



Newsletter Arbeitsrecht

Ausgabe 1 / 2022

Das neue Statusfeststellungsverfahren

EuGH: Vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung (im Konzern)

BAG: Gebot des fairen Verhandels beim Aufhebungsvertrag

BAG: Mehrmaliges bEM bei wiederholter Arbeitsunfähigkeit

BAG: Konkurrentenstreit – Primär- und Sekundärrechtsschutz

LAG Niedersachsen: Kein Annahmeverzugslohn bei fehlender Arbeitsuchendmeldung

Bevorstehende Veranstaltungen

Aktuelle Veröffentlichungen

Ihre Ansprechpartner bei GÖHMANN

Das neue Statusfeststellungsverfahren

Ab dem 01.04.2022 gilt das Statusfeststellungsverfahren, das in § 7a SGB IV geregelt ist, in einer neuen Fassung.

Das Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV ist ein sinnvolles Verfahren, um vor Beginn der Tätigkeit einer Person festzustellen, ob eine Versicherungspflicht besteht oder nicht. Wird eine solche erst im Nachhinein – beispielsweise durch eine Kontrolle durch den Zoll – festgestellt, können erhebliche Nachzahlungen (und zwar rückwirkend bis zu vier Jahre, bei Vorsatz sogar bis zu 30 Jahre) sowohl hinsichtlich des Arbeitgeber- als auch hinsichtlich des Arbeitnehmeranteils zu leisten sein. Eine Statusfehleinschätzung kann also zu erheblichen finanziellen Belastungen der Arbeitgeber führen.

Mit diesem Beitrag sollen die wesentlichen Neuerungen und Änderungen dargestellt werden.

I. Beibehaltung der bisherigen Kriterien

Mit dem neuen Statusfeststellungsverfahren ab dem 01.04.2022 werden keine neuen Abgrenzungskriterien, also Kriterien nach denen beurteilt wird, ob eine versicherungsfreie Tätigkeit oder eine sozialversicherungspflichtige Tätigkeit vorliegt, festgelegt.

Auch weiterhin gilt also, dass beispielsweise Personen, die für mehrere Auftraggeber tätig sind und/ oder eigene Arbeitnehmer beschäftigen und/ oder nicht in den Betrieb des Auftraggebers eingegliedert werden, im Regelfall selbstständig und damit sozialversicherungsfrei tätig sind.

II. Entscheidung über den Erwerbsstatus (§ 7a Abs. 1 SGB IV n.F.)

Ab dem 01.04.2022 ist neu, dass im Rahmen des Statusfeststellungsverfahrens nur noch

eine Entscheidung über den sogenannten Erwerbsstatus (Beschäftigter/ Selbständiger) erfolgt und nicht mehr über eine mögliche Versicherungspflicht aufgrund der abhängigen Tätigkeit. Es wird also zunächst nur über die Beschäftigung/ Tätigkeit isoliert entschieden.

Damit werden kürzere Bearbeitungszeiten erwartet und damit eine schnellere Klarheit für die Beteiligten. Ob und in welche Sozialversicherungen eine Beitragspflicht besteht, wird anschließend isoliert entschieden.

Mit der isolierten Feststellung, dass eine Beschäftigung besteht, ist der Arbeitgeber dann also verpflichtet, die entsprechenden Meldungen an die Einzugsstelle vorzunehmen. Ggf. muss die Einzugsstelle dann noch darüber entscheiden, ob und in welchen Versicherungszweigen eine Versicherungs- und Beitragspflicht besteht.

III. Privilegierung weiterhin möglich (§ 7a Abs. 5, S. 2 SGB IV n.F.)

Auch weiterhin soll die Privilegierung gelten, dass zumindest dann, wenn frühzeitig das Statusfeststellungsverfahren durchgeführt wird, die Versicherungspflicht erst mit Bekanntgabe des Bescheides über die Feststellung des Erwerbsstatus einsetzt.

Da weder die Einzugsstelle noch der Arbeitgeber mit der Feststellung des Zeitpunkts der Versicherungspflicht belastet werden sollen, stellt die Deutsche Rentenversicherung (DRV) den Zeitpunkt fest, der als Zeitpunkt des Eintritts in das Beschäftigungsverhältnis gilt. Es werden insoweit die Voraussetzungen des § 7a Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 und 2 SGB IV nF, bisher in Absatz 4 geregelt, geprüft, nämlich die Zustimmung des Beschäftigten und anderweitige Absicherung gegen das finanzielle Risiko von Krankheit und zur Altersvorsorge.

