



**Liebe Kolleginnen und Kollegen,
sehr geehrte Damen und Herren,**

nach wie vor beeinflusst das Coronavirus die Arbeitswelt. Seit Ende 2020 stehen Impfstoffe gegen das Virus zur Verfügung. Für Betriebsrat und Arbeitnehmer ergibt sich daraus die Frage, ob eine Verpflichtung der Arbeitnehmer zur Impfung gegen das Coronavirus unter Arbeitsschutzgesichtspunkten besteht. In der Rubrik **„Ein-Blick“** schaffen wir mit dem Beitrag „Impfung gegen Corona-Virus im Lichte des Arbeitsrechts“ Klarheit über die aktuelle Rechtslage.

Zu der praxisrelevanten Frage, wie eine ordnungsgemäße Unterrichtung des Betriebsrats bei Bewerbungen über ein elektronisches Bewerbungsmanagementsystem erfolgt, hat das LAG Köln in einem Beschluss aus Mai 2020 Stellung genommen. Die Bedeutung der Entscheidung für das Mitbestimmungsrecht aus § 99 BetrVG und für Informationsansprüche des Betriebsrats im Einstellungsprozess stellen wir unter der Rubrik **„Betriebsräte“** dar.

Ebenfalls im Mai 2020 hat das BAG zu einer für gekündigte Arbeitnehmer relevanten Frage geäußert, ob Ansprüche auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Entgeltzahlung an Feiertagen während der Weiterbeschäftigung im Rahmen eines Kündigungsschutzverfahrens nach Ablauf der Kündigungsfrist besteht, wenn sich nachträglich die Kündigung als wirksam erweist. Das Urteil und die sich daraus ergebenden wirtschaftlichen und prozesstaktischen Konsequenzen für Arbeitnehmer besprechen wir unter der Rubrik **„Arbeitnehmer“**.

Neben den oben genannten Entscheidungen haben wir wie immer auch weitere praxisrelevante Gerichtsentscheidungen zum Individual- wie auch zum Kollektiv-arbeitsrecht in Kurzform aufbereitet.

Wir wünschen viel Vergnügen bei der Lektüre des Newsletters und bleiben Sie gesund!

**Eure/Ihre
schwegler rechtsanwälte**



„Ein-Blick“	<i>Impfung gegen Corona-Virus im Lichte des Arbeitsrechts</i>	3
Betriebsräte:	<i>Vollständiges Leserecht des Betriebsrats bei Verwendung von Bewerbungsmanagement-Systemen</i>	6
Betriebsräte:	<i>Kurzüberblick über Entscheidungen</i> <ul style="list-style-type: none">- Bruttoentgeltlisten - monatliche Einsichtnahme durch Betriebsrat- Homeoffice/ Versetzung/ Mitbestimmung- Privater Dienstwagen/ Betriebsratsmitglied/ Begünstigungsverbot	9
Arbeitnehmer:	<i>Allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch – Anspruch auf Lohnfortzahlung im Kündigungsschutzprozess</i>	11
Arbeitnehmer:	<i>Kurzüberblick über Entscheidungen</i> <ul style="list-style-type: none">- Sozialplan: Kinder-Zuschlag auf die Abfindung darf nicht ausschließlich an steuerlichen Kinderfreibetrag geknüpft werden- Diskriminierung wegen des Alters bei Stellenanzeige mit Formulierung "junges hochmotiviertes Team,"- Keine Urlaubsgewährung durch auftragsmangelbedingte Freistellung	14
Veröffentlichungen		16
Impressum		17

Impfung gegen Corona-Virus im Lichte des Arbeitsrechts

I. Einleitung

Seit dem 27. Dezember 2020 wird in Deutschland gegen Covid-19 geimpft. Aktuell ist erst eine geringe Anzahl der deutschen Bundesbürger geimpft worden gegen das Corona-Virus. Die Impfungen sollen zu einer Wende in der Pandemiebekämpfung führen. Ziel ist es, bundesweit die Infektionsgefahr und die Anzahl der Infizierten und Erkrankungen zu reduzieren. Dieses Ziel ist allerdings nur erreichbar, wenn genügend Impfstoff für die Impfungen vorhanden ist und wenn genügend Bundesbürger an den Impfungen teilnehmen.

II. Keine gesetzliche Impfpflicht

Eine gesetzliche Impfpflicht gibt es derzeit nicht. Eine solche wäre zum aktuellen Zeitpunkt auch rechtswidrig, da der Impfstoff noch nicht in ausreichender Menge verfügbar ist und es zudem noch keine belastbare Erkenntnislage darüber gibt, dass und wie lange eine Impfung einer Infektion für den Geimpften oder Dritte vorbeugt. Die Impfung selbst verfolgt in erster Linie den Zweck, den Ausbruch der Krankheit und nicht die Infektion zu verhindern. Damit ist gegenwärtig auch mit einer Impfung nicht zwangsläufig die Weiterverbreitung des Corona-Virus unterbunden.

