

## **Blick ins Arbeitsrecht**

### **von Rechtsanwalt Michael Eckert, Heidelberg**

Der „Blick ins Arbeitsrecht“ hat heute seinen Schwerpunkt wieder im Bereich der Rechtsprechung. Sondervorschriften zur Corona-Pandemie, die Auswirkungen auf das Arbeitsrecht hätten, gibt es nach einer kleinen Flut im Frühjahr, aktuell nicht mehr. Auch das Thema „Kurzarbeit“ hat sich weitgehend eingespielt. Daran ändert auch der zweite sog. kleine „Lock-Down“ im November 2020 nichts.

#### **I. Arbeitsrechtliche Gesetze**

##### **1. Corona-Pandemie ist kein Kündigungsgrund**

Da die Frage immer wieder gestellt wird, sei hier nochmals deutlich darauf hingewiesen, dass es den Kündigungsgrund „Corona-Pandemie“ nicht gibt. Es gelten aktuell auch keine arbeitsrechtlichen Sonderregelungen, die die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber unter erleichterten Bedingungen zulassen würden. Soweit das Kündigungsschutzgesetz eingreift sind nach wie vor nur verhaltensbedingte, personenbedingte oder betriebsbedingte Kündigungsgründe zulässig.

Die Erkrankung mit dem Corona-Virus stellt keinen krankheitsbedingten Kündigungsgrund dar. Auch kann nicht allgemein zur Begründung einer betriebsbedingten Kündigung auf die Pandemie verwiesen werden.

Natürlich kann es zurzeit insbesondere in Betrieben, die von einem Lock-Down oder sonstigen Pandemie-bedingten Einschränkungen zu leiden haben, in verstärktem Maße zu betriebsbedingten Kündigungen kommen. Auch hier ist aber in jedem Einzelfall zu prüfen, ob der Arbeitsplatz konkret tatsächlich auf Dauer entfallen ist und auch keine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit auf einem alternativen Arbeitsplatz besteht.

Insoweit kann die Pandemie der Grund dafür sein, dass ein Arbeitsplatz entfällt. Dies muss aber, wie auch sonst üblich, immer konkret vom Arbeitgeber belegt werden. Besondere Probleme können dann entstehen, wenn Beschäftigte bislang in Kurzarbeit waren. Die Begründung für die Beantragung von

Kurzarbeitergeld ist nämlich, dass eine Beschäftigungsmöglichkeit nur vorübergehend entfällt. Umgekehrt ist die Argumentation bei der betriebsbedingten Kündigung: Hier muss der Arbeitsplatz auf Dauer entfallen. Sollen also Beschäftigte gekündigt werden, die bisher in Kurzarbeit waren, ist dies zwar nicht grundsätzlich verboten. Allerdings endet der Bezug von Kurzarbeitergeld, damit in der Regel auch die Kurzarbeit spätestens mit Ausspruch der Kündigung. Im Rahmen einer eventuellen Kündigungsschutzklage muss dann der Arbeitgeber konkret belegen, warum er zunächst von einer vorübergehenden Beschäftigungslosigkeit und anschließend von einer auf Dauer fehlenden Beschäftigungsmöglichkeit ausging. Hier ist es denkbar, dass der Arbeitgeber die Pandemie zunächst falsch eingeschätzt und von einer kurzfristigen Rückkehr zum „Normalzustand“ ausgegangen war. Gerade im Bereich Gastronomie, Veranstaltungen, Kultur, im Hotelbereich etc. gibt es in der Tat Betriebe, die auch jetzt noch keine Perspektive sehen bzw. trotz Kurzarbeitergeld von den Fixkosten zur Aufgabe gezwungen werden. Dies muss aber im Fall einer Kündigung sowohl bei der Betriebsratsanhörung als auch im Kündigungsschutzverfahren konkret dargelegt und ggf. auch mit Zahlen untermauert werden.

## **2. Krankmeldungen**

Der gemeinsame Bundesausschuss im Gesundheitswesen hat mitgeteilt, dass erneut telefonische Befragungen des Arbeitnehmers zu einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung führen können. Dies gilt allerdings nicht allgemein, sondern nur mit Blick auf die aktuelle Corona-Situation. Konkret ist folgendes zu beachten:

### **a)**

Eine erstmalige Krankschreibung kann nur nach „eingehender telefonischer Befragung durch den niedergelassenen Arzt“ erfolgen. Dieser muss sich konkret nicht nur nach Krankheitssymptomen, sondern auch danach erkundigen, inwieweit diese eine Arbeitsunfähigkeit auslösen.

Aufgehoben wurde lediglich die Pflicht zur persönlichen Visitation und persönlichen Untersuchung, nicht dagegen die Voraussetzungen allgemein für eine Krankschreibung.

### **b)**

Diese erste „Krankschreibung“ (besser: schriftliche Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit) darf nur für maximal sieben Tage ausgestellt werden.

### **c)**

Eine einmalige Verlängerung der ersten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach telefonischer Konsultation kann für maximal weitere sieben Kalendertage auch nach telefonischem Kontakt erfolgen, wenn aus Sicht des Arztes weiterhin eine Arbeitsunfähigkeit (!) vorliegt.

d)

Aktuell gilt diese Regelung bis 31. Dezember 2020. Man wird abwarten müssen, wie sich die Situation insbesondere im Gesundheitswesen entwickelt. Eine Verlängerung ist nicht ausgeschlossen.

Nach wie vor bleibt es aber unzulässig, sich die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung allein per E-Mail, WhatsApp, SMS oder o.ä. zu beschaffen. Diese Kommunikationswege erlauben nicht die vorgesehene Befragung und einen persönlichen Eindruck zumindest von der Stimme. Zulässig sind natürlich für die Übergangszeit Video-Konsultationen statt der Nutzung des Telefons.

### 3. Homeoffice per Gesetz?

Nachdem in Folge der Corona-Pandemie im März sehr viele Beschäftigte ins Homeoffice „geschickt“ worden sind, prüft nun der Bundesminister für Arbeit die gesetzliche Verankerung eines Rechtsanspruches auf zumindest zeitweise Tätigkeit im Homeoffice. Solche Überlegungen sind abzulehnen. Sie zeugen von einer fehlenden Kenntnis der betrieblichen Praxis.