Auch weiterhin gilt, dass zum Zeitpunkt der Antragsstellung im Rahmen des Statusfeststellungsantrags nicht bereits ein Verfahren zur

Feststellung des Status seitens der Einzugsstelle oder durch ein anderes Verfahren eingeleitet bzw. abgeschlossen sein darf.

IV. Die „Turbo-Feststellung“ (§ 7a Abs. 4 S. 2 SGB IV n.F.)

Neu ist eine sogenannte „Turbo-Feststellung“, nach der eine Anhörung der Beteiligten unterbleibt, wenn einem übereinstimmenden Antrag der Beteiligten stattgegeben wird.

Eine Anhörung sei in diesen Fällen als „reine Förmerei“ anzusehen. Damit soll der Arbeits- und Zeitaufwand eingespart werden und eine beschleunigte Bescheiderteilung erreicht werden.

Sind aber Dritte von der Entscheidung betroffen wie zum Beispiel im Rahmen eines Werkvertrages, kann auf die Anhörung des Dritten nicht verzichtet werden.

V. Statusfeststellung im Dreiecksverhältnis (§ 7a Abs. 2 S. 2, 3 SGB IV n.F.)

Es wird nunmehr eine Regelung zur Feststellung des Status bei sogenannten Dreiecksverhältnissen geben. Bisher bestand eine rechtliche Unsicherheit, ob und wie das Anfrageverfahren bei Dreiecksbeziehungen, zum Beispiel Verleiher/Entleiher/Leiharbeitnehmer durchzuführen ist – in der Regel wurden zwei Verfahren geführt.

Nach der neuen Regelung wird es möglich sein, in nur einem Statusfeststellungsverfahren den Status zu klären. Auch das Einsatzunternehmen (also beispielsweise der Entleiher) hat die Möglichkeit, einen Antrag auf Feststellung des Status zu stellen, wenn er bei Feststellung einer Beschäftigung als Verpflichteter für die Zahlung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags in Betracht kommen kann. Ob in der Praxis hiervon dann tatsächlich Gebrauch gemacht werden wird, ist abzuwarten.

VI. Bindung an die Entscheidung (§ 7a Abs. 2 Satz 4 SGB IV n.F.)

Neu ist, dass alle Versicherungsträger – also bspw. auch die Unfallversicherung oder die Bundesagentur für Arbeit – an die Entscheidung der Deutschen Rentenversicherung im Statusfeststellungsverfahren gebunden sind. Sie alle haben den festgestellten Erwerbsstatus ihrer Entscheidung zugrunde zu legen.

VII. Antragsrecht vor Aufnahme der Tätigkeit (§ 7a Abs. 4a SGB IV n.F.)

Zu dem Zeitpunkt des Antrags auf Feststellung des Status ist neu geregelt, dass nunmehr auch für nur beabsichtigte Auftragsverhältnisse bereits der Antrag gestellt werden kann.

Zu beachten ist aber, dass die jetzt mögliche Prognoseentscheidung aufgehoben werden kann, wenn das tatsächlich gelebte Vertragsverhältnis dann von dem abweicht, was bei der Entscheidung zugrunde gelegt wurde.

VIII. Gruppenfeststellung (§ 7a Abs. 4b und 4c SGB IV n.F.)

Die neue gesetzliche Regelung sieht die Möglichkeit einer sogenannten Gruppenfeststellung vor: Bei vergleichbaren Tätigkeiten kann, um eine größere Planungssicherheit zu erreichen, übergreifend der Status in einer Art Musterverfahren festgestellt werden. Es bleibt abzuwarten, ob diese neue Regelung zu mehr Rechtssicherheit führen wird.

Wir raten Ihnen auch weiterhin, immer dann, wenn zumindest nicht eindeutig bestimmbar ist, ob es sich um eine abhängige oder selbständige Tätigkeit handelt, vor der Aufnahme bzw. spätestens mit der Aufnahme der Tätigkeit den Antrag auf Feststellung des Status zu stellen. Gerne unterstützen wir Sie dabei.