Verfassungsrechtlich zulässig könnte eine Impfpflicht wohl in engen Grenzen eingeführt werden. So hat das Bundesverwaltungsgericht eine allgemeine Impfpflicht gegen das Pockenvirus dann für zulässig gehalten, wenn die Impfpflicht mit einem Recht auf Impfung korrespondiert und solche Personen herausgenommen werden, für die die Impfung eine Gefahr für Leib oder Leben darstellte.

Nach heutiger Dogmatik käme hinzu, dass eine Impfpflicht das mildeste und damit einzige Mittel sein müsste, um der für viele lebensbedrohlichen Pandemie Herr zu werden. Rechtsgrundlage könnte § 20 Abs. 6 IfSG sein, wonach das Bundesgesundheitsministerium mit Zustimmung des Bundesrats eine entsprechende Verordnung erlassen könnte, oder § 20 Abs. 7 IfSG, wonach die Landesregierungen eine entsprechende Rechtsverordnung erlassen könnten.

III. Impfpflicht kollektivrechtlich nicht vereinbar

Eine Impfpflicht könnte auch nicht durch einen Tarifvertrag oder eine Betriebsvereinbarung wirksam geregelt bzw. eingeführt werden, da es keine gesetzliche Impfpflicht dazu gibt.

IV. Keine Teilnahme an Impfung auf Anweisung des Arbeitgebers

Zwar hat der Arbeitgeber gegenüber den Arbeitnehmern das Direktionsrecht, das heißt, er kann seine Arbeitnehmer zu bestimmten Handlungen im Arbeitsverhältnis anweisen. Die Anweisung an der Teilnahme an einer Impfung würde dieses Direktionsrecht jedoch überschreiten, da hier in unzulässiger Weise in die allgemeine Handlungsfreiheit und die körperliche Unversehrtheit des Arbeitnehmers eingegriffen würde.

V. Impfpflicht im Arbeitsvertrag nicht wirksam

Eine Impfpflicht gegen Covid-19 kann auch nicht wirksam in einem Arbeitsvertrag vereinbart werden, solange eine gesetzliche Verpflichtung nicht besteht. Die richterrechtlich entwickelten engen Grenzen zu bestehenden amtsärztlichen Untersuchungspflichten eines Arbeitnehmers ließen sich allenfalls auf einen Corona-Test übertragen. Auf eine Impfpflicht sind die Grundsätze wegen des mit der Impfung einhergehenden Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die körperliche Unversehrtheit nicht übertragbar. Bei einer Blutentnahme werden dem Körper Zellen bloß entnommen, bei einer Impfung hinzugefügt.

VI. Kein Fragerecht des Arbeitgebers nach Impfstatus

Vor dem Hintergrund, dass eine Impfpflicht gegen Covid-19 aktuell weder gesetzlich besteht noch kollektivrechtlich und auch arbeitsvertraglich nicht vereinbar ist, besteht bei Arbeitgebern ein nachvollziehbares Interesse, zumindest nachfragen zu wollen, ob eine Impfung vorgenommen wurde. Bei der Frage nach dem Impfstatus handelt es sich aber um eine Frage im Zusammenhang mit der Gesundheit des Arbeitnehmers. Zudem zählt der Impfstatus zu den gem. DSGVO besonders schützenswerten personenbezogenen Daten. Mithin scheidet hier grundsätzlich ein Fragerecht des Arbeitgebers aus.

Ausnahmen bestehen jedoch. Bereits heute dürfen Arbeitgeber der in § 23 Abs. 3 IfSG aufgeführten Einrichtungen (z.B. Krankenhäusern, Arztpraxen, ambulanten Pflegediensten und Schulen nach § 33 Ziffer 3 IfSG) gem. § 23a Abs. 3 S. 1 IfSG Beschäftigte nach ihrem Impfstatus befragen und Konsequenzen aus den erworbenen Kenntnissen ziehen - bis hin zur Versetzung des Beschäftigten an einen anderen Arbeitsplatz oder Ablehnung eines Bewerbers.

VII. Fehlende Impfung kein Kündigungsgrund

Vor dem Hintergrund, dass es keine Impfpflicht gegen Covid-19 für Arbeitnehmer gibt, scheidet auch eine Kündigung aufgrund einer nicht vorgenommenen Impfung aus. Eine Versetzung aufgrund fehlender Impfung dürfte dagegen in den vorstehend unter VI. benannten Fällen zum Fragerecht zulässig sein, wenn es zwingende gesundheitliche Gründe dafür gibt.

VII. Anreizmöglichkeiten für Impfung

Was kann der Arbeitgeber nun tun, um Arbeitnehmer zu motivieren, an einer Impfung gegen Covid-19 teilzunehmen? Ein möglicher Weg wäre, Anreize z.B. in Form von zusätzlichen Urlaubstagen, Zahlung einer Impfprämie oder bezahlte Freistellung für die Wahrnehmung von Impfterminen für sich und/oder eigene Kinder zu schaffen.

