



Arbeitsrechtliche Entscheidungen

04/2021, 31. Jahrgang



Aufsätze/Beiträge

Dr. Alexander Lentz

82. (Hybrid-)Tagung der
Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht

Ein Thema:

Künstliche Intelligenz im
arbeitsrechtlichen Kontext

Zwei Arbeitsrechtler:

Patricia Jares

Micha Klapp

Zwei Meinungen?

David Schäfer

Thomas Ubbert

Entwicklungen im Arbeitskampfrecht

Dr. Christian Hoefs

Dr. Andreas Kaletsch

Arbeitsrechtliche Fragestellungen beim
Unternehmenskauf

Entscheidungen

Allgemeines Vertragsrecht, Bestands-
schutz, Betriebsverfassungsrecht/
Personalvertretungsrecht, Tarifrecht,
Prozessuales, Streitwert und Gebühren

Rezensionen

Jetzt bestellen!
Einbanddecken 2020/2021
Tel. 0228/919110



Liebe Kolleginnen und Kollegen, liebe Leserinnen und Leser,

was Trude Herr bereits mit der Welt (und den Bläck Fööss) geteilt hat, weiß auch der in der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht versammelte anwaltliche Teil der Arbeitsrechtsfamilie: beständig ist allein der Wandel und dennoch bleiben die Spuren, die wir hinterlassen. Die Spuren, die Johannes Schipp, Stefan Lunk und Barbara Reinhard hinterlassen, nachdem sie ihre Tätigkeit im Geschäftsführenden Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft im August 2021 beendet haben, sind wahrlich nachhaltig. Sie haben mit ihrem langjährigen Engagement die Arbeitsgemeinschaft über lange Zeit maßgeblich mitgeprägt und mit Tatkraft und Freude dazu beigetragen, dass die Arbeitsgemeinschaft ihren Charakter als hochkarätige, diskursfreundige Begegnungsstätte fachlich und persönlich bewahrt und weiter ausgebaut hat.

Johannes Schipp war mehr als 20 Jahre lang Mitglied des Geschäftsführenden Ausschusses und hatte seit 2013 auch dessen Vorsitz inne. Stefan Lunk, der zeitweise zusätzlich den Vorsitz des Arbeitsausschusses wahrgenommen hat, war ebenfalls über zwanzig Jahre Mitglied des Geschäftsführenden Ausschusses. Er hat in ganz besonderer Weise zur thematischen Gestaltung des Deutschen Arbeitsrechtstages beigetragen und auch die Formate der Tagungen der Arbeitsgemeinschaft weiterentwickelt. Barbara Reinhard hat in ihrer achtjährigen Tätigkeit im Geschäftsführenden Ausschuss ganz besonders ihre vielfältigen beruflichen Erfahrungen und Kontakte aus der Gerichtsbarkeit, des Ministeriums und der Anwaltschaft für die Arbeitsgemeinschaft nutzbar gemacht.

Alle drei haben den bisweilen recht zeitaufwändigen Einsatz für die Arbeitsgemeinschaft im Ehrenamt neben ihren beruflichen Belastungen in der anwaltlichen Tätigkeit auf sich genommen, weil ihnen der Einsatz für die arbeitsrechtliche Fortbildung ebenso am Herzen liegt wie die Weiterentwicklung des fachlichen Diskurses, den wir in der Arbeitsgemeinschaft so schätzen. Dafür und vor allem auch für den Spaß, die Kollegialität und die Freundschaft, die den gemeinsamen Einsatz für die Arbeitsgemeinschaft geprägt haben, danken wir ihnen von Herzen. Wir freuen uns sehr darauf, dass sie der Arbeitsgemeinschaft auch weiterhin eng verbunden bleiben und unsere bisherigen und die neuen Mitglieder des Geschäftsführenden Ausschusses konstruktiv bei unserer künftigen Arbeit begleiten.

Bei der Gelegenheit möchten wir noch einmal ganz herzlich Kathrin Schulze Zumkley, Markus Künzel, Martin Schafhausen und Ulrich Sittard, die vier neuen Mitglieder im Geschäftsführenden Ausschuss, begrüßen. In dem vorliegenden Heft stellen sie sich kurz vor und berichten, was sie besonders an der Arbeit im Geschäftsführenden Ausschuss und für die Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht reizt. Weitere spannende Themen sind das Arbeitskampfrecht, arbeitsrechtlichen Fragen beim Unternehmenskauf, Künstliche Intelligenz und der Tagungsbericht über unsere Herbsttagung in Brüssel. Und natürlich viele neue Entscheidungen, die diesmal Dr. Heiko Kaiser kuratiert hat, einschließlich der Entscheidungen Nr. 56 und Nr. 58 für den FAO Campus.

In diesem Sinne, viel Spaß bei der Lektüre!

Köln / Hamburg im Dezember 2021

Ihre



Nathalie Oberthür



Doris-Maria Schuster

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze/Beiträge	171
Aktuelles aus der AG	171
Vorstellung der neuen Mitglieder des Geschäftsführenden Ausschusses	
Ein Thema – Zwei Arbeitsrechtler – Zwei Meinungen?	174
Künstliche Intelligenz im arbeitsrechtlichen Kontext Patricia Jares und Micha Klapp	
Tagungsbericht	181
82. (Hybrid-)Tagung der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht am 17./18.9.2021 in Brüssel Dr. Alexander Lentz	
Spezialwissen kompakt	
Entwicklungen im Arbeitskampfrecht David Schäfer und Thomas Ubber	188
Arbeitsrechtliche Fragestellungen beim Unternehmenskauf Dr. Christian Hoefs und Dr. Andreas Kaletsch	194
Inhaltsverzeichnis der Entscheidungen	199
Entscheidungen	200
zusammengestellt von Dr. Heiko Kaiser, Berlin	
Rezensionen	222
Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht (Dr. Alexander Lentz, Hamburg)	
Fortunato/Wulff, Arbeitsschutz und Mitbestimmung von A bis Z (Martin Bretzler, Hann. Münden)	
Kollmer/Klindt/Schucht, Arbeitsschutzgesetz (Dr. Alexander Lentz, Hamburg)	
Wetzling/Habel, Umgang mit Low Performern (Prof. Dr. Alexander Eufinger, Wiesbaden)	
Impressum	225

Aktuelles aus der AG

Vorstellung der neuen Mitglieder des Geschäftsführenden Ausschusses

RA FA ArbR Markus Künzel aus München¹



1. Meine bisherige „Arbeitsrechtsvita“

Mein Interesse am Arbeitsrecht wurde während der Referendarzeit in einem kleinen Arbeitsrechtsteam bei – damals – Beiten Burkhardt Mittl & Stever geweckt und damals –wie auch später als Anwalt – durch meine späteren Partner Alexius Leuchten und Peter Reissinger intensiv gefördert. Mein Arbeitsalltag ist von der Planung und Umsetzung größerer Projekte wie Restrukturierungen, Umstrukturierungen und Veränderungen von Arbeitsbedingungen und dementsprechend von Verhandlungen mit Betriebsratsgremien und Gewerkschaften geprägt. Dabei schätze ich nach nunmehr 30 Jahren ganz besonders die inspirierende und konstruktive Zusammenarbeit mit unserem mittlerweile aus ca. 65 Arbeitsrechtlern bestehenden Team.

2. Mein bislang denkwürdigstes arbeitsrechtliches Erlebnis

Hier gäbe es sicher viele einmalige Situationen zu beschreiben. Ich erinnere mich gut an meinem ersten Ter-

min beim Ersten Senat des BAG, auf den ich mich umfassend vorbereitet hatte. Ich merkte jedoch schnell, dass das Gericht die Sache auch ohne weiteren Input von mir in die Hand nehmen wollte und „zerlegte“ ohne mein Zutun die Argumente der Gegenseite, sodass es meines „Auftrittes“ gar nicht bedurfte, um nach zwei verlorenen Instanzen endlich das gewünschte Ergebnis zu erzielen.

3. Wie ich mich zukünftig einbringen möchte

Die Einzigartigkeit und Vielfalt dieser Arbeitsgemeinschaft, das hohe fachliche Niveau und das wunderbare Miteinander bis hin zu persönlichen Freundschaften soll weiter ausgebaut und bei Nichtmitgliedern bekannt gemacht werden. Dafür wird es notwendig sein, die Formate der Veranstaltungen einer ständigen Überprüfung zu unterziehen. Ich möchte gerne gemeinsam mit den anderen Mitgliedern vielfältige Ideen zu einer aktualisierten Attraktivität der Arbeitsgemeinschaft für Kolleginnen und Kollegen aller Altersklassen und unabhängig von der jeweiligen Ausrichtung ihrer Beratung entwickeln.

¹ www.advant-beiten.com

RA FA ArbR Martin Schafhausen aus Frankfurt am Main²



1. Meine bisherige „Arbeitsrechtsvita“

Nach arbeitsrechtlichen Schwerpunkten im Studium bei Prof. Dr. Alfons Kraft und Prof. Dr. Horst Konzen an der Uni Mainz und während des Referendariats (Station bei RiLAG Bram) bearbeite ich ab Beginn meiner Tätigkeit bei Plagemann Rechtsanwälte neben meinem sozialversicherungsrechtlichen Schwerpunkt auch arbeitsrechtliche Mandate, dabei gibt es keine „Lagerzugehörigkeit“. Fachanwalt für Arbeitsrecht seit 2005. Lehrauftrag an der Bucerius Law School, Lehrstuhl Prof. Dr. Matthias Jacobs, Mitautor (und ab kommender Auflage Mitherausgeber) des Münchener Anwalts-handbuch Sozialrecht kommen hinzu.

2. Mein bislang denkwürdigstes arbeitsrechtliches Erlebnis

Die denkwürdigsten Erlebnisse sind eher sozialrechtlicher Genese – Grundsatzentscheidungen zu § 200 Abs. 2 SGB VII etwa oder zur Kinderwunschbehandlung –, arbeitsrechtlich war es der Moment, als mich eine Anfrage eines Wahlausschusses erreichte, man benötige zur Vermeidung einer Stopp-Verfügung eine Schutzschrift. Das Eilverfahren konnte erfolgreich abgeschlossen werden, die Wahlanfechtung nicht. Es erwuchs ein betriebsverfassungsrechtliches Dauermandat, das erst nach einer weiteren Umstrukturierung verloren ging, der „andere“ Betriebsrat war ein wenig größer.

3. Wie ich mich zukünftig einbringen möchte

Ich bin das neue aus dem Vorstand des DAV entsandte Mitglied des GefA der Arbeitsgemeinschaft, dementsprechend werde ich mich als „Schnittstelle“ zwischen Arbeitsgemeinschaft und Verband einbringen. Ich höre

zu, lese mit und melde mich, auch proaktiv, zu Themen, die aus meiner Sicht wichtig sind oder aus Ihrer Sicht meine Rückmeldung erfordern.

RAin FAin ArbR Dr. Kathrin Schulze Zumkley aus Gütersloh³



1. Meine bisherige „Arbeitsrechtsvita“

Meine Begeisterung für das Arbeitsrecht wurde (erst) im Referendariat geweckt. Nach diesem liebäugelte ich mit dem Richteramt, entschied mich dann aber – aus heutiger Sicht zum Glück – doch für die Kanzlei und das Arbeitsrechtsteam von MenoldBezler in Stuttgart und war mir nach wenigen Wochen sicher: Anwältin – das ist mein(e) Beruf(ung). Seit 2013 freue ich mich Teil (und seit 2017 Partnerin) von T/S/C in Gütersloh zu sein, wo ich schwerpunktmäßig Unternehmen berate und vertrete.

2. Mein bislang denkwürdigstes arbeitsrechtliches Erlebnis

Eines meiner denkwürdigsten Erlebnisse war eine sich über Monate ziehende Begleitung einer SE-Gründung im Rahmen einer Beratung zur Unternehmensmitbestimmung, die neben vielen spannenden, damals noch ungeklärten arbeitsrechtlichen Fragen ebenso viele praktische Herausforderungen beinhaltete. Überdies nenne ich meinen ersten Gerichtstermin, der mich bis heute daran erinnert, bei aller Parteilichkeit menschlich und fair zu bleiben.

3. Wie ich mich zukünftig einbringen möchte

Vor allem mit viel Engagement, Elan und Spaß an der Sache. Wir haben eine der größten Arbeitsgemein-

² www.plagemann-rechtsanwaelte.de

³ www.t-s-c.eu/

schaften im DAV und sicherlich auch eine der aktivsten. Ich möchte mich dafür einsetzen, dass dies so bleibt, wir insbesondere für junge Kollegen/innen attraktiv bleiben, dass wir mit der Zeit gehen, die Interessen aller Kollegen/innen bestmöglich vertreten und dass die Gemeinschaft und der Austausch gestärkt werden.

RA FA ArbR Dr. Ulrich Sittard aus Düsseldorf⁴



1. Meine bisherige „Arbeitsrechtsvita“

Meine Begeisterung für das Arbeitsrecht wurde während meiner Tätigkeit als studentischer Mitarbeiter am

Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Uni Köln bei meinem späteren Doktorvater Prof. Martin Henssler geweckt. Vor allem auch durch meinen frühen Einsatz in der Redaktion der „Recht der Arbeit“ (RdA). Nach Referendariatsstationen u.a. beim BMAS und dem BVerfG begann im Jahr 2010 meine Tätigkeit in der Praxisgruppe Arbeitsrecht von Freshfields Bruckhaus Deringer. Meine Tätigkeitsschwerpunkte liegen bei der Beratung von Unternehmen bei Transaktionen und Umstrukturierungsprojekten. Inzwischen teile ich mir meine Zeit zwischen Düsseldorf, wo ich lebe, und München. Großen Spaß macht mir mein Lehrauftrag für Arbeitsrecht an der Universität zu Köln.

2. Mein bislang denkwürdigstes arbeitsrechtliches Erlebnis

Denkwürdig finde ich Arbeitsrecht immer dann, wenn Betriebs- oder Tarifparteien – trotz aller Streitpunkte – gemeinsam nach Lösungen suchen. Viele Verhandlungen gerade in der Corona-Pandemie haben gezeigt, dass das öfter geht, als man manchmal denkt – selbst virtuell.

3. Wie ich mich zukünftig einbringen möchte

Die Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht ist für mich der Ort der Begegnung mit Kolleginnen und Kollegen über „Lager“ hinweg, Ort des Austauschs und der Diskussion. Dies möchte ich nicht nur bewahren, sondern stärken und die Arbeitsgemeinschaft insbesondere für jüngere Kolleginnen und Kollegen noch attraktiver machen. Eine moderne Öffentlichkeitsarbeit könnte dabei ein Element sein.

⁴ www.freshfields.de

Ein Thema: Zwei Arbeitsrechtler Zwei Meinungen?



RA FA ArbR Dr. Alexander Lentz greift mit diesem Format regelmäßig ein aktuelles Thema auf. Die damit verbundenen Fragen richten sich an zwei Arbeitsrechtler, die diese aus Arbeitgeber- bzw. Arbeitnehmer-sicht beantworten.

Künstliche Intelligenz im arbeitsrechtlichen Kontext

Als Terminus des BetrVG ist „Künstliche Intelligenz“ spätestens mit dem Betriebsrätemodernisierungsgesetz auch im arbeitsrechtlichen Tagesgeschäft angekommen. Ein aktueller Blick auf die europäische Ebene macht deutlich, welches Potential in diesem Thema steckt.

Der neue Entwurf der Europäischen Kommission zur Regulierung von künstlicher Intelligenz (KI-VO-E vom 21.4.2021) wird von nicht wenigen als ein ähnlich einschneidendes Regelwerk wie die DSGVO bewertet. Dem mag man bereits angesichts der dort beabsichtigten Sanktionsmechanismen, die denen der DSGVO in nichts nachstehen, kaum widersprechen. Vor allem aber, weil zeitnah wohl fast jede Hard- oder Softwarelösung Anknüpfungspunkte zu diesem Thema aufweisen dürfte.

FAin ArbR Patricia Jares und die Leiterin der Abteilung Recht des DGB, Micha Klapp skizzieren daher im Folgenden einige aktuelle Aspekte dieses Themas aus Arbeitgeber- bzw. Gewerkschaftsperspektive.

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



Micha Klapp ist Leiterin der Abteilung Recht in der Bundesvorstandsverwaltung des Deutschen Gewerkschaftsbundes (DGB). Bevor sie zum DGB wechselte, war sie als Rechtsanwältin im Arbeits- & Antidiskriminierungsrecht sowie im gewerkschaftlichen Rechtsschutz tätig. Die Abteilung Recht des DGB betreut die Gebiete Arbeits- und Sozialrecht, Verfassungs- und Insolvenzrecht und ist aktuell neben nationalen Fragen zur Mitbestimmung und KI auch mit dem vorerwähnten KI-VO-E befasst. Micha Klapp ist Mitglied in der Unterarbeitsgruppe Recht und Ethik/Plattform Lernende Systeme.

Email: Micha.Klapp@dgb.de
Web: www.dgb.de



RAin FAin ArbR **Patricia Jares** berät als Principal Counsel bei CMS Köln nationale und internationale Mandanten in allen Fragen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts. Schwerpunkte ihrer Tätigkeit sind insbesondere die Begleitung von Restrukturierungsmaßnahmen und SE-Umwandlungen sowie die Beratung bei Arbeitszeitflexibilisierung und der Einführung von IT-Systemen. Ihr aktueller Beitrag für das Sammelwerk „Arbeitswelt und Künstliche Intelligenz 2030“ (Springer Gabler) beschäftigt sich mit dem Einsatz von KI-basierter Sprachanalyse in Bewerbungsverfahren. Fragen im Zusammenhang mit KI ergeben sich zunehmend auch in ihrer Beratungspraxis.

Email: patricia.jares@cms-hs.co
Web: www.cms-hs.com

1. Der Begriff „Künstliche Intelligenz“ (KI) findet sich mittlerweile auch in arbeitsrechtlichen Gesetzen wie bspw. dem BetrVG. Wie ist dieser Begriff aus Ihrer Sicht zu definieren?

Micha Klapp: Der Begriff der künstlichen Intelligenz ist bislang nicht legaldefiniert. Es gibt zudem keine einheitliche Definition, sondern viele verschiedene Ansätze. Nach Ansätzen aus der Informatik ist KI als Oberbegriff für Informatikanwendungen zu verstehen, bei denen Maschinen oder auch deren Software menschenähnliches, intelligentes Verhalten abbilden. Es handelt sich hier zum Teil um wissensbasierte Systeme, die das Problemlösungswissen der Menschen in computergerechte Modelle und Regeln übersetzen, sog. schwache KI. Daneben sind weitergehend selbstlernende Systeme – sog. starke KI – zu nennen. Ausweislich verschiedener Kommentatoren handelt es sich dabei in gewissem Maße um „logisches Denken“, wenn dort aus vorhandenen Datenbeständen selbstständig Probleme erfasst, bearbeitet und Entscheidungen getroffen werden. Nicht exakt nachvollzieh- und vorhersehbar sind dabei jedoch die Schritte zu solchen Ergebnissen und dementsprechend auch die Ergebnisse selbst.

Es ist davon auszugehen, dass der Schwerpunkt auf Algorithmen und anderen lernenden Systeme liegen wird, die etwa bei der Personalauswahl Anwendung finden. Darüber hinaus ist auch denkbar, dass KI-Systeme bei der Steuerung von Arbeitsabläufen sowie bei der Planung von Arbeitseinsätzen eingesetzt werden. Im Wesentlichen bestimmt sich KI durch die technische Entwicklung und hat damit einen erheblichen dynamischen Charakter.

Der Entwurf der EU-Kommission zur KI-Verordnung geht derzeit von einem sehr breiten Definitionsansatz aus. Bei der Frage wie national mit dem Begriff KI umzugehen ist, spielt auch diese Entwicklung eine Rolle.

Patricia Jares: Je nach Sichtweise und Disziplin existieren sehr unterschiedliche Definitionsversuche, zumal selbst der Begriff der Intelligenz nicht eindeutig geklärt ist. Unterschieden wird zudem zwischen der schwachen KI als Instrument zur „intelligenten“ Unterstützung des Menschen beim Erreichen seiner Ziele und der starken KI, die auf eine Imitation des Menschen abzielt und eher Zukunftsvision ist.

Mich persönlich überzeugt die vorläufige Definition des Ethikbeirats HR-Tech, die eine Subsumtion der aktuell typischen Anwendungsbereiche der KI zulässt, ohne sich dabei dem technischen Fortschritt zu verschließen. Danach wird unter KI-Anwendung ein Software-System verstanden, das mit Hilfe von Algorithmen, analytischen Tools und Verfahren des maschinellen Lernens umfangreiche Daten erfassen, Muster bzw. Korrelationen erkennen und Trends hochrechnen kann. Anwendungsbeispiele, die in der Praxis Relevanz haben, sind z.B. Software-Tools für die Bewerberauswahl, das Performance-Management oder auch Eignungstests für Führungspositionen.

Demgegenüber definiert die EU-Kommission in ihrem Verordnungsentwurf die KI im Grunde genommen nur indirekt und folgt, ausgehend von einem humanzentrierten Ansatz, einem sehr weiten Verständnis. Sie unterscheidet zwischen vier verschiedenen Risikostufen (inakzeptabel, hoch, gering und minimal), wobei Anknüpfungspunkt für die Einstufung Zweck und Einsatzbereich sind. Die Anwendung von KI mit hohem Risiko ist an hohe Voraussetzungen geknüpft. Auch wenn der Vorschlag an sich grundsätzlich positiv zu bewerten ist, gibt es einige Kritikpunkte. Der Vorschlag erscheint mir zu weitgehend und die Anforderungen für Unternehmen kaum umsetzbar. Hingegen lässt sich den Gesetzgebungsmaterialien zum Betriebsrätemodernisierungsgesetz nichts für die Entwicklung eines spezifisch betriebsverfassungsrechtlichen KI-Begriffs entnehmen. Vieles ist daher noch im Fluss.

2. Wenn Sie Ihre eben gegebene Definition bei der Auslegung des neuen § 80 Abs. 3 S. 2 BetrVG (Sachverständiger für den BR gilt bei „Einführung/Anwendung von KI“ als erforderlich) zugrunde legen: Ist der Anwendungsbereich aus Ihrer Sicht damit eher enger oder weiter als bei der ursprünglichen Entwurfs-Formulierung („in Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG“) geworden? Oder gibt es ggf. letztlich sogar gar keinen Unterschied?

Micha Klapp: Neben § 80 Abs. 3 BetrVG wurde KI mit dem Betriebsrätemodernisierungsgesetz 2021 in § 90 Abs. 1 Nr. 3 in die Unterrichtung- und Beratungsrechte sowie in § 95 Abs. 2 in die Mitbestimmung bei Auswahlrichtlinien aufgenommen. Trotz dieser Novellierungen an unterschiedlichen Stellen ist von einem einheitlichen Verständnis der KI im Betriebsverfassungsgesetz auszugehen.

Die Begründung des Betriebsrätemodernisierungsgesetzes erwähnt, dass KI-basierte Systeme rein softwarebasiert sein, in der virtuellen Welt agieren oder in Hardwaregeräte eingebettet sein können.

Nicht jedes KI-System – auch wenn man von einer weiten Definition ausgeht – fällt jedoch unter den Anwendungsbereich des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, denn nicht jedes KI-System ist dazu bestimmt, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen, wie es die Norm vorschreibt und zwar auch vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BAG, die es ausreichen lässt, dass das System zur Überwachung nur objektiv geeignet ist. Dies ist beispielsweise problematisch vor dem Hintergrund, dass KI-Systeme auf immer größere Datenmengen zugreifen und diese miteinander verknüpfen können. Erst diese Verknüpfung mit anderen Datensätzen kann verhaltens- oder leistungsrelevant werden. Ob dies dann mitbestimmungsrelevant ist, wurde vom BAG bisher zum Teil verneint. Insoweit ist der Anwendungsbereich des § 80 Abs. 3 weiter zu sehen. Zudem können Systeme unter § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG fallen, ohne KI-Systeme zu sein: Je nach technischer Ausgestaltung ggf. auch Arbeitszeiterfassungssysteme oder Systeme zur Videoüberwachung. Die Abgrenzung ist im Einzelfall mitunter schwer. Daher ist es sinnvoll, die Hinzuziehung von externem Sachverstand generell zu erleichtern und dies nicht auf den Bereich der „Künstlichen Intelligenz“ zu beschränken.

Patricia Jares: Auch wenn die Regelung des Referentenentwurfs zu Recht nicht übernommen wurde, erscheint mir die Neuregelung in § 80 Abs. 3 S. 2 BetrVG schon allein mangels einer eindeutigen Definition der KI durch den Gesetzgeber nicht gerade praxistauglich. Legt man das sehr weite Verständnis nach dem Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission zugrunde, wird man bereits bei sehr einfachen Anwendungen wie Excel-Makros ein KI-basiertes System bejahen müssen.

Aber auch nach der obigen Definition von KI ist der Anwendungsbereich in der jetzigen Fassung weiter, weil anders als bei § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG keine Beschränkung auf Datenerhebung erfolgt, die Rückschlüsse auf Verhalten oder Leistung zulässt.

Die Fiktion der Erforderlichkeit widerspricht zudem dem Grundsatz, dass zuerst innerbetriebliche Erkenntnisquellen auszuschöpfen sind, bevor auf externe Sachverständige zugegriffen werden kann.

Ein uferloser Einsatz von Sachverständigen ist mit Blick auf die rasante Entwicklung von digitalen Technologien vorprogrammiert.

Es ist zweifelhaft, ob dies zu einer Vereinfachung der Verständigung auf betrieblicher Ebene führt oder gar eine vertrauensvolle Zusammenarbeit fördert. Denn letztendlich müssen sich die Betriebsparteien verständigen.

3. „KI-Anwendungen“ leben von der Datenerhebung. Eine wesentliche Aufgabe für die Betriebsparteien dürfte daher in der Sicherstellung der ausreichenden datenschutzrechtlichen Legitimation für die Anwendung liegen. Hierzu dürfte vor allem die Transparenz von Zweck und Inhalt der Datenerhebung zählen. Welche Aspekte jenseits des Datenschutzes müssen die Betriebsparteien aus arbeitsrechtlicher Sicht darüber hinaus im Blick haben?

Micha Klapp: Aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht muss der Arbeitgeber den Betriebsrat rechtzeitig und umfassend informieren. Hier geht es zunächst um die Sicherstellung der Informations- und Beratungsrechte. Sollen KI-Anwendungen eingeführt werden, hat das zur Folge, dass klar werden muss, welche genauen Anforderungen an die Beschäftigten gestellt werden. Zu denken ist ferner an Betriebsratsrechte im Zusammenhang mit Beschäftigungssicherung, Qualifikation sowie dem Arbeits- und Gesundheitsschutz zur Gewährleistung der Mitbestimmungsrechte für Gefährdungsbeurteilungen der einzuführenden KI-Systeme. Gesundheits- und Wissensmanagement haben nicht den Zweck der Überwachung, lassen aber auch Rückschlüsse auf Arbeitnehmer*innen zu. Hierzu braucht es Regeln – neben dem Ausschluss von Konsequenzen auch Vereinbarungen zum Datenmanagement.

Aus individualrechtlicher Sicht muss beachtet werden, ob die KI-Anwendung dazu geeignet ist, das Verhalten oder die Leistung der Beschäftigten zu überwachen und ob prädiktive Analytik möglich ist. Wenn dies nicht die Zweckbestimmung der Anwendung ist, muss sichergestellt werden, dass der Arbeitgeber das System nicht trotzdem zur Überwachung nutzt.

Außerdem sollten arbeitsrechtliche Konsequenzen für Beschäftigte, die sich theoretisch aus einer „digitalen Führung“ bzw. Überwachung, prädiktiver Analyse und Selbstoptimierungsmechanismen ergeben können, verbindlich ausgeschlossen werden.

Patricia Jares: Losgelöst von konkreten Rechtspflichten sollten sich die Betriebsparteien generell im gesamten Prozess des Einsatzes von KI mit ethischen Grundsätzen auseinandersetzen.

In rechtlicher Hinsicht sind insbesondere die gesetzlichen Diskriminierungsverbote als besondere Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes zu beachten. Praktisch bedeutsam wird dies bei KI in den oben genannten Anwendungsbeispielen. Werden Algorithmen für Personalentscheidungen eingesetzt, resultieren diese aus einer Gruppenzuordnung, wodurch diskriminierende Effekte entstehen können.

Daneben sind trotz oder gerade mit Blick auf die mit KI verbundenen Effizienz- und Produktivitätsgewinne Aspekte des Arbeits- und Gesundheitsschutzes zu berücksichtigen. Durch technologische Veränderungen am Arbeitsplatz sind Belastungen bis hin zu Überforderungsszenarien denkbar, jedenfalls dann, wenn Mitarbeiter nicht ausreichend durch Qualifizierungen und Unterweisungen vorbereitet werden.

Plant der Arbeitgeber den Einsatz von KI, ist der Betriebsrat gemäß § 90 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG darüber zu unterrichten. Zudem ist er gemäß § 95 Abs. 2a BetrVG bei der Aufstellung von Auswahlrichtlinien zu beteiligen, wenn dabei KI zum Einsatz kommt.

Auch der Einsatz von KI zur Verhaltens- und Leistungskontrolle unterliegt der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Hiervon wären beispielsweise auch Programme zur prädiktiven Analyse erfasst, die Aussagen über die künftige Zuverlässigkeit und Wahrscheinlichkeit von z.B. Compliance-Verstößen treffen können.

4. Wie bewerten Sie die „Richtlinien für den verantwortungsvollen Einsatz von KI in der Personalarbeit“ des Ethikbeirats HR Tech? Wo und wie können diese bereits aktuell als sinnvolle Handlungshilfe für die Betriebsparteien, bspw. bei der Vereinbarung einer BV, dienen?

Micha Klapp: Die Richtlinien des Ethikbeirats HR Tech sollen in diesem für viele Betriebsparteien neuen Bereich eine Orientierung für einen verantwortungsvollen Umgang von KI-Systemen im Betrieb geben. Solche Initiativen sind sehr hilfreich und nötig. Deshalb hat auch der DGB im Jahr 2020 Gestaltungsleitlinien publiziert; ähnlich wie die Plattform Lernende Systeme. Diese Leitlinien können aber die erforderlichen gesetzlichen Regelungen nicht ersetzen; im Gegenteil: sie zeigen den Handlungsbedarf.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang ebenso auf die Veröffentlichungen zum Thema Mitbestimmung und künstliche Intelligenz der Hans Böckler Stiftung. Das dort beheimatete I.M.U. wertet bestehende Betriebsvereinbarungen aus und erläutert Praxisbeispiele.

Patricia Jares: Die Richtlinien des Ethikbeirats HR Tech, die von einem interdisziplinären Expertengremium entwickelt wurden, enthalten fundamental richtige Aussagen in Bezug auf ethische Standards für eine humane digitale Arbeitswelt. So ist zum Beispiel wichtig, dass die Betriebsparteien im Vorfeld nicht nur das „Ob“ klären, sondern auch, welche Ziele mit der Nutzung von KI unter Berücksichtigung eines gemeinsamen Werteverständnisses verfolgt werden sollen.

Auch wenn sicherlich nicht sämtliche Richtlinien „eins zu eins“ in der Praxis umsetzbar sind und auch nicht alle angesprochenen Aspekte der Mitbestimmung unterliegen, bieten sie einen sehr guten Orientierungsrahmen für unternehmensspezifische Richtlinien im Sinne einer Corporate Digital Responsibility (vgl. auch Art. 69 Abs. KI-VO-E). Diese sollten sich an den Bedürfnissen und Tätigkeitsbereichen der Unternehmen ausrichten und, ähnlich wie Compliance-Verhaltenskodizes, natürlich auch zur Unternehmenskultur passen.

5. Wie bewerten Sie den aktuellen Kommissionentwurf zu KI auf Europäischer Ebene, der bspw. vergleichbare Bußgeldregelungen wie die DSGVO enthält? Bedarf es dort ähnlicher Gestaltungsspielräume für die Sozialpartner, wie sie die DSGVO mit Art. 88 enthält und sind diese aktuell ausreichend sichergestellt?

Micha Klapp: Der Kommissionsentwurf ist mit seinem breiten Anwendungsbereich und dem risikobasierten Ansatz grundsätzlich zu begrüßen. Positiv zu bewerten ist auch, dass gewisse Bereiche der Beschäftigung als „Hochrisiko-Bereich“ definiert werden. Diese Beschränkung auf gewisse Bereiche der Beschäftigung ist gleichzeitig aber zu wenig. Vielmehr sollten KI-Systeme grundsätzlich als Hochrisiko eingestuft werden, wenn personenbezogene Daten im Beschäftigungsverhältnis tangiert sind.

Kritisch zu sehen ist auch, dass der Entwurf keinerlei Rechte für Betroffene – im Arbeitsverhältnis die Beschäftigten – beinhaltet. Die Gestaltungsräume für die Sozialpartner sind in dem Entwurf bisher nicht thematisiert, obwohl dies im Weißbuch zum Regulierungsvorschlag der Kommission so vorgesehen war. Ebenso wenig gibt es Prozessvorgaben zu Mitwirkungs- und

Patricia Jares: Die Ansätze sind sinnvoll, um Transparenz und Qualität für KI-Anwendungen in seinen verschiedensten Ausformungen sicherzustellen. Es besteht jedoch Nachbesserungsbedarf, zumal notwendige Lehren aus bzw. im Zusammenhang mit der Umsetzbarkeit der DSGVO nicht gezogen wurden. Das zentrale Thema der Haftung wird nicht behandelt. Die Definition von KI ist sehr weit gefasst und es fehlen trennscharfe Definitionen zur Abgrenzung und Einordnung der KI in die verschiedenen Sicherheitsstufen im Rahmen des risikobasierten Ansatzes. Mit Blick auf den weiten Anwendungsbereich des Kommissionsentwurfs ist schließlich zweifelhaft, ob die regulatorischen Anforderungen für die Unternehmen umsetzbar sind – um diese erfüllen zu können, dürfte es den Unternehmen an Know-how fehlen. Eine Lösung wäre eher in einem übergeordneten Zertifizierungsverfahren zu sehen (vgl. auch nachstehende Frage) als den Betriebspartnern in

Mitbestimmungsmöglichkeiten für die betriebliche Anwendung von KI-Systemen. Dies könnte über eine dem Art. 88 DSGVO vergleichbare Öffnungsklausel gelöst werden.

dem hier in Rede stehenden Regulierungsbereich Aufgaben zu übertragen.

6. Wo sehen Sie zukünftig im globalen Wettbewerb die Hauptherausforderung beim Thema „KI“ für die Betriebsparteien, wenn es darum geht, berechnete Mitarbeiterinteressen und den Wertekanon eines Unternehmens mit dessen technologischer Wettbewerbsfähigkeit in Ausgleich zu bringen? Kann ggf. ein übergeordnetes Zertifizierungsverfahren „KI-Made in Germany/Europe“ – ähnlich des bislang ungenutzten Verfahrens in Art. 42 DSGVO – für diese eine sinnvolle, ggf. sogar erforderliche Unterstützung sein?

Micha Klapp: Die technologische Wettbewerbsfähigkeit und betriebliche Mitbestimmung schließen sich nicht gegenseitig aus; die Mitbestimmung sollte nicht als Innovationshemmnis angesehen werden. Vielmehr sollten die Arbeitgeber die Einbindung der betrieblichen Interessenvertretungen als Chance ansehen, dass ein-zuführende Systeme auch Akzeptanz in der Belegschaft finden.

Neben neuen Change-Prozessen – und auch neuen Kompetenzen auf allen Seiten – braucht es vor allem Transparenz, umfassende Pflichten für KI-Anbieter im AI-Act. Dabei sollte auch die von dem Verordnungsentwurf vorgesehene Konformitätsbewertung für Hochrisiko-Anwendungen stets durch unabhängige Stellen und nicht – wie nach Art. 19 des Entwurfs vorgesehen – von den Unternehmen selbst durchgeführt werden.

Patricia Jares: Ungeachtet seiner Vorteile birgt der Einsatz von KI auch Risiken. Mit Blick auf die Komplexität von Technologien dürfte es den Betriebsparteien große Schwierigkeiten bereiten, Transparenz und Nachvollziehbarkeit des Einsatzes und der Funktionsweise von KI selbst festzustellen. Ein Zertifizierungsverfahren durch eine unabhängige Kontrollinstanz könnte Abhilfe schaffen. Es würde den Betriebsparteien die Sicherheit geben, dass spezifische Anforderungen, etwa in Bezug auf Diskriminierungs- und Datenschutz, eingehalten werden. Auch wenn Auflagen, die mit dem Erhalt eines solchen Zertifikats einhergehen, einen Wettbewerbsnachteil gegenüber Unternehmen bilden können, die sich nicht an die Zertifizierung gebunden sehen, so hätte es für den Arbeitgeber auch den Vorteil, das Haftungsrisiko zu minimieren. Insofern halte ich es für eine sinnvolle Schutzmaßnahme, um Rechtssicherheit für die Betriebsparteien und betroffene Arbeitnehmer herzustellen und das Vertrauen in den Einsatz von KI zu stärken.