Zuzugeben ist, dass viele Arbeitgeber aber auch Arbeitnehmer angesichts der Corona-Pandemie, notwendige Separierungen innerhalb der Belegschaft oder allgemein zur Vermeidung einer Ansteckung das Instrument des Homeoffices erstmals und teilweise auch mit Erfolg ausprobiert haben. Diese Notwendigkeit hat auch zu einer stärkeren Digitalisierung vieler Arbeitsplätze beigetragen, um eine Arbeit im Homeoffice erst zu ermöglichen. Sogar Unternehmen wie die SAP haben zwischenzeitlich – nach Kenntnis des Autors bis Mitte 2021 – festgelegt, dass in der Regel aus dem Homeoffice gearbeitet werden solle, was für die gesamte Belegschaft gilt.

Es wird sicherlich in Zukunft vermehrt zu Homeoffice-Vereinbarungen kommen. Allerdings müssen diese zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer jeweils bezogen auf den Einzelfall und unter besonderer Berücksichtigung der betrieblichen Belange abgestimmt werden. Hier verbietet sich jede gesetzgeberische Regelung oder „Zwangsbeglückung“.

Viele Arbeitgeber werden vielleicht froh sein, einen Teil der Beschäftigten im Homeoffice arbeiten zu lassen, um beispielsweise auch teuren Büroraum zu sparen.

Die Frage, ob eine Beschäftigung des Arbeitnehmers im Homeoffice möglich ist oder eher im Betrieb erfolgen soll, muss jedoch zunächst einmal der Arbeitgeber klären. Gesetzgeberische Abwägungen, Vorschriften helfen hier nicht weiter.

Nicht zuletzt gibt es auch eine Vielzahl von Beschäftigten, die sich danach sehnen, wieder an den betrieblichen Arbeitsplatz zurückkehren zu können und keinesfalls auf Dauer im Homeoffice arbeiten wollen.

Ich denke, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer sehr gut in der Lage sind, zu prüfen, ob, wann und in welchem Umfang, vielleicht auch befristet oder auf bestimmte Wochentage bezogen ein Homeoffice möglich ist. Gesetzgeberische Regelungen sind hier nur schädlich.

## **II. Rechtsprechung**

### **1. Kein Einsichtsrecht des Betriebsrats in elektronische Personalakte**

(LAG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Juni 2020, 3 Ta BV65/19)

Immer mehr Betriebe stellen von einer papierbasierten Personalakte auf die elektronische Personalakte um. Dabei kommt es immer wieder zu rechtlichen Problemen. In diesem Fall wollte ein Unternehmen eine solche Umstellung vornehmen. Zu diesem Zweck wurde eine Gesamtbetriebsvereinbarung über die Einführung und Nutzung von elektronischen Personalakten geschlossen. Dort war vorgesehen, dass der Gesamtbetriebsvorsitzende und der Vorsitzende des örtlichen Betriebsrats permanenten Zugriff auf die elektronische Personalakte haben, soweit ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht. Ausgenommen waren daher die Akten von leitenden Mitarbeitern und der Mitarbeiter im Personalbereich. Die örtlichen Betriebsratsvorsitzenden sollten nur Zugriff auf die Akten ihres Betriebes haben. Der Gesamtbetriebsratsvorsitzende sollte allerdings auf alle Akten des gesamten Unternehmens zugreifen können. Trotzdem hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat keine Einsicht gewährt. Dieser berief sich auf die Betriebsvereinbarung und rief beim Arbeitsgericht ein sog. Beschlussverfahren an. In beiden Instanzen hat der Arbeitgeber obsiegt.

Für ein generelles Einsichtsrecht von Betriebsräten einschließlich Betriebsratsvorsitzenden oder Gesamtbetriebsratsvorsitzenden fehlt nach Ansicht des Gerichts eine Rechtsgrundlage. Ein solcher insbesondere ständiger Zugriff verletze die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Beschäftigten. Ein solches Einsichtsrecht sei nach Auffassung des LAG weder geeignet noch erforderlich, um die Aufgaben von Betriebsrat oder Gesamtbetriebsrat zu erfüllen. Dies galt im vorliegenden Fall insbesondere deshalb, da die Betriebsvereinbarung noch weitere besondere Kontrollrechte des Betriebsrats vorsah.

## **2. Betriebsbegriff bei einer Massentlassungsanzeige**

(BAG, Urteil vom 13. Februar 2020, 6 AZR 146/19)

Im vorliegenden Fall ging es um Massentlassungen im Zuge des Insolvenzverfahrens und der Betriebseinstellung der Firma Air Berlin mit Sitz in Berlin.

Einzelheiten für die Massentlassungsanzeige regelt § 17 KSchG (Kündigungsschutzgesetz). Danach muss ab bestimmten Grenzzahlen, abhängig von der Betriebsgröße, schon vor Ausspruch (!) einer Massentlassung diese bei der zuständigen (!) Agentur für Arbeit angezeigt werden.

Die Besonderheit im vorliegenden Fall lag darin, dass Air Berlin an mehreren Flughäfen sog. Stationen unterhielt, welchen jeweils Personal für die Bereiche Boden, Kabine und Cockpit zugeordnet waren. Für die Anzeige bei der Agentur für Arbeit stellte sich nun die Frage, ob diese bei den für die jeweiligen Stationen zuständigen Agenturen für Arbeit einzureichen waren oder zentral bei der für den Sitz der Gesellschaft zuständigen Agentur für Arbeit in Berlin-Nord. Der insoweit zuständige Insolvenzverwalter hatte angenommen, dass das gesamte Cockpit-Personal einen einheitlichen Betrieb „Cockpit“ darstelle, und zwar grundsätzlich unabhängig davon, wo die Cockpit-Mitarbeiter gearbeitet haben und welchem Flughafen sie zugeordnet waren. Den Hintergrund der Annahme bildete die Leitungsmacht und die zentrale Steuerung des Flugbetriebs und des Personals von Berlin aus. Um sicher zu gehen hatte der Arbeitgeber sogar noch eine Anfrage an die Agentur für Arbeit in Berlin-Nord gestellt und gefragt, welche Agentur insoweit zuständig sei. Von dort kam die Antwort, dass es möglich sei, das gesamte Cockpit-Personal als einen einheitlichen Betrieb anzusehen mit einer Zuständigkeit der Agentur für Arbeit in Berlin-Nord.

