

Update Rechtsprechung Arbeitsrecht III 2023



Dr. Martin Römermann

Rechtsanwalt/Fachanwalt für Arbeitsrecht
Partner der Kanzlei
SKW Schwarz Rechtsanwälte mbB, Berlin

GÜNTHER · ZIMMERMANN
RECHTSANWÄLTE



Sebastian Günther

Rechtsanwalt/Fachanwalt für Arbeitsrecht
Partner der Kanzlei
GÜNTHER · ZIMMERMANN Rechtsanwälte Berlin



Entscheidungen

I. BAG v. 16. Februar 2023 – 8 AZR 450/21

- Entgelt-Gleichheit
- Verhandlungsgeschick

II. BAG v. 29.06.2023 – 2 AZR 296/22

- Kündigung
- Verwertungsverbot
- Offene Videoüberwachung



Entscheidungen

III. BAG v. 29. März 2023 – 5 AZR 255/22

- Fristlose Kündigung
- Prozessbeschäftigung

IV. BAG v. 15. Dezember 2022 – 2 AZR 162/22

- Kündigung
- Betriebliches Eingliederungsmanagement
- Integrationsamt



Entscheidungen

V. BAG v. 11. Mai 2023 – 6 AZR 267/22

- Betriebsübergang
- Sozialauswahl



I. BAG v. 16. Februar 2023 – 8 AZR 450/21

Sachverhalt

Der beklagte Arbeitgeber stellte die Klägerin zum 1. März im Vertriebsaußendienst ein. Zwei Monate vorher wurde ein männlicher Mitarbeiter mit einem um 1000 EUR höheren Gehalt (4500 statt 3500 EUR) angestellt.

Die Mitarbeiterin sah sich in ihrem Geschlecht diskriminiert und forderte die Zahlung der Differenzvergütung sowie eine Entschädigung. Der beklagte Arbeitgeber verwies darauf, der Arbeitnehmer habe im Gegensatz zu der Klägerin besser verhandelt. Man habe ihm die gleiche Summe wie der Klägerin angeboten, in den Verhandlungen habe er aber durchgesetzt, ein um 1000 EUR höheres Gehalt zu bekommen.



I. BAG v. 16. Februar 2023 – 8 AZR 450/21

Problemstellung

- Ist die Arbeitnehmerin wegen des Geschlechts benachteiligt?
- Kann der Arbeitgeber sich mit dem besseren Verhandlungsgeschick dafür rechtfertigen?



I. BAG v. 16. Februar 2023 – 8 AZR 450/21

Entscheidung

Das BAG hielt die Klage weitgehend für begründet und sprach der Klägerin die Differenz Vergütung sowie eine Entschädigung von 2000 EUR zu. Zunächst kann der Arbeitgeber den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung grundsätzlich durch Indizien erschüttern.



I. BAG v. 16. Februar 2023 – 8 AZR 450/21

Entscheidung

→ Im ersten Schritt stellte das Bundesarbeitsgericht mit, dass das um 1000 EUR geringere Grundgehalt bei festgestellter gleichwertiger Beschäftigung eine **unmittelbare Entgeltbenachteiligung** sei.

Arbeitgeber werden bereits an dieser Stelle hat argumentieren müssen, um gegebenenfalls darlegen zu können, dass die jeweilige Tätigkeit nicht vollumfänglich als gleichwertig zu betrachten ist.

„Gleichwertige Arbeit“ im Sinne dieser Bestimmung bedeutet, ob diese Arbeitnehmer unter Zugrundelegung einer Gesamtheit von Faktoren, wie der Art der Arbeit, der Ausbildungsanforderungen und Arbeitsbedingungen, als in einer vergleichbaren Situation befindlich angesehen werden können“



I. BAG v. 16. Februar 2023 – 8 AZR 450/21

Entscheidung

→ Aus der Benachteiligung erwachse die **gesetzliche Vermutung**, dass diese Entgelt-Benachteiligung wegen des Geschlechts im Sinne von § 22 AGG erfolge.

Das führt häufig zu der Kritik, dass andere Männer mit einem niedrigeren Gehalt sich nicht darauf hätten berufen können. Spannend wird es, wenn plötzlich andere Männer, die sich möglicherweise auf ein anderes Diskriminierungsmerkmal nach dem AGG (beispielsweise Behinderung) berufen könnten, ebenfalls eine Entgeltdifferenz einklagen.