7. Gibt es auf der konkreten Regulierungsebene eine Rolle, die auch von den Tarifvertragsparteien sinnvoll ausgefüllt werden kann, oder handelt es sich regelmäßig um ein rein betriebliches bzw. betriebsverfassungsrechtliches Thema?

Micha Klapp: Auch die Tarifvertragsparteien sind national gefragt, wenn es um die Förderung und Vereinbarung prozessualer Beteiligungs- und Mitbestimmungsstrukturen oder auch die Förderung der Qualifikations- und Kompetenzentwicklung für KI-Anwendungen geht. Als Beispiele sind hier Tarifverträge zur Weiterbildung in Bereichen wie z.B. Safety und Security, Datafizierung, Datenfolgenabschätzung, Grundlagen-Kenntnisse zur

Patricia Jares: Aus meiner Sicht handelt es sich beim Einsatz von KI im Kern um eine Angelegenheit, die auf betrieblicher Ebene zu lösen ist. Die Betriebspartner können am besten einschätzen, zu welchem Zweck welche Art von KI sinnvollerweise eingesetzt werden kann und inwiefern die Arbeitnehmer davon betroffen sind. Beispielhaft genannt sei der Einsatz von KI auf Produktions- bzw. Fertigungsebene einerseits und im

kritisch-konstruktiven Bewertung und Begleitung zu nennen. Ebenso können Beiträge zur Entwicklung von Branchen- oder Sektor spezifischen Standards (Leitlinien, Kritikalitätsmaßstäbe o. a.) für KI-Anwendungen und deren Einsatz geleistet werden.

Der europäische Ordnungsgeber sollte im KI-Verordnungsentwurf einen einklagbaren Anspruch auf Offenlegung für Gewerkschaften durch die Einführung eines entsprechenden Verbandsklagerechts zum einen zur Offenlegung der Funktionsweisen der bei betrieblich genutzten KI-Systemen sowie des Quellcodes hinter diesen Algorithmen, zum anderen bei konkreten Verstößen von Arbeitgeber gegen die zwingenden Vorgaben der KI-VO vorsehen.

wohl deutlich sensibleren HR-Bereich wie der Personalverwaltung. Die stetige technische Weiterentwicklung, die schon eine eindeutige Definition der KI erschwert, hat zur Konsequenz, dass präzise allgemeingültige Regelungen, die die verschiedenen Risikobereiche der KI ausreichend erfassen, kaum zu formulieren sind. Ich halte es jedoch für denkbar, dass für Tarifvertragsparteien ein Regelungsspielraum beispielsweise im Bereich von Ausbildungs- und Weiterqualifikationsmaßnahmen für den Umgang mit neuen Technologien verbleibt.

8. Gibt es abschließend noch etwas, was Sie sich auf nationaler und/oder europäischer Ebene aus arbeitsrechtlicher Sicht vom Gesetz- bzw. Ordnungsgeber für die Zukunft wünschen würden?

Micha Klapp: Auf nationaler Ebene müssen die Mitbestimmungsrechte der Betriebsräte in diesem Bereich erweitert werden. Der erleichterte Zugang zu Sachverstand im Bereich KI ist ein erster Schritt; im Rahmen der fortschreitenden Digitalisierung bedarf es vor allem eines zwingenden Mitbestimmungsrechts bei der Einleitung, Planung und Durchführung von Kommunikations- und Beteiligungsprozessen von Beschäftigten sowie zur verbindlichen Prozessgestaltung und deren Kontrolle im Rahmen von mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten. Es bedarf weiterhin eines generellen Mitbestimmungsrechts bei der Nutzung personenbezogener und personenbeziehbarer Daten sowie zum Schutz der Persönlichkeitsrechte der Beschäftigten. Auf nationaler wie EU-Ebene sollte der Einsatz von KI als Chance wahrgenommen werden, jedoch nur unter Einbeziehung der betroffenen Beschäftigten, ihrer betrieblichen Interessenvertretungen und den Tarifvertragsparteien. Klargestellt werden muss, dass KI-Anwendungen Arbeitgeberentscheidungen lediglich vorbereiten, nicht aber treffen dürfen. „Künstliche Intelligenz“ darf nur für eine Software stehen, die menschliche Entscheidungsstrukturen auf Basis vorgegebener Regeln und mathematischer Formeln nachvollziehen und hierauf fußend eigene Lösungs- und Handlungsvorschläge machen kann.

Patricia Jares: Die DSGVO findet Anwendung, wenn KI mit personenbezogenen Daten gespeist wird, wenn sie diese verwendet oder wenn sie als Grundlage für Entscheidungen dient. Insofern gibt es bereits ein ausreichendes Schutzniveau, soweit es um Arbeitnehmerdaten geht. Ob darüber hinaus weitere Gesetze für KI erforderlich sind, erscheint zumindest diskussionswürdig. Regelungsbedarf besteht insoweit ganz klar bei der Frage der Haftung.

Losgelöst hiervon halte ich eine Aktualisierung der Betriebsverfassung in Bezug auf das Thema Digitalisierung für notwendig. Insofern wäre insbesondere eine Reform des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG wünschenswert. Mit Blick auf die fortschreitende Digitalisierung und den technologischen Wandel werden aus meiner Sicht oftmals umständliche und zeitaufwändige Abstimmungsprozesse weiter zunehmen und die Tagesordnungen der betrieblichen Mitbestimmung bestimmen, wenn selbst – so wie es heute der Fall ist – das Update einer Software ohne jede Zweckveränderung der Zustimmung des Betriebsrats unterliegt. Gerade für solche Fälle wäre ein Unterrichts- und Beratungsrecht völlig ausreichend, während in den wesentlichen Kernfragen der Digitalisierung natürlich weiterhin eine volle Mitbestimmung gelten sollte.

Tagungsbericht

82. (Hybrid-)Tagung der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht am 17./18.9.2021 in Brüssel

RA FA ArbR Dr. Alexander Lentz¹

Alle zwei Jahre findet die Halbjahrestagung der AG Arbeitsrecht im Ausland statt. Kaum eine Stadt in Europa dürfte mehr mit der EU assoziiert werden als Brüssel. Angesichts der Bedeutung der dortigen Rechtssetzung für die arbeitsrechtliche Praxis überrascht es daher doch etwas, dass zunächst 13 andere europäische Städte den Vorzug als Tagungsort im Ausland bekamen. Umso mehr freuten sich – nach zwei lediglich virtuellen Tagungen – die 80 Teilnehmer vor Ort, gerade hier erstmals wieder an einer Präsenzveranstaltung teilnehmen zu können. Zudem besteht durchaus Hoffnung, dass dies die vorerst letzte Veranstaltung mit pandemiebedingter Teilnehmerbegrenzung war. Unabhängig davon bot das erstmals umgesetzte Hybridformat zahlreichen weiteren Teilnehmern an den Bildschirmen die Möglichkeit, sich über den Chat ebenfalls aktiv einzubringen.



Zum Auftakt begrüßte erstmals **RAin Dr. Doris-Maria Schuster**² aus Hamburg als neue Vorsitzende der AG die Teilnehmer. Sie folgt auf **Dr. Johannes Schipp**, der – wie bereits länger zuvor angekündigt – nach zwei Jahrzehnten Mitgliedschaft ebenso wie **Prof. Dr. Stefan Lunk** und **Dr. Barbara Reinhard** aus dem Geschäftsführenden Ausschuss ausgeschieden war. Im Rahmen ihrer Danksagung für das langjährige Engagement dieses Trios hob **Dr. Doris-Maria Schuster** insbesondere dessen tragende Rolle bei der Etablierung des

Deutschen Arbeitsrechtstages hervor. Ohne dieses Engagement hätte sich dieses Format wohl kaum zu einer so festen rechtspolitischen Säule entwickeln können. Im kommenden Januar wird er nunmehr zum fünften Mal in Berlin stattfinden.



Sodann suchte **Avocat Alison Hubin**³ aus Brüssel zunächst die „**Balance zwischen dem Weisungsrecht des Arbeitgebers und dem Recht des Arbeitnehmers auf Privatsphäre – die Auswirkungen der DSGVO auf das belgische Arbeitsrecht**“. In diesem Rahmen wies sie zunächst darauf hin, dass dieses Spannungsfeld auch die belgischen Gerichte bereits lange vor Inkrafttreten der DSGVO beschäftigt hat. Schon vor knapp zwei Jahrzehnten setzte sich der Belgische Kassationshof mit dem Umfang einer möglichen horizontalen Geltung von Art. 8 EMRK im Arbeitsverhältnis erstmals auseinander. In der Folgezeit rezipierten die Gerichte daher im Rahmen der Auslegung der nationalen Bestimmungen insbesondere die Rechtsprechung des EGMR. In der jüngeren Vergangenheit erfolgte dies bspw. anhand der vom EGMR in der „Bărbulescu-Entscheidung“ aufgestellten Kriterien.

1 www.labourlawlentz.de

2 www.gleisslutz.com

3 www.kockspartners-law.be

Zu diesen nationalen Bestimmungen gehört auch der bereits ebenfalls seit knapp zwei Jahrzehnten landesweit geltende „Tarifvertrag Nr. 81“ vom 26.4.2002. Auf Nachfrage eines Teilnehmers stellte *Avocat Hubin* sodann kurz eines der prägendsten Merkmale des belgischen Arbeitsrechts dar. Nämlich, dass dort in weitaus größerem Maße als in anderen Ländern häufig zunächst die Tarifvertragsparteien im Weg des sozialen Dialogs das materielle Arbeitsrecht relativ autonom konkretisieren und diese Tarifverträge nach weiteren Verfahrensschritten und mit einer Ordnungsziffer versehen – ähnlich eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrages – landesweit allgemeine Wirkung entfalten.

Mit Inkrafttreten der DSGVO sind die Herausforderungen für die Praxis nicht geringer geworden. Unter Bezugnahme auf eine aktuelle Entscheidung des Kassationshofs (Cour de Cassation, 20.5.2019, S. 17.0089.F) stellte *Avocat Hubin* sodann die aktuelle Rechtsprechung zur Email- und Internetkontrolle vor. So war dort trotz dezidierter Nutzungsrichtlinie und des dort formulierten Ausschlusses jeglicher Privatnutzung die anlassbezogene Kontrolle des Firmen-Emailverkehrs eines Mitarbeiters ohne dessen Zustimmung unzulässig. Zu einem gewissen Grad offen bleibt für die Praxis aus Sicht der Referentin allerdings, inwieweit damit zwingend auch ein Beweisverwertungsverbot verbunden ist.

Einen vergleichbaren rechtlichen Rahmen gibt es auch für die Videoüberwachung, wo der Tarifvertrag Nr. 68 die gesetzlichen Regelungen flankiert. Hier schien aus deutscher Sicht einiges durchaus vertraut. Gleichwohl gab es mit dem Totalverbot der verdeckten Videoüberwachung und einer Meldeobliegenheit für den Kamereinsatz bei den Ordnungsbehörden auch signifikante Unterschiede, deren Darstellung den rundum gelungenen Vortrag abschlossen.



Auch der folgende Vortrag mit dem Titel **„Kündigungsfristen und Begründung von Kündigungen im belgischen Arbeitsrecht“** von **Avocat Guido Zians**⁴ aus St. Vith bespielte das Arbeitsrecht des Veranstal-

tungsorts. Bereits frühere Tagungen hatten deutlich gemacht, dass bereits nach einem kleinen Schritt über die Grenze – sei es nach Dänemark, in die Schweiz oder nach Frankreich – kündigungsrechtlich häufig kein Stein mehr auf dem anderen bleibt. Dies gilt regelmäßig zwar weniger für die inhaltlichen Anforderungen an die Begründung einer Kündigung, insbesondere aber für die verfahrensrechtlichen Vorgaben. Dankenswerterweise hat sich *Avocat Zians* bereit erklärt, in einer der kommenden Ausgaben der AE im Rahmen des Formats *Arbeitsrecht International* die Grundzüge des belgischen Kündigungsrecht auf einigen Seiten nochmals komprimiert darzustellen. Vor diesem Hintergrund soll an dieser Stelle nur kurz auf einige Aspekte eingegangen werden.

Aus deutscher Sicht ungewöhnlich ist sicher die Kündigungserklärungsfrist für eine fristlose Kündigung von lediglich drei Werktagen nach Feststellung eines schwerwiegenden Pflichtverstoßes, auch wenn dabei nur auf die Aufgabe zur Post abgestellt wird. Wird hierzulande doch bereits die 14-Tage Frist des § 626 Abs. 2 BGB allgemein als durchaus „sportlich“ eingeordnet. Auch der vollständige Ausschluss einer einseitigen Freistellung bis zum Ende der Kündigungsfrist und das daraus resultierende Schadensersatzrisiko bei abweichendem Verhalten unterscheidet sich von der hiesigen Rechtslage deutlich. Gleiches gilt für die Auswirkungen einer Erkrankung auf den Beendigungszeitpunkt nach ausgesprochener Kündigung. Ungewohnte Gestaltungsspielräume für den Arbeitgeber ergeben sich aus deutscher Sicht allerdings durch das im belgischen Recht vorgesehene Entschädigungsmodell. Auf der anderen Seite tritt für den Arbeitgeber mangels Dreiwochenfrist erst deutlich später Rechtssicherheit hinsichtlich der Rechtmäßigkeit einer von ihm ausgesprochenen Kündigung ein. Angesichts dieses durchgängig kurzweiligen und praxisnahen Briefings dürften die Teilnehmer so zumindest für die schadensträchtigsten Untiefen des belgischen Kündigungsrechts sensibilisiert sein.

⁴ www.zians-haas.be



Im Anschluss vermittelte **RAin Dr. Doris-Maria Schuster**⁵ aus Hamburg „**Aktuelles aus Rechtsprechung und Gesetzgebung**“.

Wie durchaus nicht selten war auch dieses Mal trotz eines Referenzzeitraums von einigen Monaten einer der praxisrelevantesten Entscheidung erst wenige Tage vor der Tagung ergangen. Insoweit war es wenig überraschend, dass die Entscheidung des 5. Senats zum Erschüttern des Beweiswerts einer AU-Bescheinigung (Urt. v. 8.9.2021 – 5 AZR 149/21) den Vortrag eröffnete. Zwangsläufig beschränkt auf die Pressemitteilung skizzierte die Referentin daher ergänzend einige weitere Fälle aus der bisherigen Rechtsprechung des BAG zur Erschütterung des Beweiswerts.

Nicht weniger praxisrelevant war die Darstellung der einige Monate zurückliegenden Entscheidung des 9. Senats zur Unwirksamkeit einer Ausschlussklausel (Urt. v. 9.3.2021 – 9 AZR 323/20). Dieses Thema ist ausweislich der weiteren von der Referentin dort zitierten BAG-Entscheidungen in steter Bewegung.

Ebenfalls im Individualarbeitsrecht verortet waren mehrere von der Referentin dargestellte LAG-Entscheidungen (LAG Hamm, Urt. v. 17.5.2021 – 18 Sa 1124/2; LAG Hessen, Urt. v. 11.6.2021 – 10 Sa 1221/20) die jüngst im Nachgang zur Konkretisierung des „Gebots des fairen Verhandeln“ durch den 6. Senat in 2019 ergangen waren. Hier mag aus Sicht der Referentin das aktuell beim BAG anhängige Revisionsverfahren gegen die Entscheidung des LAG Hamm weitere Klarheit bringen, da es im Schrifttum bislang durchaus unterschiedliche Interpretationen über Inhalt und Reichweite der Ausgangsentscheidung des 6. Senats gab.

Zwei weitere BAG-Entscheidungen zu Mitwirkungspflichten bei Zielvereinbarungen und der Anrechnung anderweitigen Verdienstes rundeten die stets im Dreiklang „Sachverhalt/Entscheidung/Praxisinweis“ aufgebauten – und dadurch sehr praxisnahen – Zusammenfassungen ab.

Angesicht der damals bevorstehenden Bundestagswahl waren hingegen die Entwicklungen auf der Ge-

setzgebungsebene eher dünn gesät. Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz war einem eigenen Vortrag vorbehalten. Außer einiger Änderungen im BPVersG, die in erster Linie die auch dort fortschreitende Digitalisierung widerspiegeln, gab es daher nichts Weiteres zu vermelden. Auch von einer zeitnahen Umsetzung des Referentenentwurfs zur Befristung, deren Neuregelung ausweislich des Koalitionsvertrages von der GroKo eigentlich noch abzuarbeiten war, war daher nicht mehr auszugehen.



„**Aktuelles zum Betriebsübergang – Gestaltungsmöglichkeiten und -grenzen**“ lautete der Titel des sich anschließenden Vortrags von **RA Prof. Dr. Björn Gaul**⁶ aus Köln.

Erster der insgesamt sechs Themenschwerpunkte bildete die Analyse, ob und inwieweit ein Betriebsübergang vorliegt bzw. ggf. vermeidbar ist. Neben den grundsätzlich damit verbundenen Prüfungsschritten lag ein Schwerpunkt auf den aktuell unterschiedlichen Ansätzen des 6. und 8. Senats hinsichtlich der Anforderungen an eine „organisatorische Einheit“, die im Rahmen der letztjährigen „Air-Berlin“-Entscheidungen zutage traten. Aus Sicht des Referenten ist hier zeitnah mit einer (unterinstanzlichen) Vorlage an den EuGH zu rechnen.

Beim nächsten Themenschwerpunkt, der Zuordnung von Mitarbeitern, stand neben dieser Streiffrage vor allem die letztjährige ISS Facility Services Entscheidung des EuGH im Vordergrund. Der dort skizzierte anteilige Übergang eines Vollzeitverhältnisses wirft weiterhin Fragen auf. Aus Sicht des Referenten lassen sich diese jedoch mithilfe einer Analogie zu §§ 9, 10 AÜG weitestgehend lösen.

Sodann setzte sich der Referent in den beiden folgenden Themenschwerpunkten mit möglichen kollektivrechtlichen Veränderungen im Rahmen eines Betriebsübergangs auseinander. Neben tarifvertraglichen Ablö-

⁵ www.gleisslutz.com

⁶ www.cms.law/de/deu/

sungsbasics lag ein weiterer Focus auf der Wirkungsweise einer Verschmelzung auf einen Haustarifvertrag. Daneben skizzierte der Referent Änderungen einer Betriebsvereinbarung durch den Erwerber oder Veräußerer einschließlich der dabei bestehenden Besonderheiten im Bereich der betrieblichen Altersversorgung.

Im Anschluss folgte eine kurze Darstellung der aktuellen Rechtsprechung zur Haftungsprivilegierung des Erwerbers bei der Übernahme eines Betriebsteils aus dem Insolvenzverfahren. Den Schlusspunkt bildete schließlich das Thema „Betriebsübergang und Kündigung“. Die auch insoweit umfassende Darstellung durch den Referenten – von Fragen der Darlegungs- und Beweislast bis zur Kündigung nach Widerspruch – ließ so am Ende keine Fragen mehr offen.



„Aktuelle Entwicklungen zur Arbeitszeitgestaltung und der Einfluss europäischer Vorgaben“ wurden sodann von **RA Jan Brückmann**⁷ aus Frankfurt erläutert.

Die Herausforderung des vorliegenden Vortrags bestand zum einen darin, die aktuellen pandemiebedingten Flexibilisierungen zu evaluieren, um daraus – trotz aller politischer Unwägbarkeiten – Rückschlüsse für etwaige künftige Regelungen ziehen können. Zum anderen galt es, trotz des weiter anhaltenden gesetzgeberischen Schwebezustands im Nachgang zur CCOO-Entscheidung eine einigermaßen sattelfeste Standortbestimmung bezüglich der aktuell erforderlichen Arbeitszeitdokumentation vorzunehmen. Beidem wurde der insoweit vorzüglich strukturierte Vortrag vollauf gerecht.

So begann der Referent mit einer kurzen Darstellung der Covid-19-Arbeitszeitverordnung und einer aus den aktuellen Parteiprogrammen erstellten Übersicht zur jeweils beabsichtigten Arbeitszeitflexibilisierung. Im Anschluss bereitete der Referent zunächst die notwendigen normativen Grundlagen auf. Neben den unterschiedlichen „Arbeitszeitbegriffen“ der nationalen Gesetze beinhaltete dies auch deren europarechtliches Fundament in Gestalt von Art. 31 Abs. 2 GRCh und der

Europäische Arbeitszeitrichtlinie RL 2003/88/EG. Ein wichtiger Eckpunkt war dabei vor allem die Darstellung des „Entweder/oder“-Ansatzes des Unionsrechts für die Begriffe „Arbeitszeit“ und „Ruhezeit“, die für eine dritte Kategorie keinen Raum bietet.

Im Anschluss folgte ein Blick auf die Bewertung verschiedener aktueller arbeitszeitlicher Fragestellungen durch die Gerichte. Hierzu zählte bspw. die Entscheidung des 5. Senats (BAG v. 24.6.2021 – 5 AZR 505/30) zur Rundumbetreuung durch ausländische Pflegekräfte in privaten Haushalten oder die Rechtsache Radiotelevizija des EuGH (9.3.2021 – C-344/19) zur erforderlichen Gestaltungsautonomie des Mitarbeiters im Spannungsfeld von Arbeitszeit und Ruhezeit bei Rufbereitschaft. Einen weiteren Schwerpunkt bildeten die jüngst ergangenen Entscheidungen des BAG zu Wege/Reise- und Umkleidezeiten, insbesondere die Entscheidungen des 5. Senats vom 18.3.2020 (5 AZR 36/19) und 31.3.2021 (5 AZR 292/20).

Abschließend standen sodann die aktuellen Anforderungen an die Arbeitszeitdokumentation im Fokus. Mangels bisheriger gesetzlicher Regelung war dies zum einen die Entscheidung des LAG Niedersachsen vom 6.5.2021 (5 SA 1292/20) im Hinblick auf eine mögliche Verschiebung der Darlegungs- und Beweislast im Überstundenprozess. Zum anderen die Entscheidung des LAG Hamm vom 27.7.2021 (7 TaBV 79/20) hinsichtlich eines Initiativrechts aus § 87 Nr. 6 BetrVG zur Einführung eines elektronischen Zeiterfassungssystems.



Die „Bedeutung der Unions-Grundrechte im nationalen Arbeitsrecht“ hob sodann **RA Dr. Christian Hilbrandt**⁸ aus Hamburg hervor. Mit seinem Vortrag griff er inhaltlich ein Thema auf, das bereits auf der vergangenen Tagung in den Fokus geraten war. Hatte doch auch VRBAG Inken Gallner im Rahmen ihres Vortrags „Arbeitsrecht in Europa – Aktuelle Entwicklungen

⁷ www.arbeitnehmer-kanzlei.de

⁸ www.hre-law.com

im europäischen Arbeitsrecht“ insbesondere diesem Aspekt ebenfalls erhebliches Gewicht beigemessen.⁹

Den Einstieg in dieses Thema bildete zunächst zwei Übersichten, mit denen der Referent die Vielzahl an Rechtsquellen darstellte, die jeweils auf die EU-Grundrechtscharta als auch auf das nationale Recht einwirken. Bereits zu Beginn des Vortrags wurde damit deutlich, dass insbesondere rechtsichere Prognosen in einem solchen Mehrebenensystem – ohne eine bereits gefestigte Rechtsprechung im Grundrechtsbereich – aktuell nur sehr bedingt möglich sind.

Daher setzte der Vortrag zunächst zwei Schwerpunkte. Zum einen um aufzuzeigen, wo im Rahmen der Rechtsprechung des EuGH Grundrechte bereits im Zentrum der jeweiligen Entscheidungsbegründungen standen. Mit der vom Referenten zitierten Rechtssache Katsikas (EuGH v. 16.12.1992 – C-132/91) war dies im Hinblick auf das in der Betriebsübergangs-Richtlinie nicht enthaltene Widerspruchsrecht bekanntermaßen bereits vor knapp drei Jahrzehnten der Fall gewesen. Zum anderen um darzustellen, inwieweit mittlerweile durch die EU-Grundrechtscharta konkrete Anknüpfungspunkte für eine grundrechtsbezogene Argumentation auf europäischer Ebene vorhanden sind.

Angesichts des jüngst wieder vermehrt ins Blickfeld gerückten Arbeitskampfrechts nutzte der Referent die Gelegenheit, dies anhand 28 GRC und der dazu ergangenen Rechtssache Viking (EuGH v. 11.12.2007 – C-438/05) näher zu skizzieren. Dabei kam der Referent zu dem Ergebnis, dass über die dortigen Bezüge zum Verhältnismäßigkeitsprinzip sich in bestimmten Fallkonstellationen durchaus Argumentationsspielräume auf Arbeitgeberseite ergeben könnten und spielte so den Ball ins Publikum.

Im Rahmen der anschließenden Diskussion wies insbesondere RA Thomas Ubber aus eigener Erfahrung darauf hin, wie schwierig es ist, im Kontext einer einstweiligen Verfügung einem innovativen und zudem komplexen rechtlichen Argumentationsansatz Geltung zu verschaffen. Denn üblicherweise stellt für die Gerichte bereits die regelmäßig sehr kurzfristige notwendig werdende Einarbeitung in das Arbeitskampfrecht eine erhebliche Herausforderung dar.¹⁰



Ebenfalls im Spannungsfeld von EuGH und nationalen Gerichten bewegte sich die Analyse zum „**Beschäftigtendatenschutz vor Gericht: Auskunftsanträge, Schadensersatz und Bußgelder**“ von RA Tim Wybitul¹¹ aus Frankfurt am Main. Nachdem die DSGVO seit nunmehr drei Jahre unmittelbare Geltung entfaltet, stehen insbesondere die drei vorbezeichneten Themenkomplexe im Fokus der Praxis. Auf der Grundlage der zwischenzeitlich ergangenen Rechtsprechung erhielten die Teilnehmer einen äußerst praxisnahen Überblick über die zum Teil durchaus voneinander abweichenden Lösungsansätze.

Hinsichtlich des Auskunftsanspruchs machte der Referent dies anhand der mittlerweile ergangenen Entscheidungen des BAG (Urt. v. 27.4.2021 – 2 AZR 342/20) und des BGH (Urt. v. 15.6.2021 – VI ZR 576/19) deutlich. Auch nach diesen beiden Entscheidungen sei die Reichweite des Auskunftsanspruchs durchaus umstritten. Dies gilt insbesondere für die Frage, ob und inwieweit der Anspruch die Vorlage interner Vorgänge und bereits bekannter Daten – bspw. in Form sämtlicher Emails – umfasst. Unter Bezug auf die wechselseitig dazu ausgetauschten Argumente wies der Referent darauf hin, dass sich Letzteres aus seiner Sicht in dieser Allgemeinheit auch nicht aus der vorbezeichneten BGH-Entscheidung ableiten lasse, sondern es jeweils einer genauen Analyse des Einzelfalls bedarf.

Unstreitig ist jedoch, dass es mittlerweile zu einer Explosion der Bußgelder gekommen ist. Dies gilt insbesondere auch für den Bereich des Beschäftigtendatenschutzes, wie der Referent unter Bezug auf das vom Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit erlassenen Bußgeld in Höhe von über 35 Millionen EUR gegenüber H&M deutlich machte. Die vom Referenten erstellte Übersicht über die national wie auch in der EU erlassenen Bußgelder,

⁹ Vgl. AE 2021, S. 107 f.

¹⁰ Vgl. dazu und zum Vorhergesagten auch den Beitrag von Schäfer/Ubber zum Arbeitskampfrecht in diesem Heft.

¹¹ www.lw.com

enthielt zudem zahlreiche weitere zweistellige Millionenbeträge.

Weiterhin unklar ist aber, ob und inwieweit hier §§ 130, 30 OWiG, also das Rechtsträgerprinzip oder ggf. doch das Funktionsträgerprinzip, gilt. Diese Frage hat – ausweislich der divergierenden Entscheidungen des LG Bonn (Urt. v. 11.11.2020 – 29 OWi 1/20) und des LG Berlin (Beschl. v. 18.2.2021 – 526 OWi LG, – 212 Js-Owi 1/20 (1/20)) – erhebliche Auswirkungen für die Praxis. Denn gilt das Rechtsträgerprinzip nicht, so führt diese zur Aufhebung der Haftungsprivilegierung für Unternehmen. Diese haften sonst lediglich bei einer schuldhaften Verletzungshandlung einer Leitungsperson.

Der Vortrag schloss mit einem Überblick über die Möglichkeiten, sich gegen eine DSGVO-Schadensersatzklage zu verteidigen. Unter Bezug auf die Anspruchsvoraussetzungen wies der Referent anhand zahlreicher weiterer Urteile auf mögliche Sollbruchstellen hin und rundete so seinen äußerst praxisnahen Vortrag ab.

Hieran schloss sich die erste Abendveranstaltung der AG seit 18 Monaten an. Sie bot allen Teilnehmern vor Ort die Gelegenheit, sich intensiv über das zuvor Gehörte auszutauschen.



„Die ablösende Betriebsvereinbarung – Über das Kollektive im kollektiven Arbeitsrecht“ lautete der Titel des Auftaktvortrags am 2. Tag von **Prof. Dr. Hans Hanau**¹² von der Helmut-Schmidt-Universität in Hamburg. Bereits der Untertitel deutete an, dass das vorliegende Thema letztlich eine Vielzahl arbeitsrechtlicher Grundsatzfragen umfasst. Dass das Thema daher genauso komplex wie praxisrelevant ist, dokumentierten bereits die 50 Slides des Referenten.

Ausgehend von der Entscheidung des Großen Senats zum „kollektiven Günstigkeitsprinzip“ (Beschl. v. 16.9.1986 – GS 1/82) machte der Referent zunächst deutlich, dass es sich hierbei keinesfalls um den damals erwarteten Schlusspunkt gehandelt habe. Vielmehr sei die Frage, unter welchen Voraussetzungen

eine Betriebsvereinbarung bspw. eine arbeitsvertragliche Regelung ablösen könne, ein ungelöster „Dauerbrenner“ geblieben. Insbesondere die jüngst geführte Diskussion über einen ggf. auch „konkludenten Betriebsvereinbarungsvorbehalt“ in Arbeitsverträgen habe dies noch einmal deutlich gemacht. Ausgangspunkt seien fast immer betriebliche Krisensituationen.

Im Rahmen einer tiefgreifenden Analyse setzte sich der Referent sodann mit den verschiedenen Ebenen der vorliegenden Fragestellung innerhalb des aktuellen arbeitsrechtlichen Regelungssystems auseinander. Hierzu zählte der verfassungsrechtliche Hintergrund des vorliegenden Spannungsfelds von „Individualwille“ und „Kollektivgewalt“. Aber auch die üblicherweise hohen Anforderungen an die einseitige Änderung von Vertragsbedingungen im bilateralen Verhältnis. Diese sei bspw. den Anforderungen an eine Änderungskündigung / an Widerrufsklauseln im Rahmen der AGB-Kontrolle zu entnehmen. Angesichts der komplexen Ausgleichsfunktion, die die Betriebsvereinbarung innerhalb der gesamten Belegschaft in den vorliegenden multilateralen Konstellationen zu erfüllen habe, helfe auch das Günstigkeitsprinzip als Lösung nicht weiter.

Aus Sicht des Verfassers sei eine Betriebsvereinbarungsoffenheit daher de lege lata nur innerhalb der zwingenden Mitbestimmung gegeben. Darüberhinausgehende Gobalemächtigungen würden hingegen ins Leere laufen. Vielmehr seien diese allenfalls in Form maßnahmebezogener Konkretisierungen im Arbeitsvertrag denkbar. Diese müssten zudem den Transparenzanforderungen gerecht werden.

Erwartungsgemäß knüpfte hieran eine intensive und lebhaft diskutierte Diskussion mit dem Publikum an. Diese umfasste vor allem die Frage, welche Detailtiefe diese Konkretisierungen aufweisen sollten. Und ob es insgesamt eine Höchstanzahl an Themen in einem Vertrag geben könne, die jeweils unter einen solchen Vorbehalt gestellt werden können. Auch hier mag ggf. die Rechtsprechung am Ende das letzte Wort haben.

12 www.hsu-hh.de/arbeitsrecht/



„**Arbeitsrechtlicher Handlungsbedarf aufgrund des neuen Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes**“ bestand sodann aus Sicht von **RAin Dr. Frauke Sturm**¹³ aus Stuttgart. Anlass ist das stufenweise Inkrafttreten dieses Gesetzes zum 1.1.2023 bzw. zum 1.1.2024. Es gilt zunächst nur für Unternehmen mit mehr als 3000, sodann auch für Unternehmen mit mehr 1000 im Inland beschäftigten Mitarbeitern. Ausgangspunkt war ein Brandunglück bei einem Lieferanten eines deutschen Textildiscounters in Pakistan. Die zahlreichen Toten waren vor allem auf mangelnden Arbeitsschutz vor Ort zurückzuführen. Die anschließende umfangreiche gesellschaftliche Debatte in Deutschland über eine Mitverantwortung mündete schließlich im vorliegenden Gesetzgebungsverfahren.

Im Rahmen ihres Vortrags stellte die Referentin zunächst den Aufbau des Gesetzes dar. Bereits anhand des Pflichtenrahmens und der geschützten Rechtspositionen wurde deutlich, dass das Gesetz eine Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe enthält. So sind Unternehmen dazu verpflichtet, in ihren Lieferketten die [...] menschenrechtlichen und umweltbezogenen Sorgfaltspflichten in angemessener Weise zu beachten. Mit den erfassten vier Menschenrechtskategorien in § 2 geht das Gesetz weit über die diesbezüglichen Arbeitnehmerschutzrechte hinaus. Erfasst sind auch der Schutz der Lebensgrundlagen und der Schutz vor dem Einsatz von Sicherheitskräften. Zudem enthält das Gesetz einen Auffangtatbestand für sonstige Menschenrechte aus völkerrechtlichen Verträgen. Aus arbeitsrechtlicher Sicht ist zudem erwähnenswert, dass Gewerkschaften hier als Prozessstandschafter von ausländischen Mitarbeitern agieren können.

Bei Sanktionen von bis zu 2 % des Jahresumsatzes liegt auf der Hand, dass das Gesetz auch unter finanziellen Gesichtspunkten von erheblicher Bedeutung für die von ihm erfassten Unternehmen ist. Das vom Unternehmen auf der Grundlage des Gesetzes zu schaffende Compliance-System soll – neben der Benennung eines Menschenrechtsbeauftragten – zahlreiche weitere Maßnahmen der Risikoanalyse und der Prä-

vention wie auch konkrete Abhilfemaßnahmen beinhalten. Wie üblich umfasst dies zur besseren Identifizierung etwaiger Verstöße auch ein Beschwerdeverfahren sowie diverse Dokumentations- und Berichtspflichten. Nähere Einzelheiten wurden von der Referentin mit zahlreichen Übersichten detailliert aufbereitet.

Sehr hilfreich waren darüber hinaus auch die Umsetzungsvorschläge der Referentin auf arbeitsrechtlicher Ebene. Diese beinhalteten für jede der drei Stufen (Prävention, Aufdeckung, Abhilfe) konkrete Vorschläge, bspw. in Form von Mitarbeiterbefragungen, der Anpassung der bisherigen Berichtspflichten oder entsprechenden Schulungen. Mit einem abschließenden Blick auf Europa, wo der konkrete zeitliche Horizont einer entsprechenden Richtlinie weiter offen ist, schloss die Referentin den rundum gelungenen Vortrag ab.



Mit dem Vortrag **„Gestaltungsrisiko Freistellung; Rechtsprechungsupdate zur Urlaubsgewährung und Erwerbsanrechnung“** zeigte **RAin Dr. Nathalie Oberthür**¹⁴ aus Köln nicht nur verschiedene aktuelle Problemfelder auf, sondern lieferte dafür gleichzeitig auch die entsprechenden Lösungsansätze.

Anhand eines typischen Praxisbeispiels („Rücknahme“ einer Kündigung, die mit einer unwiderruflichen Freistellung erfolgt war) erörterte die Referentin zunächst die Grenze zwischen bloßem Annahmeverzug oder einem möglicherweise zwischen den Parteien geschlossenen „Erlassvertrag“ hinsichtlich der Arbeitsleistung. Dabei zeigte sie insbesondere auf, welche Aspekte im Rahmen der Auslegung dabei ergänzend zu berücksichtigen sind.

Im Anschluss bereite die Referentin anhand der bisherigen Rechtsprechung auf, welche Anforderungen bislang an eine Freistellungserklärung zu stellen waren, damit diese auf etwaige Urlaubsansprüche anzurechnen ist. Unter Hinweis auf die jüngst ergangene Entscheidung des 5. Senats des BAG (Urt. v. 23.2.2021 –

¹³ www.gleisslutz.com

¹⁴ www.rpo-rechtsanwaelte.de

5 AZR 314/20) verwies die Referentin zudem auf zahlreiche Gestaltungsoptionen, die zu jeweils unterschiedlichen Auslegungsergebnissen bezüglich der vereinbarten Lage des Urlaubs führen können.

