innehatte. Eine so starke Weisungsgebundenheit, die auf einen Status als Arbeitnehmer schließen lasse, komme allenfalls in extremen Ausnahmefällen in Betracht. Ein solcher Ausnahmefall sei nicht allein deshalb anzunehmen, weil zuvor übertragene Geschäftsführeraufgaben entzogen wurden. Vielmehr käme es darauf an, ob bei der Ausübung der verbliebenen Tätigkeit ein Weisungsrecht bestehe.
- › GmbH-Geschäftsführer seien auch keine arbeitnehmerähnlichen Personen. Arbeitnehmerähnliche Personen seien in wesentlich geringerem Maße persönlich abhängig als Arbeitnehmer. Stattdessen seien sie wirtschaftlich vom Arbeitgeber abhängig und nach ihrer gesamten sozialen Stellung vergleichbar sozial schutzbedürftig wie Arbeitnehmer. Eine solche vergleichbare soziale Schutzbedürftigkeit liege bei einem Geschäftsführer nach der sozialen Typik der geleisteten Dienste nicht vor. Ein GmbH-Geschäftsführer verkörpere die Arbeitgeberin als gesetzlicher Vertreter der GmbH, unabhängig von etwaigen internen Beschränkungen der Geschäftsführerbefugnisse.

## **Gleiss Lutz kommentiert**

Die Entscheidung des BAG hat eine hohe praktische Relevanz. Die Fristen nach § 621 BGB richten sich insbesondere nicht nach der Länge des Dienstverhältnisses, was regelmäßig zu kürzeren Kündigungsfristen führt. GmbH-Geschäftsführer müssen deshalb umso mehr auf eine sorgfältige Gestaltung ihres Dienstvertrages und insbesondere ihrer Kündigungsfristen achten, um böse Überraschungen zu vermeiden. Das BAG setzt mit der Entscheidung seine Rechtsprechung zum Verhältnis zwischen Geschäftsführer und GmbH fort

und harmonisiert diese mit seiner Rechtsprechung zu arbeitnehmerähnlichen Personen.

## **Auskunftsanspruch des Arbeitgebers über Vermittlungsangebote des Jobcenters**

**Macht ein Arbeitnehmer nach einer unwirksamen Arbeitgeberkündigung Annahmeverzugslohn geltend, hat der Arbeitgeber nach Treu und Glauben einen Auskunftsanspruch auf Mitteilung der durch die Agentur für Arbeit und das Jobcenter unterbreiteten Vermittlungsangebote, um den Einwand des böswilligen Unterlassens der Annahme einer zumutbaren Arbeit führen zu können.**

**BAG, Urteil vom 27. Mai 2020 – 5 AZR 387/19**

### **Sachverhalt**

Die Beklagte hatte den Kläger, der als Bauhandwerker bei ihr beschäftigt war, mehrmals, u. a. außerordentlich gekündigt und kein Arbeitsentgelt mehr gezahlt. Nachdem der Kläger sich erfolgreich gegen die Kündigungen im Rahmen einer Kündigungsschutzklage zur Wehr gesetzt hatte, machte er klageweise Annahmeverzugslohn unter Anrechnung von Arbeitslosengeld I und II geltend. Der Arbeitgeber begehrte im Wege der Widerklage Auskunft vom Arbeitnehmer über die von der Agentur für Arbeit und dem Jobcenter unterbreiteten Vermittlungsangebote. Der Arbeitgeber vermutete, dass der Arbeitnehmer es böswillig unterlassen hatte, eine zumutbare Arbeit anzunehmen, deren potentiellen Verdienst er sich auf den Annahmeverzugslohn anrechnen lassen müsste.

### **Aufklärungspflicht der nicht darlegungs- und beweisbelasteten Partei**

Grundsätzlich muss die nicht darlegungs- und beweisbelastete Partei keine Auskunft erteilen, wenn sie dazu nicht aus besonderen Rechtsgründen verpflichtet ist. Aus dem Rechtsgedanken von Treu und Glauben gem. § 242 BGB folgt allerdings eine Auskunftspflicht unter fünf Voraussetzungen:

- › Es liegt eine besondere rechtliche Beziehung vor, etwa ein Vertragsverhältnis,
- › dem Grunde nach oder (im vertraglichen Bereich) zumindest wahrscheinlich existiert ein Leistungsanspruch des Auskunftsfordernden gegen den Anspruchsgegner, wobei bei der Begründung von Einwendungen die Wahrscheinlichkeit ausreichend ist, dass eine Einwendung begründet ist,
- › der Auskunftsfordernde ist entschuldbar unwissend über Bestehen und Umfang seiner Rechte, hat also keinen anderen, näher liegenden und leichteren Weg zur Verfügung, sowie
- › die Auskunftserteilung ist zumutbar für den Anspruchsgegner unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls und
- › die Zuerkennung des Auskunftsanspruchs unterläuft nicht die allgemeinen Beweisgrundsätze.

### **Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts**

Das BAG wies den mit der Revision des Klägers gegen das Urteil des Thüringer Landesarbeitsgerichts verfolgten Antrag auf Abweisung der Widerklage zurück.

Der Arbeitgeber hat gemäß § 242 BGB einen Anspruch auf Auskunft über die von der Agentur für Arbeit und dem Jobcenter unterbreiteten Vermittlungsangebote für die Zeit des Annahmeverzugs. Inhaltlich umfasst der Anspruch eine Information über die auszuübende Tätigkeit, die Arbeitszeit, den Arbeitsort sowie die Vergütung.

Das BAG führt aus, dass die fünf Voraussetzungen eines Auskunftsanspruchs aus § 242 BGB erfüllt seien:

- › Die geforderte Sonderrechtsbeziehung bestehe in Form eines Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien. Um die Entstehung des Anspruchs des Arbeitnehmers auf Zahlung des Annahmeverzugslohns mit der Einwendung böswilligen Unterlassens aus § 11 Nr. 2 KSchG abwehren zu können, müsse der Arbeitgeber die Information über Vermittlungsangebote vom Arbeitnehmer erhalten.
- › Es bestehe eine hinreichende Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Arbeitnehmer die Annahme einer zumutbaren Arbeit böswillig unterlassen habe. Sowohl die Agentur für Arbeit als auch das Jobcenter seien

- › zum Angebot der Arbeitsvermittlung verpflichtet. Aufgrund dieser gesetzlichen Verpflichtung sei davon auszugehen, dass Arbeitsangebote von der Agentur für Arbeit oder dem Jobcenter an den Arbeitnehmer herangetragen wurden. Für eine Unvermittelbarkeit aufgrund fehlender Qualifikationen oder Fähigkeiten des Arbeitnehmers gebe es keine Anhaltspunkte.
- › Die Ungewissheit des Arbeitgebers über die Erteilung von Vermittlungsangeboten sei entschuldbar. Die Beschaffung der Informationen hierüber sei ihm selbst nicht in zumutbarer Weise möglich. Gegenüber der Agentur für Arbeit und dem Jobcenter bestehe aufgrund des durch § 35 SGB I geschützten Sozialgeheimnisses kein Auskunftsanspruch. Auch der Nachweis eines anderweitigen tatsächlichen Erwerbs durch den Arbeitnehmer scheitere bereits an den fehlenden Tatsachenermittlungsmöglichkeiten des Arbeitgebers. Gerade die Voraussetzungen der rechtmäßigen Beauftragung eines Detektivs lägen bei einer bloßen Überwachung „ins Blaue“ nicht vor.
- › Die Erteilung der geforderten Informationen sei für den Arbeitnehmer aufgrund seiner Kenntnis über die unterbreiteten Vermittlungsangebote unschwer möglich. Auch das Sozialgeheimnis stehe einer Mitteilung im Verhältnis zum Arbeitgeber nicht entgegen. Die Kenntniserlangung des Arbeitgebers von Vermittlungsangeboten sei gesetzlich in den § 11 Nr. 2 KSchG und § 615 Satz 2 BGB explizit vorgesehen.
- › Zuletzt führe ein Auskunftsanspruch des Arbeitgebers nicht zu einer Umkehr der Darlegungs- und Beweislast. Die bloße Information über Arbeitsangebote begründe für sich noch nicht den Einwand des böswilligen Unterlassens zumutbarer Arbeit. Dieser sei nach Erteilung der Information weiterhin durch den Arbeitgeber substantziell darzulegen.