I. BAG v. 16. Februar 2023 – 8 AZR 450/21

Entscheidung

→ Nun sei es Aufgabe des Arbeitgebers, die **gesetzliche Vermutung zu widerlegen** der Arbeitgeber sei also in der Beweislast, dass die gesetzliche Vermutung der Benachteiligung wegen des Geschlechtes nicht vorliege. Allein die Behauptung des besseren Verhandlungsgeschicks, bzw. ein Rückgriff auf die Vertragsfreiheit reiche hierfür leider nicht aus.

Auch wenn man kein Fan der Entscheidung ist, muss das einleuchten. Der Rückgriff auf die Vertragsfreiheit würde das Gebot der Entgelt-Gleichheit und die gesetzliche Vermutungsregel ad absurdum führen.



I. BAG v. 16. Februar 2023 – 8 AZR 450/2

Beachte:

Zitat: „In einem solchen Fall wird nämlich gerade nicht ausgeschlossen, dass das Geschlecht mitursächlich für die Vereinbarung der höheren Vergütung war.“

Was muss der Arbeitgeber machen?



I. BAG v. 16. Februar 2023 – 8 AZR 450/2

„Die Vermutung einer geschlechtsbezogenen Entgeltbenachteiligung kann im Einzelfall widerlegt sein, wenn der Arbeitgeber darlegt und im Bestreitensfall beweist, dass das höhere Entgelt wegen der Lage auf dem Arbeitsmarkt erforderlich war, um die offene Stelle mit einer geeigneten Arbeitskraft zu besetzen.“

„Sowohl eine bessere Qualifikation aufgrund einer fachspezifischen Ausbildung als auch eine längere einschlägige Berufserfahrung einer besser vergüteten Arbeitskraft, die die gleiche oder eine gleichwertige Arbeit verrichtet, sind grundsätzlich geeignet, die Vermutung einer Entgeltbenachteiligung wegen des Geschlechts zu widerlegen“



II. 29. Juni 2023 – 2 AZR 296/22

Sachverhalt

Der Kläger erhob Kündigungsschutzklage gegen den Arbeitgeber, nachdem dieser ihm außerordentlich und fristlos (hilfsweise ordentlich) kündigte. Hintergrund war, dass der Kläger eine Mehrarbeitsschicht vorgab, geleistet zu haben. Nachdem er das Werksgelände betreten hatte, verließ er dies jedoch vor Beginn der Schicht wieder.

Der Arbeitgeber stützte seine Erkenntnis auf Videoaufnahmen. Die Kamera war – gut sichtbar – am Eingang des Werksgeländes installiert.



II. 29. Juni 2023 – 2 AZR 296/22

Sachverhalt

Der Kläger wehrte sich gegen die Kündigung und trug vor, er habe die im Streit stehende Schicht tatsächlich geleistet.

Der Arbeitgeber dürfe die Videoaufnahmen nicht im Prozess verwenden, es bestehe ein Sachvortrags- und Beweisverwertungsverbot.

Außerdem sei die Frist des § 626 II BGB nicht eingehalten worden.

Arbeitsgericht und LAG gaben der Kündigungsschutzklage statt.



II. 29. Juni 2023 – 2 AZR 296/22

Problemstellung:

- Besteht im Falle der Videoüberwachung eine prozessuales Verwertungsverbot?
- War der Kläger seiner (sekundären) Beweislast nachgekommen?



II. 29. Juni 2023 – 2 AZR 296/22

Die Entscheidung

Das BAG hob die Entscheidung des LAG auf – konnte den Fall jedoch nur an das LAG an eine andere Kammer zurückverweisen.

Grundsätzlich liege ein wichtiger Grund i.S.d. § 626 BGB vor – wäre das Verhalten des Klägers unstreitig oder erwiesen. Auch der Verdacht eines solchen Verhaltens könne einen solchen Grund darstellen.



II. 29. Juni 2023 – 2 AZR 296/22

Die Entscheidung

Das BAG prüfte den Fall sodann anhand der **gestuften Darlegungs- und Beweislast**. Zunächst müsse der Arbeitgeber vortragen; dies sei erfolgt, indem der Arbeitgeber zum Nichtableistung der Schicht durch den Kläger vortrug.