Mit der vorbezeichneten Entscheidung hat auch das Thema „Anrechnung anderweitigen Erwerbs“ noch einmal etwas an Fahrt aufgenommen. Den dortigen Ansatz bettete die Referentin ebenfalls mittels zahlreicher weiterer Entscheidungen in die bisherige Rechtsprechung ein und grenzte die Entscheidungen insoweit voneinander ab.

Die umfassende Aufarbeitung des Themas schloss mit den Wirkungen einer Freistellung auf ein Wettbewerbs-

verbot. So für den Arbeitsalltag gerüstet, bekamen die Teilnehmer zum Abschluss zudem einen Formulierungsvorschlag, der alles zuvor Gesagte bereits berücksichtigt hatte. Dieser schloss die rundum gelungene Veranstaltung ab.

Abschließend gilt der Dank neben allen Referenten auch der DAA, die erneut für einen durchgängig reibungslosen technischen Ablauf der Veranstaltung bei der „Hybrid-Premiere“ sorgte.

Die 83. Tagung findet nach derzeitigen Planungen am 11./12.3.2022 in Frankfurt am Main statt.

Spezialwissen kompakt

Entwicklungen im Arbeitskampfrecht

RA David Schäfer, Bremen und RA Thomas Ubber, Frankfurt am Main

1. Einleitung

Arbeitskämpfe, insbesondere in der Daseinsvorsorge wie z.B. Gesundheitswesen, Transportwesen und Energieversorgung (sog. kritische Infrastruktur), werden regelmäßig zum gerichtlichen Zankapfel: Gegen (wirksame) Streiks gibt es für den Arbeitgeber oft kein anderes Mittel, der öffentliche Druck ist besonders hoch – und für die streikende Gewerkschaft steigt das Haftungsrisiko.

Diese Bedeutung des Streiks steht in keinem Verhältnis zum Umfang seines rechtlichen Gerüsts, das nur aus Art. 9 Abs. 3 GG und der Rechtsprechung besteht. Einig ist man sich immerhin, dass ein Arbeitskampf rechtmäßig ist, wenn er der Verfolgung eines tariflich regelbaren Ziels dient, das sich inhaltlich im Rahmen der Rechtsordnung hält und nicht gegen eine Friedenspflicht zwischen den Tarifvertragsparteien verstößt, sofern er darüber hinaus verhältnismäßig ist.

Über das Vorliegen dieser sehr allgemeinen Voraussetzungen besteht naturgemäß große Uneinigkeit zwischen den Vertretern der Gewerkschaften und der Arbeitgeber. Diese versuchen in aller Regel, die Gerichte in kurzer Zeit, nämlich in einstweiligen Verfügungsverfahren, von der Richtigkeit ihrer jeweiligen Rechtsposition zu überzeugen. Richter, die womöglich noch gar

nicht oder jedenfalls nur selten über Arbeitskämpfe zu entscheiden hatten, müssen sehr zügig und ggf. unter Beobachtung der Medien eine Entscheidung von großer Tragweite treffen. Abgesehen von wenigen Urteilen des BAG sind es in der Regel solche Eilentscheidungen, die das Streikrecht fortentwickeln. Im Folgenden sollen aktuelle und spezifische Problemstellungen aufgegriffen und von beiden Seiten betrachtet werden.¹

2. Aktuelle Problemstellungen

2.1 Prüfungsmaßstab im einstweiligen Verfügungsverfahren

a) Problembeschreibung

Höchstrichterliche Entscheidungen zum Prüfungsmaßstab im vorläufigen Rechtsschutz gibt es – mangels Zuständigkeit des BAG – nicht. Dem entsprechend ist es umstritten, ob ein Verfügungsanspruch bereits bei bloßer Rechtswidrigkeit des Streiks gegeben ist oder ob hierzu zusätzlich zu fordern ist, dass diese Rechtswidrigkeit „offensichtlich“ ist. Verlangt man eine offensichtliche Rechtswidrigkeit, schließt sich die Frage an, was darunter eigentlich zu verstehen ist.

¹ Entsprechend ihrer Mandatsstruktur stammen die Stellungnahmen aus Gewerkschaftssicht von David Schäfer und aus Arbeitgebersicht von Thomas Ubber.

b) Arbeitgebersicht

Aus der Sicht der Arbeitgeberseite ist ein vermeintliches Erfordernis einer „offensichtlichen“ Rechtswidrigkeit höchst unerfreulich. Zu häufig gelangen gerade erstinstanzliche Gerichte zu dem Ergebnis, es sprächen zwar gute Argumente für die Rechtswidrigkeit eines Streiks, diese sei aber nicht offensichtlich, insbesondere nicht im Eilverfahren auf den ersten Blick erkennbar. Es drängt sich der Eindruck auf, dass entsprechende Entscheidungen womöglich auch auf die Unerfahrenheit und Verunsicherung der jeweiligen Kammer zurückzuführen sind. Es fehlt der Mut, eine klare Entscheidung zu treffen. Als hilfreich erweist sich hier die Sonderzuständigkeit, die Landesarbeitsgerichte z.B. in Frankfurt, Stuttgart und Hamm in ihrer Geschäftsverteilung für den Arbeitskampf vorsehen. Argumentativ lässt sich der Wertung der fehlenden Offensichtlichkeit kaum entgegentreten. Wie soll man das Gericht davon überzeugen, dass die Rechtswidrigkeit auf der Hand liegt, wenn dieses zwar ebenfalls von der Rechtswidrigkeit ausgeht, diese jedoch für weniger klar erkennbar hält?

Hingegen ist ein zusätzliches Erfordernis der „Offensichtlichkeit“ weder den §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB noch der Rechtsprechung des BAG zu entnehmen. Der Unterlassungsanspruch setzt lediglich die Rechtswidrigkeit des zu untersagenden Handelns voraus. Das einstweilige Verfügungsverfahren dient dazu, dieses materielle Recht zu verwirklichen. Auch die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifautonomie rechtfertigt kein Sonderrecht auf dem Gebiet des Arbeitskampfes, weil die Tarifautonomie nur rechtmäßige Arbeitskämpfe schützt.²

Überdies widerspricht das Verlangen nach einer „Offensichtlichkeit“ der Gleichgewichtigkeit der Grundrechtspositionen der Gewerkschaft, des Arbeitgebers und – im Bereich der Daseinsvorsorge – der ebenfalls betroffenen Allgemeinheit: Es gibt keinen Grund, den Grundrechten der Gewerkschaft regelmäßig ein stärkeres Gewicht beizumessen. Die gleichgewichtige Ausgestaltung des Art. 9 Abs. 3 GG muss sich prozessual fortsetzen, sodass einfache Rechtswidrigkeit genügt.

Es sei darauf hingewiesen, dass BVerfG in seiner Entscheidung vom 7.4.2020 die hier streitige Frage ausdrücklich offengelassen hat.³

c) Gewerkschaftssicht

Den Arbeitskampf im summarischen Verfahren zu untersagen, greift stark in die Mobilisierungsfähigkeit ein und ist daher ein schwerer Eingriff in das Streikrecht der Gewerkschaft. Die mangelnde Kodifizierung des Arbeitskampfrechts ist zugunsten der Gewerkschaften

zu berücksichtigen. Der Streik um Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen hat daher die rechtliche Vermutung der Rechtmäßigkeit für sich.⁴ Eingriffe in das Streikrecht sind auch nach Art. 11 MRK nur zulässig, wenn sie ausreichend klar und vorhersehbar sind,⁵ daher ist Zurückhaltung geboten.⁶

Auch darf eine Gewerkschaft neue, rechtlich noch nicht endgültig abgesicherte tarifliche Gestaltungsmöglichkeiten umzusetzen versuchen. Sie handelt dann zwar möglicherweise rechtswidrig, aber nicht schuldhaft.⁷ Dieser Maßstab muss auch beim verschuldensunabhängigen Unterlassungsanspruch Anwendung finden. Sonst ginge das Innovationsrecht der Gewerkschaft von vorneherein ins Leere und die Fortentwicklung des Tarifrechts würde erheblich erschwert.

Unerfreulich ist, dass die Landesarbeitsgerichte sich hier nicht auf einen Maßstab einigen können, auch wenn die Grenze zwischen eindeutiger, offensichtlicher oder „normaler“ Rechtswidrigkeit offensichtlich fließend sind.

2.2 Präzisierung des Streikziels

a) Problembeschreibung

Die Zulässigkeit eines Streikziels gehört zu den wenigen „harten“ Prüfungspunkten. Umso umkämpfter ist die Frage, worum es der Gewerkschaft „eigentlich“ geht.

b) Gewerkschaftssicht

Dahinter steckt die These der Arbeitgeberseite, dass hinter der offiziellen Forderung der Gewerkschaft ggf. ein anderes, eigentlich nicht durchsetzbares, Streikziel stecken könnte. Auch beim aktuellen Lokführerstreik wurde dieser Ansatz wieder verfolgt.⁸

Eine solche Unterscheidung zwischen „eigentlichen“ und „uneigentlichen“ Streikzielen kommt nicht in Betracht. Das BAG⁹ stellt „aus Gründen der Rechtssi-

2 LAG München v. 19.12.1979 – 9 Sa 1015/79, NJW 1980, 957; LAG München v. 28.8.2007 – 5 Sa 735/07, BeckRS 2009, 67788; LAG München v. 15.6.2005 – 6 Sa 602/05, BeckRS 2009, 67833; LAG Rheinland-Pfalz v. 22.6.2004 – 11 Sa 2096/03, AP Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 169; LAG Hessen v. 22.7.2004 – 9SaGa 593/04, NZA-RR 2005, 262; LAG Schleswig-Holstein v. 25.11.1999 – 4 SaGa 584/99, NZA-RR 2000, 143; *Germelmann*, ArbGG, § 62 Rn 113; *Natter/Gross*, ArbGG, § 62 Rn 62.

3 BVerfG v. 7.4.2020 – 1 BvR 2674/15.

4 BAG v. 19.6.1973, 1 AZR 521/72, BAGE 25, 226-236.

5 EGMR v. 2.10.2014 – 48408/12 „Tymoshenko/Ukraine“, juris.

6 LAG BW v. 3.8.2016 – 4 SaGa 2/16, Rn 63, juris.

7 BAG v. 21.3.1978 – 1 AZR 11/76, BAGE 30, 189-203.

8 Hessisches LAG v. 6.9.2021 – 16 SaGa 1046/21.

9 BAG v. 24.4.2007 – 1 AZR 252/06, BAGE 122, 134-167.

cherheit und um der Unbefangenheit der Meinungsbildung innerhalb der Gewerkschaft willen“ ausschließlich auf Verlautbarungen vertretungsbefugter Mitglieder der Gewerkschaft ab. Wegen der strikten Trennung von Verhandlungs- und Arbeitskampfebene¹⁰ müssen aus dem gleichen Grund jedenfalls sämtliche Veröffentlichungen und Äußerungen aus der Zeit vor dem Streikaufruf außer Betracht bleiben. Denn Verhandeln muss man über alles können – auch über nicht streikfähige Themen. Aber auch nach dem Aufruf müssen unbefangene Sondierungen zwischen den Parteien möglich sein. Daher können auch Äußerungen in diesem Kontext nicht berücksichtigt werden. Sonst würden Arbeitskämpfe – aufgrund der Folgen bereits eines rechtswidrigen Streikziels (sog. „Rühreitheorie“¹¹) – zu einem unkalkulierbaren Risiko.

Es ist in der Regel schon nicht möglich, eine der Gewerkschaft unterstellte „eigentliche“ Streikforderung überhaupt so genau zu bestimmen, dass sie einer Rechtmäßigkeitsprüfung unterzogen werden kann. In seiner Entscheidung zum Arbeitskampf der Vereinigung Cockpit, in der es einer entsprechenden Argumentation des Arbeitgebers gefolgt ist, spricht das Hessische LAG¹² unkonkret von „Zugeständnissen“, die die Gewerkschaft in Bezug auf eine unternehmerische Entscheidung eigentlich erreichen wolle, ohne näher darzulegen, welcher Natur diese sein sollten. So kann ein vermeintliches Kampfziel nicht auf seine Rechtmäßigkeit geprüft werden.

Und auch nicht jeder „Druck“ auf Unternehmerentscheidungen ist gleich unzulässig. Vielmehr „bezieht sich der Regelungsauftrag des Art. 9 Abs. 3 GG immer dann, wenn sich die wirtschaftliche und soziale Seite einer unternehmerischen Maßnahme nicht trennen lassen, zwangsläufig mit auf die Steuerung der unternehmerischen Sachentscheidung“.¹³

Die Gewerkschaft sollte auf jeden Fall sparsam sein mit Aussagen zu der eigenen Tarifforderung, auch um Verhandlungsspielräume zu bewahren. Das Kampfziel kann auch anhand einer generischen, stichpunktartigen Fassung der Streikziele unter Berücksichtigung des Verhandlungsverlaufs¹⁴ definiert werden. Denn jedes Kampfziel enthält bei lebensnaher Betrachtung einen Verhandlungsspielraum.¹⁵ Es muss zwar so klar formuliert sein, dass die Gegenseite sinnvoll reagieren kann, jedoch ist es nicht erforderlich, dass mit einem bloßen „Ja“ ein Tarifabschluss zustande käme. Die Funktion des Arbeitskampfs besteht nur darin, die eigentlichen Tarifverhandlungen anzuschieben.¹⁶ Dabei ist es jedoch entscheidend, die (rechtlich überprüfbareren) späteren Streikziele klar von den vorher (frei diskutierten) Verhandlungsgegenständen abzugrenzen,¹⁷ um nicht später vorgehalten zu bekommen, man verfolge mit dem Streik auch „uneigentliche“ Ziele.

c) Arbeitgebersicht

Allzu häufig kommt es vor, dass Gewerkschaften ihr wahres Streikziel verschleiern, weil sie sich der Tatsache bewusst sind oder es zumindest für möglich halten, dass dieses mit der Rechtsordnung nicht in Einklang zu bringen ist.

So führte die Vereinigung Cockpit ihren Arbeitskampf im Jahr 2015 nur vordergründig – nach dem „offiziellen“ Streikbeschluss – zur Durchsetzung eines neuen Tarifvertrags zur Übergangsvorsorge. In Wirklichkeit ging es ihr um die Verhinderung des Eurowings-Konzepts, worauf sie aber aufgrund der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit keinen Einfluss haben darf.¹⁸

In jüngerer Zeit mehren sich Fälle, in denen das eigentliche Streikziel zwar Gegenstand des Streikbeschlusses und Streikziels ist, dort allerdings so vage und mehrdeutig beschrieben wird, dass es letztlich einer Rechtskontrolle entzogen ist. So formulierte bereits die Kabinengewerkschaft UFO ihr Streikziel nach einem Versorgungstarifvertrag bewusst offen, um einen möglichen AGG-Verstoß zu vermeiden.¹⁹ Noch ungenauer gab die GDL ihr Streikziel im Rahmen der jüngsten Arbeitskampfmaßnahmen im August/September an, als sie beispielsweise für die Arbeitnehmer in der Infrastruktur lediglich den „Abschluss von Tarifverträgen“ forderte. Die zuvor von ihr vorgelegten Tarifvertragsentwürfe enthielten eine Regelung, mit der das Mehrheitsprinzip des § 4a Abs. 2 TVG durch eine zu vereinbarende Bezugnahme Klausel auf die GDL-Tarifverträge ausgehebelt werden sollte.

Die Fälle des „Verschleierns“ des eigentlichen Streikziels sind wohl geklärt. Ausgangspunkt für die Bestimmung des Kampfziels sind zwar die in Form des Streikbeschlusses übermittelten Tarifforderungen.²⁰ Darüber hinaus sind aber auch anderweitige Äußerungen der Gewerkschaft selbst, also ihrer vertretungsberechtigten Repräsentanten, zu berücksichtigen (z.B. Verhandlungsverlauf, Presseinformationen, Mitgliederkommunikation und sonstige Verlautbarungen), wenn nur so der wahre Wille der Gewerkschaft ermittelt werden

10 BAG v. 26.7.2016 – 1 AZR 160/14, BAGE 155, 347-380.

11 Mehr dazu unten unter 2.4 unter dem Aspekt „Schadenersatz“.

12 Vgl. Hessisches LAG v. 9.9.2015 – 9 SaGa 1082/15, juris.

13 BAG v. 3.4.1990 – 1 AZR 123/89, Rn 29, BAGE 64, 284-297.

14 LAG Düsseldorf v. 11.11.2015 – 4 Ga 82/15, juris.

15 ArbG Darmstadt v. 11.11.2015 – 7 Ga 7/15, juris.

16 ErfK/Linsenmaier, Art. 9 GG, Rn 117.

17 Vgl. BAG v. 16.7.2016 – 1 AZR 160/14, Rn 48, BAGE 155, 347-380.

18 Hessisches LAG v. 9.9.2015 – 9 SaGa 1082/15.

19 Vgl. ArbG Darmstadt v. 11.11.2015 – 7 Ga 7/15.

20 BAG v. 24.4.2007 – 1 AZR 252/06, NZA 2007, 987.

kann.²¹ Zutreffend hat daher das LAG Hessen den Streik der Vereinigung Cockpit als rechtswidrig erachtet.

Ist der Streikbeschluss so offen und unklar gefasst, dass sein (vermeintlich rechtswidriger) Inhalt nicht offen zutage tritt, ist zunächst der Versuch zu unternehmen, den eigentlichen Gegenstand der Streikforderung im Wege der Auslegung zu klären, und zwar unter Heranziehung der bereits genannten anderweitigen Äußerungen der Gewerkschaft. Im Rahmen der Verhandlungen vorgelegte Tarifvertragsentwürfe können hier eine wesentliche Rolle spielen. Legt die Gewerkschaft der Arbeitgeberseite gar keinen Streikbeschluss vor (so die GDL im jüngsten Streik bei der Deutschen Bahn), bleibt nur der Rückgriff auf sonstige Verlautbarungen.²²

Gelingt es, zu einem eindeutigen Auslegungsergebnis zu gelangen, das zumindest eine Rechtsprüfung zulässt, ist diese im nächsten Schritt durchzuführen.

Bleiben im Rahmen der Auslegung Zweifel daran, welches Ziel die Gewerkschaft im Wege des Streiks durchsetzen will, ist der Streik bereits mangels hinreichend bestimmter Forderungen rechtswidrig.²³ Dabei müssen die Forderungen jedenfalls so präzise bezeichnet werden, dass die Möglichkeiten einer Rechtmäßigkeitskontrolle besteht.²⁴ Richtigerweise wird man darüber hinausgehend sogar fordern müssen, dass die geltend gemachte Tarifforderung dem Arbeitskampfgegner so genau bekannt gegeben werden, dass dieser (theoretisch) mit einem „Ja“ den Tarifvertrag mit dem geforderten Inhalt zustande kommen lassen könnte.²⁵

Verzichtet man hingegen auf eine Auslegung des Streikziels zur Erforschung des wirklichen Willens der Gewerkschaft und lässt man vage schlagwortartige Bezeichnungen der Tarifforderungen ausreichen, um dem Bestimmtheiterfordernis Rechnung zu tragen, wird jeder Rechtmäßigkeitskontrolle des Arbeitskampfes der Boden entzogen. In diesem Fall hätte die Gewerkschaft freie Hand, durch geschickte Formulierung des Streikziels jede rechtliche Überprüfung auszuschließen. Leider ist zu befürchten, dass das (noch nicht abgesetzte) Urteil des Hessischen LAG genau in diese Richtung weisen wird.²⁶

2.3 Notdienste

a) Problembeschreibung

Notdienste umfassen regelmäßig Erhaltungsarbeiten als diejenigen Arbeiten, die erforderlich sind, um für die Dauer des Arbeitskampfes die vorhandenen sächlichen Betriebsmittel zu schützen, sowie die Notstandsarbeiten, die die Versorgung der Allgemeinheit mit lebensnotwendigen Diensten und Gütern sicherstellen sollen.²⁷ Ihre Erforderlichkeit ist inzwischen allgemein anerkannt,²⁸ wird dogmatisch über das Verbot der

Existenzvernichtung des Arbeitgebers bzw. die Gemeinwohlbindung hergeleitet und ist im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verortet. Einigen sich die Arbeitskampfparteien nicht über den notwendigen Umfang dieser Arbeiten, führt das nicht zur Rechtswidrigkeit des Streiks.²⁹ Jedoch stellt sich die – höchststrichterlich noch immer unbeantwortete – Frage, wer dann Träger dieser Dienste und für sie verantwortlich ist: Gewerkschaft oder Arbeitgeber?³⁰ Es liegen sowohl einstweilige Verfügungen vor, in denen die Gewerkschaft auf Antrag des Arbeitgebers verpflichtet wurde, streikbereite Arbeitnehmer zur Erbringung von Notdiensten einzusetzen³¹ als auch gewerkschaftliche Untersagungsverfügungen gegen den Arbeitgeber, den Einsatz von Streikwilligen über das erforderliche Maß hinaus zu unterlassen.³² In anderen Fällen haben die Gerichte den Umfang selbst festgelegt und der begehrten vollständigen Untersagung eines Arbeitskampfes eine Absage erteilt.³³

b) Gewerkschaftssicht

Der natürliche Reflex einer Gewerkschaft ist es, hier die eigene Organisationshoheit zu reklamieren.³⁴ Damit steigt aber auch das Risiko in Bezug auf eine Untersagung des Arbeitskampfes oder gar Schadenersatz. So

21 LAG Hessen v. 7.11.2014 – 9 SaGa 1496/14, BeckRS 2015, 68424; LAG Hessen v. 9.9.2015 – 9 SaGa 1082/15, NZA 2015, 1337; ebenso bereits BAG v. 19.6.1973 – 1 AZR 521/72 und wohl auch BAG v. 24.4.2007 – 1 AZR 252/06, NZA 2007, 987.

22 LAG BW v. 20.2.2019 – 4 Sa 40/18, BeckRS 2019, 5464.

23 Vgl. hierzu ArbG Düsseldorf v. 10.11.2015 – 1 Ga 80/15, BeckRS 2015, 72864; ArbG Düsseldorf v. 11.11.2015 – 4 Ga 82/15, BeckRS 2016, 68131; ArbG Darmstadt v. 11.11.2015 – 7 Ga 7/15, BeckRS 2015, 115089.

24 MHD/ArbR/Ricken, § 272 Der Streik Rn 35; ErfK/Linsenmaier, Art. 9 GG Rn 117; FJK Arbeitskampf/Frieling, § 4 Rn 22; LAG Berlin-Brandenburg v. 24.6.2015 – 26 SaGa 1059/15, juris; insoweit nicht ganz eindeutig: ArbG Düsseldorf v. 11.11.2015 – 4 Ga 82/15, BeckRS 2016, 68131; strenger Fischer, NZA 2014, 1177, 1178.

25 Rieble, BB 2014, 949, 949; Kissel, Arbeitskampfrecht, § 24 Rn 12; Löwisch/Rieble, Grundl., Rn 540-544; ausdrücklich offenlassend ArbG Düsseldorf v. 10.11.2015 – 1 Ga 80/15, BeckRS 2015, 72864.

26 Hierzu wird das Urteil des LAG Hessen v. 6.9.2021 – 16 SaGa 1046/21, weitere Erkenntnisse liefern.

27 BAG v. 30.3.1982 – 1 AZR 265/80, BAGE 38, 207-221.

28 BAG v. 31.1.1995 – 1 AZR 142/94, BAGE 79, 152-159.

29 BAG v. 14.12.1993 – 1 AZR 550/93, Rn 40, BAGE 75, 186-196.

30 Ausführlich Däubler/Reinfelder, Arbeitskampfrecht, 3. Aufl., § 15 Rn 45 ff.

31 LAG Schleswig-Holstein v. 26.9.2018 – 6 SaGa 7/18, juris.

32 LAG Berlin-Brandenburg v. 24.10.2007 – 7 SaGa 2044/07, juris.

33 LAG Hamm v. 16.1.2007 – 8 Sa 74/07, juris.

34 Däubler/Reinfelder, a.a.O., § 15 Rn 46.

hat das Arbeitsgericht Berlin³⁵ einen Streik des Klinikpersonals bei Vivantes vorläufig mit der Begründung untersagt, die Notfallversorgung sei nicht gesichert, was ein erheblicher Eingriff in die Arbeitskampffreiheit der Gewerkschaft und daher nur möglich ist, wenn man die zum Streik aufrufende Gewerkschaft insoweit für verantwortlich hält. Eine andere Kammer wiederum kam zum gleichen Ergebnis, laut Pressemitteilung³⁶ jedoch paradoxerweise mit der Begründung, es könne nicht der Gewerkschaft überlassen bleiben, den Personalbedarf ihrerseits einseitig festzulegen.

Letztendlich haben beide Kammern im Rahmen der mündlichen Verhandlung den Arbeitskampf zugelassen, da inzwischen Vereinbarungen bzw. einseitige Erklärungen der Gewerkschaft vorlagen.³⁷ Richtig ist daran, dass eine Einigungspflicht im Hinblick auf Notdienste nicht besteht, sondern die Einlassungsbereitschaft der Gewerkschaft und ihre einseitige Erklärung, jedenfalls in dem von ihr angebotenen Umfang Notdienste zu dulden, genügen.

Ist der Arbeitgeber der Auffassung, dass die zur Verfügung stehenden Notdienste – unter Berücksichtigung der zur Verfügung stehenden arbeitswilligen Arbeitnehmer – nicht ausreichen, ist es seine Aufgabe, das gerichtlich durchzusetzen und darzulegen.³⁸ Sieht man die Anordnung von Notdiensten gar vom Direktionsrecht des Arbeitgebers gedeckt,³⁹ müsste wiederum die Gewerkschaft gegen die einseitige Festlegung gerichtliche Schritte einleiten.

c) Arbeitgebersicht

Können sich die Tarifvertragsparteien nicht auf eine Notdienstvereinbarung einigen, stellt sich die Frage, welche Seite festlegen kann, in welchem Umfang Notdienste erforderlich und damit durchzuführen sind. Leider scheitern in jüngerer Zeit Notdienstvereinbarungen – gerade im Bereich des Gesundheitswesens, in dem die Gefahr für Schädigungen des Allgemeinwohls deutlich höher ist als in anderen Bereichen – nicht zuletzt an der Haltung der Gewerkschaft, die bei Überschreitung einer bestimmten Anzahl an Streikwilligen in einer Krankenhausstation verlangt, dass ihr das einseitige Recht eingeräumt wird, die Schließung von Betten oder der gesamten Station anzuordnen.

Existiert keine Notdienstvereinbarung, ist allein die Arbeitgeberseite berechtigt, einseitig Notdienstarbeiten anzuordnen und durchzuführen.⁴⁰ Alleine die Arbeitgeberseite vermag wegen ihrer tiefgehenden Betriebskenntnis nämlich zu entscheiden, welche Notdienstarbeiten tatsächlich erforderlich sind. Die Verpflichtung der Arbeitnehmer zur Ableistung der angeordneten Notdienstarbeiten folgt aus der – während des Streiks unstrittig nicht ruhenden – arbeitsvertraglichen Treuepflicht.

Hingegen wären Gewerkschaften als Träger der Notdienstarbeiten denkbar ungeeignet; im Interesse der Effektivität des Streiks dürften sie dazu tendieren, diese auf ein geringes Maß zu reduzieren. Bei einer Zuweisung der Entscheidungsbefugnis über Art, Umfang und konkrete Anordnung von Notdienstarbeiten zur streikenden Gewerkschaft käme es zudem zu einer Verschiebung der Arbeitskämpfparität. Die Gewerkschaft wird durch die Entscheidungsbefugnis des Arbeitgebers nicht schutzlos gestellt; es bleibt ihr weiterhin möglich, gerichtlich im Wege des einstweiligen Verfügungsverfahrens überprüfen zu lassen, ob sich die von der Arbeitgeberseite angeordneten Notdienstarbeiten im Rahmen des Erforderlichen halten.

Weigert sich die Gewerkschaft, die arbeitgeberseitig angeordneten Notdienste mit zu tragen, stehen dem Arbeitgeber wahlweise zwei Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung: Er kann entweder die Verpflichtung der Gewerkschaft zur Duldung der angeordneten Notdienste im einstweiligen Verfügungsverfahren durchsetzen oder den Streik als unverhältnismäßig untersagen lassen, sofern die konkret zu bezeichnenden Notdienste durch die Gewerkschaft nicht eingehalten werden.⁴¹

2.4 Schadenersatz

a) Problembeschreibung

Unter welchen Voraussetzungen haftet die Gewerkschaft gegenüber dem bestreikten Arbeitgeber und ggf. auch gegenüber Dritten auf Schadenersatz, sofern der Streik sich als rechtswidrig herausstellen sollte? Anforderungen an die Haftung und deren Umfang haben einen nicht zu unterschätzenden Einfluss auf das Streikgeschehen.

35 ArbG Berlin, Pressemitteilung Nr. 26/21 vom 23.8.2021 – 36 Ga 8475/21.

36 ArbG Berlin, Pressemitteilung Nr. 25/21 vom 20.8.2021 – 29 Ga 8464/21.

37 ArbG Berlin, Pressemitteilungen Nr. 28/21 vom 24.8.2021 – 36 Ga 8475/21 und Nr. 29/21 vom 26.8.2021 – 29 Ga 8464/21.

38 ArbG Gießen v. 6.3.2020 – 9 Ga 1/20 – Rn 69 ff., juris.

39 ErfK/Linsenmaier, Art. 9 GG Rn 188.

40 ErfK/Linsenmaier, GG, Art. 9 Rn 188; HWK/Hergenröder, GG, Art. 9 Rn 294; Frieling/Jacobs/Krois/Horcher, Arbeitskampfrecht, § 11 Rn 13; Linsenmaier, RdA 2015, 369, 380; Schell, BB 1969, 1179; Fenn, DB 1982, 430, 432 ff.; Hirschberg, RdA 1986, 355, 356 ff.; Kissel, Arbeitskampfrecht, § 43, Rn 82-88, 101 ff.; in diesem Sinne auch LAG Berlin-Brandenburg v. 24.10.2007 – 7 SaGa 2044/07, BB 2007, 2688; LAG Hessen v. 22.4.1969 – 5 Sa 627/68, BB 1970, 933.

41 LAG Hamm v. 16.1.2007 – 8 Sa 74/07, NZA-RR 2007, 250; LAG Hamm v. 13.7.2015 – 12 SaGa 21/15, BeckRS 215, 72659; vgl. ArbG Berlin v. 1.3.2017 – 29 Ga 2739/17; ArbG Berlin v. 20.3.2017 – 1 Ga 3618/17; ArbG Berlin v. 7.7.2021 – 17 Ga 7033/21.

b) Gewerkschaftssicht

Schadenersatzansprüche durch den Streik „als solches“ stehen regelmäßig nur dem unmittelbar betroffenen Streikgegner, nicht aber Dritten zu, mögen sie auch noch so sehr wirtschaftlich in Mitleidenschaft gezogen werden.⁴² Es handelt sich hier um eine notwendige Reflexwirkung des Streiks. Entscheidend für die unmittelbare Betroffenheit ist auch hier der Streikaufruf.⁴³

Aber auch ohne betroffene Dritte ist die Schädlichkeit eines Arbeitskampfes erheblich. Hier kommt erschwerend die vom BAG⁴⁴ ausdrücklich bestätigte „Rühreitheorie“ hinzu, wonach ein Streik als einheitliches Geschehen betrachtet werden müsse mit der Folge, dass die Rechtswidrigkeit eines Streikziels zur Rechtswidrigkeit des gesamten Streiks führe. So argumentiert das BAG jedenfalls in Bezug auf den Fall eines Verstoßes gegen die Friedenspflicht.

Das lässt argumentativen Spielraum für den Fall, dass eine Streikforderung aus anderen Gründen als einem Verstoß gegen die Friedenspflicht rechtswidrig ist, denn nicht immer muss es ja der Zweck der normativen oder schuldrechtlichen Unzulässigkeit einer Forderung sein, das Gegenüber von einem Streik „als solchem“ zu verschonen. Außerdem passt die Argumentation gerade im Hinblick auf die Friedenspflicht nicht, denn diese soll nur vor einem Streik für bestimmte, bereits geregelte Inhalte schützen, aber gerade nicht vor einem Streik für andere Forderungen.

Im Übrigen hat der EGMR⁴⁵ ein nationales gerichtliches Streikverbot nach Art. 11 EMRK mit der Begründung für unverhältnismäßig erklärt, das Gericht hätte sich neben den beiden (!) rechtswidrigen Hauptforderungen auch mit einer dritten, hilfsweise aufgestellten, Forderung der Gewerkschaft befassen und den Streik auf dieser Grundlage zulassen müssen. Zu diesem Ergebnis kann man jedoch nur dann kommen, wenn man einen Streik gerade nicht bereits dann für insgesamt rechtswidrig hält, wenn auch nur eine der mit Streik verfolgten Forderungen unzulässig ist.⁴⁶ Das sieht das BAG mit der Begründung anders, der EGMR sei aufgrund von Verhältnismäßigkeitserwägungen zu diesem Ergebnis gekommen, wohingegen ein Verstoß gegen die von der Gewerkschaft selbst vereinbarte Friedenspflicht keiner Abwägung zugänglich sei. Das trifft zwar zu, jedoch wägt auch der EGMR in seiner Entscheidung nicht verschiedene Interessen gegeneinander ab, sondern geht – bejahend – auf den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens ein.

c) Arbeitgebersicht

Es sollte selbstverständlich sein, dass Gewerkschaften im Falle der Rechtswidrigkeit von ihnen initiiertem Streik-

maßnahmen gegenüber dem bestreikten Arbeitgeber auf Schadensersatz haften. Schließlich stellen Streikmaßnahmen einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB dar.⁴⁷ Darüber hinaus können bei Friedenspflichtverstößen auch Ansprüche aus § 280 Abs. 1 BGB folgen.

Die Gewerkschaft hat es selbst in der Hand, Schadensersatzansprüchen zu entgehen, indem sie die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen vor Streikbeginn sorgfältig prüft. Ohnehin privilegiert die Rechtsprechung hier die Gewerkschaften gegenüber anderen potentiellen Anspruchsgegnern, indem sie nur geringe Anforderungen an einen unverschuldeten Rechtsirrtum stellt und es der Gewerkschaft überlässt, bei Zweifeln hinsichtlich der Rechtmäßigkeit dennoch in maßvollem Umfang zu streiken, ohne Schadensersatz zu riskieren.⁴⁸

Bestehen – in Anbetracht der widerstreitenden Grundrechte und des beträchtlichen Schadenspotentials – bereits Bedenken an dieser Privilegierung, gibt es keinen Grund für weitere Einschränkungen der Haftung, etwa für den Fall, dass zumindest eines von mehreren Streikzielen rechtmäßig ist.

Gegenüber Dritten sollte die Rechtsprechung zumindest dann eine Schadensersatzpflicht in Betracht ziehen, wenn die Gewerkschaft darauf abzielt, gerade dadurch Druck auf den Arbeitgeber auszuüben, dass diese Dritten, insbesondere die Allgemeinheit, in Mitleidenschaft gezogen werden. Bei Streikmaßnahmen im Bereich der Daseinsvorsorge wird dies nicht selten der Fall sein.⁴⁹

3. Künftige Entwicklungen

Die „Verrechtlichung“ des Arbeitskampfes hat in den letzten fünfzehn Jahren zwar Fahrt aufgenommen. Entscheidungen des BAG bleiben jedoch rar, denn es liegt in der Natur eines Tarifkonflikts, dass die auf Gedeih und Verderb miteinander verbundenen Tarifparteien an dessen Ende nur selten Interesse an einer gerichtlichen Aufarbeitung haben. Umso größere Bedeutung haben die – leider noch zu häufig voneinander abweichenden – Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte.