Das BAG wendet sich damit ausdrücklich von der Rechtsprechung des Neunten Senats vom 16. Mai 2000 (BAGE 94, 343) ab. Danach traf den Arbeitnehmer keine Obliegenheit, die Vermittlungsdienste der Agentur für Arbeit in Anspruch zu nehmen. Da Arbeitnehmer aufgrund der nunmehr abweichenden sozialrechtlichen Regelungen aber verpflichtet sind, sich bei der Agentur für Arbeit arbeitssuchend zu melden und angehalten sind, aktiv bei der Vermeidung oder Beendigung von Arbeitslosigkeit mitzuwirken, könne den Arbeitnehmern nunmehr auch arbeitsrechtlich das zugemutet werden, was ihnen das Sozialrecht ohnehin bereits abverlange.

#### **Gleiss Lutz kommentiert**

Die Entscheidung des BAG ist in der Praxis sehr hilfreich. Fordert ein Arbeitnehmer Annahmeverzugslohn, kann der Arbeitgeber Auskunft über die Vermittlungsangebote der Agentur für Arbeit und des Jobcenters verlangen. Ohne diesen Auskunftsanspruch haben Arbeitgeber kaum Möglichkeiten, darzulegen, dass Arbeitnehmer böswillig anderweitigen Verdienst unterlassen haben. Die fünf Voraussetzungen eines Auskunftsanspruchs werden im Annahmeverzugsfall in der Regel vorliegen, wenn es keine Anhaltspunkte für eine Unvermittelbarkeit des Arbeitnehmers gibt.

Zutreffend hat das BAG in seiner Entscheidung darauf hingewiesen, dass die Erhebung der Widerklage zur Durchsetzung des Anspruchs zwar rechtlich möglich ist. Naheliegender ist aber, dass sich der Arbeitgeber gegen die Zahlungsklage des Arbeitnehmers zu Wehr setzt, indem er die Einwendung erhebt, der Arbeitnehmer habe böswillig anderweitigen Verdienst unterlassen. Wenn der Arbeitgeber keine Möglichkeit der Sachverhaltsaufklärung hat, dem Arbeitnehmer Angaben dazu hingegen ohne weiteres möglich und zumutbar sind, trifft den Arbeitnehmer eine sekundäre Darlegungslast. Der Arbeitnehmer muss dann angeben, welche Vermittlungsangebote ihm von der Agentur für Arbeit und dem Jobcenter unterbreitet wurden.

#### **Einsicht in Entgeltlisten nach dem Entgelttransparenzgesetz**

**Das im Entgelttransparenzgesetz normierte Recht des Betriebsausschusses, Bruttoentgeltlisten einzusehen und auszuwerten, setzt voraus, dass der Betriebsrat auch für die Beantwortung von Auskunftsansprüchen Beschäftigter zuständig ist. Das ist nicht der Fall, wenn der Arbeitgeber diese Aufgabe selbst erfüllt.**

**BAG, Beschluss vom 28. Juli 2020 – 1 ABR 6/19**

**Auskunftsverlangen nach dem Entgelttransparenzgesetz**

Das Entgelttransparenzgesetz (EntgTranspG) vom 30. Juni 2017 hat zum Ziel, die Entgeltgleichheit für Frauen und Männer durchzusetzen. Es enthält ein Verbot unmittelbarer und mittelbarer Entgeltbenachteiligung wegen des Geschlechts sowie ein Entgeltgleichheitsgebot. Zur Überprüfung der Entgeltgleichheit hält das Gesetz individuelle Auskunftsansprüche in Betrieben mit in der Regel mehr als 200 Beschäftigten vor.

Das Auskunftsverlangen ist grundsätzlich an den Betriebsrat zu richten. Abweichend davon kann der Betriebsrat die Verpflichtung auf den Arbeitgeber übertragen. Der Arbeitgeber kann auch seinerseits die Auskunftsverpflichtung an sich ziehen. Über eingehende Auskunftsverlangen und die Antworten muss der Arbeitgeber den Betriebsrat umfassend und rechtzeitig informieren. Den Beschäftigten ist mitzuteilen, wer die Auskunft erteilt hat.

Zur Erfüllung von Auskunftsverlangen hat der Arbeitgeber dem Betriebsausschuss Einblick in nach Geschlecht aufgeschlüsselte Bruttoentgeltlisten zu gewähren. Dem Betriebsausschuss wird gem. § 13 Abs. 2 Satz 1 EntgTranspG das Recht gewährt, zur Erfüllung seiner Aufgaben nach § 80 Abs. 1 Nr. 2a BetrVG, insbesondere der Auskunftsverlangen, Bruttoentgeltlisten einzusehen und auszuwerten.

### **Beschluss des Bundesarbeitsgerichts**

Da das EntgTranspG ein junges Gesetz ist, das erstmals einen individuellen Anspruch auf Auskunft über das durchschnittliche monatliche Bruttoentgelt beim Arbeitgeber beinhaltet, werden richtungsweisende Entscheidungen des BAG mit Spannung erwartet. Der Beschluss des BAG nimmt zum Verhältnis des Einsichts- und Auswertungsrechts des Betriebsausschusses zum Auskunftsverpflichteten Stellung.

Im zugrundeliegenden Fall hat die Arbeitgeberin, ein Telekommunikationsunternehmen mit mehr als 4.000 Beschäftigten, von der Option Gebrauch gemacht, die Auskunftsverpflichtung nach dem EntgTranspG selbst zu erfüllen. Sie unterrichtete den Betriebsrat über die eingegangenen Auskunftsverlangen und gewährte ihm Einblick in die Bruttoentgeltlisten. Der Betriebsrat verlangte, dass ihm die Bruttoentgeltlisten übergeben werden. Dieses Verlangen blieb in allen Instanzen ohne Erfolg.

Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf hatte den Antrag des Betriebsrats als unbegründet zurückgewiesen, weil das EntgTranspG dem Betriebsrat nur ein Einsichts- und Auswertungsrecht gewähre sowie spiegelbildlich den Arbeitgeber zur Gewährung von Einblick verpflichte, nicht aber einen Überlassungsanspruch beinhalte. Durch das EntgTranspG sei auch nicht außerhalb der Erteilung von Auskünften ein Anspruch des Betriebsrats auf Überlassung einer Bruttoentgeltliste entstanden, den es bisher nicht gab.

Das BAG geht noch über die Begründung des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf hinaus. Auf das Bestehen eines Überlassungsanspruchs komme es gar nicht an, weil bereits kein Einsichts- und Auswertungsrecht des Betriebsrats bestehe, wenn der Arbeitgeber die Auskunftsansprüche selbst erfüllt. Zwar kann der Betriebsrat im Rahmen seiner Aufgaben, z. B. der Überwachung, ob der Arbeitgeber die zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze und Tarifverträge durchführt, jederzeit Einblick in die zur Durchführung seiner Aufgaben erforderlichen Bruttoentgeltlisten nehmen (BAG vom 7. Mai 2019 – 1 ABR 53/17, besprochen von RA Dr. Steffen Krieger in ArbRAktuell 2019, 473). Die Aufgabe, die ihn dazu berechtigt, kann allerdings nicht die Beantwortung von Auskunftsverlangen nach dem EntgTranspG sein, wenn diese Aufgabe durch den Arbeitgeber und nicht durch den Betriebsrat erfüllt wird. Das BAG hat damit klargestellt, dass das Einsichts- und Auswertungsrechts des Betriebsrats mit der Aufgabe korrespondiert, Auskunftsverlangen zu beantworten.