Hierauf hätte es dem Kläger im Rahmen einer sekundären Darlegungslast oblegen, substantiiert vorzutragen, **welche tatsächlichen Umstände** für das ordnungsgemäße Ableisten der Mehrarbeitsschicht sprechen. Dazu hätte er zunächst konkret darlegen müssen, ob er durchgehend auf dem Werksgelände geblieben sein oder dieses zwar noch einmal verlassen, aber rechtzeitig wieder betreten haben möchte.

Ohne entsprechendes Vorbringen ist der Vortrag der Beklagten zum Nichtableisten der Mehrarbeitsschicht in Täuschungsabsicht durch den Kläger nach § 138 Abs. 3 ZPO als **zugestanden** anzusehen.



II. 29. Juni 2023 – 2 AZR 296/22

Die Entscheidung

Ein Sachvortrags- oder ein Beweiserhebungsverbot greif hingegen nicht ein.

- Maßgeblich – auch für die Gerichte – sind die Vorgaben der DSGVO.
- Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. e DSGVO: Erhebung personenbezogener Daten ist rechtmäßig, wenn sie für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich ist, die im **öffentlichen Interesse** liegt oder in Ausübung **öffentlicher Gewalt** erfolgt.
- Art. 6 Abs. 4 DSGVO i.V.m. mit Erwägungsgrund 50: [...] zum Schutz dieser wichtigen Ziele des allgemeinen öffentlichen Interesses berechtigt, die personenbezogenen Daten ungeachtet dessen weiterzuverarbeiten, ob sich die Verarbeitung mit den Zwecken, für die die personenbezogenen Daten ursprünglich erhoben wurden, [...]



II. 29. Juni 2023 – 2 AZR 296/22

Die Entscheidung

- Die Verarbeitung von personenbezogenen Daten durch das Gericht kommt selbst dann in Betracht, wenn die vor- oder außergerichtliche Erhebung dieser Daten durch eine Prozesspartei sich nach Maßgabe der DSGVO oder des nationalen Datenschutzrechts **als rechtswidrig** darstellt.
- Ein Sachvortrags- oder Beweisverwertungsverbot glit nur, wenn die Nichtberücksichtigung von Vorbringen oder eines Beweismittels wegen einer **geschützten Rechtsposition des Arbeitnehmers** zwingend geboten ist.
 - Hier wegen vorsätzlich begangener Pflichtverletzung: (-)
 - Verhältnismäßigkeitsprüfung zulasten des Beschäftigten, da Videoüberwachung offen (kein Ausspähen, auch keine Täuschung durch den AG)



II. 29. Juni 2023 – 2 AZR 296/22

Die Entscheidung

Und:

- Eine Betriebsvereinbarung, die eine Auswertung von personenbezogenen Daten im Bereich der Arbeitszeiterfassung untersagt, ist prozessual ohne Bedeutung.
- Den Betriebsparteien fehlt die Befugnis zu Eingriffen in das gerichtliche Verfahren.
- Das Recht zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsvertrags gemäß § 626 BGB ist im Voraus weder verzicht- noch erheblich erschwerbar und eine gegenteilige Regelung nach § 134 BGB nichtig ist.



III. BAG v. 29. März 2023 – 5 AZR 255/22

Sachverhalt

Der beklagte Arbeitgeber sprach zunächst eine fristlose Änderungskündigung aus, um eine Änderung der Tätigkeit, eine erhebliche Reduzierung der Vergütung sowie eine Aufhebung der bislang vereinbarten ordentlichen Unkündbarkeit anzubieten.

Sodann hieß es: „Im Falle der Ablehnung dieser außerordentlichen Kündigung“ erwarte sie den Kläger „am 17.12.2019 spätestens um 12:00 Uhr MEZ zum Arbeitsantritt!“



III. BAG v. 29. März 2023 – 5 AZR 255/22

Problemstellungen

- Kann der Arbeitgeber dem Kläger zum Vorwurf machen, dass er seine Arbeitsleistung nicht explizit angeboten hat?
- Welche sonstigen Mittel hätten bestanden, um Annahmeverzugsrisiken zu mindern?



III. BAG v. 29. März 2023 – 5 AZR 255/22

Die Entscheidung

Leitsatz:

Ein Arbeitgeber, der eine fristlose Kündigung ausspricht, weil er die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für unzumutbar hält, dann aber für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses die Weiterbeschäftigung zu unveränderten Bedingungen anbietet, um Annahmeverzugslohnansprüche zu vermeiden, verhält sich widersprüchlich.