Der Arbeitnehmer hat gegen die Kündigung Kündigungsschutzklage eingelegt, obgleich der gesamte Betrieb ja eingestellt worden war. Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben daher die Kündigungsschutzklage auch abgewiesen.

Nun hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass die Kündigung unwirksam gewesen sei. Der Arbeitgeber habe im Ergebnis die falsche Agentur für Arbeit konsultiert. Zuständig sei nach Auffassung des BAG nämlich nicht die für die Zentrale von Air Berlin zuständige Agentur für Arbeit Berlin-Nord gewesen, sondern vielmehr diejenige Agentur für Arbeit, die für den zugewiesenen Dienstsitz des klagenden Arbeitnehmers zuständig gewesen sei, nämlich in diesem Fall Düsseldorf.

Auch die Tatsache, dass die Agentur für Arbeit insoweit eine falsche Auskunft erteilt hatte, bindet das Gericht nicht. Dies könne auch die Anrufung der falschen Agentur für Arbeit nicht heilen.

Damit waren praktisch alle Kündigungen, ausgenommen für den Standort Berlin, unwirksam, soweit Klage erhoben worden war.

Begründet hat das BAG seine Auffassung – für die Praxis völlig überraschend – wie folgt:

§ 17 Abs. 2 stelle auf den jeweiligen „Betrieb“ ab in dem der Arbeitnehmer arbeite. Die für diesen Betrieb zuständige Agentur für Arbeit müsse konsultiert werden. Dabei gelte aber nicht etwa der Betriebsgriff aus dem Kündigungsschutzgesetz, obgleich § 17 ja in diesem Gesetz zu finden ist. Auch der Betriebsbegriff aus dem Betriebsverfassungsrecht (BetrVG) sei nicht einschlägig. Vielmehr sei ein europäischer Betriebsbegriff zugrunde zu legen, der sog. unionsrechtliche Betriebsbegriff sei auf das Massenentlassungsrecht der EU zurückzuführen und nach der Unionsrechtsordnung „autonom, einheitlich und losgelöst vom nationalen Begriffsverständnis auszulegen“. Hier komme es nicht darauf an, in welchem Gesetz sich die Regelung über die Massenentlassungsanzeige befinde oder welcher Betriebsrat anzuhören sei.

Allerdings muss das BAG zugeben, dass nach der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs die EU-Massenentlassungsrichtlinie selbst den Begriff des „Betriebs“ nicht definiere.

Das BAG kommt dann zu dem Ergebnis, dass der Begriff „Betrieb“ im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie der EU dahingehend zu definieren sei, dass er eine Einheit betreffe, der die von der Entlassung betroffenen Beschäftigten zur Erfüllung ihrer Arbeitsaufgaben angehören würden. Die insoweit vorgesehene Einschaltung der Agentur für Arbeit sei darauf ausgerichtet, die Folgen einer Massenentlassung dort zu mildern, wo sie typischerweise auftreten, nämlich vor Ort, am Arbeitsort. Bei den Stationen von Air Berlin an den verschiedenen Flughäfen habe es sich insoweit um Betriebe im Sinne der europäischen Massenentlassungsrichtlinie gehandelt und die Massenentlassungsanzeigen hätten bei der jeweils zuständigen Agentur für Arbeit, vorliegend in Düsseldorf, erfolgen müssen. Da dies aber nicht vor Ort, sondern zentral in Berlin geschehen sei, sei die hier streitige Kündigung unwirksam.

**Anmerkung:**

Dies ist vorliegend schon die zweite Entscheidung des BAG, die die Praxis staunend hinterlässt und quasi neues Recht schafft.

Der Arbeitgeber hatte vorliegend ohnehin große Probleme, im Rahmen des Insolvenzverfahrens alle Arbeitsverhältnisse wirksam zu beenden, nachdem klar geworden war, dass eine Fortführung des Flugbetriebs bei Air Berlin ebenso wenig möglich war wie ein Verkauf der Fluglinie mit samt der Arbeitskräfte.

Insoweit wurde dann sorgfältig geprüft, welche Schritte für den Ausspruch von Kündigungen erforderlich waren, bei der Frage, welche Agentur für Arbeit zuständig sei, wurde sogar die für die Zentrale zuständige Agentur ausdrücklich befragt und diese hat sich selbst als insoweit zuständig angegeben. Mehr kann ein Arbeitgeber eigentlich nicht tun, um – vorliegend noch arbeitsrechtlich beraten – die richtigen Schritte einzuleiten.

Völlig überraschend hat das BAG aber nicht nur einen neuen „europäischen“ Betriebsbegriff „aus dem Hut gezaubert“, sondern auch die Vorabauskunft der Agentur für Arbeit für völlig irrelevant gehalten.

Schon bisher war es nicht ganz einfach, den Begriff des „Betriebes“ richtig auszulegen, da es hier beispielsweise zwischen dem Betriebsbegriff im Kündigungsschutzgesetz einerseits und dem Betriebsverfassungsgesetz andererseits Unterschiede geben kann. Daher war die Anfrage des Arbeitgebers sicherlich der richtige Weg, um hier Klarheit zu schaffen.

Als verständiger Arbeitgeber müsste man eigentlich auch darauf vertrauen können, dass für eine Vorschrift des Kündigungsschutzgesetzes auch der Betriebsbegriff dieses Gesetzes gilt. Weit gefehlt!

Dies ist ein weiterer Fall, wo das BAG einem rechtstreuen und um Einhaltung aller Vorschriften bemühten Arbeitgeber Steine statt Brot gibt, indem nachträglich erklärt wird, hier komme es auf einen anderen europäischen Betriebsbegriff an. Wo dieser gefunden wurde, wird nicht so ganz klar. Unstreitig ist jedenfalls, dass in der zugrundeliegenden Massenentlassungsrichtlinie ein gesonderter Betriebsbegriff nicht definiert wird.