### **Fazit**

Das EntgTranspG gewährt dem Betriebsrat kein allgemeines Recht auf Einsicht in und Auswertung von Bruttoentgeltlisten. Ein solches Recht besteht im Rahmen von § 13 Abs. 2 Satz 1 EntgTranspG nur dann, wenn der Betriebsrat auch die Auskunftsverpflichtung nach dem EntgTranspG innehat. Das BAG betont, dass es sich bei dem Recht auf Einsicht und Auswertung von Bruttoentgeltlisten um ein aufgabenbezogenes Recht handelt, das abhängig davon ist, dass der Betriebsrat auch Adressat eines individuellen Auskunftsverlangens nach dem EntgTranspG ist. Da im vorliegenden Fall der Betriebsrat mangels Zuständigkeit für Auskunftsverlangen schon kein Einsichtsrecht in Bruttoentgeltlisten nach dem EntgTranspG beanspruchen konnte, konnte das BAG offenlassen, ob

das Einsichts- und Auswertungsrecht auch einen Anspruch auf Übergabe der Gehaltslisten gewährt.

## **Ausgestaltung eines Tarifvertrags durch Dritte**

**Soll ein Regelungskomplex des normativen Teils eines Tarifvertrags durch Dritte ausgestaltet werden, müssen sich sowohl der Dritte als auch der Regelungsumfang hinreichend deutlich aus dem Tarifvertrag ergeben.**

**BAG, Urteil vom 26. Februar 2020 – 4 AZR 48/19**

### **Sachverhalt**

In Streit stand ein Tarifsozialplan, der u. a. eine gekürzte Sozialplanabfindung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Aufhebungsvertrag oder sonstige arbeitgeberseitige Veranlassungen regelt, wenn innerhalb von vier Wochen nach Ausscheiden eine neue Stelle angetreten wird. Im Geltungsbereich ist vereinbart, dass die Regelungen Anwendung auch auf außertariflich Beschäftigte finden, „daher“ treten die Konzernbetriebsparteien dieser Vereinbarung bei. Unterzeichnet wurde der Tarifsozialplan von den Tarifparteien sowie dem Konzernbetriebsrat. Durch eine spätere zusätzliche Vereinbarung wurden die Abfindungsregelung auch auf die Konstellation des Betriebsübergangs und Betriebsteilübergangs erweitert.

Eine nachfolgende Protokollnotiz beschränkte den Anwendungsbereich der Abfindungsregelung auf solche Arbeitsverhältnisse, die von Maßnahmen eines konkreten Restrukturierungsprogramms innerhalb eines bestimmten Rahmeninteressenausgleichs zwischen Konzernbetriebsrat und Arbeitgeber erfasst werden. Der Kläger, nicht Teil des im Interessenausgleich beschriebenen Restrukturierungsprogramms, machte gleichwohl einen Anspruch auf Abfindung nach Betriebsübergang aus dem Tarifsozialplan geltend.

### **Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts**

Die Revision des Klägers gegen die Zurückweisung der Berufung durch das Landesarbeitsgericht Nürnberg hat Erfolg. Der Abfindungsanspruch des Klägers aus dem Tarifsozialplan besteht, da die den Interessenausgleich einbeziehende Protokollnotizklausel unwirksam ist.

Der Tarifsozialplan selbst ist wirksam und verstößt nicht gegen das Gebot der Rechtsquellenklarheit. Dieses Gebot setzt voraus, dass die Normurheberschaft für die einzelnen Arbeitnehmer eindeutig ist. Aufgrund der Unterzeichnung des Tarifsozialplans durch Tarifparteien und Konzernbetriebsrat liegt nach den Ausführungen des BAG zwar ein Zuordnungsproblem vor, der Tarifsozialplan lasse sich aber ohne Weiteres als Tarifvertrag qualifizieren: Zum einen handelt es sich ausweislich des Rubrums um eine Vereinbarung zwischen den Tarifparteien, zum anderen sind typische Inhaltsnormen eines Tarifvertrags enthalten. Auch der „Beitritt“ der Konzernbetriebsparteien betreffe lediglich die außertariflich Beschäftigten und führe deshalb nicht zu einer Unklarheit hinsichtlich des Normgebers der Abfindungsregelungen.

Die spätere Protokollnotiz, die eine Maßnahme eines konkreten Restrukturierungsprogramms zur Voraussetzung eines Abfindungsanspruchs macht, muss als tarifvertragliche Norm dem Bestimmtheitsgrundsatz entsprechen. Grundsätzlich muss der Adressat eines Tarifvertrags anhand des Wortlauts der Tarifvertragsklausel erkennen können, ob er in den Anwendungsbereich der Klausel fällt und welche Rechtsfolgen eintreten. Soweit der Inhalt unbestimmter Rechtsbegriffe durch Auslegung ermittelbar ist, ist die Bestimmtheit einer Klausel gewahrt. Die Gerichte wenden den Bestimmtheitsgrundsatz aufgrund der Tarifverträgen immanenten gewissen Unschärfe nur restriktiv an. Von einem Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot und einer daraus resultierenden Unwirksamkeit einer Klausel ist nur bei fehlender Auslegungsmöglichkeit auszugehen.

In der vorliegenden Fallkonstellation sollte der Anwendungsbereich der tariflichen Abfindungsregeln bei neuer Stelle des Beschäftigten geändert werden, indem nur noch Maßnahmen innerhalb des Rahmeninteressenausgleichs abfindungsberechtigt sind. Dafür hätte allerdings das Restrukturierungsprogramm mit den darunterfallenden Maßnahmen eindeutig bezeichnet werden müssen. Hier waren die Maßnahmen aber weder im Interessenausgleich präzise bestimmt noch abschließend geregelt. Zwar kann die nähere Ausgestaltung

einzelner tariflicher Bestimmungen auch den Betriebsparteien überlassen werden. Dies muss aber nach Adressat und Umfang hinreichend deutlich sein. Nach den Ausführungen des BAG entstand hier dagegen der Eindruck, dass die Tarifvertragsparteien von einem bestimmten Inhalt ausgegangen seien, ohne einen etwaigen Regelungsumfang der Betriebsparteien zu bestimmen.

Da weder der Adressat einer etwaigen Ausgestaltungsbefugnis noch die Maßnahmen selbst bestimmt sind, ist die Protokollnotiz unwirksam. Der Kläger konnte sich mit Erfolg auf die Abfindungsregelung des Tarifsozialplans berufen.

### **Gleiss Lutz kommentiert**

Dieses Urteil zeigt, wie facettenreich die Auswirkungen des im Tarifvertragsrecht geltenden Bestimmtheitsgrundsatzes sind. Sollen Regelungskomplexe Dritter in einen Tarifvertrag einbezogen werden, müssen sie präzise bestimmt oder bestimmbar sein. Sind auch künftige Regelungen beabsichtigt, müssen sowohl Adressat als auch Umfang der Regelungsbefugnis hinreichend deutlich sein. Diese Erfordernisse sind zwar nicht neu, in der Praxis aber nicht immer leicht einzuhalten. Wenn die Betriebsparteien auf Begriffe Bezug nehmen, die ihnen möglicherweise nach langwierigen Verhandlungen klar bestimmt scheinen, empfiehlt es sich, besonderes Augenmerk auf die gerichtlichen Maßstäbe der Normenklarheit zu richten.

### **Kündigung wegen verspäteter Anzeige einer fortdauernden Arbeitsunfähigkeit**

**Arbeitnehmer sind verpflichtet, dem Arbeitgeber sowohl die Erst- als auch die fortdauernde Arbeitsunfähigkeit unverzüglich anzuzeigen. Verletzt ein Arbeitnehmer schuldhaft diese Nebenpflicht, kann das grundsätzlich eine Kündigung rechtfertigen.**

**BAG, Urteil vom 7. Mai 2020 – 2 AZR 619/19**

#### **Schuldhaftes Pflichtverletzung**

Gem. § 5 Abs. 1 Satz 1 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) sind Arbeitnehmer verpflichtet, dem Arbeitgeber eine Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich mitzuteilen. Auch die Fortdauer einer Arbeitsunfähigkeit über den ursprünglich mitgeteilten Zeitpunkt hinaus ist unverzüglich zu melden. So wird der Arbeitgeber in die Lage versetzt, sich frühzeitig darauf einzustellen, dass ein Arbeitnehmer fehlt bzw. die ursprünglich mitgeteilte Dauer der Arbeitsunfähigkeit überschritten wird.