Julia Schönfeld, Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht und Fachanwältin für Sozialrecht, Bremen

Vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung (im Konzern)

EuGH, Urteil vom 17.03.2022 - C-232/20

Der Fall

Der Arbeitnehmer war seit dem 01.09.2014 bei einem Leiharbeitsunternehmen beschäftigt. Von diesem Zeitpunkt an bis zum 31.05.2019 wurde er ausschließlich bei der Daimler AG als entleihendes Unternehmen zur Verfügung gestellt, wo er ständig in der Montagefertigung arbeitete. Der einschlägige Tarifvertrag zur Leih-/Zeitarbeit sah die Zulässigkeit eines vorübergehenden Einsatzes vor. Er nahm Bezug auf die Öffnungsklausel in § 1 Abs. 1b AÜG. Die Tarifvertragsparteien vereinbarten, dass die Höchstdauer eines Einsatzes nach dem Tarifvertrag 48 Monate nicht überschreiten darf. Nach einer Übergangsregelung sollen die Betriebsparteien danach eine Überlassungshöchstdauer vereinbaren. Sofern eine Einigung nicht erzielt wird, gilt eine Überlassungshöchstdauer von 36 Monaten ab dem 01.06.2017. Für die Daimler AG wurde eine Gesamtbetriebsvereinbarung vom 20.09.2017 vereinbart, die eine maximal zulässige Überlassungsdauer von 36 Monaten vorsah, die ab dem 01.04.2017 berechnet werde.

Am 27.06.2019 erhob der Arbeitnehmer am ArbG Berlin Klage und begehrte die Feststellung, dass zwischen der Daimler AG und ihm seit dem 01.09.2015, hilfsweise seit späteren Zeitpunkten, ein Arbeitsverhältnis besteht. Er begründete dies insbesondere damit, dass die Überlassung an die Daimler AG wegen ihrer mehr als einjährigen Dauer nicht mehr als „vorübergehend“ eingestuft werden könne und dass die Übergangsbestimmung des § 19 Abs. 2 AÜG, nach der Überlassungszeiten vor dem 01.04.2017 bei der Berechnung der Überlassungshöchstdauer nicht berücksichtigt werden, gegen Unionsrecht verstoße.

Das ArbG Berlin wies die Klage ab. Das LAG Berlin-Brandenburg wies darauf hin, dass die Dauer der Überlassung des Klägers bei der

Daimler AG die in dem Tarifvertrag bzw. der Gesamtbetriebsvereinbarung vorgesehene Höchstdauer nicht überschritten habe, obwohl die Überlassung nahezu 5 Jahre andauerte. Das Gericht vertrat die Auffassung, dass die Klage des Arbeitnehmers, soweit sie auf die Feststellung eines Arbeitsverhältnisses mit der Daimler AG vor dem 01.10.2018 gerichtet sei, danach nur in vollem Umfang Erfolg haben könne, wenn das Unionsrecht dies gebiete.

Die Entscheidung

Der EuGH stellte zunächst klar, dass der in Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104 verwendete Begriff „vorübergehend“ dem Einsatz eines Arbeitnehmers nicht entgegensteht, der bei dem entleihenden Unternehmen auf einem Arbeitsplatz eingesetzt wird, der dauerhaft vorhanden ist und der nicht vertretungsweise besetzt wird.

Das Gericht stellte weiter fest, dass es einen missbräuchlichen Einsatz aufeinanderfolgender Überlassungen eines Leiharbeitnehmers darstellt, wenn diese Überlassungen auf demselben Arbeitsplatz bei einem entleihenden Unternehmen für eine Dauer - wie im vorliegenden Fall - von 55 Monaten verlängert werden. Dies gilt aber nur dann, „falls die aufeinanderfolgenden Überlassungen desselben Leiharbeitnehmers bei demselben entleihenden Unternehmen zu einer Beschäftigungsdauer bei diesem Unternehmen führen, die länger ist als das, was unter Berücksichtigung sämtlicher relevanter Umstände, zu denen insbesondere die Branchenbesonderheiten zählen, und im Kontext des nationalen Regelungsrahmens vernünftigerweise als „vorübergehend“ betrachtet werden kann, ohne dass eine objektive Erklärung dafür gegeben wird, dass das betreffende entleihende Unternehmen auf eine Reihe aufeinanderfolgender Leiharbeitsverträge zurückgreift“. Diese Feststellung ist durch das nationale Gericht zu treffen.