VIII. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats im Zusammenhang mit Impfungen

Für den Fall, dass es doch noch zu einer gesetzlichen Impfpflicht gegen Covid-19 kommen sollte, müsste der Arbeitgeber gegenüber dem Betriebsrat wohl hinsichtlich eines Kontrollwesens, das der Arbeitgeber einführen wollte, um den Impfstatus seiner Arbeitnehmer abzufragen und zu dokumentieren gem. § 87 Abs 1 Nr. 1 und Nr. 7 BetrVG die zwingende Mitbestimmung einhalten und um Zustimmung des Betriebsrats fragen bzw. eine entsprechende Betriebsvereinbarung mit dem Betriebsrat verhandeln und abschließen.

Dasselbe dürfte gelten für den Fall, dass der Arbeitgeber Sanktionen gegen Arbeitnehmer vornehmen wollte, die nicht an einer Impfung gegen Covid-19 teilgenommen haben. Aber auch ohne Impfpflicht gibt es Sachverhalte im Zusammenhang mit der Impfung von Arbeitnehmern, die unter die zwingende Mitbestimmung fallen. Will der Arbeitgeber hier Arbeitnehmer durch Anreize, wie oben unter VIII. ausgeführt, motivieren, sind das Sachverhalte die gem. § 87 Abs. 1 Nr. 5, 10, 11 BetrVG unter die zwingende Mitbestimmung fallen.

IX Fazit

Betriebsräten ist aktuell anzuraten, mit dem Arbeitgeber gemeinsam den Umgang mit der Pandemie auch in Bezug auf die Motivation der Belegschaft zur Teilnahme an Impfungen gegen Covid-19 zu planen, wobei hier natürlich eine Verpflichtung zur Teilnahme per Betriebsvereinbarung an Impfungen ausscheidet. Des Weiteren sollte der Betriebsrat im Auge behalten, ob der Arbeitgeber ggf. den Versuch unternimmt, Arbeitnehmer rechtswidrig anzuweisen, an Impfungen gegen Covid-19 teilzunehmen.



Sebastian Kolb, Berlin



zur Inhaltsübersicht



Vollständiges Leserecht des Betriebsrats bei Verwendung von Bewerbungsmanagementsystemen

– LAG Köln, 15.05.2020 - 9 TaBV 32/19 –

Die Entscheidung

Verwendet die Arbeitgeberin ein elektronisches Bewerbungsmanagementsystem, muss dem Betriebsrat ein uneingeschränktes Leserecht in alle vom Bewerber eingereichten Bewerbungsunterlagen inklusive der Bewertungen, Kommentare und des Chat-Verlaufs der Recruiter gewährt werden, um das Beteiligungsverfahren nach § 99 BetrVG ordnungsgemäß einzuleiten.

Der Fall

Die Arbeitgeberin betreibt biomedizinische Forschung und beschäftigt an ihrem Hauptsitz ca. 1.700 Mitarbeiter. Für die Rekrutierung neuer Mitarbeiter nutzt die Arbeitgeberin die Software Softgarden-Bewerbungsmanagement. Dieses Tool ermöglicht es dem für die Stellenausschreibung zusammengesetzten Recruiting-Team mit Bewerbern zu kommunizieren und sie über die Vergabe von Sternen zu bewerten.

Zusätzlich können Recruiter in einem Team-Chat Kommentare zu den Bewerbern abgeben und austauschen. Die Kommentare werden dauerhaft gespeichert, sind in der virtuellen Bewerbermappe der Software sichtbar und können nachträglich weder bearbeitet noch gelöscht werden.

Im Rahmen eines Stellenbesetzungsverfahrens übersandte die Arbeitgeberin dem Betriebsrat einen Unterrichtungsbogen, der lediglich einige Sozialdaten und die Bewerberunterlagen der ausgewählten Bewerberin enthielt.

Der Betriebsrat begehrte Einsicht in alle im Tool zum Stellenbesetzungsprozess hinterlegten Daten, insbesondere den Team-Chat der Recruiter. Die Arbeitgeberin verweigerte dies und beantragte die gerichtliche Zustimmungsersetzung des Betriebsrates.

Die Begründung

Das LAG gab dem Betriebsrat recht, weil eine wirksame Unterrichtung des Betriebsrates nicht erfolgt sei. Es bestätigte die erstinstanzliche Entscheidung. Eine Unterrichtung nach § 99 Abs. 1 BetrVG ist erst dann vollständig, wenn der Betriebsrat über dieselbe Informationsgrundlage verfügt, die auch die Arbeitgeberin für die Auswahl des Bewerbers inne hatte.



Ob aus den Unterlagen auch ein Zustimmungsverweigerungsgrund erwächst, ist erst auf einer zweiten Stufe zu prüfen. Denn eine gerichtliche Zustimmungsersetzung kommt nur dann in Betracht, wenn der Betriebsrat ordnungsgemäß unterrichtet wurde.