Wie hätte der Arbeitgeber also die jetzt getroffene Entscheidung des BAG voraussehen sollen?

Für die Praxis bedeutet dies, dass eine Verlässlichkeit des deutschen Arbeitsrechts leider immer weniger gegeben ist. So schafft es der deutsche Gesetzgeber seit Jahren nicht, vom EuGH geschaffenes Richterrecht durch die Änderung deutscher Gesetzestexte auch so umzusetzen, dass diese den aktuellen Rechtsstand wiedergeben.

Für die Zukunft darf man also noch weniger auf behördliche Angaben vertrauen. Bei vergleichbaren Zweifelsfällen kann nur angeraten werden, jede Agentur für Arbeit, die unter Umständen in Betracht kommen könnte, eine Massenentlassungsanzeige zuzuleiten.

Der vorliegende Fall ist aber noch nicht ganz abschließend entschieden worden. Der insoweit unterliegende Insolvenzverwalter als Arbeitgeber hat gegen die Entscheidung Verfassungsbeschwerde eingelegt. Es bleibt zu hoffen, dass Karlsruhe hier im Interesse der Rechtssicherheit ein Einsehen hat.

Zumindest die vom Arbeitgeber befolgte behördliche Auskunft müsste die Wirksamkeit der Massenentlassungsanzeige und damit der Kündigung gewährleisten.

### **3. Vorausabtretung der zukünftigen Insolvenzverwaltervergütungen einer angestellten Rechtsanwältin an die Arbeitgeber-Kanzlei kann wirksam sein**

(BAG, Urteil vom 22. Oktober 2020, 6 AZR 566/18)

Diese Entscheidung, die meines Erachtens auch für Steuerberater und Wirtschaftsprüfer relevant sein kann, hat möglicherweise auch Auswirkungen in anderen Bereichen, in denen bestimmte Personen als natürliche Personen mit einer Aufgabe betraut werden und hierfür ein persönliches Honorar gezahlt wird. Zu denken ist hier beispielsweise an Testamentsvollstrecker-Vergütung, Betreuerhonorar, Treuhandverträge o.ä.

#### Worum ging es im konkreten Fall:

Eine Arbeitnehmerin wurde im Bereich Insolvenzverfahren bei den zuständigen Gerichten durch ihre Arbeitgeber-Kanzlei eingeführt und ihr wurde ermöglicht, Insolvenzverwaltungen zu übernehmen. Die klagende Arbeitnehmerin ist dann auch als Insolvenzverwalterin im Rahmen des Anstellungsverhältnisses tätig geworden und hat die diesbezüglichen Aufgaben im Rahmen ihrer durch ein Gehalt vergüteten Tätigkeit erledigt. Dann hat sie das Arbeitsverhältnis zum 31. Oktober 2012 gekündigt. „Zufälligerweise“ endeten einige Insolvenzverfahren im November 2012. Die ehemalige Arbeitnehmerin hat von ihrem ehemaligen Arbeitgeber die Auskehrung der Insolvenzverwalter-Vergütungen für diese Verfahren gefordert. Der Arbeitgeber hat jedoch darauf hingewiesen, dass die als Insolvenzverwalterin tätige Rechtsanwältin ja für die gesamte Dauer ihrer Tätigkeit als Insolvenzverwalterin schon ein Gehalt erhalten habe. Ferner hat der Arbeitgeber auf folgende Formulierung im Rahmen des Arbeitsvertrages hingewiesen:

*„Die Rechtsanwältin ist berechtigt, sich auch als Gutachterin, vorläufige Insolvenzverwalterin, Insolvenzverwalterin, Treuhänderin etc. sowie Zwangsverwalterin bestellen zu lassen.*

*Sämtliche Tätigkeiten der vorgenannten Art werden ausschließlich auf Rechnung der Gesellschaft ausgeführt. Von der Rechtsanwältin beantragte Vergütungen tritt diese hiermit im Voraus an den Arbeitgeber ab.*

....



*Für die Haftpflichtfälle wird die Arbeitnehmerin im Innenverhältnis freigestellt, soweit nicht die Haftpflichtversicherung den Schaden deckt.“*

Umgekehrt verwies die Klägerin darauf, dass es sich um eine höchstpersönliche Ernennung beispielsweise zur Insolvenzverwalterin handele und diese Ernennung an das Honorar geknüpft sei.

Die ersten beiden Instanzen hatten noch unterschiedlich entschieden. Das BAG hat weit überwiegend dem Arbeitgeber Recht gegeben.

Das BAG ging davon aus, dass mit der hier zitierten Klausel nur die Vorausabtretung von solchen Insolvenzverwaltervergütungen geregelt werden sollte, die noch im bestehenden Arbeitsverhältnis beantragt wurden. Insoweit würde aber die persönliche Stellung des Insolvenzverwalters die hier erklärte Vorausabtretung nicht hindern.

Abtretungsvereinbarungen über die Insolvenzverwaltervergütung seien grundsätzlich möglich. Insoweit ist eine Abtretung auch nicht unangemessen, insbesondere nicht mit Blick auf die AGB-Vorschrift des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. In der Tat hat nämlich die Klägerin für ihre Tätigkeit von der Beklagten ein Gehalt erhalten. Sie kann nicht beides für sich in Anspruch nehmen, nämlich das Gehalt einerseits und zusätzlich die Insolvenzverwalter-Vergütung.

Nach Auffassung des BAG steht dem Arbeitgeber das Insolvenzverwalterhonorar damit für zumindest in den Fällen zu, in denen das Insolvenzverfahren während der Dauer des Arbeitsverhältnisses abgeschlossen und die Auszahlung der Insolvenzverwalter-Vergütung beantragt worden war.

Umgekehrt ist auch klar, dass Vergütungen für Insolvenzverfahren, die nach dem Ausscheiden begonnen worden sind, allein der Klägerin als Insolvenzverwalterin zustehen.