42 BAG v. 25.8.2015 – 1 AZR 754/13, BAGE 152, 240-259.

43 BAG v. 25.8.2015 – 1 AZR 754/13, Rn 38, BAGE 152, 240-259.

44 BAG v. 26.7.2016 – 1 AZR 160/14, BAGE 155, 347-380.

45 EGMR v. 27.11.2014 – 36701/09, „Hrvatski liječnički sindikat“/Kroatien, juris.

46 Lörcher, AuR 2015, 126, 129; Jacobs/Schmidt, EuZA 2016, 82, 94 f.

47 BAG v. 19.6.2021 – 1 AZR 775/10.

48 BAG v. 10.12.2002 – 1 AZR 96/02, NZA 2003,734; BAG v. 19.6.2012 – 1 AZR 775/10.

49 A.A. BAG v. 25.8.2015 – 1 AZR 754/13.

Auch die Rufe nach einer staatlichen Intervention bei Tarifaueinandersetzungen in der Daseinsvorsorge werden wohl nicht erhört werden, nachdem das BVerfG⁵⁰ in seiner Entscheidung zum Tarifeinheitsgesetz nochmals die Vorteile der Tarifaautonomie gegenüber staatlicher Einflussnahme, z.B. in Form einer Zwangsschlichtung, betont hat. Die Entscheidung über die Rechtswidrigkeit von Streikmaßnahmen wird also weiterhin an den Instanzgerichten hängen bleiben. Interessant wird es sein, wie diese zukünftig im Zusammenhang mit der Tarifeinheit mit dem Spagat umgehen werden, dass der Tarifvertrag einer Minderheitsgewerkschaft gemäß § 4a TVG zwar nicht zur Anwendung kommen kann, aber trotzdem erstreikt werden darf.⁵¹

4. Vertiefungshinweise

- *Bünnemann*, Die einstweilige Verfügung gegen Streiks, ZfA 2020, 44-69
- BAG, Urt. v. 21.6.1988 – 1 AZR 651/86 zum Ende des Warnstreiks als „privilegierter Arbeitskämpfform“ und zum ultima-ratio-Grundsatz
- BAG, Urt. v. 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 zum Streik um einen Tarifsozialplan
- BAG, Urt. v. 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 zum Unterstützungsarbeitskampf
- BAG, Urt. v. 22.9.2009 – 1 AZR 972/08 zur Zulässigkeit innovativer Arbeitskämpfformen
- BAG, Urt. v. 25.8.2015 – 1 AZR 754/13 zur Drittbetroffenheit im Arbeitskampf und Schadenersatz
- BAG, Urt. v. 26.7.2016 – 1 AZR 160/14 zur „Rühreitheorie“ im Arbeitskampfrecht

Thomas Ubber

ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Partner der Sozietät Allen&Overy in Frankfurt. Er verfügt über langjährige Erfahrungen in allen Bereichen des Arbeitsrechts und berät Unternehmen insbesondere bei Umstrukturierungen, Outsourcingprojekten, Personalabbaumaßnahmen und sonstigen Veränderungsprozessen. Zudem gilt er als ausgewiesener Spezialist bei der rechtlichen Begleitung von Tarifverhandlungen und der Abwehr drohender Streikmaßnahmen.
www.allenoverly.com



David Schäfer

ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Partner der Sozietät Weißmantel und Vogelsang in Bremen. Er vertritt Arbeitnehmer und Betriebsräte in allen Bereichen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts, insbesondere auch im Bereich des Arbeitskampfrechts. Er verfügt dort auch über einschlägige forensische Erfahrung. Daneben ist er auch als Dozent auf dem Gebiet des Arbeitsrechts tätig.
www.kanzlei-wv.de



50 BVerfG v. 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 Rn 146, BVerfGE 146, 71-163.

51 BVerfG v. 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 Rn 140, BVerfGE 146, 71-163.

Arbeitsrechtliche Fragestellungen beim Unternehmenskauf

RA Dr. Christian Hoefs und RA Dr. Andreas Kaletsch, beide Frankfurt am Main

A. Einleitung

Unternehmenstransaktionen beinhalten komplexe rechtliche Fragestellungen aus diversen Rechtsgebieten. Als arbeitsrechtliches Mandat stellen sie den befassten Rechtsanwalt¹ vor die Aufgabe, eine große Bandbreite arbeitsrechtlicher Themengebiete, etwa von der Wirksamkeit einzelner Klauseln eines Individualanstellungsvertrages, über die rechtzeitige und umfassende Unterrichtung von Arbeitnehmervertretungen bis hin zur Übertragung und Harmonisierung kollektivrechtlicher Regelungen im Rahmen von Umstrukturie-

rungen und den Auswirkungen der Transaktion auf Pensionszusagen, abzudecken.

Neben der Frage, auf welcher Seite der Transaktion (Käufer- oder Verkäuferseitig) beraten wird, findet die erste und zentrale Weichenstellung beim Unternehmenskauf bei der Wahl der Transaktionsstruktur statt. Unternehmen in privater Hand können (vereinfacht) entweder im Wege des Anteilskaufs (**Share Deal**), d.h. dem Erwerb der Gesellschaftsanteile, oder durch den

1 Aus Gründen der besseren Lesbarkeit verwenden wir im Folgenden das generische Maskulin. Ausdrücklich sind hiermit jedoch Menschen aller Geschlechter angesprochen.

Kauf der Vermögensgegenstände des Unternehmens, der Assets (**Asset Deal**), erworben werden.² Diese (häufig vor allem auf steuerlichen Implikationen beruhende) Entscheidung hat maßgeblichen Einfluss auf den arbeitsrechtlichen Rechtsfolgenkatalog.

Ausgehend von der Unterscheidung zwischen Share Deal und Asset Deal sollen im Folgenden zunächst die wesentlichen arbeitsrechtlichen Rechtsfolgen skizziert und anschließend sowohl die typischen damit zusammenhängenden Probleme beim Unternehmenskauf wie auch die arbeitsrechtlichen Erwägungen bei der Wahl der geeigneten Transaktionsstruktur beleuchtet werden.

B. Arbeitsrechtliche Rechtsfolgen beim Unternehmenskauf

I. Anteilskauf (Share Deal)

Der grundlegendste Unterschied zwischen Share Deal und Asset Deal lässt sich mit dem Begriff des Kontinuitätsprinzips zusammenfassen: Durch den Erwerb der Gesellschaftsanteile beim Share Deal erhält der Käufer die Kontrolle über die bestehende Zielgesellschaft. Die wesentlichen Änderungen finden zunächst allein auf Gesellschafterebene statt. Die Anstellungsgesellschaft ändert sich durch den Kontrollwechsel nicht, der Arbeitgeber bleibt gleich. Bildlich gesprochen erwirbt der Käufer im ersten Schritt lediglich den Schlüssel zu dem ansonsten gleichbleibenden Haus.

Die Arbeitsverhältnisse zwischen der Gesellschaft und ihren Arbeitnehmern bestehen unverändert fort. Gleiches gilt grundsätzlich sowohl für anwendbare Tarifverträge als auch für die bestehende Betriebs(rats)struktur und Betriebsvereinbarungen. Ausnahmen können sich dann ergeben, wenn beim Verkäufer bestehende Strukturen nicht ohne weiteres nach dem Unternehmenskauf beim Käufer weitergeführt werden können, wie beispielsweise Konzernbetriebsvereinbarungen, die konzernweite Rabatte gewähren oder wenn durch eine konzerninterne Pensions- oder Unterstützungskasse Leistungen der betrieblichen Altersversorgung erbracht werden.³

Da der bloße Erwerb der Gesellschaftsanteile keine Betriebsänderung i.S.v. § 111 BetrVG darstellt, ist weder der Veräußerer, noch der Käufer verpflichtet, „seinen“ Betriebsrat über den Erwerb insoweit zu unterrichten und einen Interessenausgleich und Sozialplan zu verhandeln.⁴ Gleichwohl besteht, abhängig von den Umständen des Einzelfalls, eine Unterrichtungspflicht gegenüber dem Wirtschaftsausschuss der Zielgesellschaft nach § 106 Abs. 2 S. 1 BetrVG,⁵ zudem findet sich in diesem Fall ausnahmsweise in § 109a BetrVG

ein Beteiligungsrecht des Betriebsrats, wenn kein Wirtschaftsausschuss gebildet ist.⁶

II. Kauf der Vermögensgegenstände (Asset Deal)

Werden demgegenüber beim Asset Deal die wesentlichen Vermögensgegenstände des Unternehmens herausgelöst und auf einen Käufer übertragen, so ist hiermit regelmäßig auch der Übergang der betroffenen Arbeitsverhältnisse gemäß § 613a BGB auf den Käufer verbunden. Die Frage ob und in welchem Umfang beim Verkäufer geltende arbeitsrechtliche Regelungen weiter Anwendung finden, richtet sich maßgeblich nach den Rechtsfolgen des Betriebsübergangs gemäß § 613a BGB, einschließlich der damit allseits bekannten Problemfelder, insbesondere im Spannungsverhältnis zum EuGH.⁷

Je nachdem, ob mit dem Asset Deal eine Betriebsänderung i.S.v. § 111 BetrVG auf Seiten des Verkäufers und/oder des Erwerbers verbunden ist, trifft die jeweilige Partei eine Unterrichtungspflicht gegenüber deren Betriebsrat und Interessenausgleichs- und Sozialplanverhandlungen sind erforderlich.⁸

C. Wesentliche arbeitsrechtliche Fragestellungen beim Unternehmenskauf

I. Due Diligence

Ist ein potentielles Zielunternehmen identifiziert und die beabsichtigte Transaktionsstruktur gewählt, erfolgt regelmäßig vor Abschluss des Unternehmenskaufvertrages (**Signing**) eine Due Diligence-Prüfung. Bei der Due Diligence prüft der potentielle Käufer die Kennzahlen der Zielgesellschaft, um mögliche Risiken rechtlicher aber bspw. auch steuerlicher und kommerzieller Natur zu erkennen und bei den Verhandlungen über den Kaufpreis zu berücksichtigen und/oder Gewährleistung

² Grundlegend zu Share Deal und Asset Deal: *Beck/Klar*, DB 2007, 2819.

³ Zur Fortführung von Konzernbetriebsvereinbarungen: BAG v. 25.2.2020 – 1 ABR 39/18; *Kern*, NZA 2009, 1313, 1317; zur Unterstützungskasse: *Klemm/Frank*, BB 2013, 2741.

⁴ *Hoefs*, in: Meyer-Sparenberg/Jäckle, Beck'sches M&A-Handbuch, 2. Aufl. 2022, § 39 Rn 16, 22.

⁵ *Hoefs*, in: Meyer-Sparenberg/Jäckle, Beck'sches M&A-Handbuch, 2. Aufl. 2022, § 39 Rn 4 ff.

⁶ Dabei ist umstritten, ob § 109a BetrVG in allen Fällen Anwendung findet, in denen ein Wirtschaftsausschuss nicht gebildet wurde, vgl. hierzu *Annuß*, in: Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, 16. Aufl. 2018, § 109a Rn 2.

⁷ Aktuelle Rechtsprechung zum Betriebsübergang skizziert regelmäßig *Fuhlrott*, ArbRAktuell 2021, 460.

⁸ *Bockenheimer*, in: Meyer-Sparenberg/Jäckle, Beck'sches M&A-Handbuch, 2. Aufl. 2022, § 40 Rn 17 ff.

gen oder Haftungsfreistellungen durch den Verkäufer zu erhalten.

Die Due Diligence aus arbeitsrechtlicher Sicht hängt entscheidend von Art, Größe und Komplexität der Zielgesellschaft ab. Je nachdem, ob es sich etwa um ein Start-Up mit nur wenigen Arbeitnehmern, welche allerdings für das Unternehmen unerlässlich sind, oder um einen internationalen Großkonzern mit einer Vielzahl an Arbeitnehmern und miteinander verflochtenen (kollektivrechtlichen) Regelungen handelt, sind unterschiedliche Fokuspunkte bei der Due Diligence zu setzen. Gleichwohl gibt es einige „Klassiker“, die der Arbeitsrechtler auf Käuferseite – üblicherweise mit Unterstützung durch „Checklisten“ – stets abfragen und überprüfen sollte und die im Folgenden holzschnittartig zusammengefasst werden.⁹

Hierzu gehört es zunächst, sich einen Überblick über die arbeitsrechtliche Ist-Situation des Zielunternehmens zu verschaffen, d.h. es wird die Anzahl der Arbeitnehmer und Betriebe, der Einsatz von Drittpersonal (freie Mitarbeiter und Leiharbeitnehmer), die Existenz von Betriebsräten und die Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband ermittelt.

Anschließend gilt es einen Blick in die individuellen Verträge mit der Geschäftsführung aber auch mit besonders wichtigen Arbeitnehmern zu werfen, insbesondere um Regelungen zu identifizieren, die einen Einfluss auf die avisierte Transaktion selbst haben können (z.B. Change-of-Control-Klauseln, die durch die Transaktion ausgelöst werden und zu erheblichen Zahlungsverpflichtungen oder zu Sonderkündigungsrechten für bestimmte Wissensträger oder andere Schlüsselpersonen führen) oder aber für den Mandanten von sonstiger kommerzieller Relevanz sein können (z.B. nachvertragliche Wettbewerbsverbote). Je nach Größe der Zielgesellschaft können auch individuelle Verträge mit anderen Arbeitnehmern gesichtet werden, allerdings reicht regelmäßig die Durchsicht von Musterarbeitsverträgen aus, wenn solche bei der Zielgesellschaft systematisch eingesetzt werden.

Existieren Tarifverträge und/oder Betriebsvereinbarungen, so müssen diese insbesondere dahingehend überprüft werden, ob sie Regelungen mit (wesentlichem) kommerziellem Einfluss enthalten (z.B. Sozialpläne mit offenen Zahlungsverpflichtungen) oder aber ggf. durch den Käufer bereits geplante Post-Akquisitions-Restrukturierungen ausschließen oder beschränken (z.B. Standortgarantien oder Kündigungsausschlüsse).

Zentrales Thema und ggf. echter „Deal Breaker“ kann die Existenz betrieblicher Altersvorsorgestrukturen und damit zusammenhängender Pensionsverbindlichkeiten bei der Zielgesellschaft sein.¹⁰ Je nach individueller

Gestaltung und Anzahl der Begünstigten kann es insbesondere bei den früher weit verbreiteten Direktzusagen zu erheblichen finanziellen Verbindlichkeiten der Zielgesellschaft kommen.¹¹ Um die finanzielle Bedeutung bestehender Altersversorgungsstrukturen einschätzen zu können, sollte sich der Käufer nicht darauf beschränken, lediglich aus der rechtlichen Perspektive die Plandokumente der jeweiligen betrieblichen Altersversorgung zu prüfen. Vielmehr sollte der befasste Berater aus diesem Grund auch die dazugehörigen versicherungsmathematischen Gutachten sichten. Zudem kann es erforderlich sein, konzerninterne Pensions- oder Unterstützungskassen oder ein konzerninternes sog. Contractual Trust Arrangement (CTA) durch neue Systeme zu ersetzen, die bei der Zielgesellschaft nach dem Ausscheiden aus dem Konzernverbund fortgeführt werden können.¹²

Weiterhin sollte der potentielle Käufer die Existenz von Arbeitnehmerbeteiligungsprogrammen (z.B. Aktienoptionsprogrammen) sowie individuelle Vereinbarungen mit Geschäftsführern oder Arbeitnehmern im Zusammenhang mit der avisierten Transaktion (z.B. Bonuszahlungsversprechen) überprüfen.

Abgerundet wird die Prüfung durch einen Blick auf den Einsatz von Leiharbeitnehmern und freien Mitarbeitern, die Ergebnisse aus vergangenen sozialversicherungsrechtlichen Betriebsprüfungen, sowie auf arbeitsrechtliche Rechtsstreitigkeiten, um potentielle offene Zahlungsverpflichtungen und die Gefahr gleichgelagerter Rechtsstreitigkeiten in der Zukunft evaluieren zu können.

II. Unternehmenskaufvertrag

Ist die Due Diligence erfolgreich abgeschlossen, gilt es, den Mandanten auf Käuferseite hinreichend gegen bestehende Risiken abzusichern. Hier ist nicht nur vertragsgestalterische Kreativität, sondern auch Verhandlungsgeschick gefragt, um die Interessen des Mandanten hinreichend im Kaufvertrag zu verwirklichen. Dabei hängt die konkrete Vertragsgestaltung essentiell von den Umständen des Einzelfalls ab und kann nur grob vereinfacht dargestellt werden.¹³

9 Zur Vertiefung hierzu (einschließlich aktueller Checkliste): *Hoefs*, in: Meyer-Sparenberg/Jäckle, Beck'sches M&A-Handbuch, 2. Aufl. 2022, § 42.

10 Zum Betriebsrentenrecht in der M&A Transaktion instruktiv: *Klemm/Frank*, BB 2013, 2741.

11 So entfielen im Jahr 1990 rund 59 % der gesamten Deckungsmittel der betrieblichen Altersvorsorge in Deutschland auf Direktzusagen, *Schwind*, Betriebliche Altersversorgung, Heft 7/1993.

12 Zur Vertiefung bzgl. CTAs bei Betriebsübergängen: *Kemper/Stark*, BB 2012, 2433.

13 Ein kommentiertes Muster finden sich z.B. bei *Kott*, RWS-Vertragskommentar Unternehmenskauf, 5. Aufl. 2017.

Aus arbeitsrechtlicher Sicht enthält der Unternehmenskaufvertrag in der Regel echte Garantien (**Warranties**) des Verkäufers gegenüber dem Käufer über die Richtigkeit bestimmter Angaben. So kann bspw. garantiert werden, dass bis auf die in einer Anlage aufgelisteten Kollektivverträge keine Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen o.Ä. bei der Zielgesellschaft existieren. Auch lässt sich über eine Garantie absichern, dass bei der Zielgesellschaft keine Standortsicherungsvereinbarungen, Beschäftigungsgarantien o.Ä. Anwendung finden. Üblicherweise würde man auch eine abschließende Liste der (Schlüssel-)Arbeitnehmer in die Garantien aufnehmen. Obwohl Garantien ein wichtiges Instrument des Käufers zur Absicherung gegen Risiken im Zusammenhang mit dem Unternehmenskauf darstellen, unterliegen sie dennoch sowohl tatsächlichen, als auch rechtlichen Grenzen.¹⁴

Weiterhin kann sich der Käufer von der Haftung für konkret bestehende oder potentielle Zahlungsverpflichtungen (z.B. wegen laufender Rechtsstreitigkeiten mit Arbeitnehmern) durch den Verkäufer – oftmals auch einschließlich der Konzernobergesellschaft durch Patronatserklärungen – freistellen lassen (**Indemnity**).

Wichtig ist es auch, für die Phase zwischen Signing und der tatsächlichen Übertragung der Gesellschaftsanteile oder Assets des Unternehmens (**Closing**) – im Rahmen des kartellrechtlich Zulässigen – bestimmte Verhaltensregeln für den Verkäufer aufzustellen (**Covenants**), dergestalt, dass dieser bspw. nicht noch kurzerhand einem Arbeitgeberverband beitrifft oder etwa eine Vielzahl an (Schlüssel-)Arbeitnehmern einstellt/entlässt.

Je nach Deal könnte man auch noch arbeitsrechtliche Vollzugsbedingungen (**Closing-Conditions**) in den Unternehmenskaufvertrag einfügen, etwa, wenn zuvor neue Verträge mit dem Management geschlossen werden sollen.

D. Arbeitsrechtliche Beratung bei der Wahl der Transaktionsstruktur

Wie eingangs angesprochen, spielen nicht selten Gründe außerhalb des Arbeitsrechts die wesentliche Rolle bei der Wahl zwischen Share- oder Asset Deal. Gleichwohl gibt es bei beiden Arten des Unternehmenskaufs arbeitsrechtliche Vor- und Nachteile, die berücksichtigt werden sollten.

Der offensichtliche Vorteil des Share Deals liegt in dem Kontinuitätsprinzip. Er ist aus arbeitsrechtlicher Sicht „einfach“, da die beim Verkäufer bestehende arbeitsrechtliche Situation im Wesentlichen unverändert bleibt.

Hierin kann allerdings auch ein Nachteil gegenüber dem Asset Deal liegen. Der Unternehmenserwerb im Wege des Share Deals ist grundsätzlich weniger „flexibel“ als der Erwerb über den Asset Deal. Mit dem Share Deal kann über den Erwerb der Gesellschaftsanteile nur die gesamte Gesellschaft und nicht nur ein Betrieb oder Betriebsteil erworben werden. Wollte man dennoch nur Teile eines Unternehmens oder eines Konzerns im Wege eines Share Deals verkaufen, müssten sie vor dem Verkaufsprozess bspw. im Wege eines Carve-Outs aus den bestehenden Unternehmen herausgelöst und auf eine neue Gesellschaft übertragen werden, die dann im Wege des Share Deals verkauft wird.¹⁵

Diese Flexibilität ist ein Vorteil des Asset Deals. Käufer und Verkäufer sind frei zu entscheiden, welchen Betrieb oder Betriebsteil sie im Zuge des Unternehmenskaufs übertragen wollen.

Ein weiterer Vorteil liegt in den Rechtswirkungen des § 613a BGB. Es gehen grundsätzlich nur die zum Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse über. Für die kommerziell oftmals bedeutsamen Pensionsverbindlichkeiten hat dies die entscheidende Wirkung, dass nur die Pensionsverbindlichkeiten der tatsächlich bestehenden Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber übergehen. Die Pensionsverbindlichkeiten für Pensionäre und mit unverfallbarer Anwartschaft ausgeschiedene Arbeitnehmer verbleiben bei dem Verkäufer. Beim Share Deal hingegen haftet der Käufer für sämtliche Pensionsverbindlichkeiten, die in der Zielgesellschaft bestehen, d.h. auch für Pensionäre und ausgeschiedene Arbeitnehmer mit unverfallbarer Anwartschaft. Insbesondere bei einer Zielgesellschaft mit erheblichen Pensionsverbindlichkeiten kann dies ein wesentlicher Faktor sein.

Wesentlicher Nachteil des Asset Deals ist die Gefahr, dass eine große Zahl von Arbeitnehmern (Massenwiderspruch) oder bestimmte besonders wichtige Arbeitnehmer dem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse gemäß § 613a Abs. 6 BGB widersprechen.¹⁶ Allerdings hängen auch hier die ökonomischen Auswirkungen von den Umständen des Einzelfalls ab. Der Verkäufer

14 Zum einen sind Garantien und ihre Reichweite im Einzelfall rein tatsächlich meist ein zentraler Punkt bei den Verhandlungen des Unternehmenskaufvertrags, sodass nicht jedes im Rahmen der Due Diligence entdeckte, potentielle Risiko im gewünschten Umfang abgesichert werden kann. Zum anderen unterliegen Garantien und andere Ansprüche aus dem Unternehmenskaufvertrag regelmäßig kurzen vertraglichen Abschlussfristen.

15 Instruktiv zum Carve-out: *Bungert/Rogier*, DB 2017, 2977.

16 Zum Massenwiderspruch: *Bockenheimer*, in: Meyer-Sparenberg/Jäckle, Beck'sches M&A-Handbuch, 2. Aufl. 2022, § 40 Rn 206 m.w.N.

wird regelmäßig kein Interesse daran haben, (große) Teile der übertragenen Belegschaft wieder bei sich eingliedern zu müssen, während der Käufer bestimmte Schlüsselarbeitnehmer nicht verlieren möchte.

E. Künftige Entwicklungen und aktuelle Fragestellungen

Da im Rahmen der Due Diligence potentielle Risiken des (rechtlichen) status quo der Zielgesellschaft identifiziert werden sollen, muss der befasste Rechtsberater die aktuellen arbeitsrechtlichen Entwicklungen, von der Unwirksamkeit einzelner Vertragsklauseln bis hin zu der Entwicklung im Mindestlohnrecht, in ihrer Breite im Blick haben.

Unter anderem relevant ist der Umgang mit Arbeitnehmerdaten im Hinblick auf die Restriktionen der EU-Datenschutzgrundverordnung und des Bundesdatenschutzgesetzes.¹⁷ Die im Due Diligence-Prozess zur Verfügung zu stellenden Dokumente (wie Individualverträge oder Personallisten) enthalten jedenfalls in ihrer Ursprungsfassung oftmals personenbezogene Daten. Aus diesem Grund müssen Verkäufer sicherstellen, dass den Interessenten nur Einblick in eine hinreichend anonymisierte Fassung gewährt wird.

Weiterhin ist im Hinblick auf die wirtschaftlichen Implikationen eines Betriebsüberganges die Rechtsprechung zu § 613a BGB, insbesondere zu den Anforderungen an ein wirksames Unterrichtungsschreiben nach § 613a Abs. 5 BGB, stets von wesentlicher Bedeutung. Bemerkenswert ist, dass nach stetig gestiegenen inhaltlichen Anforderungen an die Richtigkeit und Vollständigkeit eines Unterrichtungsschreibens durch die Rechtsprechung das BAG zuletzt zumindest die Frage aufgeworfen (jedoch in der konkreten Entscheidung noch offengelassen) hat, ob an dieser Rechtsprechung festzuhalten oder eine differenziertere Betrachtung erforderlich ist.¹⁸

F. Vertiefungshinweise

- *Hoefs/Bockenheimer*, in: Meyer-Sparenberg/Jäckle, Beck'sches M&A-Handbuch, 2. Aufl. 2022, Kap. 8
- *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen Arbeitsrechtliches Handbuch, 6. Aufl. 2021
- *Beisel*, in: Beisel/Klumpp, Der Unternehmenskauf, 7. Aufl. 2016, 10. Kap. Arbeitsrecht
- *Uhl*, in: Hettler/Stratz/Hörtnagl, Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2013, § 9 Arbeitsrecht
- von *Steinau-Steinrück/Thees*, in: Hölters, Handbuch Unternehmenskauf, 9. Aufl. 2019, Kap. 6 Arbeitsrecht

Dr. Christian Hoefs

ist Rechtsanwalt und Partner der Kanzlei Hengeler Mueller Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB. Neben der arbeitsrechtlichen Begleitung von M&A-Transaktionen und Umstrukturierungen berät er Arbeitgeber vor allem bei der Verhandlung mit Gewerkschaften und Betriebsräten sowie bei der Klärung komplexer kollektiv- und individualarbeitsrechtlicher Angelegenheiten. Er ist Autor des arbeitsrechtlichen Abschnitts im Beck'sches M&A-Handbuch und Mitherausgeber des bei Luchterhand erschienenen Formularbuchs des Fachanwalts Arbeitsrecht. www.hengeler.com



Dr. Andreas Kaletsch

ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Hengeler Mueller Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB. Er berät Mandanten in allen kollektiv- und individualarbeitsrechtlichen Fragen, bei der Strukturierung, Planung und Umsetzung arbeitsrechtlicher Projekte ebenso wie in der laufenden arbeitsrechtlichen Beratung und in arbeitsgerichtlichen Streitigkeiten. www.hengeler.com



¹⁷ *Hoefs*, in: Meyer-Sparenberg/Jäckle, Beck'sches M&A-Handbuch, 2. Aufl. 2022, § 42 Rn 4-6.

¹⁸ BAG v. 22.7.2021 – 2 AZR 6/21.

Inhaltsverzeichnis der Entscheidungen



FA ArbR Dr. Heiko Kaiser, LL.M.
hat in dieser AE-Ausgabe die Rechtsprechung redaktionell bearbeitet.

	Seite		Seite
Allgemeines Vertragsrecht		leistung bei einem Drittel Fehlzeit bezogen auf die Jahresarbeitszeit nicht erfüllt	209
53. Großeltern als nahe Angehörige im Sinne des § 616 Abs. 1 BGB	200	Betriebsverfassungsrecht / Personalvertretungsrecht	
54. Wirksamkeit einer Pauschalvergütungsabrede für 10 Überstunden pro Monat	200	62. Wirksamkeit eines Wahlanfechtungsantrages einer Personalratswahl	211
55. Auskunftsbeghen nach Art. 15 DSGVO – Rechtsmissbrauch	201	64. Anfechtung Betriebsratswahl – räumlich weit entfernte Kleinbetriebe	212
56. Entgeltanspruch im Falle einer „Quarantäneanordnung“ durch den Arbeitgeber	202	65. Kein Recht des Betriebsrates auf Unterlassung des Ausspruchs einer Abmahnung für ein bestimmtes Verhalten, die an ein einzelnes Betriebsratsmitglied gerichtet ist	213
57. Kein Anspruch auf Entfernung einer Abmahnung im beendeten Arbeitsverhältnis – auch nicht nach DSGVO	204	Prozessuales	
Bestandsschutz		66. Zur Wirksamkeit eines Einigungsstellenanspruchs bei Nutzung des Konferenzsystems Cisco Webex	215
58. Gleichartige Tätigkeiten in verschiedenen Forschungsprojekten – keine Entkräftung des indizierten Rechtsmissbrauchs im befristeten Arbeitsverhältnis	205	67. Keine Bewilligung von PKH bei mangelnden Erfolgsaussichten eines Wiedereinstellungsantrages	216
59. Tarifvertragliche ordentliche Unkündbarkeit – betriebsbedingte außerordentliche Kündigung – keine Ausnahme von Mitarbeitern mit Sonderkündigungsschutz bei der Sozialauswahl	207	68. PKH – keine Antragsablehnung bei verspäteter Vorlage der Unterlagen, wenn das Gericht seinerseits die Entscheidung verzögert hat	217
60. Konkludenter Kündigungsverzicht in Abmahnung gilt auch für die ordentliche Kündigung, selbst wenn in der Abmahnung nur vor außerordentlicher Kündigung gewarnt wird	209	Streitwert und Gebühren	
61. Fristlose krankheitsbedingte Kündigung – Erfordernis eines gravierenden Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegen-		69. Keine Erstattung einer Gebühr nach Nr. 3200 1V RVG	218
		70. Vergleichsmehrwert – Einigung auf Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Auskunftsklage	221

Allgemeines Vertragsrecht

53. Großeltern als nahe Angehörige im Sinne des § 616 Abs. 1 BGB

Sachverhalt:

Der Kläger machte gegenüber seinem Arbeitgeber ein Vergütungsanspruch nach § 616 S. 1 BGB geltend, weil er seine Großmutter pflegte, die sturzbedingt auf diese Hilfe angewiesen war. Die Großmutter konnte nicht gehen und war auf die Hilfe des Klägers vollständig angewiesen. Die Beklagte verweigerte die Zahlung mit dem Argument, bei der Großmutter handele es sich nicht um eine nahe Angehörige im Sinne des § 616 S. 1 BGB.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die zulässige Klage ist begründet. Der Kläger hat einen Anspruch auf die begehrte Vergütung aus § 616 BGB. Es lag ein persönliches Leistungshindernis im Sinne von § 616 S. 1 BGB vor, weil mit der Großmutter eine Familienangehörige auf die Hilfe und Pflege durch den Kläger angewiesen war und ein besonderes Näheverhältnis zwischen beiden besteht. Die Großmutter des Klägers ist eine nahe Angehörige im Sinne von § 616 S. 1 BGB, da ein besonderes Näheverhältnis zwischen ihnen besteht. Als nahe Angehörige im Sinne des § 616 S. 1 BGB sind Kinder, Eltern, Ehegatten und Geschwister anerkannt. Während Einigkeit besteht, dass auf weitere Angehörigen der Begriff des § 7 Abs. 3 PflegeZG nicht übertragen werden kann, können doch im Einzelfall auch weitere Verwandte als naher Angehöriger einzuordnen sein, jedenfalls wenn sie in den Haushalt des Arbeitnehmers integriert sind. Entscheidend ist dann, dass die Nähebeziehung so groß ist, dass dem Arbeitnehmer die Erbringung der Arbeitsleistung unzumutbar wird; dabei kann auf den Grad der verwandtschaftlichen Beziehung, die Schwere der Erkrankung und die aus ihr folgende Pflegebedürftigkeit abgestellt werden. (...) Für die Anwendbarkeit des § 161 S. 1 BGB auf die Pflege von Großeltern spricht dabei, dass es sich ebenso wie bei Geschwistern (deren Einbeziehung von der ganz herrschenden Meinung in der Literatur bejaht wird) um Verwandte zweiten Grades handelt. Der Kläger lebt im gleichen Haus wie seine Großmutter, ist im selben Haushalt aufgewachsen und ist beispielsweise beim medizinischen Dienst der Krankenkasse als ihr Betreuer eingetragen. (...)

• Arbeitsgericht Aachen
vom 17.6.2021 – 7 Ca 2748

eingereicht von RA und FA für ArbR

und InsoR Dr. Thomas Banse

Goethestraße 18, 52349 Düren

Tel.: 02421/40768-0, Fax: 02421/40768-25

E-Mail: info@kanzlei-banse.de, www.kanzlei-banse.de

54. Wirksamkeit einer Pauschalvergütungsabrede für 10 Überstunden pro Monat

Sachverhalt:

Die Parteien streiten um Überstundenvergütung. Der Kläger war ab dem 15.3.2017 bis zum 31.1.2019 bei der Beklagten gemäß schriftlichem Arbeitsvertrag im Bereich der Lohn- und Finanzbuchhaltung, in der gesamten Büroorganisation eingesetzt. Neben der vertraglich vereinbarten Bruttomonatsvergütung heißt es in § 4 Abs. 3 des Arbeitsvertrages: „Mit der Bezahlung der vorgenannten Bezüge ist etwaige über die betriebliche Arbeitszeit hinausgehende Mehrarbeit im Umfang von bis zu 10 Stunden pro Monat abgegolten.“ Der Kläger hat erstinstanzlich die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung einer Überstundenvergütung für 92 Stunden à 10,23 EUR brutto, insgesamt die Summe von 940,91 EUR brutto begehrt. (...) Der Kläger hat dargetan, die Überstunden resultierten daraus, dass es von Seiten der Geschäftsführung der Beklagten die Forderung gegeben habe, das Büro stets von 7.00 Uhr bis 17.00 Uhr zu besetzen. Da dort lediglich zwei Personen tätig waren, hätten sich diese die Dienste so aufgeteilt, dass eine Person von 7.00 bis 16.00 Uhr und die andere Person von 8.00 bis 17.00 Uhr gearbeitet habe. Hieraus resultierten Überstunden ebenso wie aus gelegentlicher Tätigkeit an Samstagen, an denen die Abrechnung gegenüber der ARGE erstellt worden sei. (...) Die Beklagte hat die Ableistung von Überstunden bestritten sowie deren Erforderlichkeit und sich auf die Regelung des § 4 Abs. 3 des Arbeitsvertrages berufen. Das Arbeitsgericht hat der Klage in Höhe von 20,46 EUR stattgegeben, diese im Übrigen abgewiesen mit der Begründung, die in § 4 des Arbeitsvertrages enthaltene Klausel zur Abgeltung von Überstunden stehe einem Zahlungsanspruch des Klägers entgegen. Da nach dieser 10 Stunden Mehrarbeit im Monat mit der vereinbarten Bruttomonatsvergütung abgegolten sind, erwachse dem Kläger lediglich für zwei von im Juli 2018 geleisteten Mehrarbeitsstunden ein Zahlungsanspruch. Dieser belaufe sich auf 20,46 EUR brutto. Im Übrigen könne sich die Beklagte auf § 4 Ziff. 3 des Arbeitsvertrages berufen. Diese Regelung sei wirksam, halte einer AGB-Kontrolle stand und könne Wirksamkeit nicht erst ab einer bestimmten Höhe der Jahresvergütung beanspruchen. (...)

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Das Arbeitsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Selbst wenn man zugunsten des Klägers unterstellt, dass er tatsächlich Überstunden geleistet hat, sind diese, so-

weit monatlich nicht mehr als 10 Überstunden angefallen sind, durch die unter § 4 Ziff. 3 des Arbeitsvertrages getroffene Pauschalvergütungsabrede abgedeckt. Diese Regelung ist wirksam. Sie stellt weder eine überraschende Klausel (§ 305c BGB) dar, noch benachteiligt sie den Kläger unangemessen (§ 307 Abs. 1 BGB), noch ist sie aus irgendeinem anderen Grund unwirksam. Es kann dahinstehen, ob der Kläger tatsächlich und regelmäßig über die arbeitsvertraglich vorgesehene regelmäßige Arbeitszeit von 40 Stunden pro Woche hinausgehende Arbeitsleistungen erbracht hat und diese auf Anordnung der Beklagten geleistet wurden bzw. unter deren Duldung bzw. erforderlich waren, um die übertragenen Aufgaben erledigen zu können. Soweit der Kläger in den Monaten des Jahres 2018 Überstunden geleistet hat, gehen diese nach den klägerischen Angaben monatlich, außer wie die erste Instanz bereits festgestellt hat, für den Monat Juli 2018, nicht über 10 Stunden hinaus. Gemäß § 4 Ziff. 3 des Arbeitsvertrages ist die Leistung von 10 Überstunden pro Monat jedoch mit der vereinbarten Vergütung abgegolten.

Die Klausel ist nicht überraschend im Sinne von § 305c Abs. 1 BGB und damit Vertragsbestandteil geworden. Nach § 305c Abs. 1 BGB werden Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, nicht Vertragsbestandteil. Dies setzt objektiv eine „ungewöhnliche“ Klausel voraus, mit deren Verwendung der Arbeitnehmer subjektiv nicht zu rechnen brauchte (BAG, Urt. v. 16.5.2012 – 5 AZR 331/11, Rn 16, juris). Eine Klausel, nach der über die betriebliche Arbeitszeit hinausgehende Mehrarbeit im Umfang von bis zu 10 Stunden pro Monat mit der vereinbarten Bruttovergütung abgegolten sein soll, ist nicht ungewöhnlich. Arbeitgeber versuchen, Überstunden pauschal abzugelten. Es gibt eine Vielzahl von Regelungen in Arbeitsverträgen, mit denen das Ziel verfolgt wird, eine derartige pauschale Abgeltung zu erreichen (BAG, Urt. v. 16.5.2012 – 5 AZR 331/11, Rn 18, juris). Die Regelung findet sich unter der Überschrift „Vergütung“ und damit nicht an einer ungewöhnlichen Stelle eines Arbeitsvertrages, an welcher nicht mit einer derartigen Regelung gerechnet werden muss. Der Kläger hat auch keine Umstände vorgetragen, aus denen sich ergeben könnte, dass er mit einer derartigen Klausel nach den gegebenen Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte. Sie ist damit in keinerlei Hinsicht überraschend.