Einer Arbeitgeberin steht kein Recht zu, eine Vorauswahl unter den Unterlagen des Stellenbesetzungsprozesses durchzuführen. Es ist nicht ihre Aufgabe, selbst zu entscheiden, ob die Unterlagen für die Meinungsbildung im Betriebsrat erforderlich seien.

Verwendet die Arbeitgeberin nicht nur „klassische Bewerbungsunterlagen“, sondern ein elektronisches Bewerbungsmanagementsystem, gehört zu einer ordnungsgemäßen Unterrichtung nicht nur die Einsichtnahme in die darin hinterlegten Dokumente. Sie muss dann auch in alle im Tool genutzten Funktionalitäten Einblick gewähren. Dies umfasst auch ein Leserecht des Betriebsrates in die dort von Rekrutern abgegebenen Sterne-Bewertungen und den Inhalt des Team-Chats.

Die Arbeitgeberin ließ diese Entscheidung rechtskräftig werden.

Die Bedeutung für Betriebsräte

Der Entscheidung ist in ihrem Ergebnis und ihrer Begründung zuzustimmen.

Elektronische Bewerbungsmanagementsysteme können viel mehr, als bloß Bewerbungsunterlagen elektronisch zu speichern.

Bereits die Einführung solcher Tools ist deswegen nur mit Zustimmung des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Ziffer 6 BetrVG möglich. Der Betriebsrat sollte sich ein zeitlich auf die Dauer seines Zustimmungsverweigerungsrecht begrenztes, inhaltlich aber uneingeschränktes Leserecht in Stellenbesetzungsprozesse bereits hier festschreiben lassen, um spätere Streitigkeiten im Einzelfall zu vermeiden.

Darüber hinaus sind insbesondere Einblicksrechte, Speicherfristen und Verwendungszwecke des Tools umfänglich zu regeln.

Bietet das Tool zusätzliche Matching- und Rankingfunktionen, besteht ein weiteres erzwingbares Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 95 Abs. 1 BetrVG. Diese Funktionen sind auch dann Auswahlrichtlinien, wenn sie im konkreten Fall automatisiert ablaufen.



Einem uneingeschränkten Leserecht des Betriebsrates kann eine Arbeitgeberin auch nicht „datenschutzrechtliche Bedenken“ entgegenhalten. Denn das Einblicksrecht des Betriebsrates ist durch § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG legitimiert.

Auch „Persönlichkeitsrechte“ der Mitglieder des Recruiting-Teams kann eine Arbeitgeberin einem Einblicksrecht in den Chat-Verlauf nicht entgegenhalten. Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats gehen den Persönlichkeitsrechten insoweit vor.

Solange ein solchermaßen uneingeschränktes Einsichtsrecht in ein Bewerbungsmanagementsystem zugunsten des Betriebsrates nicht besteht, kann der Betriebsrat Unterrichtungen nach § 99 BetrVG schlicht mit einer diesbezüglichen Forderung beantworten. Weiterer Zustimmungsverweigerungsgründe bedarf der Betriebsrat nicht.



Daniel Wall, Frankfurt

◀ [zur Inhaltsübersicht](#)



Bruttoentgeltlisten - monatliche Einsichtnahme durch Betriebsrat

- BAG, Beschluss vom 09.09.2020 - 1 ABR 23/19 -

Gegenstand der Entscheidung des BAG ist das Recht des Betriebsrats auf eine monatliche Einsichtnahme in die Bruttoentgeltlisten. Das BAG hat eine turnusmäßige, monatliche Einsichtnahme durch den Betriebsrat in diese Listen mangels Erforderlichkeit abgelehnt.

Die Arbeitgeberin hat dem Betriebsrat in der Vergangenheit anlassbezogen die Einsichtnahme gewährt, es jedoch abgelehnt, dies turnusmäßig monatlich zu tun. Der Betriebsrat beruft sich u.a. darauf, dass er die Einhaltung der Betriebsvereinbarung Arbeitszeit und die Gewährung von Zuschlägen für Mehrarbeit etc. mit Hilfe der monatlichen Einsichtnahme in die Bruttoentgeltlisten überwachen könne. Außerdem sei nach einer Einsichtnahme in der Vergangenheit und der dadurch gewonnenen Erkenntnisse nicht auszuschließen, dass die Arbeitgeberin Sonderzahlungen ohne Beteiligung des Betriebsrats leiste und damit das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats verletzen würde. Dem BAG reicht das zur Begründung nicht aus. Der Betriebsrat habe die Erforderlichkeit für eine regelmäßige monatliche Einsichtnahme nicht darlegen können. Weder die Durchführung der Betriebsvereinbarung Arbeitszeit noch die Vermutung der Leistung von Sonderzahlungen durch die Arbeitgeberin könne die Notwendigkeit einer regelmäßigen monatlichen Einsichtnahme begründen.