Etwas unklar bleibt auch nach dieser Entscheidung die Aufteilung eines Insolvenzverwalter-Honorars, wenn zwar möglicherweise bereits die überwiegende Tätigkeit als Insolvenzverwalter während der Dauer des Anstellungsverhältnisses abgeschlossen wurde, der Abschluss und die Endabrechnung des Insolvenzverfahrens sich aber möglicherweise wegen noch offener Forderungen oder noch unklarer Verbindlichkeiten in geringem Umfang verzögert. Dies ist in der Praxis häufig der Fall. Dann müssen z.B. noch Gerichtsurteile abgewartet werden. Sachgerecht wäre es, die Vergütung in solchen Verfahren analog zum angefallenen Arbeitsaufwand zu verteilen, zumal bei Insolvenzverfahren, die im Rahmen eines Anstellungsverhältnisses betreut werden, häufig auch andere Mitarbeiter der Kanzlei zum Einsatz kommen.

#### **4. Immer wieder: Darlegungs- und Beweislast bei der Geltendmachung von Überstunden**

(LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 07. Mai 2020, 5 Sa 314/19)

Das LAG Rheinland-Pfalz hatte über einen Fall zu entscheiden, der in der Praxis recht häufig vorkommt:

Nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses legte eine Arbeitnehmerin ihrem ehemaligen Arbeitgeber eine Übersicht vor, der zu Folge sie in erheblichem Umfang Überstunden geleistet habe. Sie stellte die monatlichen Pflichtstunden nach dem Arbeitsvertrag den aus ihrer Sicht tatsächlich geleisteten Stunden gegenüber. Dadurch kam sie in dem Monat auf eine unterschiedlich hohe Anzahl von Überstunden. Deren Vergütungen hat sie mit der Klage geltend gemacht.

Bei solchen nachträglich, meist bei Ausscheiden geltend gemachten Vergütungsansprüchen für Überstunden ist zunächst zu prüfen, ob der Arbeitsvertrag eine Verfallsklausel enthält und diese einschlägig ist.

Darüber hinaus reicht es nicht aus, für jeden Monat die Zahl der angeblich geleisteten Überstunden bzw. Gesamtstunden anzugeben. Vielmehr ist es in einem ersten Schritt notwendig, genau mitzuteilen, wann – außerhalb der üblichen Arbeitszeit – Mehrarbeit tatsächlich geleistet worden ist. Dies muss ggf. auch noch nachträglich nachgewiesen werden.

Arbeitnehmer haben es aber nicht in der Hand, einfach mehr als notwendig zu arbeiten und dadurch einen Anspruch auf Überstundenvergütung aufzubauen. Eine solche zusätzliche Vergütung oder eine entsprechende Freistellung schuldet der Arbeitgeber nämlich nur dann, wenn er oder seine Vorgesetzten die Überstunden ausdrücklich angeordnet haben bzw. in Kenntnis der Überstunden deren Ableistung duldend hingenommen haben. Der Arbeitnehmer muss also zur Begründung seines Anspruches auch noch vortragen, welche Arbeitsleistungen er in der fraglichen Zeit erbracht hat und wer ihn zur Leistung von Überstunden angewiesen hat.

Fehlt der eine oder andere Vortrag oder kann der Arbeitnehmer dies nicht beweisen, wird sein Anspruch auf Überstundenvergütung scheitern. Auch im vorliegenden Fall wurde aus diesem Grund die Klage abgewiesen.

## **5. Sperrzeit beim Arbeitslosengeld trotz Geheimhaltungsvereinbarung in Aufhebungs- oder Abwicklungsvertrag**

(SozialG Stuttgart, Urteil vom 17. Januar 2020, S 21 AL 498/19)

Diese Entscheidung des Sozialgerichts Stuttgart betrifft u.a. das Sozialversicherungsrecht. Wegen eines im Arbeitsrecht sehr wichtigen Aspekts soll aber eine Erörterung auch hier erfolgen:

Die Arbeitsagentur verhängt in der Regel dann eine Sperrzeit, wenn der Arbeitnehmer entweder die Beendigung des Arbeitsverhältnisses verschuldet oder er hieran zumindest ohne wichtigen Grund mitgewirkt hat. Gleiches gilt für den Abschluss einer Abwicklungsvereinbarung, wenn der Arbeitgeber eine offensichtlich unwirksame Kündigung ausgesprochen hatte.

So führt die Unterzeichnung eines Aufhebungsvertrages oder eine Eigenkündigung des Arbeitnehmers in der Regel zu einer Sperrfrist. Eine Sperrfrist wird jedoch auch in diesen Fällen nicht verhängt, wenn der Arbeitnehmer für seinen Beitrag zur Vertragsbeendigung einen wichtigen Grund hatte. Ein solcher wichtiger Grund kann beispielsweise sein, dass der Arbeitnehmer einer betriebsbedingten Kündigung damit zuvor kommen wollte, um Nachteile für seinen weiteren beruflichen Lebensweg zu vermeiden, die durch eine solche Arbeitgeberkündigung unter Umständen ausgelöst werden könnten. Ein weiterer Grund wäre die Erlangung einer Abfindung, insbesondere bei Zustimmung zu einer Aufhebungsvereinbarung.

Im vorliegenden Fall hatte der Arbeitnehmer erklärt, er habe einen wichtigen Grund für eine Eigenkündigung gehabt. Diesen wichtigen Grund dürfe er aber gegenüber der Agentur für Arbeit nicht angeben, da ihn hieran eine Geheimhaltungsvereinbarung mit dem Arbeitgeber hindere. Mit dieser Information waren natürlich weder die Arbeitsagentur noch das Sozialgericht zufrieden. Letzteres hat die Verhängung einer Sperrfrist bestätigt.

Soweit der Fall, nunmehr zu den arbeitsrechtlichen Aspekten:

Grundsätzlich muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer bei Abschluss eines Aufhebungsvertrages, der den Arbeitsvertrag beendet, auf die Gefahr einer Sperrfrist und ggf. bei Nichteinhaltung der Kündigungsfrist auch einer Ruhensfrist hinweisen. Versäumt der Arbeitgeber seine Hinweispflicht, ist er dem Arbeitnehmer möglicherweise später zu Schadenersatz verpflichtet, wenn eine Sperrfrist oder Ruhensfrist verhängt wird. Dann muss er dem Arbeitnehmer möglicherweise das entgangene Arbeitslosengeld erstatten.