Im Hinblick auf die Übergangsvorschrift des § 19 Abs. 2 AÜG vertrat der EuGH die Auffassung, dass diese Regelung zwar europarechtswidrig sei. Das EU-Recht gestattet es einem

nationalen Gericht aber nicht, die Anwendung einer europarechtswidrigen nationalen Bestimmung auszuschließen, wenn aufgrund dessen einer Privatperson – wie vorliegend - eine zusätzliche Verpflichtung auferlegt würde.

Der EuGH stellte ferner klar, dass der Arbeitnehmer keine Fiktion eines Arbeitsverhältnisses für die Zeit vor dem 01.04.2017 geltend machen kann, wenn das deutsche Recht dies nicht vorsieht.

Schließlich sind nationale Regelungen - wie § 1 Abs. 1b AÜG - zulässig, wonach die Tarifvertragsparteien ermächtigt werden, auf der Ebene der Branche der entleihenden Unternehmen von der durch eine nationale Regelung festgelegten Höchstdauer der Überlassung eines Leiharbeitnehmers abzuweichen.

Unser Kommentar

Das Urteil des EuGH ist von wesentlicher Bedeutung für die Überlassungspraxis in deutschen Unternehmen und Konzernen. Der EuGH bestätigt mit dem Urteil, dass die Überlassung von Arbeitnehmern an andere Unternehmen - insbesondere auch Konzernunternehmen - für mehrere Jahre rechtmäßig sein kann. Das Urteil des EuGH stellt gleichwohl keinen „Freifahrtschein“ für die Unternehmen dar:

Soweit an ein Konzernunternehmen verliehen wird, können sich die Unternehmen auf das im nationalen Recht verankerte Konzernprivileg gem. § 1 Abs. 3 Ziff. 2 AÜG berufen. Bislang scheint es kein Urteil eines deutschen Gerichts zu geben, dass das Konzernprivileg als europarechtswidrig eingestuft hat. Ganz im Gegenteil: Das LAG Düsseldorf beispielsweise hat das Konzernprivileg kürzlich als geltendes deutsches Recht uneingeschränkt angewendet (Urteil vom 25.01.2021 - Az. 9 Sa 536/20 -). Nach dem Wortlaut des Gesetzes findet die Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten bei einer Anwendung des Konzernprivilegs keine Berücksichtigung mit der Folge, dass im Konzern eine unbegrenzte Überlassung möglich wäre. Ob das Konzernprivileg so weit zu verstehen ist, dürfte bezweifelt werden. Eine Überlassung auf

dieser Basis für einen Zeitraum von mehreren Jahren ist aber in jedem Fall möglich.

Aufgrund der Unsicherheit über die Wirksamkeit des Konzernprivilegs haben die Konzerne in der Vergangenheit teilweise vorsorglich weitere Rechtsgrundlagen geschaffen, um die Wirksamkeit der Überlassung von mehr als 18 Monaten rechtlich abzusichern. Diese Notwendigkeit besteht außerhalb von Konzernen ohnehin. Der EuGH sieht – was seine Ausführungen zur Überlassungsdauer von 55 Monaten zeigen – mehrjährige Überlassungen nicht mehr als nur „vorübergehend“ an.

Ein probates Mittel war insoweit bereits in der Vergangenheit ein Tarifvertrag auf Basis der Tariföffnungsklausel des § 1 Abs. 1b AÜG. Der EuGH hat nunmehr ausdrücklich die Zulässigkeit von Tarifverträgen bestätigt, die eine vom Gesetz abweichende, das heißt höhere, Überlassungsdauer festlegen. Derartige Tarifverträge können auch in Form von Haustarifverträgen abgeschlossen werden. Der EuGH hat auch nicht die deutsche Regelung beanstandet, wonach derartige Tarifverträge ihrerseits die Möglichkeit vorsehen können, eine abweichende Überlassungshöchstdauer in Betriebsvereinbarungen zu regeln. Die Entscheidung des EuGH ist dahingehend zu verstehen, dass eine in einem Tarifvertrag geregelte Höchstüberlassungsdauer von maximal 48 Monaten akzeptiert wird. Auch die im konkreten Fall abgeschlossene Gesamtbetriebsvereinbarung mit einer Höchstüberlassungsdauer von 36 Monaten wurde akzeptiert. Eine tarifvertragliche Höchstüberlassungsdauer von 48 Monaten wurde auch bereits vom LAG Niedersachsen bestätigt (Urteil vom 05.03.2021 - Az. 16 Sa 1157/20 -). In diesen Größenordnungen scheint sich die Rechtsprechung „einzupendeln“. Dies schließt angesichts der Ausführungen des EuGH aber nicht aus, dass möglicherweise auch eine längere Überlassungshöchstdauer in Tarifverträgen oder in auf Tarifverträgen beruhenden Betriebsvereinbarungen von der Rechtsprechung akzeptiert wird.