Homeoffice/ Versetzung/ Mitbestimmung

- BAG, Beschluss vom 14.01.2020 - 4 TaBV 5/19 -

Das BAG hat entschieden, dass eine mitbestimmungspflichtige Versetzung bereits dann vorliegt, wenn einem Homeoffice-Mitarbeiter lediglich ein neuer Dienort zugewiesen wird und die Zuweisung länger als einen Monat andauert. Es sei nicht erforderlich, dass sich auch der Inhalt der Tätigkeit, der Arbeitsort im Homeoffice oder die Person des Vorgesetzten ändern.

Die Arbeitgeberin änderte im vorliegenden Fall ihre Betriebsorganisation. Ein Teil der betroffenen Mitarbeiter wechselte zunächst in Homeoffice-Arbeitsplätze. Anschließend wurden diese Mitarbeiter einem neuen Dienort zugewiesen und das Homeoffice dauerhaft angeordnet. Der Betriebsrat sieht hierin eine mitbestimmungspflichtige Versetzung.

Die Arbeitgeberin hat die Auffassung vertreten, dass eine zustimmungspflichtige Versetzung erst dann vorliege, wenn die Mitarbeiter aus dem Homeoffice zurück beordert würden.



Das BAG lehnt diese Ansicht ab und bejaht eine zustimmungspflichtige Versetzung aufgrund der Zuweisung des Arbeitnehmers zu einem neuen Teil der Betriebsorganisation und der dadurch einhergehenden Änderung seiner Stellung in der Betriebsorganisation.

Privater Dienstwagen/ Betriebsratsmitglied/ Begünstigungsverbot

– LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 11.02.2020 - 7 Sa 997/19 –

Wird einem freigestellten Betriebsratsmitglied allein aufgrund seiner Mitgliedschaft im Betriebsrat und der Erfüllung der dazu gehörenden Aufgaben ein Dienstwagen überlassen, stellt eine durch den Arbeitgeber gestattete private Nutzung des Kfz eine unzulässige Begünstigung des Betriebsrats dar. Das LAG begründet seine Entscheidung damit, dass die private Nutzung einen Entgeltbestandteil darstelle und der Betroffene weder aufgrund seiner Position als Kfz-Mechaniker noch als Teammeister einen Dienstwagen mit privater Nutzungsmöglichkeit erhalten hätte. Ohne das Amt als Betriebsrat hätte dieser das Kfz also nicht privat nutzen dürfen. Dies stelle einen Verstoß gegen das Begünstigungsverbot dar. Der Vertrag, welcher der Überlassung des Fahrzeugs zugrunde liege, sei daher wegen des Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig. Das betroffene Betriebsratsmitglied habe keinen Anspruch auf die Überlassung eines Dienstwagens zur privaten Nutzung.

◀ *zur Inhaltsübersicht*



Allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch – Anspruch auf Lohnfortzahlung im Kündigungsschutzprozess?

– BAG, Urteil vom 27.05.2020 - 5 AZR 247/19 –

Im Krankheitsfall oder im Urlaub hat ein Arbeitnehmer grundsätzlich einen Anspruch auf Lohnfortzahlung. Besteht der Anspruch allerdings auch dann, wenn das Arbeitsverhältnis bereits gekündigt wurde und der Arbeitnehmer während des laufenden Kündigungsschutzprozesses weiterbeschäftigt wird? Mit dieser - für eine große Anzahl von Kündigungsschutzprozessen relevanten - Problematik befasst sich die hier besprochene Entscheidung des BAG.

Zum Sachverhalt

Seit November 2010 war der Kläger als Schlosser beschäftigt. Das den Kläger beschäftigende Unternehmen (im Folgenden: die Beklagte) kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 31.08.2015 zum 30.09.2015. Gegen die Kündigung erhob der Kläger Kündigungsschutzklage, woraufhin das Arbeitsgericht Iserlohn mit Urteil vom 15.08.2017 die Unwirksamkeit der Kündigung feststellte und die Beklagte zugleich verurteilte, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Schlosser weiter zu beschäftigen.

Mit Schreiben vom 17.08.2017 verlangte der Kläger die Weiterbeschäftigung und drohte mit Vollstreckungsmaßnahmen. Die Beklagte teilte dem Kläger daraufhin am 21.08.2017 mit, ihn zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung weiter zu beschäftigen. Der Kläger nahm seine Arbeit am 31.08.2017 wieder auf, erkrankte am selben Tag und war nachfolgend bis einschließlich zum 10.09.2017 sowie im Zeitraum vom 27.09.2017 bis zum 30.10.2017 arbeitsunfähig. Das Kündigungsschutzverfahren wurde durch einen am 22.03.2018 geschlossenen Vergleich in der Berufung vor dem LAG Hamm beendet. Im Vergleich wurde festgehalten, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund der Kündigung zum 30.09.2015 aufgelöst worden sei.