Unverzüglich setzt gem. § 121 Abs. 1 Satz 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) voraus, dass nicht schuldhaft gezögert wird. Die Mitteilung muss dem Arbeitgeber zugehen. Das ist der Fall, wenn sie an einen vom Arbeitgeber zur Entgegennahme von derartigen Erklärungen autorisierten Mitarbeiter, an einen Vorgesetzten oder die Personalabteilung gerichtet wird. Wird ein Bote eingesetzt, trägt der Arbeitnehmer das Risiko der rechtzeitigen und zutreffenden Übermittlung.

Verletzt der Arbeitnehmer schuldhaft diese Nebenpflicht, kommt grundsätzlich eine verhaltensbedingte Kündigung des Arbeitsverhältnisses in Frage.

Neben der schuldhaften Pflichtverletzung setzt eine wirksame verhaltensbedingte Kündigung aber zusätzlich voraus, dass

- › eine dauerhaft störungsfreie Vertragserfüllung in Zukunft nicht mehr zu erwarten steht und
- › dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers über die Kündigungsfrist hinaus nach einer beidseitigen Interessenabwägung unzumutbar ist.

#### **Interessenabwägung**

Zur Interessenabwägung führt das BAG aus, dass die Verletzung der Pflicht der unverzüglichen Anzeige der



Fortdauer einer Arbeitsunfähigkeit das Dispositionsinteresse des Arbeitgebers genauso schwer treffen könne, wie die verspätete Anzeige des erstmaligen Eintritts der Arbeitsunfähigkeit. Das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg hatte argumentiert, dass die nicht unverzügliche Anzeige der Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit das Dispositionsinteresse weniger gravierend beeinträchtigt als die Anzeige des erstmaligen Eintritts, da das Nichterscheinen des Arbeitnehmers den Arbeitgeber nicht mehr unvorbereitet treffe. Das BAG erteilte dieser Ansicht eine Absage. Der Arbeitgeber dürfe grundsätzlich darauf vertrauen, dass ein Arbeitnehmer seine Arbeit wiederaufnehmen werde, wenn die mitgeteilte Dauer der Arbeitsunfähigkeit ende.

Wie stark das Dispositionsinteresse des Arbeitgebers beeinträchtigt werde, hänge von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab, z. B. davon, ob der Arbeitnehmer termingebunden tätig wird oder vertreten werden kann. Auch bei einer länger andauernden Arbeitsunfähigkeit sei der Arbeitgeber nicht generell gehalten, sich um eine langfristige Ersatzlösung zu bemühen. Es gebe auch keinen allgemeinen Erfahrungssatz, wonach es eher unwahrscheinlich sei, dass ein Mitarbeiter nach einer langen Arbeitsunfähigkeit, die immer wieder verlängert wurde, den Dienst wieder antritt, wenn er nichts Anderslautendes verlautbaren lassen hat.

## Fazit

Auch die nicht unverzügliche Anzeige der Fortdauer einer Arbeitsunfähigkeit stellt eine arbeitsrechtliche Nebenpflichtverletzung dar, die den Arbeitgeber zur Kündigung berechtigen kann. Neben der Pflichtverletzung muss für eine wirksame Kündigung aber auch die Interessenabwägung zugunsten des Arbeitgebers ausfallen. Das BAG hat erfreulicherweise klargestellt, dass auch die nicht unverzügliche Anzeige der Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit das Dispositionsinteresse des Arbeitgebers genauso stark beeinträchtigen kann wie die verspätete Anzeige einer erstmaligen Arbeitsunfähigkeit. Der Differenzierung zwischen Erst- und Fortsetzungserkrankung hat das BAG damit eine Absage erteilt.

## Nichteinladung zum Vorstellungsgespräch trotz Schwerbehinderung

**Öffentliche Arbeitgeber sind verpflichtet, schwerbehinderte Bewerber, sofern nicht offensichtlich ungeeignet, zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Verstöße gegen diese Pflicht führen nicht direkt zu einem Entschädigungsanspruch gem. § 15 Abs. 2 AGG, begründen aber die widerlegbare Vermutung, dass der Bewerber wegen seiner Behinderung benachteiligt wurde.**

**BAG, Urteil vom 23. Januar 2020 – 8 AZR 484/18**

### Sachverhalt

Der schwerbehinderten Menschen gleichgestellte Kläger hatte sich per E-Mail auf die Stellenausschreibung eines Landes für den Gerichtsvollzieherdienst beworben. Auf seine Bewerbung hin, in der er ausdrücklich auf seine Gleichstellung hinwies, erhielt der Kläger eine Lesebestätigung vom Sachgebietsleiter der Verwaltung. Dieser Sachgebietsleiter war damit befasst, die eingehenden Bewerbungen darauf zu prüfen, ob eine Einladung zu einem Vorstellungsgespräch auszusprechen ist.

Der Kläger erhielt allerdings weder eine Absage noch eine Einladung, obwohl ihm die fachliche Eignung für die ausgeschriebene Stelle nicht offensichtlich fehlte. Er forderte das Land daraufhin auf, ihm wegen Verstoßes gegen das Verbot der Benachteiligung aufgrund einer Behinderung eine Entschädigung in Höhe einer dreifachen Monatsbesoldung zu zahlen.

Das beklagte Land lehnte den Anspruch ab. Zur Begründung führte es aus, es habe keine Kenntnis von der Bewerbung des Klägers nehmen können: Wegen eines schnell überlaufenden E-Mail-Postfachs und ungenauer Absprachen mit Mitarbeitenden sei die Bewerbung des Klägers nicht ausgedruckt und auch kein Vorgang angelegt worden. Vermutlich habe sich der Sachgebietsleiter einen Überblick über das Bewerberfeld verschaffen wollen und in diesem Zusammenhang die E-Mail geöffnet. Einmal geöffnete E-Mails würden automatisch als „gelesen“ markiert, weshalb die für die Erfassung zuständige Mitarbeiterin davon ausgegangen sei, die Bewerbung sei bereits erfasst worden. Die Bewerbung sei in der Folge anstatt ausgedruckt zu werden in den Ablageordner verschoben



worden.

Mit seiner Klage verfolgte der Kläger den Anspruch weiter.

### **Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts**

Nachdem das Arbeitsgericht Köln die Klage abgewiesen hatte, hat das Landesarbeitsgericht Köln der Klage teilweise stattgegeben. Die Revision des Landes hatte keinen Erfolg.

Der Bewerber hat wegen Nichtberücksichtigung im Stellenbesetzungsverfahren einen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG.

Der Kläger ist Bewerber iSd. § 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AGG. Die Bestimmung enthält einen formalen Bewerberbegriff, wonach derjenige Bewerber ist, der eine Bewerbung eingereicht hat. Dafür genügt, dass die Bewerbung dem Arbeitgeber zugeht, d. h. dass sie in verkehrsüblicher Weise in seine tatsächliche Verfügungsgewalt gelangt und dass unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit besteht, von ihr Kenntnis zu nehmen. Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG ist unerheblich, ob der Empfänger aufgrund von individuellen Verhältnissen an einer Kenntnisnahme gehindert ist, solange unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit der Kenntnisnahme besteht. Die tatsächliche Kenntnisnahme von einer Bewerbung sei schon wegen des Ziels des effektiven Schutzes vor Diskriminierungen nicht erforderlich.

Nach diesen Grundsätzen ist dem beklagten Land die Bewerbung des Klägers zugegangen, was auch bereits die Lesebestätigung belegt. Dass die Bewerbung nicht in den Geschäftsgang gegeben wurde, ändert daran nichts.

Durch die Nichteinladung des Bewerbers zu einem Vorstellungsgespräch hat das beklagte Land gegen seine Pflicht aus § 82 Satz 2 SGB IX a.F. (jetzt § 165 Satz 3 SGB IX) verstoßen. Das begründet die widerbare Vermutung, der Kläger werde wegen seiner Behinderung benachteiligt. Die Benachteiligung liegt in dem Umstand, dass der Kläger nicht eingestellt wurde und nicht bereits in der Nichteinladung zum Vorstellungsgespräch. Das LAG Köln war noch darüber hinaus gegangen und hatte bereits in der Nichteinladung zum Vorstellungsgespräch eine Benachteiligung des Klägers gesehen. Dass der Verstoß gegen die Pflicht, schwerbehinderte Menschen zum Vorstellungsgespräch einzuladen, nicht bereits eine Benachteiligung darstellt, folgert das BAG sowohl aus dem Willen des Gesetzgebers als auch aus dem Umstand, dass auch ein Verstoß gegen § 11 AGG nicht mit der Zahlung einer Entschädigung verknüpft ist. Eine andere Wertung ergebe sich auch nicht aus einer unionsrechtskonformen Auslegung.