Eine solche Hinweis- bzw. Schadenersatzpflicht könnte sich unter Umständen auch bei Vereinbarung einer Geheimhaltungsverpflichtung ergeben.

Es empfiehlt sich daher, Geheimhaltungsvereinbarungen, die sich häufig in Aufhebungsverträgen finden, mit Einschränkungen zu formulieren. Ausgenommen von der Geheimhaltungsverpflichtung sollten daher Rechtsanwälte und Steuerberater des Arbeitnehmers sein, ferner Behörden, denen gegenüber der Arbeitnehmer im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder aus Anlass seiner Beendigung auskunfts- oder darlegungs verpflichtet ist. Dies ist nicht nur die Agentur für Arbeit, sondern beispielsweise auch das Finanzamt, das Sozialamt, ein Jobcenter o.ä.

## **6. Fahrzeit als vergütungspflichtige Arbeitszeit**

(BAG, Urteil vom 18. März 2020, 5 AZR 36/19)

Fahrzeiten zählen nach wie vor zu den rechtlich nicht abschließend geklärten Sachverhalten im Arbeitsrecht. Dies gilt zum einen für die Frage, ob die Fahrzeit im Sinne des Arbeitszeitgesetzes zur Arbeitszeit zählt.

Wichtig ist aber auch die hier ausstehende Frage, wann Fahrzeiten vom Arbeitgeber als Arbeitszeit zu vergüten sind.

Dies ist sicherlich der Fall, wenn ein Arbeitnehmer seine Dienstreise während der Arbeitszeit vom Betrieb aus antritt bzw. beendet.

Streitig war bisher die Frage, wie es mit der Vergütungspflicht aussieht, wenn der Arbeitnehmer morgens direkt von seinem Wohnort zu einem auswärtigen Einsatzort fährt oder abends vom letzten auswärtigen Einsatzort direkt zurück nach Hause.

Normalerweise sind Wegezeiten, also die Fahrten von der Wohnung zum Arbeitsplatz, keine Arbeitszeit. Manchmal wird auch geprüft, wie lange die Fahrt von der Wohnung zum Betrieb dauert. Ist dann die Fahrt zum ersten Kunden länger, wird manchmal nur die Differenzzeit als Arbeitszeit vergütet.

Hier hat nun das Bundesarbeitsgericht eine Grundsatzentscheidung getroffen.

Danach ist die Fahrt von der Wohnung zum ersten Einsatzort und auch die Fahrt vom letzten auswärtigen Einsatzort nach Hause vergütungspflichtige Arbeitszeit, und zwar unabhängig davon, ob die Fahrt dann jeweils länger dauert als die Fahrt zum Betrieb. Benötigt der Mitarbeiter also morgens eine halbe Stunde, um von der eigenen Wohnung zum ersten Kunden zu fahren, erhält er diese Fahrzeit

als Arbeitszeit auch dann bezahlt, wenn die Fahrtzeit in den Betrieb vielleicht sogar noch länger gedauert hätte.

Insoweit besteht aber Gestaltungsspielraum. Diese generelle Regelung kann durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder auch durch einen Arbeitsvertrag anders geregelt werden.

Eine Vergütung für die Fahrtzeit kann so beispielsweise vollständig ausgeschlossen werden, sofern die Vergütung, die der Arbeitnehmer für diesen Arbeitstag erhält, gerechnet von Abfahrt an der Wohnung bis zur Rückkehr an den Wohnort, zumindest der Mindestvergütung nach dem Mindestlohngesetz entspricht.

Denkbar ist auch, Fahrtzeiten in diesem Sinne geringer zu vergüten, als die sonstige Arbeitszeit.

## **7. Verjährung von Urlaubsansprüchen?**

(BAG, Vorlagebeschluss vom 29. September 2020, 9 AZR 266/20)

Der 9. Senat des BAG hatte sich mit der Frage zu befassen, ob für den gesetzlichen Urlaub die gesetzlichen Verjährungsvorschriften Anwendung finden.

Nach dem Bundesurlaubsgesetz muss der Urlaub bis zum 31. Dezember des Kalenderjahres genommen werden. In Ausnahmefällen ist eine Übertragung in das folgende Jahr bis zum 31. März zulässig. Bei Dauererkrankungen lässt sich der Urlaub noch ein weiteres Jahr bis zum 31. März des Folgejahres übertragen. Ist er aber dann innerhalb dieser Grenzen nicht genommen worden, soll er nach dem Bundesurlaubsgesetz verfallen.

Erst kürzlich wurde diese Regelung dadurch eingeschränkt, dass der Arbeitgeber seine Beschäftigten ausdrücklich darüber informieren muss, dass der Urlaub innerhalb der genannten Fristen verfällt, wenn er nicht rechtzeitig genommen wird. Fehlt es an einem entsprechenden Hinweis, soll der Verfall nicht eintreten.

In dem hier vorliegenden Fall geht es aber nicht um den Verfall. Vielmehr stellt sich die Frage, ob der Urlaub nicht möglicherweise innerhalb von drei Jahren, gerechnet ab dem Ende des Kalenderjahres, wie andere Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis regelmäßig auch, verjährt.

Vorliegend ging es um eine Steuerfachangestellte, die am 31. Juli 2017 aus dem seit 01. November 1996 bestehenden Arbeitsverhältnis ausschied. Mit Klage vom 06. Februar 2018 machte sie die Ab-

geltung von 101 Urlaubstagen aus dem Jahr 2017 und den Vorjahren geltend. Das Landesarbeitsgericht hatte der ehemaligen Arbeitnehmerin die Abgeltung von 76 Urlaubstagen aus den Jahren 2013 bis 2016 zugesprochen. Der Arbeitgeber hat insoweit die Einrede der Verjährung erhoben. Das Bundesarbeitsgericht zweifelt daran, ob die Urlaubsansprüche verjähren können. Hierauf kommt es aber entscheidungserheblich an.

Ein Verfall der Ansprüche nach § 7 Abs. 3 Bundesurlaubsgesetz kann, wie oben erläutert, nach der neuen Rechtsprechung des BAG nur dann verfallen, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer konkret aufgefordert hat, seinen Urlaub jeweils rechtzeitig im Urlaubsjahr zu nehmen und er ihn weiter darauf hingewiesen hat, dass dieser anderenfalls verfalle. Diese Obliegenheit hatte der Arbeitgeber nicht erfüllt, so dass der Urlaub, soweit er nicht genommen wurde, über viele Jahre hinweg „auflaufen“ konnte.