Dr. Gunnar Straube, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Standort Hannover

Gebot des fairen Verhandeln beim Aufhebungsvertrag

BAG, Urteil vom 24.02.2022 - 6 AZR 333/21

Der Fall

Die Parteien streiten über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses nach Abschluss eines Aufhebungsvertrags. Im November 2019 führten der Geschäftsführer und der spätere Prozessbevollmächtigte der Beklagten ein Gespräch mit der Klägerin. Sie erhoben gegenüber der Klägerin den Vorwurf, diese habe unberechtigt Einkaufspreise in der EDV der Beklagten reduziert, um so einen höheren Verkaufsgewinn vorzuspiegeln. Die Klägerin unterzeichnete nach einer etwa zehnminütigen Pause, in der die Anwesenden schweigend am Tisch gesessen hatten, den von der Beklagten vorbereiteten Aufhebungsvertrag.

Die Klägerin focht den Aufhebungsvertrag eine Woche nach Unterzeichnung wegen widerrechtlicher Drohung an. Sie macht geltend, ihr seien für den Fall der Nichtunterzeichnung des Aufhebungsvertrags der Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung sowie die Erstattung einer Strafanzeige in Aussicht gestellt worden. Ihrer Bitte, eine längere Bedenkzeit zu erhalten und Rechtsrat einholen zu können, sei nicht entsprochen worden. Damit habe die Beklagte gegen das Gebot fairen Verhandeln verstoßen. Das Arbeitsgericht hat den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses festgestellt, das Landesarbeitsgericht hat das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen.

Die Entscheidung

Die Revision der Klägerin hatte keinen Erfolg. Auch wenn der von der Klägerin geschilderte Gesprächsverlauf zu ihren Gunsten unterstellt wird, fehlt es an der Widerrechtlichkeit der behaupteten Drohung.

Ein verständiger Arbeitgeber durfte im vorliegenden Fall sowohl die Erklärung einer außerordentlichen Kündigung als auch die Erstattung

einer Strafanzeige ernsthaft in Erwägung ziehen. Ebenso wie schon das Landesarbeitsgericht ist das Bundesarbeitsgericht auf der Grundlage der BAG-Entscheidung vom 07.02.2019 (6 AZR 75/18) und den darin entwickelten Maßstäben zu dem Schluss gekommen, dass die Beklagte nicht unfair verhandelt und folglich auch nicht gegen ihre Pflichten aus § 311 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB verstoßen hat. Die Entscheidungsfreiheit der Klägerin wurde nicht dadurch verletzt, dass die Beklagte den Aufhebungsvertrag entsprechend § 147 Abs. 1 Satz 1 BGB nur zur sofortigen Annahme unterbreitet hat und die Klägerin über die Annahme deswegen sofort entscheiden musste. Das Arbeitsverhältnis der Parteien hat daher durch den Abschluss des Aufhebungsvertrages sein Ende gefunden.

Unser Kommentar

Die Entscheidung ist aus Arbeitgebersicht zu begrüßen und bestätigt die bisherige Rechtsprechung. Das Gebot des fairen Verhandeln ist eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht aus § 241 Abs. 2 BGB und wird (erst) verletzt, wenn eine Seite eine psychische Drucksituation schafft, die eine freie und überlegte Entscheidung des Vertragspartners über den Abschluss eines Aufhebungsvertrags erheblich erschwert. Eine rechtlich zu missbilligende Einschränkung der Entscheidungsfreiheit entsteht jedoch nicht schon dadurch, dass der Arbeitgeber eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses anstrebt und eine sofortige Entscheidung über einen angebotenen Aufhebungsvertrag ohne Rücktritts- oder Widerrufsrecht einfordert. Ebenso wenig ist das Inaussichtstellen einer Kündigung unzulässig, wenn ein verständiger Arbeitgeber eine solche in Erwägung ziehen durfte. Unfair ist eine Verhandlungssituation erst dann, wenn eine freie und überlegte Entscheidung des Vertragspartners erheblich erschwert oder sogar unmöglich gemacht wird. Dies kann beispielsweise bei Ausnutzung einer objektiv erkennbaren psychischen Schwäche oder unzureichender Sprachkenntnisse der Fall sein.