Das Land konnte diese Vermutungswirkung nicht dadurch widerlegen, dass die Bewerbung tatsächlich nicht zur Kenntnis des Sachgebietsleiters gelangt war. Das BAG führt aus, dass zur Widerlegung der Vermutung Tatsachen vorgetragen werden müssten, aus denen sich ergebe, dass ausschließlich andere als die in § 1 AGG genannten Gründe zu einer ungünstigeren Behandlung des Klägers geführt hätten. Bei einem Verstoß gegen die Pflicht zur Einladung eines schwerbehinderten Bewerbers zum Vorstellungsgespräch sei zudem § 82 Satz 3 SGB IX a.F. (jetzt § 165 Satz 4 SGB IX) zu beachten, der regelt, dass eine Einladung des schwerbehinderten Bewerbers zu einem Vorstellungsgespräch nur dann entbehrlich ist, wenn diesem die fachliche Eignung offensichtlich fehlt. Aus dieser abschließenden Regelung folge, dass die fehlende fachliche Eignung eines schwerbehinderten Bewerbers – solange diese nicht offensichtlich ist – nicht zur Begründung einer ungünstigeren Behandlung herangezogen werden dürfe.

Die Vermutung einer Diskriminierung könne durch die Darlegung und ggf. den Beweis widerlegt werden, dass ein Arbeitgeber aufgrund besonderer, ihm nicht zurechenbarer Umstände des Einzelfalls nicht die Möglichkeit hatte, eine zugegangene Bewerbung tatsächlich zur Kenntnis zu nehmen. Dann sei es nämlich ausgeschlossen, dass ein Grund iSv. § 1 AGG eine Rolle gespielt habe.

Hier scheiterte das Land allerdings daran, dass die Möglichkeit zur Kenntnisnahme durchweg bestanden hatte. Zum einen hatte der Sachgebietsleiter einige Bewerbungen geöffnet und damit zur Kenntnis genommen. Zum anderen befand sich die Bewerbung im Ablage-Ordner, wo sie jederzeit hätte aufgerufen werden können.

### **Gleiss Lutz kommentiert**

Das BAG hat erneut klargestellt, dass die Nichteinladung eines schwerbehinderten Bewerbers durch einen öffentlichen Arbeitgeber die widerlegbare Vermutung der Benachteiligung wegen einer Behinderung begründet. Die bloße Nichteinladung selbst stellt damit zwar noch keine Diskriminierung dar, die Widerlegbarkeit der Vermutungswirkung ist aber eher theoretischer Natur. Tatsächlich genügt nicht einmal der Vortrag, dass die Bewerbung nicht zur Kenntnis genommen wurde, um eine Benachteiligung wegen einer Behinderung auszuschließen.

Verfahrenspflichten rund um die Bewerbung schwerbehinderter Personen treffen im Übrigen auch private Arbeitgeber: Gem. § 164 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB IX sind alle Arbeitgeber verpflichtet, zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen, insbesondere mit bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitsuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen, besetzt werden können. Dafür müssen sie frühzeitig Verbindung mit der Agentur für Arbeit aufnehmen.

## **Arbeitgeber muss Streikmobilisierungsmaßnahmen auf Betriebsparkplatz im Einzelfall dulden**

**Eine einzelfallbezogene Pflicht des Arbeitgebers, Streikmobilisierungsmaßnahmen der Gewerkschaft auf dem Betriebsparkplatz zu dulden, verletzt ihn nicht in seinem durch Art. 14 GG geschützten Hausrecht.**

**BVerfG, Beschluss vom 9. Juli 2020 – 1 BvR 719/19, 1 BvR 720/19**

### **Sachverhalt**

In den Jahren 2014/2015 kam es bei den zwei beschwerdeführenden, nicht tarifgebundenen Arbeitgeberinnen zu gewerkschaftsinitiierten Streiks mit dem Ziel, Anerkennungstarifverträgen für die jeweils geltenden Tarifverträge des Einzel- und Versandhandels zu erwirken. Streikende Arbeitnehmer und Gewerkschaftsvertreter versammelten sich an einzelnen Streiktagen auf den Betriebsparkplätzen und forderten Arbeitnehmer, unter anderem durch das Verteilen von Flyern, zur Streikteilnahme auf. Die Betriebe lagen jeweils außerhalb von Ortschaften in Gewerbegebieten. Um in das Betriebsgebäude zu gelangen, mussten die Arbeitnehmer die als Privatgrundstück gekennzeichneten Betriebsparkplätze von erheblicher Größe überqueren und während der Streikmobilisierungsmaßnahmen auf den Betriebsparkplätzen an den Streikenden vorbeigehen.

Die Arbeitgeberinnen beantragten gerichtlich die Unterlassung von Versammlungen auf den zu den Betriebsgeländen gehörenden Parkplätzen. Das BAG wies die Anträge zurück (Urteile vom 20. November 2018 – 1 AZR 12/17, 1 AZR 189/17).

### **Beschluss des Bundesverfassungsgerichts**

Das BVerfG hat die Verfassungsbeschwerden gegen die Urteile des BAG zur gemeinsamen Entscheidung verbunden. Beide wurden, ausführlich begründet, nicht zur Entscheidung angenommen, aber dennoch faktisch entschieden und im Rahmen des Nichtannahmebeschlusses für unbegründet erklärt.

Das BVerfG führt u. a. aus, dass die Ablehnung von possessorischen und deliktischen Besitzschutzansprüchen der Arbeitgeberinnen auf Grundlage des Hausrechts durch das BAG verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei. Den Ansprüchen stehe das grundrechtlich in der Koalitionsfreiheit verankerte Streikrecht der Gewerkschaften entgegen. Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit umfasse auch das Recht der Gewerkschaften, arbeitswillige Arbeitnehmer persönlich zur Streikteilnahme aufzufordern.

Im Wesentlichen beruht der Beschluss des BVerfG auf folgenden Erwägungen:

- ’ Wenn eine Ansprache der Arbeitnehmer durch die Gewerkschaft auf öffentlichen Plätzen aufgrund der Lage der Betriebsgelände nicht möglich sei, würde die Ausübung des Hausrechts mangels der Nutzungsmöglichkeit öffentlicher Flächen zur Unmöglichkeit einer Streikmobilisierung führen. Dann aber würde das grundrechtlich gewährleistete Arbeitskämpfrecht der Gewerkschaften gänzlich durch das Hausrecht der Arbeitgeberinnen verdrängt.

- › Es sei zu berücksichtigen, dass Arbeitgeber die Entscheidungsmacht über die Lage des Betriebsgeländes hätten. Würde Arbeitgebern die Möglichkeit eröffnet, Arbeitskampfmaßnahmen durch die Wahl der Lage des Betriebs zu verhindern, so bestünde die Gefahr, dass das Arbeitskampfrecht der Gewerkschaften durch die Standortwahl eines Betriebs einseitig ausgehöhlt würde.
- › Die Rechtmäßigkeit der Streikmobilisierungsmaßnahmen sei daran geknüpft, dass die Nutzung eines Betriebsparkplatzes in einem zeitlich engen Zusammenhang mit der Ansprache der Arbeitnehmer stehen müsse. In den vom BAG entschiedenen Fällen fand die Streikmobilisierung der Arbeitnehmer zu Zeiten des Schichtbeginns und Schichtwechsels statt.