Die Frage, ob Urlaubsansprüche dann wenigstens der Verjährung unterliegen, soll nun der Europäische Gerichtshof im Rahmen einer Vorabentscheidung klären.

## **8. Vertragsklausel über fehlende Vorbeschäftigung kann unzulässig sein**

(LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 11. März 2020, 4 Sa 44/19)

Möchte ein Arbeitgeber mit einem Bewerber einen befristeten Vertrag ohne Befristungsgrund abschließen, ist es von elementarer Bedeutung, dass mit diesem potenziellen Arbeitnehmer noch niemals zuvor ein Arbeitsverhältnis bestand. Anderenfalls wäre nämlich bei sachgrundlosen Befristungen die Befristung unwirksam, es würde dann ein unbefristeter Vertrag zustande kommen.

Für Arbeitgeber ist nicht immer sofort feststellbar, ob mit einem bestimmten Bewerber schon einmal ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Dies kann an der unternehmenseigenen IT liegen, an eventuellen Unternehmens-Zusammenschlüssen oder Aufspaltungen der letzten Jahre, an Namensänderungen auf Seiten des Bewerbers oder an der Pflicht zum Löschen von Daten nach der DSGVO.

Die meisten Unternehmen sind daher dazu übergegangen, in den Arbeitsvertrag eine Versicherung des Bewerbers aufzunehmen, wonach dieser bisher noch nie im Unternehmen beschäftigt war.

Eine solche Klausel hatte auch der Arbeitgeber im vorliegend entschiedenen Fall verwendet, die wie folgt lautete:

*„Sie bestätigen, bisher in keinem befristeten oder unbefristeten Arbeitsverhältnis (einschließlich Ferienbeschäftigung) zu uns gestanden zu haben.“*

Beide Parteien haben diesen Vertrag unterschrieben.

Eine Arbeitnehmerin wurde dann befristet vom 08. Dezember 2014 bis 30. April 2015 eingestellt. Dieser Vertrag wurde mehrfach verlängert, zuletzt bis zum 30. September 2018.

Nach diesem Datum hat die Arbeitnehmerin gerichtlich die Auffassung vertreten, die Befristung sei unwirksam und sie sei weiterhin im Rahmen eines unbefristeten Vertrages beschäftigt.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Dauer der Befristung vom 08. Dezember 2014 bis 30. September 2018 trotz der auf zwei Jahre beschränkten sachgrundlosen Befristung im Gesetz (Teilzeit- und Befristungsgesetz – TzBfG) kein Problem darstellt. Vorliegend fanden Tarifverträge der Metall- und Elektroindustrie Nord-Württemberg/Nord-Baden Anwendung, die, wie gesetzlich vorgesehen, die Möglichkeit zum Abschluss von sachgrundlosen Befristungen mit längerer Dauer ausdrücklich vorsehen.

Die Arbeitnehmerin hat jedoch eingewandt, sie sei zuvor bereits von April 1999 bis Juli 2000 bei dem beklagten Unternehmen beschäftigt gewesen. Während dieser Beschäftigung kam es zu einem Betriebsübergang innerhalb der Unternehmensgruppe auf eine andere Gesellschaft. Diese Vorbeschäftigung lag also bei Beginn des neuen Arbeitsverhältnisses schon 15 Jahre zurück.

Der Arbeitgeber berief sich darauf, dass die Befristung aus 2014 trotzdem wirksam sei. Zum einen fehle es an einem inneren Zusammenhang zwischen beiden Arbeitsverhältnissen, zum anderen hätte die Arbeitnehmerin ja ausdrücklich erklärt, noch nie bei dem beklagten Unternehmen beschäftigt gewesen zu sein. Hierauf müsse sich der Arbeitgeber verlassen können. Die Arbeitnehmerin habe eine Vorbeschäftigung im Lebenslauf auch nicht erwähnt.

Trotzdem hat das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg die Befristung für unwirksam erklärt und festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis unbefristet fortbesteht.

Zum einen fehle es an der gesetzlichen Voraussetzung, wonach keine Vorbeschäftigung bestanden haben dürfe.

Auf die Erklärung des Arbeitnehmers im Arbeitsvertrag dürfe sich der Arbeitgeber nicht berufen. Hier handele es sich um eine allgemeine Geschäftsbedingung. Mit dieser Formulierung versuche der Arbeitgeber seine Beweissituation zu verbessern. Dies verstoße gegen die Regelung in § 309 Nr. 12b BGB. Verboten ist danach im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Bestimmung,

durch die der Arbeitgeber die Beweislast zum Nachteil des Arbeitnehmers ändert, insbesondere indem er den anderen Vertragsteil bestimmte Tatsachen bestätigen lässt. Daher sei eine solche Tatsachenerklärung, wonach bisher noch kein Arbeitsvertrag bestanden habe, unwirksam.

Auch die Nichterwähnung der Vorbeschäftigung im Lebenslauf der Arbeitnehmerin, führe zu keinem anderen Ergebnis. Diese habe eine geschuldete Auskunft weggelassen. Das sei allenfalls fahrlässig. Hier sei es allerdings an der Arbeitgeberin gewesen, entsprechend nachzufragen, was nicht geschehen sei. Damit sei die Arbeitgeberin nicht mehr schutzwürdig. Schließlich sei die Arbeitnehmerin auch nicht gehalten gewesen, den beklagten Arbeitgeber ungefragt von sich aus auf eine Vorbeschäftigung hinzuweisen.

Auch die lange Zeitspanne zwischen den zwei Beschäftigungen war aus Sicht des LAG nicht geeignet, hier eine Ausnahme von der gesetzlichen Grundregelung zuzulassen.

Das LAG hat sich insoweit zum einen darauf berufen, dass die jeweils geschuldeten Tätigkeiten in beiden Arbeitsverhältnissen miteinander vergleichbar gewesen seien, so dass hier bereits ein Zusammenhang bestehe.