Die Pauschalvergütungsabrede ist nicht mangels hinreichender Transparenz unwirksam (§ 307 Abs. 3 S. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 2 BGB). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. BAG, Urt. v. 16.5.2012 – 5 AZR 331/11 – Rn 21 m.w.N., juris) ist

eine die pauschale Vergütung von Überstunden regelnde Klausel nur dann klar und verständlich, wenn sich aus dem Arbeitsvertrag selbst ergibt, welche Arbeitsleistungen in welchem zeitlichen Umfang von ihr erfasst werden sollen. Der Arbeitnehmer muss bereits bei Vertragsabschluss erkennen können, was ggf. „auf ihn zukommt“ und welche Leistungen er für die vereinbarte Vergütung maximal erbringen muss. Nach diesen Grundsätzen ist die Klausel mit „der Bezahlung der vorgenannten Bezüge ist etwaige über die betriebliche Arbeitszeit hinausgehende Mehrarbeit im Umfang von bis zu 10 Stunden pro Monat abgegolten“, klar und verständlich. Aus der Formulierung „abgegolten“ ergibt sich eindeutig, dass keine weitere Abgeltung bzw. Bezahlung erfolgt. Für den Kläger war auch erkennbar, dass bis zu 10 Stunden pro Monat auf ihn „zukommen“ konnten. Es war für ihn klar, dass er für die vereinbarte Vergütung in Höhe von 1.800,00 EUR brutto ggf. monatlich bis zu 10 Überstunden ohne zusätzliche Vergütung leisten musste. Die Klausel ist damit nicht unklar oder unverständlich. (...)

Einer weitergehenden Inhaltskontrolle unterliegt die streitgegenständliche Klausel gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB nicht. Nach dieser Vorschrift unterfallen Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen der uneingeschränkten Inhaltskontrolle nur dann, wenn durch sie von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Dazu gehören Klauseln, die (nur) den Umfang der von den Parteien geschuldeten Vertragsleistung festlegen, nicht. Im Arbeitsverhältnis sind das vor allem die Arbeitsleistung und das Arbeitsentgelt. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, über die §§ 305 ff. BGB den „gerechten Preis“ zu ermitteln (BAG, Urt. v. 16.5.2012 – 5 AZR 331/11, Rn 25, juris). Die streitbefangene Klausel ist Hauptleistungsabrede, die nur die Gegenleistung des Arbeitgebers für die vom Arbeitnehmer erbrachte Arbeitsleistung betrifft. Sie legt damit den Umfang der vom Arbeitgeber geschuldeten vertraglichen Leistung fest, bildet eine Entgeltabrede, welche der weitergehenden Inhaltskontrolle nicht unterliegt.

- LAG Mecklenburg-Vorpommern vom 14.9.2021 – 2 Sa 26/21

55. Auskunftsbegehren nach Art. 15 DSGVO – Rechtsmissbrauch

Sachverhalt:

Der Kläger wendet sich gegen vermeintliche und tatsächliche Prämienhöhungen seiner bei der beklagten Versicherung seit dem 1.1.2013 unterhaltenen privaten Kranken- und Pflegeversicherung. (...) Der Kläger und Frau T sind bzw. waren in dem Tarif „Esprit“ versichert. Die Beklagte erhöhte in diesem Tarif die Prämien von 2018 bis 2020. Der Kläger kam seiner Beitragszahlungspflicht während der Versicherungszeit wiederholt

nicht nach, sodass der Tarif mehrfach in den Notlagentarif umgestellt wurde. Der Tarif des Klägers wurde etwa am 1.7.2018 in den Notlagentarif umgestellt. Er wurde dann zum 1.9.2018 wieder rückumgestellt. (...) Eine erneute Umstellung in den Notlagentarif erfolgte vom 1.12.2019 bis zum 28.2.2020. (...) Zudem forderte der Kläger die Beklagte auf, ihm Auskunft über alle Beitragsanpassungen zu erteilen, die die Beklagte in dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag in den Jahren 2014, 2015, 2016 vorgenommen hat und hierzu geeignete Unterlagen zur Verfügung zu stellen, um etwaige weitere Ansprüche beziffern zu können. Diese Unterlagen liegen dem Kläger nicht mehr vor. (...) Der Kläger beantragte u.a., die Beklagte zu verurteilen, ihm Auskunft über alle Beitragsanpassungen zu erteilen, die die Beklagte in dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag in den Jahren 2014, 2015, 2016 (...) vorgenommen hat und hierzu geeignete Unterlagen zur Verfügung zu stellen, in denen mindestens die folgenden Angaben enthalten sind: die Höhe der Beitragserhöhungen für die Jahre 2014, 2015, 2016, unter Benennung der jeweiligen Tarife im Versicherungsverhältnis der Klägerseite, die der Klägerseite zu diesem Zwecke übermittelten Informationen in Form von Anschreiben und Nachträgen zum Versicherungsschein der Jahre 2014, 2015, 2016, sowie die der Klägerseite zum Zwecke der Beitragserhöhung übermittelten Begründungen sowie Beiblätter der Jahre 2014, 2015, 2016 (...).

Aus den Entscheidungsgründen:

(...) Die Klage hat keinen Erfolg. (...) Der Auskunftsanspruch des Klägers lässt sich bei der vorliegenden Sachlage auch nicht erfolgreich auf § 15 DSGVO stützen. Ihm steht der sich aus § 242 BGB ergebende Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegen. Es handelt sich dabei um einen das gesamte Rechtsleben durchziehenden Grundsatz, der als nationale Ausformung auch im Rahmen des § 15 DSGVO Geltung beansprucht. Danach ist die Ausübung eines Rechts u.a. nicht erlaubt, wenn der Anspruchsinhaber eine formale Rechtsstellung ausnutzt oder etwas geltend macht, an dem er kein schützenswertes Eigeninteresse hat (vgl. *Grüneberg*, Palandt, BGB, 2021, § 242 Rn 49 f.). Diese beiden Aspekte liegen hier kumulativ vor und verdichten sich zu einem treuwidrigen Verhalten. Nach dem Willen des Klägers soll das begehrte Auskunftsbündel ausschließlich der Verfolgung von Leistungsansprüchen dienen. Dabei handelt es sich um einen vollkommen verordnungsfremden Zweck. Nach dem Erwägungsgrund 63 DSGVO, dient das Auskunftsrecht aus Art. 15 DSGVO dem Betroffenen vielmehr dazu, sich der Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten bewusst zu sein und deren Rechtmäßigkeit überprüfen zu können. So soll Art. 15 DSGVO eine Rechtmäßigkeitskontrolle der Datenverarbeitungsvorgänge ermög-

lichen. Der Betroffene soll den Umfang und Inhalt der gespeicherten Daten beurteilen können. Die Auskünfte dienen auch dazu, der betroffenen Person die Wahrnehmung der weiteren Rechte nach der Datenschutzgrundverordnung zu ermöglichen, vor allem das Recht auf Berichtigung nach Art. 16 DSGVO, auf Löschung nach Art. 17 DSGVO und auf Einschränkung der Verarbeitung nach Art. 18 DSGVO (vgl. OLG Köln, Beschl. v. 3.9.2019 – 20 W 10/18). Der Kläger hat keines der vorgenannten Interessen, dies nicht einmal als Reflex. Das Auskunftsbegehren soll sich nach seinem klar geäußerten Willen allein darin erschöpfen, etwaige geldwerte Ansprüche gegen die Beklagte zu prüfen. Damit trifft das Begehren des Klägers nicht einmal den Titel der Verordnung, nämlich den Datenschutz. Ein Begehren, das sich derart weit von dem Regelungsinhalt einer Rechtsgrundlage entfernt hat, ist nicht schützenswert. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass der Ordnungsgeber nicht etwa ein situationsunabhängiges Auskunftsrecht von Verbrauchern gegenüber Unternehmen schaffen wollte, welches im allgemeinen Rechtsverkehr nicht besteht. Vielmehr hat er die zu erteilenden Auskünfte explizit an den Zweck des Datenschutzes gebunden (vgl. Erwägungsgrund 63 DSGVO). (...).

• Landgericht Wuppertal
vom 29.7.2021 – 4 O 409/20

**eingereicht Prof. Dr. Thomas Hoeren
Institut für Informations-, Telekommunikations-,
und Medienrecht (ITM) der Universität Münster
Leonardo-Campus 9, 48149 Münster
Tel.: 0251/8338600
E-Mail: hoeren@uni-muenster.de, www.itm.nrw**

AG Entscheidung des Quartals (FAO-Campus)

56. Entgeltanspruch im Falle einer „Quarantäneanordnung“ durch den Arbeitgeber

Sachverhalt:

Der Kläger befand sich im Zeitraum zwischen dem 11.3.2020 und dem 15.3.2020 in einer Ferienwohnung mit Selbstverpflegung in Tirol in Österreich. Am 15.3.2020 erhielten der Kläger und dessen Ehefrau, die den Kläger im Urlaub begleitet hatte und ebenfalls bei der Beklagten als Arbeitnehmerin beschäftigt ist, die Aufforderung, sich zu melden, falls sie sich in Österreich aufgehalten hätten, der der Kläger und seine Ehefrau nachkamen. Unter dem 16.3.2020 teilte die Beklagte dem Kläger und seiner Ehefrau mit, sie sollten zwei Wochen zu Hause bleiben und in Quarantäne gehen, da Tirol in Österreich am 13.3.2020 als Risikogebiet vom RKI aufgelistet worden sei. Dieser Aufforde-

rung der Beklagten kamen der Kläger und seine Ehefrau nach. Die Beklagte verrechnete in der Folgezeit 62 Stunden und 45 Minuten Arbeitszeit mit entsprechenden Positivsalden des Arbeitszeitkontos des Klägers. Hierbei handelte es sich um die Arbeitszeit, die durch die von der Beklagten ausgesprochene Anordnung ausfiel. (...) Mit seiner am 2.6.2020 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage gegenüber der Beklagten machte der Kläger die Gutschrift der abgezogenen 62 Stunden und 45 Minuten auf seinem Arbeitszeitkonto geltend. (...)

Aus den Entscheidungsgründen:

Der in der letzten mündlichen Verhandlung gestellte Antrag des Klägers, der auf Gutschrift von 62 Stunden und 45 Minuten auf sein Arbeitszeitkonto geht, ist als Leistungsantrag zulässig. (...) Der zulässige Antrag ist auch begründet. Der Kläger hat gegenüber der Beklagten einen Anspruch auf Gutschrift der dem Positivsaldo des Arbeitszeitkontos abgezogenen 62 Stunden und 45 Minuten für die von der Beklagten angeordnete Quarantäne im Zeitraum zwischen dem 16.3.2020 und dem 30.3.2020 in der zwischen den Parteien unstreitigen Höhe von 62 Stunden und 45 Minuten aus dem zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsvertrag i.V.m. den Grundsätzen der Betriebsrisikolehre i.V.m. § 615 S. 1 u. 3 BGB.

Nach § 615 S. 3 BGB kann der Arbeitnehmer die vereinbarte Vergütung nämlich auch dann verlangen, wenn die Arbeit ausfällt und der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber seinen Betrieb beispielsweise aus Gründen, die in seinem betrieblichen oder wirtschaftlichen Verantwortungsbereich liegen, einschränkt oder stilllegt (vgl. BAG, Urt. v. 9.7.2008 – 5 AZR 810/07, NZA 2008, 1407). Dies bedeutet, dass im Fall einer Quarantäneanordnung der Arbeitgeber nach den Grundsätzen der gesetzlichen Risikoverteilung nur dann nach §§ 275, 326 Abs. 1 BGB von der Verpflichtung zur Zahlung der Vergütung frei wird, wenn die zuständige Gesundheitsbehörde beispielsweise eine Betriebsschließung oder eine Quarantäne einzelner Arbeitnehmer anordnet. Ob und in welchen Fällen dann dem Arbeitnehmer § 616 S. 1 BGB oder § 56 Abs. 5 Infektionsschutzgesetz (IfSG) weiterhelfen und er gleichwohl, abweichend von der grundsätzlichen gesetzlichen Risikoverteilung, den Anspruch auf Vergütungszahlung gegenüber dem Arbeitgeber behält, der dann quasi als Auszahlungsstelle für die anordnende Behörde agiert und sich die von ihm verauslagten Beträge von der zuständigen Behörde erstatten lassen kann, bedarf im vorliegenden Fall nicht der Erörterung. Eine behördliche Anordnung der Quarantäne gegenüber dem Kläger durch das zuständige Gesundheitsamt war im vorliegenden Fall nicht gegeben. Es bedarf im Gegensatz zur

Rechtsauffassung der Beklagten auch nicht der Erörterung, ob die Weisung gegenüber dem Kläger und seiner Ehefrau, sich zwei Wochen nach ihrer Rückkehr aus Tirol in häusliche Quarantäne zu begeben und den Betrieb nicht aufzusuchen, ermessensfehlerfrei war. Hierfür spricht nach der Gesamtlage zum damaligen Zeitpunkt auch nach Auffassung der erkennenden Kammer einiges. Die von der Beklagten vorgelegten Mitteilungen und Einstufungen bestimmter Gebiete als Risikogebiet durch das RKI, auf die die Beklagte hinweist, sprechen dafür, dass eine entsprechende Anordnung zumindest nicht erkennbar ermessensfehlerhaft ist.

Damit ist hingegen nicht gesagt, dass der Kläger bei einer solchen Anordnung durch den Arbeitgeber das Vergütungsrisiko trägt und die Beklagte damit berechtigt war, die entsprechenden in Quarantäne verbrachten Stunden, an denen der Kläger nicht arbeiten konnte, als Abzugsposten vom Positivsaldo des Arbeitszeitkontos des Klägers abzuziehen. Beschließt nämlich ein Arbeitgeber aus eigenem Antrieb, seinen Betrieb zu schließen oder einen oder mehrere Arbeitnehmer zum Schutz der sonstigen Belegschaft in „Quarantäne“ zu schicken, trägt er nach den Grundsätzen der Betriebsrisikolehre das Vergütungsrisiko. Dies gilt nach den dem Rechtsgedanken des § 615 S. 3 BGB entnommenen Grundsätzen selbst dann, wenn die Störung – wie im Fall des Coronavirus SARS-CoV-2 – nicht aus einer vom Arbeitgeber beeinflussbaren Gefahrensphäre stammt (vgl. BAG, Urt. v. 9.8.2008 – 5 AZR 810/07).

Eine andere Risikoverteilung ist nur dann denkbar, wenn der Arbeitgeber mit der Anordnung der Quarantäne oder Betriebsschließung nichts zu tun hat und diese durch die zuständige Gesundheitsbehörde vorgenommen wird (für diese Fälle zum Entschädigungsanspruch des Arbeitgebers: Eufinger, in DB 2020, 1121 – 1224).

Anderes kann nur dann gelten, wenn der Arbeitnehmer, worauf die Beklagte wohl abstellen will, quasi sehenden Auges entgegen einer Einstufung des RKI ein Risikogebiet aufsucht, um dort Urlaub zu machen. Nach der Gefahrensphärentheorie wäre in solchen Fällen zumindest ein Überwiegen der Verantwortlichkeit des Arbeitnehmers anzunehmen, das möglicherweise dazu führt, dass er das Vergütungsrisiko für den Arbeitsausfall zu tragen hätte. Eine solche Konstellation lag hingegen im vorliegenden Fall nicht vor, da am 11.3.2020, dem Reisebeginn nach Tirol, zwar Diskussionen über Aufenthalte und Reisen außerhalb der Bundesrepublik Deutschland schon geführt worden sind, das RKI hingegen gerade Tirol zu diesem Zeitpunkt noch nicht als Risikogebiet eingestuft hatte. Darüber hinaus wäre in diesen Fällen auch die Form des

Aufenthalts, worauf der Kläger zurecht hinweist, zu berücksichtigen. Eine Ferienwohnung mit Selbstversorgung bietet in solchen Fällen deutlich weniger Infektionsrisiko, als beispielsweise der Aufenthalt in einem stark frequentierten Hotel oder einem Gasthof. (...)

• Arbeitsgericht Dortmund
vom 24.11.2020 – 5 Ca. 2057/20

eingereicht von
Wittig Ünalp Rechtsanwälte PartGmbH
Domshof 18-20, 28195 Bremen
Tel.: 0421/3362310, Fax: 0421/33623150
E-Mail: info@ra-wittig.de; www.ra-wittig.de

57. Kein Anspruch auf Entfernung einer Abmahnung im beendeten Arbeitsverhältnis – auch nicht nach DSGVO

Sachverhalt:

Die Parteien streiten u.a. um die Entfernung zweier Abmahnungen aus der Personalakte im beendeten Arbeitsverhältnis. Das Arbeitsgericht Hannover hat mit Urf. v. 2.10.2020 die u.a. hierauf gerichtete Klage abgewiesen und hierzu zur Begründung ausgeführt, nach der Rechtsprechung bestehe ein solcher Anspruch nur, wenn es objektive Anhaltspunkte dafür gebe, dass die Abmahnung dem Arbeitnehmer noch schaden könne. Hierfür habe die Klägerin keine Tatsachen vorgebracht. Der Antrag ergebe sich auch nicht aus Art. 17 Abs. 1 DSGVO. (...) Die hiergegen eingelegte Berufung blieb ohne Erfolg.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Berufung der Klägerin ist zulässig, aber unbegründet. Es wird in der Rechtsprechung vertreten, dass der allgemeine zivilrechtliche Anspruch auf Entfernung einer Abmahnung und der datenschutzrechtliche Lösungsanspruch zwei separate Streitgegenstände darstellen (BAG, v. 17.11.16 – 2 AZR 730/15, NZA 17, 394; LAG Baden-Württemberg v. 30.10.20 – 12 Sa 33/20, FA 21, 52). Dafür spricht, dass der zivilrechtliche Entfernungsanspruch an die inhaltliche Unrichtigkeit der Abmahnung anknüpft, während dies beim datenschutzrechtlichen Lösungsanspruch kein relevantes Kriterium ist. Vielmehr können auch inhaltlich zutreffende Daten zu löschen sein. Vorliegend kann diese Frage aber offenbleiben. Das Arbeitsgericht hat zutreffend darauf abgestellt, dass entsprechend der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die Klägerin nicht ausreichend begründet hat, dass ein Verbleiben der Abmahnungen in der Personalakte nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu einer anhaltenden Rechtsbeeinträchtigung führen würde.

Dazu ergeben sich auch aus der Berufungsbegründung keine neuen Anhaltspunkte. Die Kammer teilt im Ergebnis die Rechtsauffassung des Arbeitsgerichts,

wonach auch unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten ein Lösungsanspruch nicht besteht. Hinsichtlich der DSGVO (Verordnung (EU) 2016/679) hat das Arbeitsgericht auf Art. 17 der Verordnung abgestellt, der einen ausdrücklichen Lösungsanspruch regelt. Einschlägig wäre insoweit Abs. 1 Buchst. a) „wenn die personenbezogenen Daten für die Zwecke, für die sie erhoben oder auf sonstige Weise verarbeitet wurden, nicht mehr notwendig sind.“ Ein solcher Anspruch könnte aber nicht abgelehnt werden mit der vom Arbeitsgericht gegebenen Begründung, wonach im Hinblick auf den noch anhängigen Kündigungsrechtstreit noch nicht feststellbar sei, dass die Daten nicht mehr benötigt werden. Da alle hier streitigen Rechtsfragen in einem gemeinsamen Rechtstreit anhängig gemacht werden, wird die Entscheidung über die Wirksamkeit der Kündigung und der Entfernung der Abmahnungen zeitlich koordiniert erfolgen. Im Übrigen steht zum Zeitpunkt der Berufungsentscheidung bereits seit über einem Jahr fest, dass das Arbeitsverhältnis spätestens mit Ablauf des 31.3.2020 beendet ist. Art. 88 DSGVO stellt eine lex specialis hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Beschäftigten-daten im Beschäftigungskontext dar. Der Artikel stellt jedoch nur eine Öffnungsklausel für besondere Regelungen der Mitgliedstaaten vor, er enthält selbst keine unmittelbar anwendbaren Rechtssätze. Der Art. 88 DSGVO ausgestaltende § 26 BDSG regelt die Zulässigkeit der Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses. Spezifische Lösungsansprüche für das Beschäftigungsverhältnis enthält die Vorschrift ihrerseits nicht. Für das Recht auf Löschung verweist § 35 BDSG im Grundsatz auf Art. 17 der DSGVO. Als Ausnahme sieht § 35 Abs. 1 BDSG vor, dass bei unverhältnismäßig hohem Aufwand der Löschung an die Stelle einer Löschung die Einschränkung der Verarbeitung tritt. Art. 17 Abs. 3 DSGVO macht einen generellen Vorbehalt zugunsten gesetzlicher Aufbewahrungsfristen. Diese können im Arbeitsverhältnis insbesondere sozialversicherungs- und steuerrechtlicher Art sein. In der Literatur wird dazu vertreten, dass personenbezogene Daten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses generell zu löschen seien, soweit keine Aufbewahrungspflichten gelten (etwa *Simitis/Hornung/Spieker*, Datenschutzrecht 1. Aufl. 2019, Art. 88 DSGVO Rn 205 ff.). In der Konsequenz würde dies allerdings bedeuten, dass der Arbeitgeber nach Beendigung eines jedem Arbeitsverhältnisses den vorhandenen Datenbestand des ausscheidenden Arbeitnehmers danach sortieren müsste, ob Aufbewahrungsfristen bestehen oder nicht. Allerdings bestehen für den Anwendungsbereich der noch traditionell in Papierform geführten Personalakten erhebliche Zweifel, ob oder wie weit diese vom Regelungsbereich der DSGVO und des BDSG erfasst werden. In Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 Nr. 6 DSGVO wird der Begriff der Dateisysteme zu-

grunde gelegt. Unabhängig von der Frage, ob dieser Begriff zwischen automatisierten und nicht automatisierten Vorgängen unterscheidet (dazu etwa *Gierschmann/Schlender*, Datenschutzgrundverordnung Kommentar 2018, Art. 4 Nr. 6 Rn 8), ist in Erwägungsgrund 15 der Richtlinie ausdrücklich formuliert, dass Akten, die nicht nach bestimmten Kriterien geordnet sind, nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung fallen sollen. Zutreffend weisen *Gierschmann/Schlender* a.a.O. Rn 9 darauf hin, dass für Akten, – insbesondere Personalakten – rechtlich der Grundsatz der Vollständigkeit bestimmend ist und nicht der Grundsatz der Datensparsamkeit. Der Berufungsbegründung lassen sich weiterführende Überlegungen hinsichtlich dieser sehr grundsätzlichen Fragen nicht entnehmen. Soweit ersichtlich, ist bisher in der Instanzrechtsprechung lediglich vereinzelt ein datenschutzrechtlicher Anspruch auf Entfernung einer Abmahnung nach Ende

des Arbeitsverhältnisses angenommen worden (LAG Sachsen-Anhalt v. 23.11.18 – 5 Sa 7/17, NZA-RR 109, 335). Eine klärende Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts dazu steht noch aus. Die Kammer ist der Auffassung, dass auch die datenschutzrechtlichen Neuregelungen auf Basis der DSGVO eine derartig grundlegende Veränderung des Rechtsschutzes zumindest im Bereich der in Papierform geführten Personalakten nicht erfordern. (...)

• Landesarbeitsgericht Niedersachsen vom 4.5.2011 – 11 Sa 1180/20 (anhängig BAG: 9 AZR 355/21)

**eingereicht Prof. Dr. Thomas Hoeren
Institut für Informations-, Telekommunikations-,
und Medienrecht (ITM) der Universität Münster
Leonardo-Campus 9, 48149 Münster
Tel.: 0251/8338600
E-Mail: hoeren@uni-muenster.de, www.itm.nrw**

Bestandsschutz

LAG Entscheidung des Quartals (FAO-Campus)

58. Gleichartige Tätigkeiten in verschiedenen Forschungsprojekten – keine Entkräftung des indizierten Rechtsmissbrauchs im befristeten Arbeitsverhältnis

Sachverhalt:

Die Klägerin, eine gelernte Arzthelferin, ist aufgrund mehrerer befristeter Arbeitsverhältnisse seit dem 1.1.2009, zuletzt aufgrund eines bis zum 31.3.2022 befristeten Arbeitsvertrages, bei der Beklagten, einer Einrichtung der Universitätsmedizin, in verschiedenen drittmittelfinanzierten Forschungsprojekten als Studienassistentin (Study Nurse) beschäftigt. Bereits vor dem 1.1.2009 bestand ein befristetes Arbeitsverhältnis der Parteien, zeitlich umschlossen von befristeten Arbeitsverträgen der Klägerin mit dem Deutschen Institut für E (DIfE), bei dem der damalige Abteilungsdirektor der Beklagten und Vorgesetzte der Klägerin eine Funktion als Abteilungsleiter innehatte. Eingesetzt wurde die Klägerin durchgehend im Betrieb der Beklagten. Die Klägerin wird derzeit in einem drittmittelfinanzierten Projekt zur Förderung des Aufbaus einer Nachwuchsforschungsgruppe für kardiovaskuläre Erkrankungen unter dem Projektleiter Herrn Dr. A eingesetzt.

Mit der am 23.3.2020 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat die Klägerin geltend gemacht, dass der letzten Befristungsabrede ein sachlicher Grund fehle. Allein die Querfinanzierung über Drittmittelgeber recht-

fertige nicht die Befristung. Der Projektleiter und weitere Overhead-Kosten würden gerade nicht von der Corona-Stiftung, die das letzte Projekt finanziere, finanziert. Das spreche für das Vorliegen einer Daueraufgabe. Auf die Befristung eines Projektes könne sich ein Arbeitgeber nur dann berufen, wenn es sich bei den im Projekt zu bewältigenden Aufgaben um auf vorübergehende Dauer angelegte Aufgaben handele, die gegenüber Daueraufgaben abgrenzbar seien. Könne der Arbeitgeber im Rahmen seines Betriebszwecks einen im Wesentlichen unveränderten Personalbedarf prognostizieren, sei ihm eine Befristung des Arbeitsverhältnisses verwehrt. Die Kernaufgaben der Klägerin als Study-Nurse seien seit 2002 immer die gleichen gewesen, wobei sie lediglich aufgrund im Zeitraum von Dezember 2017 bis April 2018 erworbener zusätzlicher Qualifikationen zur selbstständigen Durchführung der Echokardiografie zusätzliche Aufgaben übernommen habe. Bei jeder Studie der Beklagten fielen funktionsdiagnostische Tätigkeiten an, woraus ein Dauerbedarf resultiere. Ferner sei die Befristung aufgrund institutionellen Rechtsmissbrauchs unwirksam. Die einzige einen Monat dauernde Unterbrechung ihrer Beschäftigung als Study Nurse sei unbeachtlich. Bei Beendigung des derzeit laufenden Vertrages sei sie fast 20 Jahre als Study-Nurse tätig. Mit Urte. v. 9.10.2020 hat das Arbeitsgericht der Klage stattgegeben und im Wesentlichen ausgeführt, die indizierte Rechtsmissbräuchlichkeit sei durch die Beklagte nicht entkräftet worden. Hiergegen wendet sich die Beklagte mit der Berufung.

Aus den Entscheidungsgründen:

(...) Die Berufung ist unbegründet. Das Arbeitsgericht hat der Klage im Ergebnis zu Recht stattgegeben. (...) Es kann dahinstehen, ob der streitgegenständlichen Befristungsabrede ein sachlicher Grund im Sinne von § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG zugrunde liegt. (...) Denn der Beklagten ist es unter den vorliegenden Umständen des Einzelfalls aus Gründen des institutionellen Rechtsmissbrauchs nicht gestattet, sich auf das Vorliegen eines Sachgrundes nach § 14 Abs. 1 TzBfG zu berufen.

(...) Von einem indizierten Rechtsmissbrauch ist in der Regel auszugehen, wenn durch die befristeten Verträge einer der Werte des § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG um mehr als das Fünffache überschritten wird oder beide Werte mehr als das jeweils Vierfache betragen. Das bedeutet, dass ein Rechtsmissbrauch indiziert ist, wenn die Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses zehn Jahre überschreitet oder mehr als 15 Vertragsverlängerungen vereinbart wurden oder wenn mehr als zwölf Vertragsverlängerungen bei einer Gesamtdauer von mehr als acht Jahren vorliegen. In einem solchen Fall hat allerdings der Arbeitgeber die Möglichkeit, die Annahme des indizierten Gestaltungsmissbrauchs durch den Vortrag besonderer Umstände zu entkräften (BAG, Urt. v. 26.10.2016 – 7 AZR 135/15, BAGE 157, 125-140, Rn 26 bis 28). Von Bedeutung kann dabei sein, ob der Arbeitnehmer stets auf demselben Arbeitsplatz mit denselben Aufgaben beschäftigt wird oder ob es sich um wechselnde, ganz unterschiedliche Aufgaben handelt. Auch wenn zum Beispiel ein ständiger Vertretungsbedarf der Annahme des Sachgrundes der Vertretung nicht entgegensteht und daher geeignet ist, die Befristung des Arbeitsverhältnisses mit dem Vertreter zu rechtfertigen, ist er dennoch ein Umstand, der im Rahmen einer umfassenden Missbrauchskontrolle in die Gesamtwürdigung einbezogen werden kann. Bei zunehmender Anzahl und Dauer der jeweils befristeten Beschäftigung eines Arbeitnehmers kann es eine missbräuchliche Ausnutzung der dem Arbeitgeber an sich rechtlich eröffneten Befristungsmöglichkeit darstellen, wenn er gegenüber einem bereits langjährig beschäftigten Arbeitnehmer trotz der tatsächlich vorhandenen Möglichkeit einer dauerhaften Einstellung immer wieder auf befristete Verträge zurückgreift. Zu berücksichtigen ist ferner die Laufzeit der einzelnen befristeten Verträge sowie die Frage, ob und in welchem Maße die vereinbarte Befristungsdauer zeitlich hinter dem zu erwartenden Vertretungsbedarf zurückbleibt. Wird trotz eines tatsächlich zu erwartenden langen Vertretungsbedarfs in rascher Folge mit demselben Arbeitnehmer eine Vielzahl kurzfristiger Arbeitsverhältnisse vereinbart, liegt die Gefahr des Gestaltungsmissbrauchs näher, als wenn die vereinbarte Befristungsdauer zeitlich nicht hinter dem prognostizierten Vertretungsbedarf

zurückbleibt. Bei der Gesamtwürdigung können daneben zahlreiche weitere Gesichtspunkte eine Rolle spielen. Zu denken ist dabei insbesondere an branchenspezifische Besonderheiten etwa bei Saisonbetrieben. Auch können bei der Gesamtbeurteilung grundrechtlich gewährleistete Freiheiten von beträchtlicher Bedeutung sein. Dies gilt insbesondere für die in Art. 5 Abs. 1 GG gewährleistete Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film, aber auch für die in Art. 5 Abs. 3 GG garantierte Freiheit von Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre (BAG, Urt. v. 18.7.2012 – 7 AZR 443/09, BAGE 142, 308-330, Rn 45 bis 47).

Wendet man die vorgenannten Grundsätze auf die vorliegenden Einzelfallumstände an, ergibt sich, dass es der Beklagten selbst bei Vorliegen eines Sachgrundes nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG aus Gründen des Rechtsmissbrauchs verwehrt ist, sich auf diesen zu berufen. Denn auch bei Außerachtlassung der mit dem DfE geschlossenen Arbeitsverträge und dem vor dem letzten Vertrag mit dem DfE mit der Beklagten geschlossenen Arbeitsvertrag ist hier die in § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG als Grenzwert vorgesehene Gesamtdauer befristeter Verträge in besonders gravierendem Ausmaß überschritten. (...)

Es gibt keine Umstände, die das sich hieraus ergebende, für Rechtsmissbrauch sprechende Indiz entkräften. Die Klägerin ist durchweg in Forschungsprojekten als Study Nurse eingesetzt worden. Zwar erfolgten die Einsätze in verschiedenen Projekten innerhalb verschiedener Fachbereiche der Beklagten, jedoch erfolgte ihr Einsatz durchgehend mit im Wesentlichen gleichartigen Tätigkeiten (Screening, Verwaltung, Funktionsdiagnostik), wobei sie für die Funktionsdiagnostik im Zeitraum Dezember 2017 bis April 2018 Zusatzqualifikationen im Bereich der Echokardiografie erwarb, die sie in den letzten beiden Projekten benötigte. Soweit die Beklagte behauptet, in anderen Fachbereichen würden andere Qualifikationen und Aufgabenumfänge verlangt, hat sie nicht dargelegt, dass dies auf die Projekteinsätze der Klägerin im Zeitraum seit dem 1.8.2009 zutrifft. Daher liegt zwar nicht ein durchgehender Einsatz innerhalb eines Fachbereiches der Beklagten in einem Projekt vor, jedoch eine durchgehende Tätigkeit, die mit Ausnahme einer von der Klägerin aufgrund einer in einem Zeitraum unwesentlichen Ausmaßes zu erwerbenden Zusatzqualifikation anfallenden Zusatztätigkeit im Wesentlichen gleichartig war. Zudem zeigt der Wechsel der Klägerin aus dem vorletzten Projekt in das letzte, dass sie auch während eines laufenden und nicht abgeschlossenen Projektes nahtlos in ein neues Projekt wechseln kann. Dass die im wesentlichen gleichartige Tätigkeit als Study Nurse in verschiedenen Projekten erbracht wurde, ist für sich nicht geeignet, das Indiz dafür zu entkräften, dass der

Beklagten die unbefristete Beschäftigung der Klägerin möglich ist. Dass bei Projekten in anderen Fachbereichen möglicherweise wiederum andere, von der Klägerin bislang nicht erworbene Qualifikationen erforderlich sind, steht dem nicht entgegen. Die Klägerin hat nach dem Beginn ihres Einsatzes im vorletzten Projekt des Berlin Institute of Health (BIH) während ihrer Tätigkeit als Study Nurse die erforderliche Zusatzqualifikation erwerben können. Dies deutet darauf hin, dass es ihr auch in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis möglich ist, benötigte Zusatzqualifikationen zu erwerben und gleichwohl im Zeitraum bis zu deren Erwerb als Study Nurse in Projekten eingesetzt zu werden, in denen auch die anfänglich noch nicht vorliegenden Zusatzqualifikationen erheblich sind. Demgegenüber liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die von der Beklagten angeführten Qualifikationsanforderungen und Aufgabenstellungen in anderen Projektbereichen als dem Bereich Kardiovaskuläre Forschung und Metabolismus (Infektion/Inflammation/Immunität; Seltene Erkrankungen und Genetik; Onkologie; Regenerative Therapien; Neurowissenschaften) so gelagert sind, dass sie eine Beschäftigung als Study Nurse vor Erwerb der dafür benötigten Kenntnisse und Fähigkeiten ausschließen. (...)

Dass sich die Beklagte vorliegend überhaupt auf Art. 5 Abs. 3 GG berufen darf, was die Klägerin in Abrede stellt, kann zugunsten der Beklagten angenommen werden, weil die Klägerin zwar nicht dem eigentlichen Forschungspersonal zugehört, gleichwohl aber unter anderem durch Ausführung des „Screenings“ von Studienpatienten oder das selbstständige Aufbereiten von Datenmaterial die Forschungsergebnisse unmittelbar beeinflussende Tätigkeiten ausübt. Gleichwohl spricht nichts dafür, dass ihre Tätigkeit im Hinblick auf in bestimmten Bereichen hinzukommende besondere Aufgaben trotz Anfallens in allen Projekten mehr oder minder relevanter verwaltungsgeneigter und funktionsdiagnostischer Aufgaben nicht im Wesentlichen so gleich gelagert ist, dass sie nicht von einem Projekt auch bereichsübergreifend zum nächsten nahtlos wechseln und so der Beklagten zumutbar auch trotz noch fehlender Qualifikationen eingesetzt werden kann. Kann das auch nach dem Vortrag der Beklagten aber nicht angenommen werden, stellt es keine nicht hinnehmbare Beeinträchtigung der Forschungsfreiheit dar, die Beklagte an ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit der Klägerin zu binden. Dass die Beklagte aufgrund der Anzahl der bei ihr jährlich anfallenden Forschungsprojekte dauernd forscht, hat sie selbst vorgetragen. Zeiten, in denen gar keine für Study Nurses mit oder ohne Zusatzqualifikationen geeignete Forschungsprojekte anfallen, sind nach dem Vortrag der Beklagten nicht zu erwarten. Auch ist nicht dargelegt, dass und in welchem Umfang der Abschluss unbefristeter Arbeits-

verträge mit Study Nurses, welche die Beklagte an anderer Stelle unstreitig anbietet, zu die Forschungsfreiheit beeinträchtigenden Personalüberkapazitäten führt. (...)