### Gleiss Lutz kommentiert

Der Beschluss des BVerfG unterstreicht, dass die Zulässigkeit von Streikmaßnahmen auf dem Betriebsgelände des Arbeitgebers davon abhängt, dass aufgrund der örtlichen Gegebenheiten des Einzelfalls keine realistische andere Möglichkeit besteht, Arbeitswillige im Zuge des Arbeitskampfes zu erreichen. Arbeitgeber können nach den vom BVerfG bestätigten Entscheidungen des BAG damit nicht von den tatsächlichen Gegebenheiten ihres Betriebsgeländes profitieren. Die Prämisse, dass die Ausübung des Streikrechts einer Gewerkschaft davon abhängt, Arbeitswillige unmittelbar vor Arbeitsantritt erreichen zu können, kann freilich hinterfragt werden.

### Das „Mobile-Arbeit-Gesetz“ – Großer Wurf oder Schnellschuss?

**Bundesarbeitsminister Heil hat einen Entwurf für ein „Mobile-Arbeit-Gesetz“ auf den Weg gebracht. Kernpunkt der Gesetzesinitiative ist ein Rechtsanspruch für Arbeitnehmer auf 24 Tage Home-Office-Tätigkeit bzw. mobiles Arbeiten pro Jahr. Der Gesetzesentwurf liegt nun dem Bundeskanzleramt und den einzelnen Ministerien zur Prüfung vor. Laut Heil habe die Corona-Krise gezeigt, dass viel mehr mobile Arbeit möglich ist als man dachte. Weil mobiles Arbeiten für einige schon fest zur modernen Arbeitswelt gehöre, aber vielen noch nicht ermöglicht werde, sei ein gesetzlicher Anspruch erforderlich. Heil gab bereits einige inhaltliche Eckpunkte des Entwurfs bekannt.**

### Inhalte des Gesetzesentwurfs

Das „Mobile-Arbeit-Gesetz“ soll folgende wesentlichen Inhalte haben:

- › Individueller Anspruch auf 24 Tage Home-Office oder mobile Arbeit pro Jahr. Arbeitgeber können dies nach dem Gesetzesentwurf nur ablehnen, wenn sich die konkrete Tätigkeit nicht für mobiles Arbeiten eignet oder wenn entgegenstehende betriebliche Belange bestehen. Beides soll der Arbeitgeber darlegen müssen.
- › Mitbestimmungsrecht für Gewerkschaften, Betriebs- und Personalräte bei Einführung und Ausgestaltung mobiler Arbeit. Das Gesetz soll dafür einen Rahmen und zu verhandelnde Themen vorgeben, bspw. zu festen „Erreichbarkeitsfenstern“ oder Maßnahmen zur Einbindung mobiler Beschäftigter in den Betrieb.
- › Pflicht zur digitalen Zeiterfassung („digitale Stechuhr“).
- › Umfassenderer Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung bei mobiler Arbeit.

### Streit vorprogrammiert

Das Gesetz soll verhindern, dass sich Arbeitgeber pauschal mobiler Arbeit oder einer Tätigkeit im Home-Office verschließen. Durch einen gesetzlichen Anspruch sollen Arbeitnehmer nach dem Willen von Heil auf Augenhöhe mit dem Arbeitgeber verhandeln können. Der Gesetzesentwurf enthält allerdings zwei Vorbehalte. Zum einen muss sich die Tätigkeit grundsätzlich für mobiles Arbeiten eignen, zum anderen dürfen keine betrieblichen Belange entgegenstehen. Neben einer befürchteten Spaltung der Beschäftigten in zwei Lager („Home-Office geeignet“ und „Home-Office ungeeignet“) werden im Grenzbereich Diskussionen über die Home-Office-Eignung bestimmter Tätigkeiten aufkommen. Hier wird sich über die Jahre erst eine Kasuistik in der Rechtsprechung herausbilden müssen. Rechtssicherheit kann eine gesetzliche Regelung hier nicht schaffen.

Die Praxis zeigt zudem, dass die Betriebsparteien in Betriebsvereinbarungen zu mobiler Arbeit und/oder zum Home-Office aufgrund ihrer Sachnähe regelmäßig sachgerechte Voraussetzungen aufstellen, die von Arbeitgeber

und Arbeitnehmern gleichermaßen akzeptiert werden. Eine pauschale gesetzliche Regelung ist demgegenüber von vorneherein nicht in der Lage, betriebliche Besonderheiten oder Branchenbedürfnisse zu erfassen. Es ist daher unwahrscheinlich, dass sie gleichermaßen Akzeptanz findet und Streit vermeidet wie betriebliche Regelungen.

Unklar ist, ob sich der Rechtsanspruch auch auf die konkrete Lage der einzelnen mobilen Arbeitstage bezieht. In diesem Fall wäre für jeden beantragten Tag im Einzelfall abzuwägen, ob betriebliche Belange entgegenstehen. Wäre bereits die erforderliche Teilnahme an einem Präsenzmeeting ein betrieblicher Belang, der einer Home-Office-Tätigkeit oder mobiler Arbeit entgegengehalten werden kann? Könnte der Arbeitnehmer in diesem Fall den Arbeitgeber auf eine virtuelle Teilnahme an dem Meeting verweisen? Dies kann z. B. nicht sein, wenn ein Kunde ein Präsenzmeeting verlangt. Auch diesbezüglich ist nicht zu erwarten, dass ein Gesetz eine rechtssichere Handhabung gewährleistet.

### **Keine Arbeitszeit-Reform „light“**

Im Zusammenhang mit dem Rechtsanspruch auf mobile Arbeit soll digitale Zeiterfassung Pflicht werden. Dadurch soll vermieden werden, dass Mitarbeiter freiwillig zu viel arbeiten, insbesondere in den Abendstunden und am Wochenende. Ein solcher Trend sei während der Corona-Pandemie zu erkennen gewesen. Sicherlich ist es richtig, dass auch bei mobiler Arbeit Vorgaben zu Höchstarbeitszeiten und Ruhezeiten gelten müssen. Die Arbeitswirklichkeit, insbesondere das Bedürfnis der Arbeitnehmer und Arbeitgeber nach einem verlässlichen Rechtsrahmen für flexibles Arbeiten wird durch das Arbeitszeitgesetz allerdings längst nicht mehr adäquat abgebildet. Der Reformbedarf liegt nicht erst seit dem EuGH-Urteil aus Mai 2019 zur Arbeitszeiterfassung auf der Hand. Vor diesem Hintergrund wäre der Gesetzgeber berufen, sich einer grundlegenden Reform des Arbeitszeitgesetzes anzunehmen und nicht nur einzelne Regelungen zur Arbeitszeiterfassung im Zusammenhang mit mobiler Arbeit anzugehen. Gerade die gewollte Förderung von Home-Office und mobiler Arbeit und damit verbundener Flexibilisierung der Arbeit erfordert flexiblere gesetzliche Vorgaben zur Arbeitszeit und damit mehr als nur eine Pflicht zur digitalen Zeiterfassung. Mobile Arbeit ist nur dann attraktiv für alle Seiten, wenn der gesetzliche Rahmen eine flexible und selbstbestimmte Einteilung der Arbeitszeit zulässt. Um dies zu erreichen, müsste über eine längst überfällige Abkehr von starren Höchstarbeitszeiten und der Vorgabe einer ununterbrochenen Ruhezeit von 11 Stunden nachgedacht werden.

### **Klare Regelungen zum Arbeitsschutz erforderlich**

Es ist unklar, ob der Gesetzesentwurf spezielle Regelungen zum Arbeitsschutz im Home-Office und bei mobilem Arbeiten enthält. Soll ein Rechtsanspruch auf mobiles Arbeiten etabliert werden, sollten auch die arbeitsschutzrechtlichen Pflichten des Arbeitgebers klar definiert sein. Auf der Homepage des Bundesarbeitsministeriums heißt es im Zusammenhang mit dem Entwurf zum „Mobile-Arbeit-Gesetz“, es sei anzuerkennen, dass Regeln des Arbeitsschutzes bei mobiler Arbeit und bei Home-Office genauso gelten wie im Büro und der Arbeitgeber dafür die Verantwortung trage. Bereits nach aktueller Rechtslage ist aber zu berücksichtigen, dass sich der Arbeitnehmer im Home-Office und noch mehr bei mobiler Arbeit außerhalb der Einflussphäre des Arbeitgebers befindet. Die arbeitsschutzrechtliche Verantwortung des Arbeitgebers kann daher bereits aus tatsächlichen Gründen nicht so weit gehen wie am Arbeitsplatz im Betrieb. Daran kann auch ein Rechtsanspruch auf Home-Office oder mobile Arbeit nichts ändern. Im Gegenteil. Wenn Home-Office und mobiles Arbeiten durch einen Rechtsanspruch eine weite Verbreitung erfahren, wäre es im Sinne der Rechtssicherheit geboten, die Arbeitsschutzpflichten des Arbeitgebers unter Berücksichtigung der tatsächlichen Einflussmöglichkeiten klar zu definieren. An diesem Punkt zeigt sich deutlich, dass Home-Office und mobiles Arbeiten nicht synonym zu verstehen sind. Arbeitet der Arbeitnehmer mobil, d. h. nicht zwangsläufig nur im Home-Office, kann der Arbeitgeber bereits deshalb nicht verpflichtet sein, Arbeitsschutz wie im Büro vor Ort oder im heimischen Arbeitszimmer zu gewährleisten, weil er im Zweifel nicht einmal weiß, wo der Arbeitnehmer arbeitet.