Die Beklagte vergütete nur die vom Kläger geleisteten Arbeitsstunden und verweigerte die Entgeltfortzahlung während der Prozessbeschäftigung für die Feiertage bzw. für die Tage, an denen der Kläger erkrankt war. Mit einer erneuten Klage machte der Kläger daraufhin einen Anspruch auf Lohnfortzahlung für die Krankheits- und Feiertage während der Prozessbeschäftigung geltend. Das Arbeitsgericht Iserlohn (ArbG Iserlohn, Urteil vom 20.03.2018 – 5 Ca 2033/17) hat der Klage stattgegeben. Das LAG Hamm (Urteil vom 21.11.2018 – 4 Sa 388/18) hat auf die Berufung der Beklagten das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Klage insoweit abgewiesen. Die Entscheidung des LAG Hamm ist vom BAG schlussendlich bestätigt worden.



Entscheidung des BAG: Kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung

Das BAG hat dem Kläger weder einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall gem. § 3 Entgeltfortzahlungsgesetz (im Folgenden: EFZG) noch auf Entgeltfortzahlung an Feiertagen gem. § 2 EFZG zugesprochen. Begründet wurde die Entscheidung damit, dass der Kläger im fraglichen Zeitraum nicht Arbeitnehmer im Sinne des EFZG gewesen sei. Die Geltung des EFZG setze ein Arbeitsverhältnis voraus, welches nicht vorlag. Ausweislich des geschlossenen Vergleichs endete das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien zum 30.09.2015.

Die Parteien haben nach Ansicht des BAG im Zusammenhang mit der Prozessbeschäftigung auch kein neues Arbeitsverhältnis begründet. Kommt der Arbeitgeber dem Weiterbeschäftigungsverlangen zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung nach, will er hiermit lediglich seiner Verpflichtung aus der erstinstanzlichen Verurteilung zur vorläufigen Weiterbeschäftigung nachkommen. Ohne zusätzliche Anhaltspunkte kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Arbeitgeber mit der tatsächlichen Beschäftigung zugleich den Abschluss eines Arbeitsvertrages herbeiführen und das Arbeitsverhältnis über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus fortsetzen oder ein neues Arbeitsverhältnis begründen will.

Ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall oder an Feiertagen ergibt sich bei der Durchsetzung des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs laut BAG auch nicht aus anderen Gründen, vor allem nicht aus einer analogen Anwendung der Rechtsfolgen einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach Widerspruch des Betriebsrats nach § 102 V BetrVG.

Die Abrechnung einer zu Unrecht erfolgten Weiterbeschäftigung hat nach Bereicherungsrecht zu erfolgen. Aus rechtlicher Sicht hat der Kläger keinen Arbeitslohn, sondern Wertersatz nach den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung erhalten, da die Arbeitsleistung ohne Rechtsgrund, also ohne bestehendes Arbeitsverhältnis (s.o.), erfolgte. Hat der Arbeitnehmer – wie der Kläger im streitgegenständlichen Zeitraum – in Folge von Krankheit oder wegen eines Feiertags keine Arbeitsleistung erbracht, hat der Arbeitgeber nichts erlangt und schuldet entsprechend auch keinen Wertersatz.

Praxistipp

Sofern eine Weiterbeschäftigung gewünscht ist, sollte der Antrag auf Weiterbeschäftigung gleich aus mehreren Gründen gestellt werden. Dieser hat zunächst zur Folge, dass im Falle einer erstinstanzlichen Verurteilung der Arbeitnehmer einen vollstreckbaren Anspruch darauf hat, dass er tatsächlich beschäftigt wird. Damit kann der Arbeitnehmer erreichen, dass er auch nach Ende der Kündigungsfrist Geldansprüche begründen kann.



Wenn nämlich unter dem Druck der Vollstreckung auf die Weiterbeschäftigung eine solche erfolgt, bekommt der Arbeitnehmer auch für den Fall, dass im Ergebnis eine Kündigungsschutzklage abgewiesen wird, für die tatsächlich erbrachte Tätigkeit einen Ausgleich zumindest nach Bereicherungsrecht. Insofern hat das BAG seine bisherige Rechtsprechung nochmals bestätigt.

Daneben erhöht der Weiterbeschäftigungsanspruch auch den Druck auf den Arbeitgeber, da dieser nach einem obsiegenden erstinstanzlichen Urteil vollstreckt werden kann. Ohne einen titulierten Weiterbeschäftigungsanspruch kann eine Beschäftigungspflicht nicht effektiv durchgesetzt werden. Der Antrag verfolgt neben dem geldlichen Aspekt somit auch strategische Ziele.

Anmerkung

Abschließend ist noch anzumerken, dass die Rechtslage sich anders darstellt, wenn der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer ausdrücklich eine Prozessbeschäftigung vereinbart und dem Weiterbeschäftigungsverlangen des Arbeitnehmers nicht nur zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung nachkommt. In dem Fall könnte ein Arbeitsverhältnis bestehen, das den allgemeinen Regelungen unterliegt. Dies sollte daher bezogen auf jeden Einzelfall umfassend rechtlich geprüft werden.