- LAG Berlin-Brandenburg
vom 6.5.2021 – 5 Sa 1572/20

59. Tarifvertragliche ordentliche Unkündbarkeit – betriebsbedingte außerordentliche Kündigung – keine Ausnahme von Mitarbeitern mit Sonderkündigungsschutz bei der Sozialauswahl

Sachverhalt:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer betriebsbedingten außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslauffrist. Die Beklagte ist eine aus der früheren I. GmbH hervorgegangene, international agierende deutsche Fluggesellschaft mit Sitz in I.-Langenhagen. Der Kläger ist seit dem 1.2.2000 bei der Beklagten bzw. der Rechtsvorgängerin als Flugkapitän beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis findet der Manteltarifvertrag Nr. 6 für das Cockpitpersonal der U. GmbH (im Folgenden: MTV Cockpit) Anwendung, der in § 33 Abs. 2 bestimmt: Nach einer ununterbrochenen Beschäftigungsdauer von 15 Jahren kann eine Kündigung durch den Arbeitgeber nur noch aus wichtigem Grund erfolgen. Als wichtiger Grund gilt auch eine Betriebsänderung nach § 66 TV PV für das Cockpitpersonal. Als wichtiger Grund gilt ferner ein Lizenzverlust oder dauernde Flugdienstuntauglichkeit.

Auf Grundlage des zwischen der Beklagten und der Vereinigung Cockpit e.V. geschlossenen Tarifvertrags für das Cockpitpersonal vom 31.10./26.11.2012 (im Folgenden: TV PV Cockpit) ist bei der Beklagten eine Personalvertretung für das Cockpitpersonal gebildet. Am 5.3.2021 schloss die Beklagte mit der Gesamtvertretung Bord einen Interessenausgleich, der auszugsweise folgenden Inhalt hat: U. wird ihre Flotte auf 22 Flugzeuge reduzieren und sechs ihrer derzeit unterhaltenden Stationen vollständig und dauerhaft schließen, d.h. an diesen Stationen wird kein U.-Fluggerät mehr stationiert. Durch die Flottenreduzierung, Stations-schließungen und Neustrukturierung des Streckennetzes ergibt sich ein Personalüberhang über alle Mitarbeitergruppen, die in den Geltungsbereich dieses Interessenausgleichs fallen. Die U. wird ihre derzeit betriebene Flotte schrittweise jeweils zu den nächstmöglichen Zeitpunkten auf 22 Flugzeuge (A/C) reduzieren. Die Flottenreduzierung erfolgt teilweise durch Verschiebung der Flugzeuge innerhalb der U.-Gruppe, im Übrigen durch Ausflottung. Die Zielgröße von 22 Flugzeuge wird im Sommer 2022 erreicht werden. Die U. wird ihre Stationen an den Flughäfen Hamburg, Münster-Osnabrück, Berlin Tegel, Bremen und Nürnberg mit Beginn des Winterflugplans 2021/22, spätestens zum

31.12.2021 vollständig schließen; die Station Köln soll nach aktuellem Planungsstand erst zum Ende des Sommerflugplans 2023 geschlossen werden. U. wird an diesen geschlossenen Stationen kein U.-Fluggerät mehr stationieren. Ferner schloss die Beklagte am 11.3.2021 mit der Personalvertretung Cockpit einen Sozialplan ab, der Auswahlrichtlinien zur Durchführung der Sozialauswahl vorsieht. (...) Kurz vor Ausspruch der Kündigungen beantragten rund 20 andere Mitarbeiter Sonderkündigungsschutz nach dem BEEG, dem PflegeZG und dem FPflegeZG. Diese Mitarbeiter beschäftigte die Beklagte weiter. Durch die Beachtung dieses Sonderkündigungsschutzes rutschte der Kläger im Rahmen der Auswahlrichtlinien in die Gruppe der Mitarbeiter, die gekündigt werden sollten, so dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers außerordentlich mit sozialer Auslaufrfrist zum 31.12.2021 kündigte.

Aus den Entscheidungsgründen:

(...) Die Kündigung des ordentlich unkündbaren Klägers vom 27.3.2021 ist in Ermangelung eines wichtigen Grundes im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB unwirksam. Der Kläger ist gemäß § 33 Abs. 2 MTV Cockpit ordentlich unkündbar und kann nur noch gemäß § 626 BGB aus wichtigem Grund gekündigt werden. Verwendet ein Tarifvertrag den Ausdruck „wichtiger Grund“, ist regelmäßig davon auszugehen, dass die Tarifvertragsparteien ihn i.S.d. § 626 BGB verstanden wissen wollen (BAG, v. 20.3.2014 – 2 AZR 288/13, Rn 16; BAG, v. 26.3.2009 – 2 AZR 879/07, Rn 29; BAG, v. 27.11.2003 – 2 AZR 601/02, zu B I 5 a der Gründe). Der Sonderkündigungsschutz ist entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten auch weder suspendiert noch aufgehoben. Zwar geht die Beklagte zutreffend davon aus, dass der Kündigung des Klägers eine Betriebsänderung zugrunde liegt. Aber auch im Falle der Betriebsänderung kann das Arbeitsverhältnis nur aus wichtigem Grund gekündigt werden. Die Tarifvertragsparteien haben gerade nicht vereinbart, dass der Ausschluss der ordentlichen Kündigung im Falle der Betriebsänderung nicht gilt. (...) Soweit die Tarifvertragsparteien in § 33 Abs. 2 MTV Cockpit geregelt haben, dass „als wichtiger Grund auch eine Betriebsänderung nach § 66 TV PV für das Cockpitpersonal gilt“, ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts von folgendem auszugehen: Die Vereinbarung von absoluten wichtigen Kündigungsgründen in einem Arbeits- bzw. Tarifvertrag ist unwirksam. (...) (vgl. BAG, 6.3.2003 – 2 AZR 232/02, Rn 41 m.w.N.). Allerdings behält eine als Festlegung absoluter Kündigungsgründe unwirksame Konkretisierung insoweit eine beschränkte rechtliche Bedeutung, als sie im Rahmen der Interessenabwägung als Manifestierung des Verständnisses der Arbeitsvertragsparteien oder Tarifvertragsparteien über das kündigungsrechtliche Gewicht be-

stimmter Sachverhalte zu berücksichtigen ist (vgl. BAG, v. 22.11.1973 – 2 AZR 580/72; BAG, v. 17.4.1956 – 2 AZR 40/55). Dies ändert aber nichts daran, dass die Anforderungen an den Kündigungsgrund die Schwelle eines wichtigen Grundes i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB erreichen müssen. (...) Eine auf betriebliche Gründe gestützte außerordentliche Kündigung kommt in Betracht, wenn die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung ausgeschlossen ist und dies dazu führt, dass der Arbeitgeber gezwungen wäre, ein sinnloses Arbeitsverhältnis über viele Jahre hinweg allein durch Gehaltszahlungen, denen keine entsprechende Arbeitsleistung gegenübersteht, aufrechtzuerhalten. Dabei ist ein strenger Prüfungsmaßstab anzulegen (BAG, v. 27.6.2019 – 2 AZR 50/19, Rn 13; BAG, v. 24.9.2015 – 2 AZR 562/14, Rn 29; BAG, v. 20.6.2013 – 2 AZR 295/12, Rn 13; BAG, v. 22.11.2012 – AZR 673/11, Rn 14). (...) Den hohen materiell-rechtlichen Anforderungen an das Vorliegen eines wichtigen Grundes i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB entsprechen die prozessualen Anforderungen an den Umfang der Darlegungen des Arbeitgebers. Dieser hat von sich aus darzutun, dass keinerlei Möglichkeit besteht, das Arbeitsverhältnis – ggf. zu geänderten Bedingungen und nach entsprechender Umschulung – sinnvoll fortzusetzen. Das Fehlen jeglicher Beschäftigungsmöglichkeit zählt bei der außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung zum „wichtigen Grund“ (BAG, v. 27.6.2019 – 2 AZR 50/19, Rn 14; BAG, v. 18.6.2015 – 2 AZR 480/14, Rn 31).

In Anwendung dieser Grundsätze fehlt es an einem wichtigen Grund im Sinne des § 626 BGB. Die Beklagte hat bereits nicht hinreichend dargelegt, dass über viele Jahre hinweg keine Beschäftigungsmöglichkeiten für den Kläger mehr bestehen. (...) Es ist nicht erkennbar, wieso der komplette Beschäftigungsbedarf bereits zum 31.12.2021 wegfallen soll. Sowohl im Interessenausgleich als auch im Sozialplan ist geregelt, dass die Flottenreduzierung bis zum Sommer 2022 abgeschlossen sein soll. Ausweislich des Sozialplans soll die Flotte „schrittweise“ bis zum Sommer 2022 reduziert werden. Damit würde dann aber auch eine schrittweise Stellenreduzierung einhergehen, was dazu führen würde, dass die Beklagte den sozial schutzwürdigen Arbeitnehmern erst als letzten zu einem späteren Termin hätte kündigen dürfen. Auch zu dieser Frage, wie sich die schrittweise Flottenreduzierung vollziehen soll, hat die Beklagte keinen Sachvortrag gehalten.

An einem wichtigen Grund fehlt es überdies aber auch, weil die Beklagte die 20 Arbeitnehmer, die kurz vor Ausspruch der Kündigungen Sonderkündigungsschutz beantragt haben, weiterbeschäftigt. An eine außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslaufrfrist sind nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts strenge Anforderungen zu stellen. Sie soll als ultima ra-

tio nur zulässig sein, wenn ansonsten ein sinnentleertes Arbeitsverhältnis entstünde und der Arbeitgeber verpflichtet wäre, den Arbeitnehmer noch über mehrere Jahre zu vergüten, ohne ihn einsetzen zu können. Hiervon ist aber nicht auszugehen, wenn die Beklagte andere ordentlich kündbare Arbeitnehmer von einer Kündigung verschont. Selbst wenn es der Beklagten nicht möglich wäre, eine behördliche Zustimmung zur ordentlichen Kündigung einzuholen, hätte es nahegelegen, diesen Arbeitnehmern nach Ablauf des Sonderkündigungsschutzes zu kündigen. (...) Ohne Berücksichtigung der 20 Mitarbeiter, die Sonderkündigungsschutz beantragt haben, hätte der Kläger im Rahmen der Sozialauswahl unstreitig nicht zur Kündigung angestanden (...).

• ArbG Düsseldorf
vom 8.7.2021 – 10 Ca 1765/21

60. Konkludenter Kündigungsverzicht in Abmahnung gilt auch für die ordentliche Kündigung, selbst wenn in der Abmahnung nur vor außerordentlicher Kündigung gewarnt wird

Sachverhalt:

Der Kläger ist im Bauunternehmen der Beklagten beschäftigt. Die Beklagte führte bei Arbeiten auf dem Firmengelände auch im Freien und bedingt durch die Corona Pandemie eine Maskenpflicht ein. Der Kläger weigerte sich, eine Maske zutragen und verließ das Betriebsgelände wieder. Auch am Folgetag erschien der Kläger nicht zur Arbeit und teilte dem Arbeitgeber auch nicht mit, dass er an diesem Tag verhindert sei. Hierauf mahnte die Beklagte den Kläger ab. In dem Abmahn schreiben wies die Beklagte insbesondere darauf hin, dass auch zukünftig Einsätze des Klägers auf dem Betriebsgelände geplant seien, bei denen Maskenpflicht bestehe. Sollte der Kläger weiterhin ohne Maske zur Arbeit erscheinen, behalte sich die Beklagte vor, das Arbeitsverhältnis außerordentlich zu kündigen. Eine Woche später kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis jedoch, ohne dass es zu einem weiteren gleich gelagerten Verhalten des Klägers gekommen war, ordentlich, wogegen der Kläger Kündigungsschutzklage erhob.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Kündigung ist rechtsunwirksam, da die Beklagte durch die Abmahnung konkludent auf ihr Kündigungsrecht verzichtet hat. Regelmäßig liegt im Ausspruch einer Abmahnung der konkludente Verzicht auf das Recht zur Kündigung aus den in ihr gerügten Gründen. Der Arbeitgeber gibt mit einer Abmahnung zu erkennen, er sehe das Arbeitsverhältnis noch nicht als so gestört an, dass er es nicht mehr fortsetzen könne. (...) Zwar verwies die Beklagte in der Abmahnung darauf,

das Arbeitsverhältnis im Wiederholungsfall fristlos zu kündigen. Es finden sich in dem Schreiben jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte sich trotz erfolgter Abmahnung wegen der abgemahnten Umstände das Recht zur ordentlichen Kündigung vorbehalten wolle. (...)

• Arbeitsgericht Wiesbaden
vom 26.5.2021 – 11 Ca 736/20

**eingereicht von RA Martin Tecza
Wolfram-von-Eschenbach Straße 2,
65187 Wiesbaden
Tel.: 0611/18178710, Fax: 0611/18178711
E-Mail: info@rechtsanwalt-tecza.de,
www.rechtsanwalt-tecza.de**

61. Fristlose krankheitsbedingte Kündigung – Erfordernis eines gravierenden Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung bei einem Drittel Fehlzeit bezogen auf die Jahresarbeitszeit nicht erfüllt

Sachverhalt:

Die Parteien streiten um die Rechtswirksamkeit einer außerordentlichen und personenbedingten Kündigung mit sozialer Auslauffrist. Der im Jahr 1971 geborene, ledige und keinen Kindern gegenüber zum Unterhalt verpflichtete Kläger ist seit dem 3.11.2003 bei der Beklagten zuletzt als Maschinenbediener in einem Vollzeit arbeitsverhältnis beschäftigt. Die Beklagte stellt industrielle Backwaren her. Der Kläger ist Ersatzmitglied in dem bei der Beklagten gebildeten Betriebsrat. Mit Schreiben vom 11.5.2020 hat die Beklagte den bei ihr gebildeten Betriebsrat zu einer beabsichtigten außerordentlichen Kündigung des Klägers mit sozialer Auslauffrist zum 30.11.2020 aus personenbedingten/krankheitsbedingten Gründen angehört. Mit Schreiben vom 14.5.2020 hat der Betriebsrat der außerordentlichen Kündigung widersprochen. Mit Schreiben vom 19.5.2020, dem Kläger zugegangen am 21.5.2020, hat die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger außerordentlich mit einer sozialen Auslauffrist zum 30.11.2020 gekündigt.

Die Beklagte stützt die ausgesprochene fristlose Kündigung auf krankheitsbedingte Fehlzeiten des Klägers im Jahr 2016 von 164 Arbeitstagen, im Jahr 2017 von 83 Arbeitstagen, im Jahr 2018 von 68 Arbeitstagen, im Jahr 2019 von 74 Arbeitstagen und 2020 von 14 Arbeitstagen.

Mit den Schreiben vom 13.7.2018, vom 24.5.2019 und vom 16.1.2020 hat die Beklagte den Kläger jeweils zu einem betrieblichen Eingliederungsmanagement eingeladen. Im Jahr 2019 ist am 20.6.2019 ein Eingliederungsmanagementverfahren durchgeführt worden, welches ohne Ergebnis geblieben ist. Mit den Schrei-

ben vom 17.7.2018 und vom 24.1.2020 hat der Kläger das jeweils angebotene Eingliederungsmanagementverfahren abgelehnt.

Mit Urt. v. 2.12.2020 hat das Arbeitsgericht der Kündigungsschutzklage stattgegeben. Hiergegen wendet sich der Arbeitgeber mit der Berufung. (...)

Aus den Entscheidungsgründen:

Die zulässige Berufung der Beklagten ist nicht begründet. Das Arbeitsgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die streitgegenständliche fristlose Kündigung mit sozialer Auslaufzeit vom 19.5.2020 rechtsunwirksam ist. (...) Der Kläger genießt den nachwirkenden Kündigungsschutz im Sinne des § 15 Abs. 1 S. 2 KSchG. Die Voraussetzungen für eine Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist im Sinne des § 15 Abs. 1 S. 2 KSchG i.V.m. § 626 Abs. 1 BGB liegen nicht vor. (...) Eine krankheitsbedingte Kündigung wegen – wie hier – häufiger Kurzerkrankungen mag zwar im Sinne der Rechtsauffassung der Beklagten nicht generell ungeeignet sein, einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB darzustellen (vgl. insoweit auch BAG, Urt. v. 18.2.1993 – 2 AZR 526/92, AP Nr. 35 zu § 15 KSchG). Jedoch ist es dem Arbeitgeber grundsätzlich zuzumuten, in einem solchen Fall die geltende Kündigungsfrist einzuhalten. Daraus folgt, dass eine außerordentliche Kündigung nur in eng begrenzten Fällen in Betracht kommt, etwa bei einem Ausschluss der ordentlichen Kündigung aufgrund tarifvertraglicher oder einzelvertraglicher Vereinbarungen.

Schon an die ordentliche Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen ist ein strenger Maßstab anzulegen. Die Anforderungen an die Wirksamkeit einer auf Krankheit gestützten außerordentlichen Kündigung gehen darüber noch hinaus. Es bedarf eines gravierenden Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung (BAG, v. 20.3.2014 – 2 AZR 825/12, juris, Rn 20). Daraus folgt unmittelbar, dass einem Betriebsratsmitglied nach § 15 Abs. 1 S. 1 KSchG bzw. im Nachwirkungszeitraum nach § 15 Abs. 1 S. 2 KSchG jeweils i.V.m. § 626 Abs. 1 BGB nur dann außerordentlich gekündigt werden kann, wenn dem Arbeitgeber bei ei-

nem vergleichbaren Nichtbetriebsratsmitglied dessen Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der einschlägigen ordentlichen Kündigungsfrist unzumutbar wäre (BAG, v. 15.3.2001 – 2 AZR 624/99, juris, Rn 17 m.w.N.). (...)

Es bedarf eines gravierenden Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung. Ein solches ist gegeben, wenn zu erwarten steht, dass der Arbeitgeber bei Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses – ggf. über Jahre hinweg – erhebliche Entgeltzahlungen zu erbringen hätte, ohne dass dem eine nennenswerte Arbeitsleistung gegenüberstünde. Auch können Häufigkeit und Dauer der krankheitsbedingten Fehlzeiten im Einzelfall dazu führen, dass ein Einsatz des Arbeitnehmers nicht mehr sinnvoll und verlässlich geplant werden kann und dieser damit zur Förderung des Betriebszwecks faktisch nicht mehr beiträgt. Die Aufrechterhaltung eines derartig „sinnentleerten“ Arbeitsverhältnisses kann dem Arbeitgeber ggf. auch im Falle eines ordentlich nicht kündbaren Arbeitnehmers unzumutbar sein (BAG, v. 23.1.2014, a.a.O., Rn 28) (...).

Die in dem maßgeblichen 3-Jahreszeitraum vor Ausspruch der Kündigung liegenden Fehlzeiten des Klägers vermögen die hohen Anforderungen an eine außerordentliche und krankheitsbedingte Kündigung nicht zu erfüllen. Soweit die Beklagte diesbezüglich die Rechtsauffassung vertritt, der zu prognostizierende krankheitsbedingte Ausfall des Klägers von ca. einem Drittel der Gesamtjahresarbeitszeit führe bereits zu einem sog. „sinnentleerten“ Arbeitsverhältnis im Sinne der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, so vermag das erkennende Gericht dem ebenfalls nicht zu folgen. (...) Ein derartiger Wert reicht für die Bejahung eines sog. „sinnentleerten“ Arbeitsverhältnisses nicht aus. Steht ein Arbeitnehmer zu ca. 2/3 der Jahresarbeitszeit arbeitsfähig zur Verfügung und kann mithin in dem weitaus größeren Teil des Jahres sinnvoll eingesetzt werden, so liegt ein gravierendes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung im Sinne eines sog. „sinnentleerten“ Arbeitsverhältnisses im Sinne der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht vor (BAG, v. 23.1.2014 – 2 AZR 582/13, juris, Rn 32, 33) (...).

- LAG Mecklenburg-Vorpommern vom 18.8.2021 – 3 Sa 6/21

Betriebsverfassungsrecht / Personalvertretungsrecht

62. Wirksamkeit eines Wahlanfechtungsantrages einer Personalratswahl

Sachverhalt:

In der Wahl zum Personalrat der Stadtverwaltung Frankfurt (Oder) am 16.5.2018 waren elf Mitglieder zu wählen, davon ein Mitglied der Gruppe Beamten und 10 Mitglieder der Gruppe Arbeitnehmer. Die Mitglieder des Wahlvorstandes wurden am 7.2.2018 bekannt gemacht. Im Wahlausschreiben vom 16.3.2018 heißt es, dass Wahlvorschläge bis 3.4.2018, 16:00 Uhr einzureichen seien. Am 29.3.2018 (Gründonnerstag) reichte die Antragstellerin zu 1 einen Wahlvorschlag unter dem Kennwort „Arbeitnehmervertreter“ ein. Dem Wahlvorschlag waren mehrere Seiten mit Unterstützerunterschriften beigelegt, ohne dass diese mit dem Wahlvorschlag fest verbunden waren. Am 3.4.2018 (Dienstag nach Ostern) trat der Wahlvorstand zu einer Sitzung zusammen und wies den Wahlvorschlag als ungültig zurück mit der Begründung, die Bezeichnung „Arbeitnehmervertreter“ sei irreführend, da sie unterstellen könnte, nur diese Liste vertrete die Interessen der Arbeitnehmer/innen und andere Bewerber täten dies nicht. Zudem stelle der Wahlvorschlag keine einheitliche Urkunde dar. Deshalb reichte am 6.4.2018 die Antragstellerin zu 1 einen neuen Wahlvorschlag ein, den der Wahlvorstand aber als verspätet zurückwies. Schließlich wurde die Wahl am 16.5.2018 ohne den Wahlvorschlag der Antragstellerin durchgeführt, das Ergebnis am 16.5.2018 festgestellt und schließlich am 23.5.2018 durch Aushang bekannt gemacht.

Am 31.5.2018 haben die Antragsteller beim Verwaltungsgericht Frankfurt (Oder) die Feststellung der Ungültigkeit der Wahl beantragt. Das Verwaltungsgericht Frankfurt (Oder) hat sich für örtlich unzuständig erklärt und den Rechtsstreit an das Verwaltungsgericht Potsdam verwiesen. Das Verwaltungsgericht Potsdam hat dem Antrag mit Beschl. v. 4.9.2018 stattgegeben und zur Begründung ausgeführt, dass der zulässige Antrag auch begründet sei, da mehrere Verstöße gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit und das Wahlverfahren vorlägen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde des gewählten Personalrats sowie des Oberbürgermeisters der Stadt Frankfurt (Oder) blieb vor dem Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg erfolglos.

Aus den Entscheidungsgründen:

(...) Die Wahlanfechtung ist auch begründet. (...) Es wurde zunächst gegen § 11 Abs. 2 WO-PersVG Brbg verstoßen, wonach der Wahlvorstand Wahlvorschläge, die ungültig sind, unverzüglich unter Angabe der Gründe zurückzugeben hat. Der von der Antragstellerin am 29.3.2018 eingereichte Wahlvorschlag war sowohl hinsichtlich des Kennwortes als auch hinsichtlich der fehlenden Verbindung von Wahlvorschlag und Unterschriftenlisten fehlerhaft. (...) Gemäß § 9 Abs. 6 WO-PersVG Brbg soll der Wahlvorschlag mit einem Kennwort versehen werden. Zudem müssen die beiden Teile eines Wahlvorschlages, die Bewerberliste und die Unterschriftenliste, ein einheitliches Schriftstück, eine einheitliche Urkunde bilden. (...) Besteht der Wahlvorschlag aus mehreren Blättern, müssen diese entweder fest verbunden oder die Verbindung muss durch Angabe von Blatt Nummern oder durch eine in Texten zum Ausdruck kommende Bezugnahme hergestellt werden. (...) Der Wahlvorschlag genügte vorliegend sowohl unter dem Gesichtspunkt des irreführenden Kennwortes „Arbeitnehmervertreter“ als auch unter dem Gesichtspunkt der fehlenden festen Verbindung vom Wahlvorschlag und Unterstützungsunterschriften unstreitig nicht den Erfordernissen. (...)

Allerdings ist der Wahlvorstand seiner Pflicht zur unverzüglichen Prüfung und Rückgabe des (fehlerhaften) Wahlvorschlages nicht nachgekommen. „Unverzüglich“ bedeutet, dass der Wahlvorstand ohne schuldhaftes Zögern die Wahlvorschläge zu prüfen und je nach dem Ergebnis der Prüfung zu behandeln hat. (...) Der Wahlvorstand muss sofort nach Eingang eines Wahlvorschlages mit der Prüfung beginnen, ob dieser gültig ist oder nicht. Die Prüfung und Rückgabe ungültiger Wahlvorschläge muss umso schneller erfolgen, je weiter die Einreichungsfrist fortgeschritten ist. (...) Hier waren die unstreitig vorliegenden Fehler des Wahlvorschlages offenkundig. (...) Einer zeitraubenden Prüfung hätte es daher bezüglich der Mängel nicht bedurft. Zumindest hätte der Vorsitzende des Wahlvorstandes angesichts der fortgeschrittenen Einreichungszeit unverzüglich dafür sorgen müssen, dass die übrigen Mitglieder des Wahlvorstandes Kenntnis von den möglichen Fehlern des Wahlvorschlages erhalten und sich noch für den 29.3.2018 für eine Sitzung bereithalten. Dies hätte er bereits am Vormittag des 29.3.2010 organisieren müssen und können, zumindest aber am Nachmittag vor Dienstschluss. (...) Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass es den Antragsteller noch möglich gewesen wäre, die erforderlichen 50 Unterstützerun-

terschriften bezuschaffen und die Liste in korrigierter Fassung rechtzeitig beim Wahlvorstand einzureichen. (...)

- OVG Berlin-Brandenburg
vom 24.3.2021 – OVG 61 PV 5.18

**eingereicht von RA und FA für ArbR Roland Gross
Gross Rechtsanwälte
An der Milchinsel 2, 04103 Leipzig
Tel.: 0341/98462-0, Fax: 0341/98462-24
E-Mail: leipzig@advo-gross.de,
www.advo-gross.de**

64. Anfechtung Betriebsratswahl – räumlich weit entfernte Kleinbetriebe

Sachverhalt:

Die Beteiligten streiten über die Anfechtung einer Betriebsratswahl. Der Antragsteller (Arbeitgeber) betreibt eine Fluggesellschaft und ist Teil der A Gruppe, einem international tätigen Transport- und Logistikunternehmen. Beteiligter zu 2 ist der bei der Arbeitgeberin gebildete Betriebsrat, der aus einer am 16.5.2018 stattgefundenen Betriebsratswahl hervorgegangen ist. Der Betriebsratswahl lag eine Wählerliste zu Grunde, die 107 wahlberechtigte Arbeitnehmer ausweist. Darunter befinden sich B und C, die zum Zeitpunkt der Betriebsratswahl bereits ausgeschieden waren, 2 am Standort des Arbeitgebers in D und 3 am Standort des Arbeitgebers in E beschäftigte Arbeitnehmer, die organisatorisch verselbstständigt sind und deren Urlaubs- und Schichtpläne von dem dort tätigen Seniormanager F allein festgelegt werden sowie 8 Arbeitnehmer, die von der Schwestergesellschaft des Arbeitgebers, der so genannten Inc (jetzt: A Germany GmbH) arbeitsvertraglich bei dem Arbeitgeber eingesetzt werden. In Bezug auf die Mitarbeiter der Personalabteilung G, H und I erfolgte dies dergestalt, dass diese während der Dauer des Bestands des Arbeitsverhältnisses zu ihrem Vertragsarbeitgeber zeitweise für das Unternehmen des Antragstellers auch im Außenverhältnis gegenüber Mitarbeitern unter Verwendung des Briefbogens des Antragstellers tätig wurden. Das Wahlergebnis der am 16.5.2018 stattgefundenen Betriebsratswahl wurde am 17.5.2018 bekannt gegeben. Mit einem am 30.5.2018 beim Arbeitsgericht eingegangenen Anwaltschriftsatz hat der Arbeitgeber die Betriebsratswahl angefochten und geltend gemacht, da – fehlerhaft – ein aus 7 Mitgliedern bestehender Betriebsrat gewählt wurde. Richtigerweise habe der Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Betriebsratswahl regelmäßig lediglich 94 Arbeitnehmer beschäftigt, so dass ein aus 5 Mitgliedern bestehender Betriebsrat hätte gewählt werden müssen. Es seien betriebsfremde Arbeitnehmer berücksichtigt worden (J, K, I, L, M, N, G und H). Ferner hätten die Standorte D und E bzw. die dort beschäftigten insgesamt 5 Arbeitnehmer nicht einbezo-

gen werden dürfen. Die Arbeitsstelle der mit Wirkung zum September 2017 ausgeschiedenen B sei nicht neu besetzt worden. Das Arbeitsgericht hat dem Hauptantrag des Arbeitgebers stattgegeben und die Betriebsratswahl vom 16.5.2018 für unwirksam erklärt. Der Betriebsrat hat hiergegen Beschwerde eingelegt. (...)

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Beschwerde ist begründet. Der Hauptantrag des Arbeitgebers ist unbegründet. (...) Zwar führt die Wahl einer unrichtigen Anzahl von Betriebsratsmitgliedern zur Unwirksamkeit der Betriebsratswahl. (...) Dies ist hier jedoch nicht erfolgt. Im Betrieb des Arbeitgebers wurde zu Recht ein aus 7 Mitgliedern bestehender Betriebsrat gewählt, da regelmäßig mindestens 101 wahlberechtigte Arbeitnehmer im Betrieb beschäftigt werden.

Mit zu berücksichtigen ist zunächst die Mitarbeiterin B. Zwar war sie zum Zeitpunkt der Betriebsratswahl bereits aus dem Betrieb ausgeschieden. Maßgeblich für die Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder nach § 9 BetrVG ist jedoch die Anzahl der „in der Regel“ tätigen Arbeitnehmer. Das ist die Zahl der Arbeitnehmer, die für den Betrieb im Allgemeinen kennzeichnend ist (*Fitting*, BetrVG, 30. Aufl., § 9 Rn 11). Der Wahlvorstand hat bei der Ermittlung der für die Betriebsratsgroe maßgeblichen Arbeitnehmerzahl nicht nur einen Rückblick auf die Vergangenheit zu werfen, sondern auch die künftige, aufgrund konkreter Entscheidungen des Arbeitgebers zu erwartende Entwicklung des Beschäftigungsstandes des Betriebs zu berücksichtigen. Hinsichtlich der vor der Betriebsratswahl ausgeschiedenen Mitarbeiterin B hat der Betriebsrat in der Beschwerdebegründung behauptet, deren Stelle sei nachbesetzt worden. Dies sei auch dann gegeben, wenn 2 oder 3 Monate später jemand für sie eingestellt oder ein Leiharbeiter eingesetzt werde. Hierzu hat der Arbeitgeber in der Beschwerdeerwiderung nichts vorgetragen. (...)

Auch die an den Standorten D und E beschäftigten Arbeitnehmer (insgesamt 5) sind regelmäßige Beschäftigte im Sinne von § 9 BetrVG. Die Standorte D und E sind Betriebe, die jeweils nicht mindestens 5 ständige wahlberechtigte Arbeitnehmer, von denen 3 wählbar sind, beschäftigen und nach § 4 Abs. 2 BetrVG dem Hauptbetrieb in O zuzuordnen sind. Durch die am 28.7.2001 in Kraft getretene Neufassung des § 4 Abs. 2 BetrVG wollte der Gesetzgeber verhindern, dass die Belegschaft des nicht betriebsratsfähigen Betriebs von einer kollektiven Interessenvertretung auch dann ausgeschlossen ist, wenn der Arbeitgeber betriebsratsfahige Betriebe unterhält. Auch die Belegschaft solcher nicht betriebsratsfahiger Betriebe soll von dem Betriebsrat eines anderen Betriebs mit vertre-

ten werden und an der Wahl dieses Betriebsrats teilnehmen. Unterhält der Arbeitgeber mehrere weitere Betriebe und werden in einem dieser Betriebe Arbeitgeberfunktionen in Angelegenheiten betrieblicher Mitbestimmung auch für den nicht betriebsratsfähigen Betrieb – sei es auch nur in geringem Umfang und beschränkt auf die Beratung der Leitung des nicht betriebsratsfähigen Betriebs – wahrgenommen, ist dieser Betrieb Hauptbetrieb im Sinne von § 4 Abs. 2 BetrVG. (...) Dabei kommt es auf die räumliche Entfernung von dem nicht betriebsratsfähigen Betrieb grundsätzlich nicht an, und zwar auch dann nicht, wenn der Arbeitgeber noch andere, räumlich näher zu dem nicht betriebsratsfähigen Betrieb gelegene Betriebe unterhält. Die in § 4 Abs. 2 BetrVG getroffene Regelung enthält keine Anhaltspunkte dafür, dass für die Zuordnung zum Hauptbetrieb räumliche Gesichtspunkte eine Rolle spielen. (...) Etwas anderes kann allenfalls dann angenommen werden, wenn die räumliche Entfernung zwischen dem nicht betriebsratsfähigen Betrieb und dem Betrieb, in dem in beratender Form Arbeitgeberfunktionen in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten auch für den nicht betriebsratsfähigen Betrieb wahrgenommen werden, so erheblich ist, dass von dessen Betriebsrat die Mitbestimmungsrechte für den nicht betriebsratsfähigen Betrieb nicht mehr sinnvoll ausgeübt werden können (BArbG, v. 10.1.2007 – 7 ABR 63/05, Rn 23). (...)

Die Mitarbeiter J, und die Mitarbeiterinnen M, N, G und H waren bei der Ermittlung der Zahl der Betriebsratsmitglieder nach § 9 BetrVG zu berücksichtigen; hinsichtlich der Mitarbeiter K, I, L kann dies dahinstehen. Zwar stehen sie nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber, sondern zu einer Schwestergesellschaft, der so genannten Inc (jetzt: A Germany GmbH). Ihr Arbeitsvertrag enthält jedoch eine Klausel, nach der sie sich verpflichten, bei Bedarf auf Anforderung bei dem Antragsteller zu den gleichen arbeitsvertraglichen Bedingungen tätig zu werden. Wegen des Inhalts der Arbeitsverträge wird auf Bl. 186 bis 251 der Akte Bezug genommen. Im Bereich des drittbezogenen Personaleinsatzes hat das Bundesarbeitsgericht die „Zwei-Komponenten-Lehre“ aufgegeben (5.12.2012 – 7 ABR 48/11, Rn 17 ff.) (...)

Nach § 7 S. 2 BetrVG sind Arbeitnehmer, die einem anderen Arbeitgeber zur Arbeitsleistung überlassen sind, (in dessen Betrieb) wahlberechtigt, wenn sie länger als 3 Monate im Betrieb eingesetzt werden. (...)

In Bezug auf eine Einstellung nach § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass eine Einstellung schon dann vorliegt, wenn eine Person in den Betrieb eingegliedert wird, um zusammen mit den dort schon beschäftigten Arbeitnehmern dessen arbeitstechnischen Zweck durch weisungsge-

bundene Tätigkeit zu verwirklichen. (...) (BArbG, v. 12.6.2019 – 1 ABR 5/18, Rn 16).

Bei Anwendung dieser Grundsätze werden zunächst die Mitarbeiterinnen G und H sowie der Mitarbeiter P dauerhaft, d.h. seit länger als 3 Monaten (§ 7 S. 2 BetrVG) nicht nur im Betrieb ihres Vertragsarbeitgebers (früher Inc, jetzt A Germany GmbH), sondern auch im Betrieb des Arbeitgebers eingesetzt. Dies aufgrund eines Arbeitsvertrages mit einer Konzerngesellschaft bei der sie beschäftigt sind, aber regelmäßig auch Tätigkeiten für den Arbeitgeber erbringen, indem sie unter Verwendung von dessen Briefpapier arbeitsvertragliche Maßnahmen gegenüber Arbeitnehmern, die zum Arbeitgeber in einem Arbeitsverhältnis stehen ergreifen (...). Für den Arbeitnehmer J und die Arbeitnehmerinnen M und N gilt entsprechendes. (...)

Insgesamt ergibt sich damit, dass die Zahl der regelmäßig Beschäftigten zum Zeitpunkt der Betriebsratswahl mindestens 101 Arbeitnehmer betrug: (...) Nach der Rechtsauffassung des Arbeitgebers betrug die Zahl der regelmäßig Beschäftigten lediglich 92. Hierzu sind zunächst ein weiterer Mitarbeiter (möglicher Ersatz für B), die 5 in D und E beschäftigten Mitarbeiter sowie jedenfalls die 3 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Personalabteilung G, H und P hinzuzurechnen, so dass sich eine Zahl der regelmäßig beschäftigten wahlberechtigten Arbeitnehmer von (mindestens) 101 ergibt. Dazu kommen noch die Mitarbeiterinnen M und N sowie Herr J, womit die Zahl der regelmäßigen Arbeitnehmer 104 beträgt. (...)