### **Vorgaben für Tarifvertrags- und Betriebsparteien**

Heil betont, dass es sich bei den 24 Tagen nur um einen Mindestanspruch handeln soll. Die Tarifvertragsparteien und Betriebsparteien haben die Möglichkeit, darauf aufbauend „maßgeschneiderte“ Lösungen zu schaffen. Das „Mobile-Arbeit-Gesetz“ soll dafür inhaltliche Vorgaben zu einzelnen Regelungspunkten geben. Die Praxis zeigt, dass insbesondere auf betrieblicher Ebene bereits in vielen Fällen passende Lösungen unter Berücksichtigung der

betrieblichen Gegebenheiten gefunden wurden, in denen Mitarbeitern Möglichkeiten zu mobilem Arbeiten oder Home-Office eingeräumt werden, auch über 24 Tage pro Jahr hinaus. Es gibt keine Notwendigkeit, den Betriebsparteien bestimmte Inhalte für etwaige Vereinbarungen vorzugeben.

## Ausblick

Noch sind nur die groben Eckpunkte des Entwurfs zum „Mobile-Arbeit-Gesetz“ bekannt. Für eine weitere Beurteilung kommt es auf die Ausgestaltung der geplanten gesetzlichen Regelungen im Detail an. Es bleibt mit Spannung abzuwarten, in welcher Gestalt der Gesetzesentwurf seinen Weg in das Gesetzgebungsverfahren findet. In jedem Fall wäre ein pauschaler Rechtsanspruch auf Home-Office und mobiles Arbeiten unter dem Vorbehalt betrieblicher Belange zu kurz gedacht. Zu denken wäre bspw. an die Definition eines persönlichen und betrieblichen Anwendungsbereichs. Fraglich ist bspw. ob der Rechtsanspruch uneingeschränkt auch in kleinen Unternehmen gelten sowie Mitarbeitern bereits ab dem ersten Tag ihrer Beschäftigung im Unternehmen zustehen soll. Kleine Unternehmen sind für einen funktionierenden operativen Geschäftsbetrieb eher auf regelmäßige Präsenz ihrer Mitarbeiter angewiesen, als dies in größeren Unternehmen der Fall ist. Daneben wird in den ersten Monaten der Beschäftigung eine überwiegende Anwesenheit eines neu eingestellten Mitarbeiters zur Einarbeitung und Erprobung erforderlich sein.

## Betriebsratsbeschlüsse per Videokonferenz nur noch bis Jahresende?

**Nach dem mit Wirkung zum 1. März 2020 neu eingeführten § 129 BetrVG können Sitzungen und Beschlussfassungen des Betriebsrats mittels Video- oder Telefonkonferenz erfolgen. Die Regelung fand wegen der Corona-Pandemie kurzfristig Eingang in das Betriebsverfassungsgesetz und gilt befristet bis zum 31. Dezember 2020. Bislang gibt es noch kein Signal von Bundesarbeitsminister Heil zu einer möglichen Verlängerung der Laufzeit. Abgesehen davon, dass die Corona-Krise noch nicht überstanden ist, wäre eine Verlängerung oder dauerhafte Etablierung des § 129 BetrVG n.F. wünschenswert.**

## Rechtslage vor § 129 BetrVG

Gem. § 33 Abs. 1 BetrVG werden Betriebsratsbeschlüsse durch die „anwesenden“ Mitglieder gefasst. Daraus schlossen weite Teile der rechtswissenschaftlichen Literatur, dass Beschlüsse des Betriebsrats grundsätzlich in Präsenzsitzungen, unter persönlicher Anwesenheit der Betriebsratsmitglieder, zu fassen sind. Eine Rechtsprechung oder herrschende Meinung hatte sich dazu noch nicht herausgebildet. In jedem Fall wären Betriebsratsbeschlüsse per Videokonferenz dem Risiko der Unwirksamkeit ausgesetzt gewesen, auch wenn sich gute Gründe dafür anführen lassen, dass § 33 Abs. 1 BetrVG Beschlüssen per Videokonferenz nicht zwingend entgegensteht (siehe dazu ausführlich *Günther/Böglmüller/Mesina*, NZA 2020, 77). Anwesenheit im Sinne der Vorschrift muss nämlich nicht zwingend auch physische Anwesenheit bedeuten. Daneben setzt auch der Sinn und Zweck der Regelung keine physische Anwesenheit voraus. Die Vorschrift soll sicherstellen, dass die kollektive Willensbildung des Betriebsrats im wechselseitigen Austausch und nicht im Umlaufverfahren erfolgt. Dies wäre bei audiovisueller Wahrnehmung der Mitglieder in einer Videokonferenz gewährleistet.

## Die Neuregelung des § 129 BetrVG

§ 129 BetrVG n.F. ermöglicht dem Betriebsrat nun bis zum 31. Dezember 2020 eine Beschlussfassung per Video- oder Telefonkonferenz. Voraussetzung dafür ist, dass Dritte vom Inhalt der Sitzung keine Kenntnis nehmen können. Des Weiteren ist eine Aufzeichnung der Sitzung unzulässig. Die Teilnehmer haben gegenüber der Vorsitzenden oder dem Vorsitzenden ihre Anwesenheit in Textform zu bestätigen. Praktisch kann dies so gehandhabt werden, dass der oder die Vorsitzende sich zu Beginn der Sitzung die Teilnahme der einzelnen Mitglieder per E-Mail bestätigen lässt. Die Einhaltung der Nichtöffentlichkeit kann nach der Gesetzesbegründung durch eine verschlüsselte Verbindung und die Erklärung der einzelnen Teilnehmer, dass sie sich allein in einem nicht öffentlich genutzten Raum befinden, gewährleistet werden. Mit dieser Erklärung können die Teilnehmer zugleich die oben angesprochene Bestätigung der Anmeldung aussprechen.

## Keine Anwendung des § 129 BetrVG bei geheimen Wahlen

Sofern in einer Betriebsratssitzung geheime Wahlen anstehen, kann die Sitzung des Betriebsrats nicht per Video- oder Telefonkonferenz stattfinden. Dies entschied kürzlich das LAG Berlin-Brandenburg (Urteil vom 24. August 2020 – 12 TaBVGa 1015/20). Im konkreten Fall hatte der Gesamtbetriebsrat eine Präsenzsitzung im Betrieb abgehalten. Der Arbeitgeber untersagte die Sitzung wegen eines gesteigerten Corona-Risikos und verwies das Gremium auf die Möglichkeiten nach § 129 BetrVG. Die Richter stellten fest, dass eine Präsenzsitzung im Rahmen der Hygiene-Vorgaben zulässig sei. Der Gesamtbetriebsrat könne nicht auf § 129 BetrVG verwiesen werden, da die Vorschrift keine Anwendung finde, wenn in der Sitzung geheime Wahlen anstehen.