Stefan Dieker, Düsseldorf

◀ *zur Inhaltsübersicht*



Sozialplan: Kinder-Zuschlag auf die Abfindung darf nicht ausschließlich an steuerlichen Kinderfreibetrag geknüpft werden

- LAG Hessen v. 28.10.2020 - 18 Sa 22/2020 -

Nach der Regelung in dem Sozialplan aus dem Jahr 2018 sollten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer pro Kind eine um 5.000,00 € höhere Abfindung erhalten, wenn dieses „auf der Lohnsteuerkarte eingetragen“ war.

Schon seit 2014 werden keine Lohnsteuerkarten mehr verwendet; bis dahin sind Kinderfreibeträge dort eingetragen worden. Das LAG hat entschieden, die Formulierung ist daher so zu verstehen, dass bei den Eltern ein Kinderfreibetrag als Lohnsteuerabzugsmerkmal (ELStAM) gespeichert sein muss. So verstanden ist die Sozialplan-Regelung unwirksam, weil sie Frauen mittelbar benachteiligt.

Bei allen Personen, welche die Lohnsteuerklasse V gewählt haben, kann ein Kinderfreibetrag nach dem Einkommenssteuergesetz (§§ 38b Abs. 2, 39 Abs. 4 Nr. 2 EStG) als Lohnsteuerabzugsmerkmal nicht berücksichtigt werden. Nach der Regelung des Sozialplans sollte ausschließlich über den Freibetrag nachgewiesen werden können, dass eine Unterhaltspflicht für ein Kind bestand. Damit waren Eltern mit der Lohnsteuerklasse V von einem Abfindungszuschlag generell ausgeschlossen. Die Lohnsteuerklasse V wird noch immer überwiegend von Frauen gewählt, deren Ehepartner einen höheren Arbeitsverdienst erzielt.

Die Arbeitgeberin wurde verurteilt, der Klägerin, einer Mutter von zwei Kindern mit Lohnsteuerklasse V, die Kinder-Zuschläge zur Abfindung zu zahlen. Sie hat wegen der mittelbaren Benachteiligung durch den Sozialplan denselben Anspruch wie die übrigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit unterhaltsberechtigten Kindern.

Die Entscheidung ist rechtskräftig. Eine Revision zum BAG ist nicht eingelegt worden.

Diskriminierung wegen des Alters bei Stellenanzeige mit Formulierung "junges hochmotiviertes Team,"

- LAG Nürnberg v. 27.5.2020 - 2 Sa 1/209 -

Bietet der Arbeitgeber in einer Stellenanzeige eine "zukunftsorientierte, kreative Mitarbeit in einem jungen, hochmotivierten Team", so liegt hierin eine Tatsache, die eine Benachteiligung des nicht eingestellten 61-jährigen Bewerbers wegen des Alters nach § 22 AGG vermuten lässt. Ein älterer Bewerber kann eine Entschädigung von zwei Monatsgehältern verlangen.



Die Beklagte hat die Stelle entgegen den Vorgaben von § 11 AGG unter Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters nach § 7 Abs. 1 AGG ausgeschrieben. Die Formulierung in der Stellenanzeige, wonach den Bewerbern eine Mitarbeit in einem "jungen, hochmotivierten Team" geboten wird, stellt nach Auffassung des LAG eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Alters (§ 3 Abs. 1 AGG) dar. Begriffe "jung" und "hochmotiviert" beschreiben Eigenschaften, die im Allgemeinen eher jüngeren als älteren Menschen zugeschrieben werden. Der Begriff "hochmotiviert" ist zudem vergleichbar mit dem Begriff "dynamisch". Dadurch wird die Botschaft vermittelt, dass die Mitglieder des Teams jung und deshalb hochmotiviert sind. Zudem kann die Formulierung nur so verstanden werden, dass der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer sucht, der in das Team passt, weil er ebenfalls jung und hochmotiviert ist wie die Mitglieder des vorhandenen Teams.

Die Stellenanzeige lässt vermuten, dass der Kläger wegen seines Alters nicht eingestellt wurde, daher ein Anspruch auf eine Entschädigung wegen Altersdiskriminierung. Da der Kläger nicht dargelegt hat, dass er ohne diese Benachteiligung die Stelle bekommen hätte, erhält er nicht drei, sondern lediglich zwei Monatsgehälter als Entschädigung.

Keine Urlaubsgewährung durch auftragsmangelbedingte Freistellung

– LAG Berlin-Brandenburg v. 30.10.2020 - 12 Sa 602/20 –

Die Parteien streiten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses um Urlaubsabgeltung. Der Arbeitgeber meint, der Urlaub sei vom Kläger bereits genommen worden. Er habe den Kläger mehrere Wochen mangels Aufträgen nicht einsetzen können und sich daraufhin mit ihm geeinigt, dass er in dieser Zeit nicht zur Arbeit erscheinen brauche und diese Abwesenheitszeiten mit dem Urlaubsanspruch zu verrechnen seien.