• Hessisches LAG

Vom 2.8.2021 – 16 TaBV 7/21

65. Kein Recht des Betriebsrates auf Unterlassung des Ausspruchs einer Abmahnung für ein bestimmtes Verhalten, die an ein einzelnes Betriebsratsmitglied gerichtet ist

Sachverhalt:

Die Beteiligten streiten im Beschlussverfahren um die Untersagung des Ausspruchs von Abmahnungen wegen der Teilnahme an Betriebsratsschulungen. Beim Beteiligten zu 1) handelt es sich um den Betriebsrat der von der Beteiligten zu 2) betriebenen Drahtseilerei, bei den Beteiligten zu 3), zu 4) und zu 5) um dessen Mitglieder. Am 7.10.2019 beschloss der Beteiligte zu 1), dass der Beteiligte zu 4) vom 16.8. bis 21.8.2020 an einer Schulungsveranstaltung zum Thema „BR kompakt 4: Arbeitszeit — Gestaltungsmöglichkeiten des BR“ in Berlin teilnehmen sollte und teilte dies der Beteiligten zu 2) mit. Am 25.5.2020 beschloss der Beteiligte zu 1), dass die Beteiligten zu 3) und zu 5) vom 6.9. bis zum 11.9.2020 an einer Schulungsveranstaltung zum Thema „Entgelt I. Richtig eingruppiert und Leistung gestalten“ in Springe teilnehmen sollten und teilte dies

der Beteiligten zu 2) mit. Die Beteiligten zu 3), zu 4) und zu 5) nahmen beschlussgemäß an den vorgenannten Schulungsveranstaltungen teil.

Mit Schreiben vom 31.8.2020 erteilte die Beteiligte zu 2) dem Beteiligten zu 4) eine Abmahnung wegen unentschuldigtem Fernbleibens von der Arbeit im Zeitraum vom 17.08 bis 21.8.2020. Mit Gegendarstellung vom 23.9.2020 wies der Beteiligte zu 4) den Vorwurf ihr gegenüber zurück. Mit Schreiben vom 28.9.2020 erteilte die Beteiligte zu 2) den Beteiligten zu 3) und zu 5) Abmahnungen wegen unentschuldigtem Fernbleibens von der Arbeit im Zeitraum vom 7.9 bis 11.9.2020. Im Rahmen einer am 5.10.2020 abgehaltenen Betriebsratssitzung entschloss sich der Beteiligte zu 1) zur Durchführung des Beschlussverfahrens gegen die Beteiligte zu 2). Der Beteiligte zu 1) meint, durch die Schulungsveranstaltungen seien den Beteiligten zu 3), zu 4) und zu 5) für ihre Betriebsratsarbeit erforderliche Kenntnisse vermittelt worden. Die Beteiligte zu 2) habe sie mittels vorgeschobener Vorwürfe wegen ihrer Betriebsrats Tätigkeit und -mitgliedschaft benachteiligt, wodurch die Betriebsratsarbeit gestört und betriebsverfassungsrechtliche Pflichten grob verletzt worden seien. Ein Anspruch auf Unterlassung des Ausspruchs weiterer Abmahnungen für die Teilnahme an Betriebsratsschulungen, den er selbst auch gerichtlich geltend machen könne, ergebe sich aus § 23 Abs. 3 und aus § 78 BetrVG, von dessen Schutz er als Organ erfasst sei.

Aus den Entscheidungsgründen:

(...) Der Beteiligte zu 1) kann den gegen die Beteiligte zu 2) geltend gemachten Anspruch nicht auf § 78 S. 1 BetrVG stützen. Da die Norm schon die erstrebte Rechtsfolge nicht trägt, kann offenbleiben, ob die streitgegenständlichen Abmahnungen zu Unrecht erteilt worden waren und ob er durch sie in der Ausübung seiner Tätigkeit behindert worden war. Der Anspruch auf Unterlassung des Ausspruchs einer Abmahnung für ein bestimmtes Verhalten, die an ein einzelnes Betriebsratsmitglied gerichtet ist, bildet ein höchstpersönliches Recht des jeweils betroffenen Mitglieds, welches dem Betriebsrat, dem es angehört, selbst nicht zusteht. Höchstpersönliche Rechte zeichnen sich dadurch aus, dass sie mit ihren Inhabern, in deren Personen sie entstanden sind, so eng verknüpft sind, dass die Möglichkeit, ihre gerichtliche Geltendmachung Dritten zu überlassen, mit dieser Verbindung in Widerspruch stünde (BGH, Urt.v. 5.7.2001 – I ZR 311/98, Rn 25, juris). Betriebsräten kann hiernach kein zur Geltendmachung jener Rechte erforderliches, kollektivrechtlich begründetes Recht, hinter dem die entsprechenden Individualrechte ihrer Mitglieder zurückzutreten hätten, zukommen. Würde man ihnen ein solches eigenständiges Recht auf „Bereinigung“ der Personal-

akte zuerkennen, wären überdies die allgemeinen Persönlichkeitsrechte ihrer betroffenen Mitglieder tangiert (BAG, Beschl. v. 4.12.2013 – 7 ABR 7/12, Rn 39, juris). Die Tatsache, dass die Betriebsratsarbeit an sich vom Schutz des § 78 S. 1 BetrVG erfasst ist (BAG, Beschl. v. 4.12.2013 – 7 ABR 7/12, Rn 34 ff. m.w.N., juris), vermag an dieser Restriktion nichts zu ändern.

Der Beteiligte kann sich auch nicht darauf berufen, dass die streitgegenständlichen Unterlassungsansprüche zusammen mit jenen Ansprüchen, die sie schützen sollen, übertragbar sind. Der Anspruch eines Betriebsratsmitglieds auf Arbeitsbefreiung unter Entgeltfortzahlung für die Teilnahme an für die Betriebsratsarbeit erforderlichen Schulungs- und Bildungsveranstaltungen aus § 37 Abs. 2, Abs. 6 S. 1 BetrVG zeichnet sich, da er seiner Natur nach nur dem ursprünglichen Gläubiger gegenüber erfüllt werden kann, ebenso durch einen höchstpersönlichen Charakter und eine daraus resultierende Unzedierbarkeit aus wie der ihn schützende Unterlassungsanspruch. Expressis verbis hat das Bundesarbeitsgericht mit der Begründung der fehlenden kollektivrechtlichen Berechtigung von Betriebsräten zur Geltendmachung höchstpersönlicher Rechte bislang nur einen Anspruch auf Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte eines seiner Mitglieder abgelehnt (BAG, a.a.O.; Beschl. v. 9.9.2015 – 7 ABR 69/13, Rn 23 ff., juris). Indes greifen die hierin aufgestellten Maximen auch vorliegend. Die Einwände der Beteiligten zu 1) vermögen daran nichts zu ändern. So ist etwa der im BAG-Beschl. v. 9.9.2015 – 7 ABR 69/13 unter Rn 25 (juris) enthaltene Passus: „Der Betriebsrat ist im Fall einer Störung oder Behinderung seiner Tätigkeit verfahrensrechtlich nicht rechtlos gestellt. Er kann dem mit Unterlassungsbegehren – ggf. auch im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes – begegnen.“ so zu verstehen, dass es dem Beteiligten zu 1) gestattet ist, solche Unterlassungsansprüche geltend zu machen, die der Durchsetzung seiner kollektivrechtlich begründeten Rechte dienen, nicht indes der darüber hinausreichenden Durchsetzung der höchstpersönlichen Rechte seiner Mitglieder. Sofern der Beteiligte zu 1) zur Begründung seiner Rechtsansicht zusätzlich auf Rn 22 (juris) rekurriert, worin es heißt: „Es erscheint nicht von vornherein als aussichtslos, den streitbefangenen Anspruch auf [§ 78 S. 1 BetrVG] zu stützen.“, verkennt er, dass das BAG sich damit – was sich schon an der Lektüre des Folgesatzes („Ob das vom Betriebsrat verfolgte Recht tatsächlich besteht, ist eine Frage der Begründetheit.“) erkennen lässt – gerade nicht zu der Begründetheitsprüfung zuzuordnenden Frage verhalten hat, ob der Anspruch für den Betriebsrat sich auch tatsächlich hierauf stützen lässt. Es erläutert lediglich, dass der Antrag nicht bereits als unzulässig abzuweisen war. Die Aussage, dass es nicht von vornherein völlig aussichtslos ist, einen Anspruch auf eine be-

stimmte Anspruchsgrundlage zu stützen, ist nicht gleichbedeutend mit der Aussage, dass er sich auch tatsächlich auf diese stützen lässt.

Der Beteiligte zu 1) hat gegen die Beteiligte zu 2) auch keinen Unterlassungsanspruch aus § 23 Abs. 3 BetrVG. Es fehlt ihm an der Antragsbefugnis, die stets nur insoweit besteht, als der Arbeitgeber gegen seine Pflichten aus dem BetrVG verstoßen hat; nicht indes, soweit er gegen seine individualarbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen hat (*Düwell*, BetrVG, 5. Aufl., § 23, Rn 61; *Engels/G./Trebinger/Linsenmaier/Schelz*, in: *Fitting [Begr.]*, BetrVG, 30. Aufl., Rn 60; *Koch*, in: *ErfK*, 21. Aufl., § 23 BetrVG, Rn 17; *Thüsing*, in: *Richardi*, BetrVG, 16. Aufl., § 23, Rn 91). Dies gilt auch und gerade für Rücksichtnahmepflichten aus § 241 Abs. 2 BGB, die hier im Falle zu Unrecht erteilter Abmahnungen verletzt worden wären. Die Regelung soll als Auf-

fangtatbestand sicherstellen, dass Gewerkschaften und Betriebsräte Störungen der betriebsverfassungsrechtlichen Ordnung beseitigen können – ausschließlich derlei Störungen und keine Verletzungen individualarbeitsvertraglicher Rechte, gegen die vorzugehen allein Sache der betroffenen Arbeitnehmer ist (*Düwell*, a.a.O., Rn 35, 61). So entsteht auch dann kein Anspruch aus § 23 Abs. 3 BetrVG, wenn parallel gegen arbeitsvertrags- und betriebsverfassungsrechtliche Pflichten verstoßen wird (*Thüsing*, a.a.O., Rn 98 m.w.N.).

Ein allgemeiner Unterlassungsanspruch des Beteiligten zu 1) gegen die Beteiligte zu 2) kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil die Verletzung eines seiner Mitbestimmungsrechte weder vorgetragen noch ersichtlich ist. (...)

- ArbG Halle (Saale)
vom 7.6.2021 – 8 BV 75/20 NMB

Prozessuales

66. Zur Wirksamkeit eines Einigungsstellenanspruchs bei Nutzung des Konferenzsystems Cisco Webex

Sachverhalt:

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit eines Einigungsstellenanspruchs zur Dienstplanung im Innendienst. Aufgrund von Meinungsverschiedenheiten bei der Aufstellung von Regelungen über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen sowie Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage und zur vorübergehenden Verkürzung bzw. Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit des Innendienstes im K Betrieb führten die Arbeitgeberin und der Betriebsrat der K Niederlassung ein Einigungsstellenverfahren mit dem Regelungsgegenstand „Dienstplan Innendienst/Beginn und Ende der Arbeitszeit“ durch.

Die erste Sitzung der Einigungsstelle erfolgte als Präsenzsitzung, die zweite Sitzung wurde am 14.5.2020 pandemiebedingt mit Zustimmung der Beteiligten als Videokonferenz mit der Software C W durchgeführt. Da keine Einigung erzielt werden konnte, erging in der zweiten Sitzung ein Spruch in Form der „Betriebsvereinbarung Dienstplanung Innendienst“. Der Einigungsstellenbeschluss wurde der Antragstellerin am 20.5.2020 zugeleitet. Mit ihrer am 3.6.2020 bei dem Arbeitsgericht Köln eingereichten Antragschrift macht die Arbeitgeberin die Unwirksamkeit des Beschlusses geltend. Sie hat u.a. die Auffassung vertreten, dass die Einigungsstelle nicht per Videokonferenz hätte tagen und entscheiden dürfen.

Das Arbeitsgericht hat die Anträge der Arbeitgeberin mit einem am 13.1.2021 verkündeten Beschluss als unbegründet zurückgewiesen und den Einigungsstellenanspruch als formell wirksam angesehen. Die Einigungsstelle habe gemäß § 129 Abs. 2 BetrVG per Videokonferenz verhandeln und entscheiden dürfen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Arbeitgeberin.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die zulässige Beschwerde der Arbeitgeberin ist unbegründet. Zu Recht hat das Arbeitsgericht den Einigungsstellenbeschluss vom 14.5.2020 für wirksam erachtet (...) Der Beschluss der Einigungsstelle begegnet keinen durchgreifenden formellen Bedenken. Dass die Einigungsstelle den Beschluss am 14.5.2020 im Rahmen einer Videokonferenz gefasst hat, führt nicht zu dessen Unwirksamkeit. Die Zulässigkeit von Videokonferenzen im Rahmen von Betriebsratssitzungen und zur Durchführung von Einigungsstellenverfahren war umstritten, wurde zuletzt aber zunehmend bejaht (etwa *Fündling/Sorber*, NZA 2017, 552; *Thüsing/Beden*, BB 2019, 372; *Lütkehaus/Powietzka*, NZA 2020, 552; kritisch hingegen *Däubler/Klebe*, NZA 2020, 545, 546). Gemäß der rückwirkend für die Zeit ab dem 1.1.2020 zunächst bis zum 31.12.2020 befristeten und derzeit bis zum 30.6.2021 verlängerten Vorschrift des § 129 Abs. 1 und 2 BetrVG hatte der Gesetzgeber ausdrücklich festgelegt, dass die Teilnahme an Einigungsstellen-sitzungen sowie die Beschlussfassung während der Corona-Pandemie mittels Video- und Telefonkonferenz erfolgen können, wenn sichergestellt ist, dass Dritte vom Inhalt der Sitzung keine Kenntnis nehmen können.

Letzteres dient dem Datenschutz und konkretisiert zugleich den „elementaren Verfahrensgrundsatz“ (BAG, Beschl. v. 18.1.1994 – 1 ABR 43/93, BAGE 75, 261-266, Rn 17), dass die Einigungsstelle einen Beschluss in Abwesenheit der Betriebsparteien aufgrund nichtöffentlicher mündlicher Beratung fasst. Dies entspricht dem Prinzip der Nichtöffentlichkeit nach § 30 Abs. 1 Satz 4 BetrVG (*Däubler/Klebe*, NZA 2020, 545, 548; *ErfK/Kania*, 21. Aufl. 2021, § 129, Rn 2). Ein Verstoß gegen diesen Grundsatz würde den Spruch der Einigungsstelle unwirksam machen (vgl. BAG, Beschl. v. 18.1.1994 – 1 ABR 43/93, BAGE 75, 261-266, Rn 17; *Fitting*, 30. Aufl. 2020, § 76 BetrVG, Rn 74). Die heutigen marktgängigen Konferenzsysteme bieten durchweg die Möglichkeit einer hinreichend sicheren und verschlüsselten Kommunikation (*Althoff/Sommer*, ArbRAktuell 2020, 250, 252). Auch C W gehört zu den hinreichend sicheren Konferenzsystemen, wie sie der Gesetzgeber bei der Einführung des § 129 BetrVG vor Augen hatte. So heißt es in den Gesetzesmaterialien ausdrücklich, dass die Regelung „für einen begrenzten Zeitraum, Sitzungen und Beschlussfassungen mittels Video- und Telefonkonferenz einschließlich online gestützter Anwendungen wie Webex Meetings oder Skype“ ermöglichen soll (BT-Drucks 19/18753, S. 28). Mit dieser Einschätzung steht der Bundesgesetzgeber nicht allein. Auch der Landesbetrieb IT.NRW, der für die IT-Infrastruktur der nordrhein-westfälischen Landesverwaltung zuständig ist, stellt den Behörden C W zur Durchführung von Online-Konferenzen und Gerichtsverhandlungen zur Verfügung. Eine mutwillige, heimliche und damit unzulässige Aufzeichnung durch Teilnehmer mag zwar technisch nicht ausgeschlossen sein. Dies wäre jedoch kein taugliches Kriterium, um im Einigungsstellenverfahren die Zulässigkeit einer Videokonferenz verneinen zu können. Denn eine technische Aufzeichnung wäre mit Smartphones und Tablets auch bei Präsenzsitzungen nicht ausgeschlossen (*Althoff/Sommer*, ArbRAktuell 2020, 250, 252).

Dass das Videokonferenzsystem C W nach Darlegung der Arbeitgeberin personenbezogene (Daten) in ein Land außerhalb der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraums wie die U übermittelt, schloss seine Nutzung für die Einigungsstelle nicht aus. Eine Übermittlung personenbezogener Daten in Drittländer ist gemäß Art. 44 Satz 1 DSGVO nur zulässig, wenn der Verantwortliche und der Auftragsverarbeiter die Bestimmungen der DSGVO einhalten. Gemäß Art. 45 Abs. 1 Satz 1 DSGVO darf eine Übermittlung personenbezogener Daten an ein Drittland oder eine internationale Organisation vorgenommen werden, wenn die Kommission beschlossen hat, dass das betreffende Drittland ein angemessenes Schutzniveau bietet. Mit Durchführungsbeschluss (EU) 2016/1250 (ABI L 207 vom 1.8.2016, S. 1-112) hatte die Kommis-

sion festgestellt, dass die USA mit der EU-US-Datenschutzvereinbarung (Privacy Shield) ein angemessenes Schutzniveau für personenbezogene Daten gewährleisten. Der Europäische Gerichtshof hat diesen Durchführungsbeschluss zwar für unwirksam erklärt (EuGH, Ur. v. 16.7.2020 – C-311/18, NJW 2020, 2613 – Schrems II). Jedoch darf ein Verantwortlicher oder ein Auftragsverarbeiter personenbezogene Daten an ein Drittland gemäß Art. 46 DSGVO auch dann übermitteln, wenn er geeignete Garantien vorgesehen hat und den betroffenen Personen durchsetzbare Rechte und wirksame Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen. So können die von der Kommission gemäß Art. 46 Abs. 2 Buchst. c DSGVO erlassenen Standarddatenschutzklauseln grundsätzlich weiterhin genutzt werden. C be ruht sich insoweit auch darauf, dass die C Datenschutz-Rahmenvereinbarung („Master Data Protection Agreement – MDPA“) schon vor der Schrems-II-Entscheidung die EU-Standarddatenschutzklauseln enthalten habe. (...)

d) Im Übrigen hatte die Einigungsstelle hinreichend sichergestellt, dass Dritte vom Inhalt der Sitzung keine Kenntnis nehmen können. Nach der unwidersprochenen Darlegung des Betriebsrats hatten sich die Sitzungsteilnehmer mit ihrem Namen oder den ihnen zugeordneten Zugangsdaten angemeldet, wobei das Konferenzsystem ständig eine Liste der teilnehmenden Person angezeigt hatte. Die Mitglieder der Einigungsstelle waren belehrt worden, dass sie mitzuteilen hätten, wenn eine andere Person den Raum betrete, indem sie sich befänden. Jeder Teilnehmer hatte zudem auf Nachfrage bestätigt, dass er sich allein in einem geschlossenen Raum befinde. Die Einigungsstelle ist damit den in der Literatur aufgeführten Empfehlungen gefolgt (etwa *Däubler/Klebe*, NZA 2020, 545, 548 f.) (...).

• LAG Köln

vom 25.6.2021 – 9 TaBV 7/21

**eingereicht Prof. Dr. Thomas Hoeren
Institut für Informations-, Telekommunikations-,
und Medienrecht (ITM) der Universität Münster
Leonardo-Campus 9, 48149 Münster
Tel.: 0251/8338600
E-Mail: hoeren@uni-muenster.de, www.itm.nrw**

67. Keine Bewilligung von PKH bei mangelnden Erfolgsaussichten eines Wiedereinsatzantrages

Sachverhalt:

Die Parteien streiten in der Hauptsache um die Wirksamkeit einer seitens der Beklagten ausgesprochenen Kündigung und im Wege der Widerklage durch die Beklagten geltend gemachte Schadensersatz- und Herausgabeansprüche. Im Kammertermin am 7.4.2021 erschien der Kläger nicht. Es erging Versäumnisurteil.

Am Tag des Kammertermins, jedoch nach Erlass des Versäumnisurteils, beantragte der Kläger noch per Telefax gegenüber dem Gericht, die Klagebegründungs- und Erwidierungsfrist zu verlängern. Das Versäumnisurteil ist dem Kläger am 13.4.2021 zugestellt worden. Mit am 27.4.2021 beim Arbeitsgericht eingegangenen Telefax hat der Kläger gegen das Versäumnisurteil Einspruch eingelegt und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Zur Begründung führte er aus, er habe seine schwerstpflegebedürftigen Eltern im weit entfernten Duisburg pflegen müssen, sei daher erst am 25.4.2021 nach Hause zurückgekehrt und habe am darauffolgenden 26.4.2021 erst das Versäumnisurteil aus seinem Briefkasten entnommen.

Mit Urte. v. 19.5.2021 hat das Arbeitsgericht den Antrag des Klägers auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Einspruchsfrist gegen das Versäumnisurteil vom 7.4.2021 zurückgewiesen und den Anspruch des Klägers gegen dieses Versäumnisurteil als unzulässig verworfen. Zur Begründung hat das Gericht angeführt, die Säumnis sei nicht grundlos erfolgt. Ihm sei der Termin zur mündlichen Verhandlung vor der Kammer am 7.4.2021 bekannt gewesen. Er sei daher verpflichtet gewesen, sich Kenntnis vom Ausgang des Termins zu verschaffen und entsprechend zu reagieren.

Gegen dieses Urteil hat der Kläger beim Landesarbeitsgericht einen Antrag auf Prozesskostenhilfe für ein beabsichtigtes Berufungsverfahren gestellt. Das Landesarbeitsgericht hat den Antrag zurückgewiesen.

Aus den Entscheidungsgründen:

(...) Der Prozesskostenhilfeantrag ist unbegründet, da die Voraussetzungen des § 114 Abs. 1 ZPO für die von dem Kläger beabsichtigte Berufung gegen das erstinstanzliche Urte. v. 19.5.2021 nicht vorliegen. Nach § 114 Abs. 1 ZPO ist einer Partei, die aufgrund ihrer persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse die Kosten der Prozessführung nicht oder nur zum Teil oder nur in Raten aufbringen kann, Prozesskostenhilfe zu bewilligen, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint. Voraussetzung für die Bejahung von Erfolgsaussichten für die Rechtsverfolgung ist, dass nach dem Sachvortrag des Antragstellers unter Zugrundelegung einer vertretbaren Rechtsauffassung das Begehren Erfolg haben kann.

Diese Voraussetzungen sind nicht gegeben. (...) Das Arbeitsgericht hat mit Urte. v. 19.5.2021 den Wiedereinsetzungsantrag zu Recht zurückgewiesen. Dem Kläger konnte wegen der Versäumung der Einspruchsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht gewährt werden. Der gemäß §§ 234 Abs. 1 S. 1, 236 ZPO zulässige Antrag ist unbegründet, weil die Voraussetzun-

gen des § 233 ZPO, wonach Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren ist, wenn eine Partei ohne ihr Verschulden die Frist versäumt, nicht gegeben sind. Der Kläger hat eine schuldlose Versäumung der Einspruchsfrist in seinem Wiedereinsetzungsantrag nicht dargetan. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand setzt voraus, dass die Partei ohne ihr Verschulden verhindert war, die versäumte Frist einzuhalten. Dem Kläger war zunächst zuzustimmen, dass hier kein Fall einer länger als sechs Wochen dauernden Abwesenheit vorlag, bei der der Zustellungsadressat gegebenenfalls Vorkehrungen zu treffen hat, um rechtzeitig Kenntnis von der Zustellung zu erlangen. (...)

Jedoch war der Kläger im vorliegenden Fall ordnungsgemäß zum Termin zur Kammerverhandlung am 7.4.2021 geladen. Zu diesem Termin ist er unentschuldig nicht erschienen, sein Fax vom selben Tag ist erst fast 12 Stunden nach dem Termin zur Kammerverhandlung gegen 22:16 Uhr an das Gericht gefaxt worden. Der Kläger musste daher ohne weiteres damit rechnen, dass in dem Termin zur Kammerverhandlung, wie tatsächlich geschehen, ein Versäumnisurteil gegen ihn erlassen wird. Hier bestand daher eine höhere Sorgfaltspflicht. Der Kläger hätte sich zumindest telefonisch über das Ergebnis der Kammerverhandlung vom 7.4.2021 erkundigen müssen bzw. hätte Vorkehrungen für die offensichtlich zu erwartende Zustellung des Sitzungsergebnisses treffen müssen (...)

• LAG Sachsen-Anhalt
vom 1.9.2021 – 4 Sa 524/21

**eingereicht von RA und FA für ArbR Roland Gross
Gross Rechtsanwälte**

An der Milchinsel 2, 04103 Leipzig

Tel.: 0341/98462-0, Fax: 0341/98462-24

E-Mail: leipzig@advo-gross.de,

www.advo-gross.de

68. PKH – keine Antragsablehnung bei verspäteter Vorlage der Unterlagen, wenn das Gericht seinerseits die Entscheidung verzögert hat

Sachverhalt:

In der Hauptsache führten die Parteien auf Grundlage vom 9.4.2020 einen Kündigungsrechtsstreit. Die Rechtssache endete im Zuge der Kammerverhandlung am 14.1.2021 mit Abschluss eines Vergleiches. Der Kläger hielt mit Beschl. v. 31.7.2020 antragsgemäß für die Klage ratenfreie PKH. Der Kläger hat auch für die Klageerweiterung jeweils die Bewilligung von PKH beantragt und darauf hingewiesen, dass sich an den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen nichts geändert habe. Diesen Antrag hat das Arbeitsgericht mit Beschl. v. 11.2.2021 zurückgewiesen. Zur Begründung gab es an, in der mündlichen Verhandlung vom

14.1.2021 sei dem Kläger unter Fristsetzung und Ablehnungsandrohung bis 4.2.2021 aufgegeben worden, eine aktualisierte Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse vorzulegen. Dies habe der Kläger versäumt.

Hiergegen erhob der Kläger am 15.2.2021 sofortige Beschwerde und verwies auf die laut Poststempel beim Arbeitsgericht am 11.2.2021 im Original eingereichte Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse. Er habe diese schon mit Schriftsatz vom 3.2.2021 zur Post gegeben, wo sie aber zu seiner Überraschung offensichtlich erst am 11.2.2021 eingegangen sei. Ferner wies der Kläger darauf hin, dass das Arbeitsgericht trotz Entscheidungsreife und Termin vom 14.1.2021 keine Entscheidung über die PKH für die Klageerweiterungsanträge getroffen habe. Erst im Termin sei er aufgefordert worden, eine aktualisierte Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse vorzulegen. Deshalb habe es nicht am Kläger gelegen, dass nicht spätestens im Kammertermin über die Bewilligung von PKH entschieden werden konnte.

Aus den Entscheidungsgründen:

(...) In der Sache hat die Beschwerde des Klägers Erfolg. Grundsätzlich kann das Gericht PKH ablehnen, wenn eine formgerecht gesetzte gerichtliche Frist zur Vorlage von Unterlagen nicht eingehalten wurde. Dies gilt jedoch nicht, wenn das Gericht seinerseits die Entscheidung über den Antrag verzögert hat. In diesem Fall kann PKH rückwirkend bewilligt werden. (...) Ist der PKH-Antrag entscheidungsreif, ist aufgrund des Beschleunigungsgebots unverzüglich über die PKH zu entscheiden. Auch das Verfahrensgrundrecht auf ein faires Verfahren verbietet, die Entscheidung über einen entscheidungsreifen PKH – Antrag zurückzustellen und die nach Durchführung der Beweisaufnahme oder Erledigung des Verfahrens abzuweisen. Dasselbe gilt für die Antragsbearbeitung im Kammertermin mit Fristsetzung zum erneuten Sachvortrag zu den subjektiven Verhältnissen. Das in der Praxis zu beobachtende Zu-

warten bei Entscheidungsreife der PKH bis zur mündlichen Verhandlung in der Hauptsache oder gar bis zum Erlass einer Entscheidung in der Hauptsache ist daher unzulässig. Entsprechendes muss gelten, wenn die Sachermittlung zum PKH-Antrag ohne hinreichende Sachgründe erst im Kammertermin durchgeführt wird und die daraus folgende Vorlagefrist kurz nach dem Kammertermin abläuft.

Entscheidet das Gericht nicht unverzüglich, führt dieser Verfahrensfehler grundsätzlich nicht dazu, dass PKH trotz fehlender Erfolgsaussicht zu bewilligen wäre. Der Hilfsbedürftige kann in einem solchen Fall seinen Anspruch auf PKH nach Abschluss der Instanz mit der sofortigen Beschwerde verfolgen und die rückwirkende Bewilligung erreichen, auch dann, wenn die Entscheidungen der Hauptsache inzwischen rechtskräftig geworden ist. (...) Vorliegend hat das Arbeitsgericht trotz Entscheidungsreife bis zum Kammertermin vom 14.1.2021 keine Entscheidung über die PKH für die Klageerweiterungsanträge getroffen. Erst im Termin wurde der Kläger aufgefordert, eine aktualisierte Erklärung vorzulegen. Deshalb hat es nicht am Kläger gelegen, dass nicht spätestens im Kammertermin über die Bewilligung von PKH für die Klageerweiterung entschieden werden konnte. Das Gericht hat es in der Hand gehabt, den Antragsteller rechtzeitig vor dem Kammertermin aufzufordern, ergänzende Unterlagen vorzulegen, was unterblieben ist. Aus diesem Grund kann der Kläger trotz Fristablauf noch PKH erhalten. (...)

• Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg vom 17.08.2021 – 22 Ta 36/21

**eingereicht von RA und FA für FamR Robert Schießle und RA und FA für ArbR Jochen Link
Rechtsanwälte Brugger & Schießle
Niedere Straße 63,
78050 Villingen-Schwenningen
Tel.: 07721/33166, Fax: 07721/33197
E-Mail: link@anwaltskanzlei-vs.de,
www.anwaltskanzlei-vs.de**

Streitwert und Gebühren

69. Keine Erstattung einer Gebühr nach Nr. 3200 1VV RVG

Sachverhalt:

Die Klägerin begehrt mit ihrem Kostenfestsetzungsantrag die Festsetzung einer 1,1-Verfahrensgebühr nach Nr. 3201 VV RVG nach Rücknahme der Berufung durch die Beklagte. Die erstinstanzlich unterlegene Beklagte legte gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 16.7.2020 am 3.9.2020 Berufung ein. Der Schrift-

satz enthält weder Anträge noch eine Begründung, aber einen Hinweis darauf, dass die Einlegung nur zur Fristwahrung erfolge, verbunden mit der Bitte, es möge sich noch kein Prozessbevollmächtigter bestellen. Der Schriftsatz ist der Klägerin am 26.9.2020 zugestellt worden. Noch am selben Tag ist bei dem Landesarbeitsgericht durch die erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten der Klägerin per Fax eine Vertretungsanzeige eingereicht worden. Mit dem Schriftsatz sind zugleich die Zurückweisung der Berufung und die Bewilli-

gung von Prozesskostenhilfe beantragt worden. Mit Schriftsatz vom 2.10.2020 hat die Beklagte in Bezug auf die Berufungsbegründung Fristverlängerung beantragt, da wegen Arbeitsüberlastung eine Rücksprache mit der Mandantin noch nicht möglich gewesen sei. Die Frist ist bis zum 3.11.2020 verlängert worden. Mit einem am 3.11.2020 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz vom selben Tag nahm die Beklagte die Berufung zurück. Mit Beschl. v. 19.11.2020 sind der Beklagten nach § 516 Abs. 3 ZPO die durch das Rechtsmittel der Berufung entstandenen Kosten auferlegt worden. Der Streitwert ist mit Beschl. v. 22.2.2021 auf 1.575,60 EUR festgesetzt worden.

Die Klägerin hat nach entsprechenden Hinweisen zur Höhe des Streitwerts und des maßgeblichen Umsatzsteuersatzes mit Schriftsatz vom 17.3.2021 zuletzt die Festsetzung der Kosten für das Berufungsverfahren beantragt und insoweit eine 1,1-Verfahrensgebühr nach Nr. 3201 VV RVG in Ansatz gebracht sowie Auslagen, insgesamt 214,60 EUR. Durch die Stellung des Sachantrags sei bereits „eine volle Verfahrensgebühr nach Nr. 3201 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 RVG“ entstanden. Es komme insbesondere nicht darauf an, ob der Prozessantrag zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung erforderlich gewesen ist.

Das Arbeitsgericht (Rechtspflegerin) hat den Antrag mit Beschl. v. 25.6.2021 zurückgewiesen und das im Wesentlichen damit begründet, dass eine Gebühr zwar angefallen, aber nicht erstattungsfähig sei. Eine sachgerechte Prüfung des Rechtsmittels sei ohne Vorliegen einer Begründung noch nicht möglich gewesen. Der Antrag habe daher gegen das Kostenschonungsgebot verstoßen. Die Klägerin hat gegen den ihr am 30.6.2021 zugestellten Beschluss mit einem bei dem Arbeitsgericht am 12.7.2020 eingegangenen Schriftsatz sofortige Beschwerde eingelegt.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Eine Verfahrensgebühr ist der Klägerin durch die Beklagte nicht zu erstatten, weil die von ihrem zweitinstanzlichen Prozessbevollmächtigten entfalteten Tätigkeiten teilweise noch zum ersten Rechtszug gehörten und die Bestellsanzeige sowie der Zurückweisungsantrag zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht notwendig waren und gegen ihre Obliegenheit verstießen, die Kosten der Rechtsverteidigung möglichst niedrig zu halten. Die von den erstinstanzlich bereits für die Klägerin aufgetretenen Prozessbevollmächtigten vorgenommenen Tätigkeiten gehörten z.T. noch zum erstinstanzlichen Verfahren und konnten daher insoweit im Rahmen des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens gesondert keine Gebühren auslösen. Bei einer Tätigkeit des erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten nach Zugang des Urteils ist danach zu unterscheiden,

ob die Tätigkeit noch zum erstinstanzlichen Verfahren gehört und daher mit der Verfahrensgebühr nach Nr. 3100 VV RVG abgegolten ist oder eine sonstige Einzeltätigkeit darstellt, die eine gesonderte Verfahrensgebühr auslöst. Die Entgegennahme des Auftrags allein lässt die Verfahrensgebühr nicht entstehen (vgl. BGH, v. 6.12.2007 – IX ZB 223/06, Rn 6; aA LAG Schleswig-Holstein 19.3.2014 – 3 Ta 36/14, Rn 10; OLG Brandenburg, v. 12.9.2008 – 6 W 146/08, Rn 9). Während auch die bloße Entgegennahme der Berufung und ihre Mitteilung an den Auftraggeber, die Übermittlung der Bitte, mit der Bestellung eines Prozessbevollmächtigten noch zu warten, die Prüfung des fristgerechten Eingangs eines gegnerischen Rechtsmittels, die Besprechung des Berufungsurteils mit dem Auftraggeber und die Belehrung über das zulässige Rechtsmittel noch dem erstinstanzlichen Verfahren zuzuordnen und daher von der Verfahrensgebühr nach Nr. 3100 VV RVG mitumfasst sind (vgl. BGH, v. 10.7.2012 – VI ZB 7/12, Rn 5; v. 15.10.2013 – XI ZB 2/13, Rn 9 f.; v. 8.3.2017 – X ZB 11/16, Rn 4 f.), kann eine Gebühr auslösende sonstige Einzeltätigkeit vorliegen, wenn der zweitinstanzliche Prozessbevollmächtigte im Auftrag des Rechtsmittelgegners die Erfolgsaussichten der Nichtzulassungsbeschwerde prüft und sich sachlich damit auseinandersetzt (vgl. BGH, v. 29.4.2019 – X ZB 4/17, Rn 16) oder einen Zurückweisungsantrag bei Gericht einreicht.

Danach scheidet hier der Ansatz einer Gebühr u.a. für die Entgegennahme und Weiterleitung der Berufung aus. Die Erstattung einer Gebühr für die Fertigung des Bestellschriftsatzes sowie die Einreichung eines Zurückweisungsantrags, was nicht mehr zum Berufungsrechtszug gehörte (vgl. dazu BGH, v. 10.7.2012 – VI ZB 7/12, Rn 6), kommt hier nicht in Betracht, weil diese Maßnahmen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht erforderlich waren und das Kostenschonungsgebot verletzt ist. Bei der Frage, ob durch eine Prozesspartei verursachte Anwaltskosten erstattungsfähig sind, ist zu unterscheiden, ob die durch die Beauftragung eines Rechtsanwalts verursachten Kosten bei Beachtung des Schonungsgebots überhaupt erstattungsfähig sind. (...) Können im Ergebnis der Prüfung die durch die Beauftragung eines Rechtsanwalts verursachten Kosten grundsätzlich erstattungsfähig sein, wovon wegen § 92 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 ZPO regelmäßig auszugehen ist, ist weiter zu prüfen, ob die einzelnen Maßnahmen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren, wie das § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO vorsieht. Dabei ist zu beachten, dass die gesetzlichen Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts nach § 91 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 ZPO als zweckentsprechende Kosten der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung gelten. Die gesetzlichen Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts gelten unab-

hängig von den konkreten Umständen stets als zweckentsprechend verursachte Kosten, § 92 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 ZPO. (...)