### **Ausblick**

Nach dem aktuellen Verlauf des Pandemiegeschehens ist zu erwarten, dass auch über den Jahreswechsel hinaus weiterhin Einschränkungen im betrieblichen Alltag bestehen. Die Rechtfertigung für die Einführung des neuen § 129 BetrVG wird damit nicht entfallen. Bereits aus diesem Grund wäre eine Verlängerung des zeitlichen Anwendungsbereichs der Norm zu begrüßen. Der Grundsatz der Nichtöffentlichkeit und die Vertraulichkeit lässt sich auch in Online-Meetings und Telefonkonferenzen einhalten. Zumindest ist kein höheres Risiko einer Verletzung der Vertraulichkeit als in Präsenzsitzungen zu erkennen. Online-Meetings haben sich in den letzten Monaten fest im Arbeitsleben etabliert. Im Sinne einer effektiven Entscheidungsfindung sollte diese Möglichkeit auch für Betriebsratsbeschlüsse beibehalten werden. Viele Unternehmen stehen angesichts der Pandemiefolgen vor Herausforderungen, die sie gemeinsam mit den Betriebsräten oftmals zügig, ohne Beschränkungen durch ein aktuelles Infektionsgeschehen, zur Zukunftssicherung bewältigen müssen. Selbst für Wahlen in einer Betriebsratssitzung dürfte es technische Möglichkeiten geben, solche online so durchzuführen, dass nicht nachvollziehbar ist, wie das einzelne Betriebsratsmitglied abgestimmt hat. Sofern eine entsprechende Technik nachgewiesen werden kann, dürfte entgegen der Ansicht des LAG Berlin-Brandenburg auch bei geheimen Wahlen § 129 BetrVG Anwendung finden, sei es bis zum 31. Dezember 2020 oder – besser noch – darüber hinaus.

### **Begrenzte Anrechnung gleichwertiger Vordienstzeiten**

**Eine nationale Regelung, die für die Ermittlung der Höhe des Entgelts eines Arbeitnehmers gleichwertige Vordienstzeiten, die bei einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Arbeitgeber zurückgelegt wurden, nur im begrenzten Umfang berücksichtigt, ist mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht zu vereinbaren.**

**EuGH, Urteil vom 23. April 2020 – C-710/18**

#### **Ausgangsrechtsstreit und Vorlagefrage**

Die Klägerin des Ausgangsrechtsstreits, eine deutsche Staatsangehörige, war von 1997 bis 2014 ununterbrochen in Frankreich an verschiedenen Collèges und Lycées als Lehrerin tätig. Weniger als sechs Monate nach Beendigung dieser Tätigkeit wurde sie vom Land Niedersachsen auf Grundlage des TV-L als Lehrerin eingestellt. Ihre in Frankreich erworbene Berufserfahrung wurde für die Stufenzuordnung nach § 16 Abs. 2 TV-L als gleichwertig anerkannt, aber nur teilweise angerechnet, weil sie sich aus Arbeitsverhältnissen zu anderen – ausländischen – Arbeitgebern ergab.

§ 16 Abs. 2 TV-L sieht die unbegrenzte Anrechnung einschlägiger Berufserfahrung nur bei einem Arbeitsverhältnis zum selben Arbeitgeber vor. Bei einem Arbeitsverhältnis zu einem anderen Arbeitgeber wird die Anrechnung dagegen begrenzt. Die Klägerin beantragte die Neueinstufung in diejenige Stufe, in die sie eingeordnet worden wäre, wenn sie eine 17 Jahre lange Berufserfahrung im Rahmen eines früheren Arbeitsverhältnisses bei demselben Arbeitgeber erworben hätte. Der Antrag wurde abgelehnt. Die hiergegen gerichtete und in erster Instanz erfolgreiche Klage wurde vom Landesarbeitsgericht Niedersachsen zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung legte die Klägerin Revision zum BAG ein.

Das BAG legte dem EuGH zur Vorabentscheidung die – vom EuGH umformulierte – Frage vor, ob Art. 45 Abs. 1 AEUV dahingehend auszulegen sei, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der für die Ermittlung der Höhe des Entgelts eines bei einer Gebietskörperschaft als Lehrer beschäftigten Arbeitnehmers die einschlägigen Vordienstzeiten, die von diesem Arbeitnehmer bei einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen

anderen Arbeitgeber als dieser Gebietskörperschaft zurückgelegt wurden, nur im Umfang von insgesamt bis zu drei Jahren angerechnet werden.

### **Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs**

Nach Art. 45 Abs. 1 AUEV haben alle Angehörigen von Mitgliedstaaten das Recht, ihren Herkunftsmitgliedstaat zu verlassen, um sich zur Ausübung einer Tätigkeit in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats zu begeben und sich dort aufzuhalten. Diese Arbeitnehmerfreizügigkeit steht nationalen Maßnahmen entgegen, die geeignet sind, diese Freiheit zu behindern oder weniger attraktiv zu machen. Vor diesem Hintergrund entschied der EuGH, dass § 16 Abs. 2 Satz 3 TV-L die Arbeitnehmerfreizügigkeit beeinträchtigt. Deutsche Wanderarbeitnehmer würden davon abgehalten, die gleiche oder eine oder mehrere vergleichbare Tätigkeiten an Einrichtungen außerhalb des Bundeslands oder in einem anderen Mitgliedstaat auszuüben, wenn bei Rückkehr trotz im Wesentlichen gleicher Arbeit bei der Entgelteinstufung nicht die gesamte gleichwertige Berufserfahrung angerechnet werde.

Die Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit ist auch nicht durch legitime Ziele gerechtfertigt. Weder der Gesichtspunkt der Gleichbehandlung von befristet und unbefristet beschäftigten Arbeitnehmern oder der Lohngerechtigkeit noch das Ziel, Arbeitnehmer an den Arbeitgeber zu binden oder den Arbeitnehmer zur Rückkehr zum Arbeitgeber zu bewegen, vermögen nach dem Urteil des EuGHs die Beeinträchtigung zu rechtfertigen:

- › Da § 16 Abs. 2 TV-L nicht zwischen befristet und unbefristet beschäftigten Arbeitnehmern differenziert, konnte das Ziel der Gleichbehandlung dieser Arbeitnehmer nicht die Benachteiligung von Personen rechtfertigen, die gleichwertige Berufserfahrung bei einem anderen Arbeitgeber erworben haben. Ohnehin, so der EuGH, sei der teilweise Ausschluss gleichwertiger Berufserfahrung bei anderen Arbeitgebern nicht erforderlich, um diese Gleichbehandlung sicherzustellen.
- › Hinsichtlich der Lohngerechtigkeit stellt der EuGH fest, dass die Berufungserfahrung der Klägerin als im Wesentlichen gleichwertig anerkannt wurde. Damit sei die begrenzte Anrechnung nicht geeignet, um zwischen besseren und schlechteren Leistungen zu differenzieren.
- › Zudem sei die Regelung nicht geeignet, die Treue eines Lehrers zu einer bestimmten Schule zu fördern, da ihm die nach seiner Berufserfahrung bestimmte Bezahlung auch dann geschuldet werde, wenn die Schule innerhalb des Bundeslandes gewechselt werde.
- › Schließlich bewege eine solche Regelung Arbeitnehmer auch nicht zur Rückkehr zum Arbeitgeber, sondern hindere sie vielmehr daran, eine gleichwertige Berufserfahrung bei einem anderen Arbeitgeber zu erwerben, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist.

### **Gleiss Lutz kommentiert**

Das Urteil ist die erwartete Fortsetzung der bisherigen Rechtsprechung des EuGHs zur Anrechnung von Vordienstzeiten bei der Entgelthöhe. Die gleichwertige Berufserfahrung von Arbeitnehmern, die aus dem europäischen Ausland zu einem nationalen Arbeitgeber wechseln, sind unbegrenzt anzurechnen, wenn eine entsprechende nationale Anrechnungsregelung existiert. Begrenzt eine nationale Rechtsvorschrift die Anrechnung auf bestimmte inländische Arbeitgeber, ist sie auf grenzüberschreitende Sachverhalte nicht anzuwenden. Da der EuGH lediglich Unionsrecht prüft, ist für Arbeitnehmer, die ihren Arbeitgeber im Inland wechseln, nach wie vor eine begrenzte Anrechnung zulässig. § 16 Abs. 2 Satz 3 TV-L bleibt damit wirksam und auf Inlandssachverhalte anwendbar.