Das LAG hat die Beklagte zur Zahlung der Urlaubsabgeltung verurteilt. Die Vorgehensweise des Arbeitgebers, eine beginnende arbeitsfreie Zeit unbestimmter Länge auf den Urlaubsanspruch anzurechnen, stellt keine Urlaubsgewährung dar. Es fehlt an der erforderlichen unwiderruflichen Freistellung, weil der Arbeitnehmer gerade nicht darauf vertrauen kann, dass der Urlaub nicht unvermittelt endet, etwa, wenn wieder Arbeitsaufgaben für ihn vorhanden sind. Jedenfalls ist aus dem Beklagtenvorbringen nicht ersichtlich, dass eine Freistellung im Vorhinein für einen feststehenden Zeitraum erklärt worden ist. Eine Urlaubsgewährung kann auch nicht dadurch nachgeholt werden, dass der Arbeitgeber im Nachgang zu einem arbeitsfreien Zeitraum diesen zu Erholungsurlaub erklärt.

◀ *zur Inhaltsübersicht*

Peter Berg

Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht (Hrsg.: Berg/Kocher/Schuman),
Kompaktcommentar, 7. Auflage 2021

Daniel Wall

Betriebsrat kann Einführung eines elektronischen Zeiterfassungssystems initiieren,
Beitrag in der AiB 04/2021

Daniel Wall / Dr. Michael Bachner

Betriebsratsarbeit in Krisenzeiten, 14-tägiger Newsletter mit inzwischen
umfangreicher Recherche-Datenbank, Bund-Verlag

Dr. Lars Weinbrenner

LAG Niedersachsen: Rechtsweg bei Konkurrentenstreitigkeiten, Zeitschrift für das
öffentliche Arbeits- und Tarifrecht 2021, S. 63

Prüfung der Vorbeschäftigung bei sachgrundloser Befristung, Mitautorin: Katharina
Warczinski, Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht 2020, S. 249-252

Die Beiträge können über die jeweiligen Autoren unter ihrer Emailadresse
angefordert werden.



V.i.S.d.P.:

RA Dr. Michael Bachner
Berliner Straße 44
60311 Frankfurt am Main
bachner@schwegler-rae.de

Kontakt:

Düsseldorf

Bahnstraße 16
D-40212 Düsseldorf
Tel.: 0211/300 43-0
Fax: 0211/300 43-499
duesseldorf@schwegler-rae.de

Lorenz Schwegler*
Felix Laumen*
Yvonne Reinartz*
Dr. Michael Schwegler*
Dieter Lenz
Werner Lohre

Simone Rohs
Dr. Alexander Metz, LL.M.*
Charlotte Roth
Peter Berg
Dr. Herbert Grimberg
Christian Mertens

Berlin

Unter den Linden 12
D-10117 Berlin
Tel.: 030/440137-0
Fax: 030/440137-12
berlin@schwegler-rae.de

Michael Merzhäuser*
Heike Merzhäuser*
Dr. Sascha Lerch*
Dr. Lars Weinbrenner*
Prof. Dr. Herta Däubler-Gmelin

Hans-Otto Umlandt
Dario Dell`Anna
Patrick Kessler
Katharina Warczinski
Sebastian Kolb

Frankfurt am Main

Berliner Straße 44
D-60311 Frankfurt am Main
Tel.: 069/216599-0
Fax: 069/216599-18
frankfurt@schwegler-rae.de

Dr. Michael Bachner*
Peter Gerhardt*
Ariane Mandalka
Daniel Wall
Ingolf Schumacher

Oldenburg

Am Festungsgraben 45
D-26135 Oldenburg
Tel.: 0441/9250-263
Fax: 0441/25112
oldenburg@schwegler-rae.de

Hajo A. Köhler*
Ralf Trümner*
Jürgen Oehlmann
Anna-Lena Trümner
Jörn Arne Broschat, LL.M.

München

Maximilianstraße 54
80538 München
Tel.: 089/2323629-0
Fax: 089/2323629-69
muenchen@schwegler-rae.de

Dr. Michael Schwegler* (Zweigstelle)
Michael Merzhäuser* (Zweigstelle)

Wissenschaftliche Berater:

Prof. Dr. Wolfgang Däubler
Prof. Dr. Bernhard Nagel

* Partner

Hinweis und Haftungsausschluss

Dieser Newsletter ist sorgfältig zusammengestellt. Er soll den Mandanten von schwegler rechtsanwälte einen Überblick über das aktuelle Geschehen im Arbeitsrecht bieten. Im Einzelfall auftretende Rechtsfragen können nur unter Beachtung konkreter, immer differenziert zu betrachtender Sachverhalte beantwortet werden, so dass die Lektüre dieses Newsletters nicht die rechtliche Beratung im Einzelfall ersetzt. schwegler rechtsanwälte können deshalb für Schäden, die aus der Anwendung oder Übernahme von in diesem Newsletter gefundenen Inhalten in der Praxis resultieren, keine Haftung übernehmen.