Grundsätzlich darf der Rechtsmittelgegner also auch bereits vor Begründung des Rechtsmittels einen Rechtsanwalt mit seiner Prozessvertretung beauftragen und im Fall seines Obsiegens nach § 91 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 ZPO die entstandenen Kosten geltend machen (vgl. BGH, v. 2.7.2009 – V ZB 54/09, Rn 10). Die gesetzlichen Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts gelten von Rechts wegen als zweckentsprechende Kosten der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung (vgl. BGH, v. 4.2.2003 – XI ZB 21/02; 26.4.2005 – X ZB 17/04; v. 2.11.2011 – XII ZB 458/10, Rn 35). (...)

Maßgeblich ist allein die Frage, ob eine verständige Prozesspartei in der gleichen Situation ebenfalls einen Anwalt beauftragt hätte, was für einen Rechtsmittelgegner der Regelfall ist (vgl. BAG, v. 18.11.2015 – 10 AZB 43/15, Rn 21; BGH, v. 17.12.2002 – X ZB 9/02, zu II 3 c der Gründe; BAG, v. 14.11.2007 – 3 AZB 36/07, Rn 12). Durch § 91 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 ZPO ist allerdings nur die Beauftragung eines Rechtsanwalts der Überprüfung ihrer Notwendigkeit entzogen, nicht auch die einzelne sich daran anschließende Maßnahme des Rechtsanwalts (str., zum Streitstand BGH, v. 7.2.2018 – XII ZB 112/17, Rn 18 ff.). § 91 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 ZPO erspart nicht die Prüfung, ob die einzelnen Maßnahmen der Prozessbevollmächtigten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder -verteidigung notwendig waren (vgl. BAG, v. 18.11.2015 – 10 AZB 43/15, Rn 22). Die durch die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts verursachten Kosten können dann nicht erstattungsfähig sein, wenn diese offensichtlich nutzlos ist. (...) Bei der Überprüfung der Erstattungsfähigkeit von Rechtsanwaltskosten soll im Übrigen entscheidend auf das Merkmal der „zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung“, nicht aber auf das der „Notwendigkeit“ im Sinne von § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO abzustellen sein (vgl. BAG, v. 18.11.2015 – 10 AZB 43/15, Rn 22). Danach sind auch vor dem Hintergrund des § 91 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 ZPO Fälle denkbar, bei denen eine Kostenerstattung nicht in Betracht kommt. Von der grundsätzlichen Anerkennung der Notwendigkeit der Beauftragung eines Rechtsanwalts ist die Frage zu unterscheiden, welche Maßnahmen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung für erforderlich gehalten werden dürfen. Auch insoweit ist zu beachten, dass eine Partei die Erstattung der durch das Tätigwerden ihres Rechtsanwalts verursachten Kosten nur insoweit erwarten kann, als der aus dem Prozessrechtsverhältnis nach Treu und Glauben erwachsenden Obliegenheit genügt ist, die Kosten möglichst niedrig zu halten (vgl. BGH, v. 2.5.2007 – XII ZB 156/06, Rn 12 f.; v.

10.5.2010 – II ZB 3/09, Rn 13; v. 10.7.2012 – VI ZB 7/12, Rn 9 m.w.N.). Demzufolge kann eine Erstattung der Anwaltsgebühren dann nicht verlangt werden, wenn für die Tätigkeit des Anwalts ausnahmsweise kein Anlass bestand (vgl. BAG, v. 18.4.2012 – 3 AZB 22/11, Rn 10). (...)

Bei Zugrundelegung dieser Gesichtspunkte sind die durch den Zurückweisungsantrag und die Bestellungenanzeige veranlassten Anwaltsgebühren nicht erstattungsfähig. Zweckentsprechend ist eine Maßnahme, die eine verständige Prozesspartei bei der Führung des Rechtsstreits in dieser Lage als sachdienlich ansehen musste. Notwendig sind dann alle Kosten, die durch die zweckentsprechenden Maßnahmen entstanden sind (vgl. BGH, v. 29.4.2019 – X ZB 4/17, Rn 22). Die Bestellungenanzeige war schon deshalb nicht zweckentsprechend, da sie das Verfahren nicht fördern konnte. Die Prozessbevollmächtigten der Klägerin waren aufgrund ihrer Vertretung im erstinstanzlichen Verfahren ohnehin als Bevollmächtigte im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde zu behandeln, § 87 Abs. 1 ZPO (vgl. LAG Berlin-Brandenburg, v. 15.10.2019 – 17 Ta (Kost) 6079/19, zu II 2 b bb der Gründe). Auch die Fertigung des Schriftsatzes mit dem Zurückweisungsantrag war in der konkreten Situation nicht zweckentsprechend i.S.d. § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Ein solcher Antrag auf Zurückweisung der Berufung ist im Sinne des Gebührenrechts allerdings als Sachantrag anzusehen, sodass dem zum Prozessbevollmächtigten bestellten Rechtsanwalt des Rechtsmittelbeklagten, der einen Schriftsatz mit diesem Inhalt bei Gericht eingereicht hat, die volle 1,6-Verfahrensgebühr nach Nr. 3200 VV RVG zusteht (vgl. BAG 16.7.2003 – 2 AZB 50/02, Rn 12). Der Erstattungsfähigkeit steht jedoch entgegen, dass es nicht ersichtlich ist, welche Prozessförderung von einem Antrag auf Zurückweisung der Berufung ausgehen konnte, solange mangels einer Berufungsbegründung eine sachgerechte Prüfung des Rechtsmittels nicht möglich war (vgl. BAG, v. 16.7.2003 – 2 AZB 50/02, Rn 15), und zwar unabhängig davon, ob das Rechtsmittel ausdrücklich nur zur Fristwahrung eingelegt wurde oder nicht (vgl. BGH, v. 28.2.2013 – V ZB 132/12, Rn 13). Ein Rechtsmittelgegner kann sich erst nach Vorliegen der Rechtsmittelbegründungsschrift mit Inhalt und Umfang des Angriffs des Rechtsmittelführers sachlich auseinandersetzen und durch einen entsprechenden Gegenantrag sowie dessen Begründung das Verfahren fördern, was auf die Erstattungsfähigkeit von Gebühren für solche Tätigkeiten durchschlägt, die sinnvoll nur aufgrund einer sachlichen Prüfung des Streitstoffs in der Rechtsmittelinstanz vorgenommen werden können (vgl. BGH, v. 15.10.2013 – XI ZB 2/13, Rn 14). Das führt hier im Ergebnis dazu, dass eine durch den Zu-

rückweisungsantrag angefallene Verfahrensgebühr in vollem Umfang nicht erstattungsfähig ist. (...)

- LAG Berlin-Brandenburg
vom 8.9.2021 – 26 Ta (Kost) 6166/21

70. Vergleichsmehrwert – Einigung auf Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Auskunftsklage

Sachverhalt:

Gegenstand des Rechtsstreits war ursprünglich ein Auskunftsantrag. Bereits in der Klageschrift wies die Klägerin auf zahlreiche Unstimmigkeiten unter den Parteien hin. Es wurden die Perspektiven und Möglichkeiten einer weiteren Beschäftigung diskutiert. Auch beschädigtes wechselseitiges Vertrauen ist in der Klageschrift erwähnt worden. Am 17.6.2021 hat das Arbeitsgericht das Zustandekommen eines Beendigungsvergleichs festgestellt, nachdem die Arbeitgeberseite einen entsprechenden Vorschlag eingereicht hatte. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist zum 14.6.2021 aufgelöst worden. Das Arbeitsgericht hat mit Beschl. v. 13.8.2021 den Ansatz eines Vergleichsmehrwerts mit der Begründung abgelehnt, dass es keine Anhaltspunkte dafür gebe, dass die Beklagte den Ausspruch der Kündigung ernsthaft erwogen oder eine Kündigung angekündigt hätte. Die Prozessbevollmächtigten der Klägerin haben gegen den ihnen am 25.8.2021 zugestellten Beschluss mit einem am 26.8.2021 beim Arbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Beschwerde eingelegt und die Festsetzung eines Vergleichsmehrwerts im Hinblick auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend gemacht. Das Arbeitsgericht hat der Beschwerde mit Beschl. v. 27.8.2021 nicht abgeholfen.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die zulässige Beschwerde ist begründet. Der Vergleich der Parteien beinhaltet eine einen Vergleichsmehrwert auslösende Regelung zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Die anwaltliche Einigungsgebühr entsteht für die Mitwirkung beim Abschluss eines Vertrags, durch den der Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis beseitigt wird, es sei denn, der Vertrag beschränkt sich ausschließlich auf ein Anerkenntnis oder einen Verzicht (Nr. 1000 Abs. 1 der Anlage 1 zum RVG). In den Wert eines Vergleichs sind daher die Werte aller rechtshängigen oder nicht-rechtshängigen Ansprüche einzubeziehen, die zwischen den Parteien streitig oder ungewiss waren und die mit dem Vergleich geregelt wurden. Demgegenüber ist die bloße Begründung einer Leistungspflicht in dem Vergleich für den Vergleichsmehrwert ohne Bedeutung; denn es kommt für die Wertfestsetzung darauf an, worüber – und nicht worauf – die Parteien sich geeinigt haben. Auch genügt es für die Festsetzung ei-

nes Vergleichsmehrwertes nicht, dass durch den Vergleich ein Streit vermieden wurde. Ein Titulierungsinteresse kann nur dann berücksichtigt werden, wenn der geregelte Anspruch zwar unstreitig und gewiss, seine Durchsetzung aber ungewiss war (vgl. LAG Berlin-Brandenburg, v. 8.3.2017 – 17 Ta (Kost) 6013/17, Rn 2).

Die Festsetzung eines Vergleichsmehrwerts ist danach nicht bereits dann gerechtfertigt, wenn die Parteien während ihrer Vergleichsverhandlungen über die gerichtlich anhängigen Gegenstände weitere Ansprüche ansprechen und auch sie eine Regelung in dem Vergleich erfahren. Zwar wird eine Einigung der Parteien häufig nur zu erreichen sein, wenn derartige Vereinbarungen getroffen werden; denn die Parteien sind nicht selten nur dann zum Abschluss eines Vergleichs bereit, wenn weitere Fragen geregelt werden und ein diesbezüglicher zukünftiger Streit vermieden wird. Die Tätigkeit des Rechtsanwalts, die zum Abschluss eines Vergleichs führt, ist jedoch mit der Einigungsgebühr als solcher abgegolten. Für die Festsetzung eines Vergleichsmehrwerts und die damit verbundene Gebührenerhöhung muss darüber hinaus festgestellt werden, dass die geregelten Gegenstände vor Abschluss des Vergleichs streitig oder ungewiss waren. Hierzu genügen weder die Vergleichsverhandlungen als solche noch Regelungen, durch die Leistungspflichten erstmals begründet oder beseitigt werden, die Rechtsverhältnisse lediglich klarstellen oder auf sonstige Weise ausschließen einen künftigen Streit der Parteien vermeiden. Auch genügt es für die Festsetzung eines Vergleichsmehrwertes nicht, dass eine der Parteien in den Vergleichsverhandlungen Forderungen aufstellt, um dann im Wege des Nachgebens einen Vergleich zu erreichen; für einen Vergleichsmehrwert muss vielmehr der potentielle Streitgegenstand eines künftigen Verfahrens eine Regelung erfahren (vgl. LAG Berlin-Brandenburg, v. 8.3.2017 – 17 Ta (Kost) 6013/17, Rn 3).

Die Beschwerde ist danach begründet, soweit mit ihr im Hinblick auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Festsetzung eines Vergleichsmehrwerts begehrt wird. Einigen sich die Parteien anlässlich einer arbeitsrechtlichen Auseinandersetzung auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses, kann das einen Vergleichsmehrwert von einem Vierteljahresverdienst rechtfertigen (vgl. LAG Berlin-Brandenburg, v. 21.1.2020 – 26 Ta (Kost) 6110/19 [Beendigungsvergleich nach Beschäftigungsklage]; LAG Hamburg, v. 27.4.2021 – 4 Ta 5/21, Rn 22 [Beendigungsvergleich nach außergerichtlicher Auseinandersetzung über Beendigung des Arbeitsverhältnisses]; so auch Nr. 25.1.2 des Streitwertkatalogs [Beendigungsvergleich nach Abmahnungsrechtsstreit/Streit über eine Versetzung]). Der in der Klageschrift dargelegte Streitstand wies bereits auf deutliche Spannungen unter den Parteien hin.

Das Ansinnen der Auflösung des Arbeitsverhältnisses ging von der Beklagten aus. Vor diesem Hintergrund hat die konkrete Gefahr bestanden, dass die Parteien ohne die vergleichsweise Regelung alsbald in einem gerichtlichen Verfahren den Streit über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgetragen hätten. Es ging

erkennbar nicht lediglich um den Auskunftsanspruch. Dieser war Folge der bereits unter den Parteien schwelenden Streitigkeiten.

- LAG Berlin-Brandenburg
vom 3.9.2021 – 26 Ta (Kost) 6178/21

Rezensionen

Schwerpunkt: Arbeitsschutz und Sozialversicherungsrecht

Im Zuge der Pandemie stehen sowohl arbeitsschutzrechtliche als auch sozialversicherungsrechtliche Themen vermehrt im Fokus. Die folgenden Rezensionen greifen einige Neuerscheinungen aus diesem Bereich auf, die sich insbesondere für Anwälte mit arbeitsrechtlichem Schwerpunkt als Basiswerke eignen.

Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann Kommentar zum Sozialrecht

Verlag C.H.Beck, München, 7. Aufl. 2021, 3191 Seiten, Hardcover (in Leinen), 249,00 EUR
ISBN 978-3-406-76220-8

Bereits zu Zeiten der Erstauflage vor gut einem Jahrzehnt war das Sozialrecht ein Rechtsgebiet, das wie kaum ein anderer Bereich ständigen Änderungen unterworfen war. Es gleichwohl in einem gebundenen Werk umfassend darstellen zu wollen, war daher durchaus ein gewisses Wagnis. Die mittlerweile bereits 7. Auflage des Werks zeugt jedoch recht eindrucksvoll davon, dass dieser Ansatz aufgegangen ist. 23 Autoren, ganz überwiegend Richter und Professoren, kommentieren nicht nur alle 12 Bücher des SGB und das SGG, sondern auch die VO 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit zu sowie Teile des BEEG und EStG.

Der Kommentar stellt insoweit für Anwältinnen und Anwälte eine recht kostengünstige Alternative dar, mit nur einem Werk das komplette Sozialrecht abzudecken. Dabei werden bewusst Schwerpunkte gesetzt. Zwar sind alle Gesetzestexte vollständig abgedruckt, nicht jede Vorschrift ist jedoch kommentiert. Wer ausschließlich (oder zumindest überwiegend) im Arbeitsrecht tätig ist, erhält dadurch durchaus auch tiefgründigere Betrachtungen der typischen Schnittstellenthemen, ohne sich dafür einen weiteren Spezialkommentar anschaffen zu müssen.

So bietet die Kommentierung von *Bechthold* zu § 7 SGB IV einen profunden mehrseitigen Überblick zum Beschäftigtenbegriff, der insbesondere auch die jüngere Rechtsprechung des BSG (einschließlich bspw. der „Honorarärzteentscheidung“ vom 4.6.2019) miteinbezieht. Auch die Kommentierung von *Kothe* zum BEM im Rahmen des § 167 SGB IX beinhaltet im Rah-

men der dortigen Ausführungen zum Normzweck Hintergrundinformationen, die sich bei offenen Auslegungsfragen der Norm im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses durchaus nutzbar machen lassen. Etwas bedauerlich ist aus arbeitsrechtlicher Perspektive lediglich, dass trotz der Pandemie die §§ 95 ff. SGB III zum Kurzarbeitergeld keine eigenständige Kommentierung erhalten haben. Hier bleibt es weiterhin beim bloßen Abdruck des Gesetzestextes.

Wer sich aber als Arbeitsrechtler für lediglich ein sozialrechtliches Werk entscheiden muss, der wird um den K/K/W kaum herumkommen. Als maßgebliches „Standardwerk“ kann er weiter uneingeschränkt empfohlen werden.

Dr. Alexander Lentz,
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Hamburg

Fortunato/Wulff Arbeitsschutz und Mitbestimmung von A bis Z

Das Lexikon für die Interessenvertretung
Bund Verlag, 2021, rund 500 Seiten, Softcover,
59,00 EUR
ISBN 978-3-7663-6836-2

Das vorliegende Lexikon zum Arbeitsschutz und Mitbestimmung von A-Z aus dem Bund-Verlag ist von anwaltlichen Praktikern aus bekannten Arbeitnehmerkanzleien geschrieben. Das Werk baut sich dabei in einer alphabetischen Stichwortsammlung auf. Die Verfasser entwerfen dabei das Lexikon als Arbeitshilfe und schnelle Informationsmöglichkeit für die Rechte und Handlungsmöglichkeiten von Betriebs- und Personalräten. Es berücksichtigt nicht nur das Arbeitsschutzgesetz, sondern auch alle relevanten Nebengebiete wie die Arbeitsstättenverordnung, aber auch Vorschriften zum Mutterschutz, etc.

Zunächst beginnt das Werk mit der Systematik des Europäischen Arbeitsschutzes. Hierbei wird die Wirkung von Grundrechten, im Anschluss die Wirkung der Gesetze sowie der diese ausfüllenden Unfallverhütungsvorschriften und staatlichen Verordnungen umfangreich dargestellt. Ebenso wird dabei auf die Wirkung von Betriebs- und Dienstvereinbarungen und Tarifverträgen eingegangen. Hierbei wird sowohl der staatliche Schutzcharakter der Arbeitsschutzvorschriften erläutert wie auch der Ausfüllungsbedarf auf kollektivrechtlicher Ebene durch die vorbezeichneten Kollektivvereinbarungen.

Die eigentliche Stichwortsammlung ist dabei praxis- und umgangssprachlich orientiert. So wird der Arbeitsschutzausschuss beispielsweise kurz, prägnant und umfassend in den Gestaltungsvorgaben dargestellt. Gut sind auch die Ausführungen zur Arbeitsschutzorganisation nach § 3 Arbeitsschutzgesetz, die sehr deutlich macht, welche 15 Elemente für den Aufbau der Arbeitsschutzorganisation notwendig sind. Dies ist, ebenso wie die Hinweise zur Mitbestimmung und Regelungsideen für die Inhalte einer Betriebs- und Dienstvereinbarung, für die Praxis ein guter erster Überblick.

Auch in den Nebengebieten wie dem Sozialversicherungsrecht werden Einzelaspekte – wie beispielsweise Arbeitsunfälle – kurz aber korrekt erläutert. Dies erfolgt erneut sehr praxisbezogen, beispielsweise für die Fragen zum Toilettengang und dem entsprechenden Unfallversicherungsschutz.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass das vorliegende Werk ein guter erster Einstieg in die Fragen des Arbeitsschutzes ist. Man mag darüber diskutieren können, ob es eher für juristische Laien wie Betriebs- und Personalräte oder für Rechtsanwälte gedacht ist.

Jedenfalls ermöglicht es dem arbeitsrechtlich tätigen Rechtsanwalt sowohl im Kollektiv- als auch im Individualrecht einen ersten guten Überblick zu Problematiken im Arbeits- und Gesundheitsschutz samt Nebengebieten.

Es besteht ferner ein Onlinezugang zum Werk auf der Homepage des Bund-Verlages, welche bis zum 31.10.2023 gültig ist.

Martin Bretzler,
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Hann. Münden

Kollmer/Klindt/Schucht Arbeitsschutzgesetz

Verlag C.H.Beck, München, 4. Aufl. 2021, 1354 Seiten, Hardcover (in Leinen), 149,00 EUR
ISBN 978-3-406-75383-1

Dass der Stellenwert des Arbeitsschutzrechts im betrieblichen Alltag durch die Pandemie noch einmal ei-

nen deutlichen Schub erhalten hat, ist eine Binsenweisheit. Aber bereits zuvor wurde bspw. durch die Entscheidung des 1. Senats des BAG vom 19.11.2019 zu Mindestbesetzungen als Maßnahmen des mitbestimmten Gesundheitsschutzes deutlich, wie eng dieses Thema mittlerweile auch mit dem materiellen Arbeitsrecht verzahnt ist. Der vorliegende, nunmehr bereits in der 4. Auflage erschienene Kommentar bespielt diese Themen bereits seit mehr als eineinhalb Jahrzehnten und darf daher getrost als eines der beiden einschlägigen Standardwerke am Markt bezeichnet werden. Die aus 18 Bearbeitern bestehende, durchaus heterogene Autorenschaft setzt sich aus Vertretern aus Wissenschaft und Behörden sowie Richtern, überwiegend jedoch aus Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten zusammen.

Den Schwerpunkt bildet weiterhin die Kommentierung des Arbeitsschutzgesetzes mit über 650 Seiten. Dieser sind zudem Einleitungen zur Historie und zum europä- und verfassungsrechtlichen Hintergrund des Gesetzes auf weiteren 125 Seiten vorangestellt. Hieran schließen sich auf den folgenden 400 Seiten Einzelkommentierungen zu den verschiedenen Arbeitsschutzverordnungen einschließlich der Corona-ArbSchV an. Abgerundet wird die Darstellung durch eine kurze auszugsweise Kommentierung des MuSchG und systematischen Darstellungen zum ASiG, zur gesetzlichen Unfallversicherung und zu psychischen Belastungen am Arbeitsplatz.

Inhaltlich steht die Neuauflage ganz im Zeichen der Pandemie. Die von *Kollmer* selbst vorgenommene kurze Kommentierung der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung stellt an den dafür geeigneten Stellen regelmäßig Bezüge zum üblichen Aufbau von Arbeitsschutzverordnungen her. Da sich so weitere Rückschlüsse für deren Auslegung auch für denjenigen ergeben, der nicht täglich im Arbeitsschutzrecht unterwegs ist, macht das Buch für einen größeren Leserkreis interessant. Zudem finden sich im einleitenden Teil zum ArbSchG an verschiedenen Stellen Ausführungen dazu, wie das Gesetz mittels seiner Generalklauseln den Herausforderungen einer „Arbeit 4.0“ gerecht werden kann. Dies umfasst insbesondere auch das während der Pandemie besonders in den Vordergrund gerückte Thema „Homeoffice“.

Künftig ausbaufähig ist allerdings die Darstellung der betrieblichen Mitbestimmung einschließlich einer Rezeption der bereits eingangs erwähnten Entscheidung des 1. Senats. Soweit die Voraufgaben im Rahmen der systematischen Darstellungen diesem durchaus praxisrelevanten Thema eine mittlere zweistellige Seitenzahl widmeten, fehlt diese leider in der aktuellen Auflage. Auch an anderer Stelle wird dies – mit jeweils nur einer oder einer halben Seite – nicht kompensiert. Hier

mag der geneigte Leser zwar ersatzweise die durchgängig neu erschienenen Kommentare zum BetrVG zu Rate ziehen. Gleichwohl böte eine Einschätzung speziell aus einer arbeitsschutzrechtlichen Perspektive demgegenüber sicher einen Mehrwert.

Alles in allem ist und bleibt der Kommentar – gerade in Zeiten der Pandemie, aber auch mit Blick auf die künftigen Herausforderungen der Digitalisierung – ein Standardwerk, das in keiner gut sortierten arbeitsrechtlichen Bibliothek fehlen sollte.

Dr. Alexander Lentz,
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Hamburg

Wetzling/Habel **Umgang mit Low Performern**

Verlag C.H.Beck, München, 2021, 339 Seiten,
Softcover, 79,00 EUR
ISBN 978-3-406-74971-1

Jeder Arbeitgeber kennt leistungsschwache Mitarbeiter. Neudeutsch werden diese Beschäftigten als „Low Performer“ oder sogar „Zero Performer“ bezeichnet. Das Handbuch „Umgang mit Low Performern“ von RA Dr. Frank Wetzling sowie RAin Maren Habel unter Mitarbeit von RA Oliver Land, LL.M. und Syndikusrechtsanwalt Volkmar Schröder widmet sich auf 339 Seiten dem professionellen Umgang mit diesen Arbeitnehmern. Diese intensive Beschäftigung mit dem Thema ist gerechtfertigt: Nach einigen einschlägigen Untersuchungen geht man davon aus, dass etwa 20 % aller Arbeitnehmer „High Performer“ sind und 70 % der Beschäftigten effektive bzw. solide Leistungen erbringen. Daraus folgt aber auch, dass etwa 10 % der hierzulande tätigen Mitarbeiter „Low Performer“ sind. In absoluten Zahlen redet man also von Millionen von Beschäftigten, welche (vermeintlich) unzureichende Leistungen erbringen. Die wirtschaftliche Bedeutung des Themas ist also nicht zu unterschätzen. Vor diesem Hintergrund ist das Buch von Wetzling / Habel, welches sich ausschließlich mit dieser Problematik beschäftigt, sehr zu begrüßen. Die Autoren sind durchweg anerkannte Praktiker. Der breite Erfahrungsschatz dieser Experten begründet den hohen Praxisbezug des Handbuches.

Das Buch ist in elf Kapitel untergliedert. Nach einer prägnanten Einleitung zum Inhalt und zu den Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis, folgt ein Kapitel zu den typischen Ursachen unzureichender Leistung. Der Autor Wetzling räumt hier mit dem weitverbreiteten Vorurteil auf, dass „Low Performer“ durchweg Faulenzer oder Querulanten sind. Die Ursachen sind vielschichtiger. Mögliche Gründe können unter anderem die altersbedingte Änderung des Fähigkeitsprofils, die schleichende Dynamisierung des Anforderungsprofils,

die Aushöhlung der Kompetenz durch plötzliche Veränderung in den Arbeitsplatzanforderungen oder auch gesundheitliche Leistungsminderungen sein. Die Ausführungen in diesem Abschnitt sind insbesondere aus personalpolitischer Sicht hochinteressant. Jede personalverantwortliche Führungskraft sollte diese Seiten geduldig und bedacht lesen. Sie demonstrieren ebenfalls, dass es für den Umgang mit „Low Performern“ kein Patentrezept gibt, sind doch die Ursachen für den Leistungsabfall eben unterschiedlicher Natur.

Besonders praxisrelevant ist das vierte Kapitel. Hier stellt ebenfalls der Autor Wetzling verschiedene Führungsmaßnahmen zur Vermeidung bzw. Korrektur der Minderleistung vor. Einzelne Maßnahmen werden dann in den folgenden Kapiteln intensiver behandelt. So widmet sich das Handbuch in Kapitel 5 der arbeitsrechtlichen Reaktion der Abmahnung. Auf 30 Seiten wird diese Thematik eingehend behandelt. An Umfang und Breite der Darstellung muss sich der Autor in diesem Kapitel nichts vorhalten lassen. Vergegenwärtigt man sich, wie viele Personalabteilungen in der Praxis gerichtlich angreifbare Abmahnungen aussprechen, ist die Tiefe der Ausführungen mehr als gerechtfertigt. In Kapitel 6 wird hingegen die Alternative aufgezeigt: das Mitarbeitergespräch mit dem Ziel, Ansatzpunkte für entsprechende Korrekturmaßnahmen zu gewinnen. Sehr erhellend ist in diesem Abschnitt die Gegenüberstellung von Fremd- und Eigenbild sowie die Vermeidung widersprüchlicher Indikatoren, sog. „Contra-Indikatoren“. Dem Autor Wetzling gelingt es bei diesen Ausführungen, weit über den juristischen Tellerrand hinweg zu schauen und personalpsychologische Elemente in das Buch einfließen zu lassen. Juristisch hart wird es dann wieder in Kapitel 7. Hier werden praxisgerecht die arbeitsrechtlichen Schritte, um die Weiterbeschäftigung des Mitarbeiters auf seinem bisherigen oder einem anderen Arbeitsplatz zu ermöglichen, behandelt. Das Kapitel 8 – „Das Trennungsgespräch als wichtigste Alternative zur Kündigung“ – enthält zwar einen Unterabschnitt mit dem Titel „Keine Psychotricks“, dennoch werden hier auch hilfreiche verhaltenspsychologische Kenntnisse vermittelt.

Aus Sicht des Praktikers ist schließlich Kapitel 11 besonders wertvoll. Zutreffend trägt das Kapitel den Namen „Arbeitshilfen“. Hier findet der praxisorientierte Nutzer des Buches verschiedene Muster, welche er beim Umgang mit einem „Low Performer“ im Arbeitsalltag verwenden kann. So zum Beispiel verschiedene Muster für Abmahnungen (insbesondere aus Leistungsgründen), eine Checkliste für die Suche nach geeigneten externen Beratern, das Muster einer Zielvereinbarung mit einem leistungsschwachen Mitarbeiter oder etwa Regelungen über Lernpflichten des Mitarbeiters bei Änderungen der Anforderungen. Als *ultima ratio* wird schließlich die Möglichkeit einer sperrzeit-

freien Arbeitgeberkündigung nach § 1a KSchG sowie das Muster eines Arbeitszeugnisses für den „Low Performer“ vorgestellt. Die Arbeitshilfen zeichnen sich durch einen hohen Praxisbezug aus. Diese Muster können Personalverantwortlichen in Unternehmen aber auch beratenden Anwälten viel Arbeitszeit ersparen.

Fazit: Wer sich beruflich mit dem Thema „Low Performer“ beschäftigen möchte, wird an diesem Handbuch nicht vorbeikommen. Es sei jedem Arbeitsrechtspraktiker uneingeschränkt ans Herz gelegt.

Prof. Dr. Alexander Eufinger,
Wiesbaden Business School, Wiesbaden

<p>Impressum AE-Arbeitsrechtliche Entscheidungen</p> <p>Gründungs-herausgeber: Dr. Hans-Georg Meier, Berlin www.dbm.legal</p> <p>Herausgeber: Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV</p> <p>Chefredaktion: Dr. Peter Meyer Weimann & Meyer Kurfürstenstr. 56 10785 Berlin Tel.: 030/254 200 0 E-Mail: dr.meyer@weimann-meyer.de</p> <p>Redaktion (Textbeiträge): Dr. Alexander Lentz Kanzlei für Arbeitsrecht Scheffelstr. 7 22301 Hamburg Tel. 040/540 904 117 E-Mail: info@labourlawlentz.de</p> <p>Redaktion (Rechtsprechung): Dr. Julia Schweitzer BRYAN CAVE LEIGHTON PAISNER LLP An der Welle 3 60322 Frankfurt Tel. 069/970 861 252 E-Mail: julia.schweitzer@bcplaw.com</p> <p>Dr. Heiko Kaiser KLEHR RECHTSANWÄLTE Partnerschaft Oranienburger Str. 4 510178 Berlin E-Mail: info@klehr-rechtsanwaelte.de</p> <p>für die Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im Deutschen Anwaltverein (Adresse s. unten)</p>	<p>Geschäftsführender Ausschuss: Geschäftsstelle: Rechtsanwalt Dr. Johannes Schipp (Vors.) Münsterstraße 21 33330 Gütersloh Telefon (0 52 41) 90 33-0 Telefax (0 52 41) 1 48 59</p> <p>Deutscher Anwaltverein Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht Geschäftsstelle Max Gröning Littenstraße 11 10179 Berlin Telefon (030) 72 61 52-0, Sekr. 171 Telefax (030) 72 61 52-195</p> <p>Verlag: Deutscher AnwaltVerlag Rochusstr. 2-4 53125 Bonn Telefon: (0228) 9 19 11-0 Telefax: (0228) 9 19 11-23 E-Mail: kontakt@anwaltverlag.de</p> <p>Anzeigen Deutscher AnwaltVerlag Adresse: s.o. E-Mail: anzeigen@anwaltverlag.de</p> <p>Lektorat Anne Krauss Telefon: (0228) 9 19 11-52 E-Mail: krauss@anwaltverlag.de</p> <p>Satz Cicero Computer GmbH, 53225 Bonn</p> <p>Druck Hans Soldan Druck GmbH, 45356 Essen</p> <p>Erscheinungsweise Die AE erscheint vierteljährlich.</p>	<p>Bezugspreise 2021 Inland € 112,00 (inkl. MwSt. und zzgl. Versand) Einzelheft € 36,59 (inkl. MwSt und zzgl. Versand)</p> <p>Der Abonnementpreis wird im Voraus in Rechnung gestellt.</p> <p>Das Abonnement verlängert sich zu den jeweils gültigen Bedingungen um ein Jahr, wenn es nicht 6 Wochen vor Ablauf des Bezugsjahres gekündigt wird.</p> <p>Die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft für Arbeitsrecht erhalten die AE im Rahmen ihrer Mitgliedschaft.</p> <p>Urheber- und Verlagsrecht Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge und Bilder – auch die bearbeiteten Gerichtsentscheidungen und Leitsätze – sind urheberrechtlich geschützt. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der Grenzen des Urhebergesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen verwendbare Sprache, übertragen werden. Namentlich gezeichnete Artikel müssen nicht die Meinung der Redaktion wiedergeben. Manuskripte und Einsendungen sind bitte an die Redaktionsanschrift zu senden.</p> <p>Manuskripte Die AE beinhaltet aktuelle arbeitsrechtliche Entscheidungen sowie Beiträge für die Anwaltspraxis. Manuskripte sind an die Redaktionsanschrift zu richten. Unverlangt eingesandte Manuskripte – für die keine Haftung übernommen wird – gelten als Veröffentlichungsvorschlag zu den Bedingungen des Verlages. Es werden nur unveröffentlichte Originalarbeiten übernommen. Die Verfasser erklären sich mit einer nicht sinnentstellenden redaktionellen Bearbeitung durch den Herausgeber einverstanden. Mit der Annahme eines Manuskriptes erwirbt der Verlag vom Verfasser das ausschließliche Recht zur Veröffentlichung und Verwertung. Eingeschlossen ist insbesondere auch das Recht zur Einspeicherung in Datenbanken sowie das Recht zur weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege eines fotomechanischen oder eines anderen Verfahrens.</p> <p>Haftungsausschluss: Verlag und Autoren übernehmen keinerlei Gewähr für die Richtigkeit oder Vollständigkeit der abgedruckten Inhalte. Insbesondere stellen (Formulierungs-)Hinweise, Muster und Anmerkungen lediglich Arbeitshilfen und Anregungen für die Lösung typischer Fallgestaltungen dar. Die Verantwortung für die Verwendung trägt der Leser.</p>
--	--	---

<p>Bildnachweis Titelseite: adobe stock: Sergey</p> <p>S. 169 Dr. Nathalie Oberthür, (Fotografin: Bine Bellmann, Düsseldorf)</p> <p>S. 169 Dr. Doris-Maria Schuster, Gleiss Lutz</p> <p>S. 171 Markus Künzel, ADVANT Beiten</p> <p>S. 172 Martin Schafhausen, Plagemann Rechtsanwälte</p> <p>S. 172 Dr. Kathrin Schulze Zumkley, T/S/C Fachanwältin für Arbeitsrecht</p> <p>S. 173 Dr. Ulrich Sittard, Freshfields Bruckhaus Deringer Rechtsanwälte Steuerberater PartG mbB</p> <p>S. 174 Dr. Alexander Lentz, Kanzlei für Arbeitsrecht Dr. Alexander Lentz</p> <p>S. 174 Micha Klapp, Deutscher Gewerkschaftsbund</p> <p>S. 174 Patricia Jares, CMS Hasche Sigle</p> <p>S. 181-188 Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV (Fotograf: Andreas Burkhardt, Berlin)</p> <p>S. 181 Dr. Doris-Maria Schuster, Gleiss Lutz; Alison Hubin, Kocks & Partners</p> <p>S. 182 Guido Zians, Zians & Haas</p> <p>S. 183 Dr. Doris-Maria Schuster, Gleiss Lutz; Prof. Dr. Björn Gaul, CMS Hasche Sigle</p> <p>S. 184 Jan Brückmann, franzmann.geilen.brückmann; Dr Christian Hilbrandt, Hilbrandt Rückert Ebbinghaus, RechtsanwaltsGes. mbH</p> <p>S. 185 Tim Wybitul, Latham@Watkins LLP</p> <p>S. 186 Prof. Dr. Hans Hanau, Helmut-Schmidt-Universität</p> <p>S. 187 Dr. Nathalie Oberthür, RPO Rechtsanwälte; Dr. Frauke Sturm, Gleiss Lutz</p> <p>S. 194 Thomas Ubber, Allen & Overy</p> <p>S. 194 David Schäfer, Weißmantel & Vogelsang Rechtsanwälte und Fachanwältin</p> <p>S. 198 Dr. Christian Hoefs, Hengeler Mueller – Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB</p> <p>S. 198 Dr. Andreas Kaletsch, Hengeler Mueller – Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB</p> <p>S. 199 Dr. Heiko Kaiser, Klehr Rechtsanwälte Partnerschaft</p>
--