III. BAG v. 29. März 2023 – 5 AZR 255/22

Die Entscheidung

Die Kündigung sei offensichtlich unwirksam. Unabhängig von anderen Unwirksamkeitsgründen sei es **widersprüchliches Verhalten**, einerseits die fristlose Kündigung begründen zu wollen und andererseits sofort wieder ein Angebot zur Arbeitsaufnahme zu unterbreiten. Das passt nicht zusammen!

Man kann doch nicht einerseits behaupten, dass (Stichwort: Fristlose Kündigung) die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar sei und andererseits die Beschäftigung anbieten.



III. BAG v. 29. März 2023 – 5 AZR 255/22

Die Entscheidung

Unabhängig davon kann man sich bei Kündigungen gleichwohl die Frage stellen, ob man Annahmeverzugsrisiken nicht dadurch absenkt, dass man eine Prozessbeschäftigung anbietet. Dieses Angebot erachtete das BAG aber in der konkreten Situation nicht als zumutbar. Zumindest habe es der Arbeitnehmer nicht böswillig unterlassen, Verdienst zu erwerben.

Schließlich begründete der Arbeitgeber die fristlose Kündigung unter anderem mit einer extremen Herabwürdigung des Mitarbeiters. Dies mache ihm die Prozessbeschäftigung unzumutbar. Schließlich sei es ein Unterschied, ob man bei gleichzeitiger Herabwürdigung in einem Kündigungsschutzprozess einer Prozessbeschäftigung nachgehen müsse, oder aber nach einem Obsiegen als „Sieger“ rehabilitiert zurück in den Betrieb komme.



III. BAG v. 29. März 2023 – 5 AZR 255/22

Tipp

Wenn man einen Kündigungsschutzprozess gewinnen will, kann man in aller Regel keine Prozessbeschäftigung anbieten. Schließlich bringt man damit zum Ausdruck (bei verhaltensbedingter Kündigung) das einem die Beschäftigung dennoch zumutbar ist oder dass man (bei betriebsbedingter Kündigung) eine andere Tätigkeit anzubieten hat. Grundsätzlich bieten sich Prozessbeschäftigung nur für personenbedingte Kündigungen (Krankheit) an.

Wenn man denn schon eine Prozessbeschäftigung anbieten möchte, um Annahmeverzugsrisiken zu senken, dann muss man diese auch zumutbar ausgestalten. Dazu gehört auch der Umgang mit dem Arbeitnehmer selbst.



III. BAG v. 29. März 2023 – 5 AZR 255/22

Tipp

Als Alternative dazu kann man erwägen, das Risiko von Annahmeverzug dadurch abzusenken, dass man dem Mitarbeiter selber Vermittlungsvorschläge für eine neue Tätigkeit unterbreitet und Auskunft über die Vermittlungsvorschläge der Agentur für Arbeit einfordert.



IV. 15. Dezember 2022 – 2 AZR 162/22

Sachverhalt

Die Parteien streiten um den Bestand des Arbeitsverhältnisses. Die Klägerin ist bei der Beklagten seit dem 1.01.1999 beschäftigt. Sie ist einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt und seit dem 12.12.2014 ununterbrochen arbeitsunfähig erkrankt.

Die Frage nach der Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) beantwortete die Klägerin positiv, unterzeichnete die vom Arbeitgeber übermittelte **Datenschutzerklärung** nicht. Der Arbeitgeber erklärte darauf mehrfach gegenüber der Klägerin, dass ein BEM nur nach entsprechender Vereinbarung zur Verwendung der im BEM zu erhebenden Daten möglich sei.



IV. 15. Dezember 2022 – 2 AZR 162/22

Sachverhalt

Der Arbeitgeber kündigte das Arbeitsverhältnis – nach erteilter **Zustimmung durch das Integrationsamts** – aufgrund der massiven Arbeitsunfähigkeitszeiten.

Die Klägerin wehrte sich gegen die Kündigung:

- **Keine** Zukunftsprognose und **keine** erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen
- Mildere Mittel? Einzelbüro oder Bereitstellung eines sog. Active-Noise-cancelling-Headsets



IV. 15. Dezember 2022 – 2 AZR 162/22

Problemstellungen

- Ist das BEM zwingende Voraussetzung für die krankheitsbedingte Kündigung?
- Entfällt die Pflicht zur Durchführung eines BEM, wenn Beschäftigte die Datenschutzerklärung nicht gegenzeichnen?
- Hilft die Zustimmung des Integrationsamts über das fehlende BEM hinweg?