Auch sei die ursprüngliche Beschäftigung von knapp fünf Monaten nicht „sehr kurz“ gewesen. Schließlich meint das LAG, dass eine Zeitspanne von fünfzehn Jahren zwischen beiden Beschäftigungsverhältnissen „nicht sehr lange“ sei. Solange ein Arbeitnehmer durch steigende Betriebszugehörigkeitszeiten noch einen höheren Kündigungsschutz erreichen könne, könne von einer sehr langen Zeitdauer zwischen den beiden Arbeitsverträgen nicht gesprochen werden. Mithin sei ein Zeitraum von weniger als 20 Jahren zwischen zwei Beschäftigungsverhältnissen keine sehr lange Zeit im Sinne der bisherigen BAG-Rechtsprechung. Es liege mithin eine anzurechnende Vorbeschäftigung vor, was wiederum gemäß §§ 14 Abs. 2, 16 TzBfG zur Annahme eines unbefristeten Arbeitsvertrages führe.

#### Anmerkung:

Auch dieser Fall zeigt, dass die Anforderungen an Arbeitgeber immer höher werden und ohne fachanwaltliche Hilfe praktisch nicht mehr erfüllt werden können.

Ob hier die Erklärung der Arbeitnehmerin in Kombination mit der fehlenden Angabe zu einer Vorbeschäftigung tatsächlich nach dem AGB-Recht unwirksam ist, darf bezweifelt werden. Das AGB-Recht verbietet lediglich eine Verschiebung der Beweislast. Vorliegend geht es aber um eine arbeitsrechtliche Besonderheit im Sinne von § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB.



Die Bewerberin hatte vorliegend eine viel bessere und nähere Kenntnis ihrer bisherigen Arbeitgeber. Umgekehrt konnte der Arbeitgeber selbst aufgrund des Betriebsübergangs vor langer Zeit heute gar nicht mehr feststellen, ob schon ein Beschäftigungsverhältnis bestanden hatte. Nach DSGVO wäre er möglicherweise sogar zur Löschung entsprechender Daten verpflichtet gewesen. Aus meiner Sicht hätte der Arbeitgeber hier sogar das Zustandekommen des Arbeitsvertrages anfechten können, sei es aufgrund eines Irrtums oder aufgrund einer Täuschung.

Wer dann, nach fünfzehn Jahren, einen Zusammenhang zwischen beiden Arbeitsverhältnissen herstellen möchte, bewegt sich meines Erachtens außerhalb des Bereichs, der in der betrieblichen Wirklichkeit noch dargestellt werden kann. Ein Abstellen auf verlängerte Kündigungsfristen gemäß § 622 BGB um so auf einen Zeitraum von 20 Jahren zu kommen, ab dem erst kein Zusammenhang mehr zwischen dem früheren und dem jetzigen Arbeitsverhältnis mehr bestehen soll, erscheint willkürlich. Die verlängerten Kündigungsfristen haben keinerlei Bezug zu der Frage, wann mit Blick auf die Wirksamkeit der Befristung von einem Zusammenhang zwischen zwei Arbeitsverhältnissen besteht.

Nichtsdestotrotz müssen Arbeitgeber mit der allerdings noch nicht höchstrichterlich bestätigten Rechtsauffassung zunächst einmal leben. Es empfiehlt sich, die Frage nach einer eventuellen Vorbeschäftigung im Bewerber-Fragebogen besonders deutlich hervorzuheben und dort auf die bestehende Kündigungs- oder Anfechtungsmöglichkeit des Arbeitsvertrages bei fehlerhaften oder fehlenden Angaben hinzuweisen.

Ferner empfiehlt es sich, die Daten ehemaliger Beschäftigter nie mehr zu löschen. Zumindest gibt die vorliegende Entscheidung Veranlassung, trotz Bedenken von Datenschützern die Daten ehemaliger Beschäftigter auf Dauer zu speichern. Eine Speicherung ist nämlich so lange zulässig, wie die Daten möglicherweise noch benötigt werden.

## **9. Prozessbeschäftigung ist kein Arbeitsverhältnis**

(BAG, Urteil vom 27. Mai 2020, 5 AZR 247/19)

Verliert ein Arbeitgeber einen Kündigungsschutzprozess in erster Instanz, besteht zur Vermeidung eines größeren finanziellen Schadens die Möglichkeit einer Prozessbeschäftigung.

Der Schaden kann dadurch entstehen, dass der Arbeitnehmer möglicherweise letztinstanzlich längere Zeit nach dem vermeintlichen Wirksamwerden der Kündigung gerichtlich obsiegt. Er hätte dann Anspruch auf Nachzahlung der Vergütung, ohne dafür eine Arbeitsleistung erbracht zu haben. Hier kann zumindest theoretisch die Prozessbeschäftigung helfen: Der Arbeitgeber erklärt gegenüber dem Ar-

beitnehmer, dass er bereit sei, diesen im Rahmen einer Prozessbeschäftigung ohne Anerkenntnis einer Rechtspflicht und auch nur befristet bis zu einem abschließenden Urteil weiter zu beschäftigen. Weigert sich der Arbeitnehmer, hat er später jedenfalls für diesen Zeitraum keinen Anspruch auf Verzugslohn.

Die Prozessbeschäftigung ist allerdings für den Arbeitgeber sehr problematisch, da er ja durch die Beschäftigung gerade zeigt, dass eine Beschäftigung für ihn nicht unzumutbar ist. Jede ausgesprochene Kündigung setzt aber eigentlich voraus, dass eine Weiterbeschäftigung tatsächlich unzumutbar ist.

Aus anwaltlicher Sicht ist daher von einer Prozessbeschäftigung meist abzuraten.

Da eine Prozessbeschäftigung aber gesetzlich nicht geregelt ist, gibt es hier immer wieder Probleme. Das BAG hat nunmehr zumindest klargestellt, dass es sich bei der Prozessbeschäftigung lediglich um eine vorläufige Weiterbeschäftigung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung (aus dem erstinstanzlichen Urteil) handelt. Insoweit kommt kein Arbeitsverhältnis zustande. Daher besteht auch kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Eine solche Entgeltfortzahlung würde das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses voraussetzen.