IV. 15. Dezember 2022 – 2 AZR 162/22

Die Entscheidung

Das BAG hielt die Kündigung für unwirksam; der Arbeitgeber habe nicht dargelegt, dass keine zumutbare Möglichkeit bestand, die Kündigung durch mildere Maßnahmen zu vermeiden.

→ War der Arbeitgeber gemäß § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX zur Durchführung eines BEM verpflichtet und ist er dieser Verpflichtung nicht nachgekommen, ist er darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass auch ein BEM nicht dazu hätte beitragen können, neuerlichen Arbeitsunfähigkeitszeiten entgegenzuwirken und das Arbeitsverhältnis zu erhalten.

Ist das **ordnungsgemäß** durchgeführte BEM also faktisch unumgänglich?



IV. 15. Dezember 2022 – 2 AZR 162/22

Die Entscheidung

Fehler im BEM-Verfahren?

... ist **für den Umfang der Darlegungslast des AGs** von Bedeutung, ob der Fehler Einfluss auf die Möglichkeit hatte oder hätte haben können, Maßnahmen zu identifizieren, die zu einer relevanten Reduktion der Arbeitsunfähigkeitszeiten des Arbeitnehmers hätten führen können.

Hier:

- AG hätte nicht auf die Durchführung eines BEM verzichten dürfen, Verweigerung der Datenschutzerklärung nicht ausreichend.
- § 167 Abs. 2 SGB IX: Hinweis auf Ziele des BEM sowie auf Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten (nicht zwingend schriftlich)
- Zustimmung des Integrationsamtes kein Ersatz für das BEM!



IV. 15. Dezember 2022 – 2 AZR 162/22

Die Entscheidung

Tipp:

- BEM jedenfalls versuchen, ggf. Schritt für Schritt
- Hinweise zum Ziel und zur Datenverwendung
- Einladung zum BEM durch persönliche Übergabe bzw. Einschreiben
- Beendigung des BEM vereinbaren.



V. BAG v. 11.05.2023 – 6 AZR 267/22

Sachverhalt

Die Klägerin war Flugbegleiterin und erhielt eine Kündigung des Insolvenzverwalters.

Sie berief sich darauf, ihr Arbeitsverhältnis hätte im Wege einer Sozialauswahl zu dem Betriebsteil zugeordnet werden müssen, der nicht stillgelegt werde, sondern im Wege des Betriebsübergangs untergehe.



V. BAG v. 11.05.2023 – 6 AZR 267/22

Problemstellungen

- Gibt es bei Teil-Betriebsübergängen auch eine Sozialauswahl?
- Was sind Soll-angaben bei der Massenentlassung?



V. BAG v. 11. 05.2023 – 6 AZR 267/22

Entscheidung

Das „fliegende“ Personal gehöre nicht zum dem übergehenden Betriebsteil.

Die Zuordnung zu einem stillgelegten oder übergehenden Betriebsteil erfolge nicht nach den Grundsätzen einer Sozialauswahl. § 613a BGB bezwecke die Kontinuität einer wirtschaftlichen Einheit und sei keine Regelung des Sozialschutzes wie § 1 Abs. 3 KSchG.



V. BAG v. 11. 05.2023 – 6 AZR 267/22

Entscheidung

und sonst ...

Sind Soll Angaben in der Massenentlassungsanzeige ein SOLL und damit machen etwaige Fehler insoweit die Kündigung nicht angreifbar.

Wir bedanken uns recht herzlich, dass Sie an unserem Webinar teilgenommen haben und würden uns sehr freuen, Sie erneut begrüßen zu dürfen.

Redaktion
Arbeit und Arbeitsrecht

Am Friedrichshain 22
10407 Berlin

Tel. 030 42151-238
aua.redaktion@hussberlin.de

Dr. Martin Römermann
SKW Schwarz Rechtsanwälte
Tel. 030 889265055
m.roemermann@skwschwarz.de

Sebastian Günther
GÜNTHER · ZIMMERMANN Rechtsanwälte
Tel. 030 308308-23
guenther@gz-law.de



arbeit-und-arbeitsrecht.de/app