*Dr. Jennifer Rasche, Fachanwältin für Arbeitsrecht,
Hannover*

Mehrmaliges bEM bei wiederholter Arbeitsunfähigkeit

BAG, Urteil vom 18.11.2021 - 2 AZR 138/21

Der Fall

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer personenbedingten Kündigung.

In den Jahren 2017 bis 2019 erkrankte der Kläger jeweils mehr als sechs Wochen arbeitsunfähig. Die Beklagte hatte den Kläger daher zum betrieblichen Eingliederungsmanagement (bEM) eingeladen, welches am 05.03.2019 durchgeführt worden war. Nach Abschluss des bEM erkrankte der Kläger erneut länger als 6 Wochen, konkret an 79 Tagen, bevor die Beklagte die ordentliche Kündigung am 26.02.2020 ausgesprochen hat.

Das Arbeitsgericht und das Landesarbeitsgericht haben der Kündigungsschutzklage stattgegeben.

Die Entscheidung

Das BAG hat die Entscheidung der vorherigen Instanzen gehalten.

Die Kündigung des Klägers war nicht durch personenbedingte Gründe gerechtfertigt. Es standen dem Arbeitgeber nach Ansicht des BAG mildere Mittel zur Verfügung, sodass die Kündigung nicht verhältnismäßig war.

Der Arbeitgeber ist in Kündigungsschutzverfahren beweisbelastet, dass die Kündigung verhältnismäßig ist. Wenn der Arbeitgeber gem. § 167 Abs. 2 SGB IX zur Durchführung eines bEM verpflichtet gewesen ist und er dieser Verpflichtung nicht nachgekommen ist, muss der Arbeitgeber daher erweitert beweisen, dass auch ein bEM Verfahren nicht hätte dazu beitragen können, neuerliche Arbeitsunfähigkeitszeiten abzuwenden.

Dabei ist ein Angebot des bEM Verfahrens dann erforderlich, sobald innerhalb eines Zeitraums von maximal einem Jahr sechs Wochen Arbeitsunfähigkeit überschritten sind. Diese Pflicht gilt wegen des Sinn und Zwecks des bEM auch dann, wenn nach Abschluss eines vorherigem bEM erneut eine sechswöchige Krankheitsdauer überschritten worden ist, bevor der Jahreszeitraum abgelaufen ist.

In dem vorherigen bEM kann nur die vorherige Erkrankung zu Grunde gelegt worden sein. Sowohl die Krankheitsursachen als auch die maßgeblichen betrieblichen Abläufe und Verhältnisse können sich danach verändert haben. Hieraus könnten sich potentielle andere Maßnahmen ergeben, die eine Kündigung ggfs. abwenden könnten.

Die Beklagte hätte den Kläger vor Ausspruch der Kündigung daher zu einem weiterem bEM einladen müssen. Da diese Einladung nicht erfolgt ist, musste die Beklagte beweisen, dass ein erneutes bEM keine Abhilfe hätte schaffen können. Dieser Beweis ist im vorliegenden Verfahren nicht gelungen.

Unser Kommentar

Die Entscheidung des BAG klärt die offene Frage, ab welchem Zeitpunkt grundsätzlich ein erneutes bEM vor Ausspruch einer personenbedingten Kündigung eingeleitet werden muss. Der zuvor teilweise vertretenen Ansicht, wonach einem durchgeführten bEM eine Art „Haltbarkeit“ für das laufende Jahr zukommen sollte, hat das BAG eine Absage erteilt. Bei Betrachtung der bisherigen Entscheidungen des BAG zu Sinn und Zweck eines bEM Verfahrens ist diese Entscheidung letztlich konsequent, wenn sie auch unter Umständen zu einem Mehr an bEM Verfahren in der Praxis führen mag.

Für Arbeitgeber gilt es nun (noch) genauer zu prüfen, ob nach Abschluss eines bisherigem bEM Verfahrens erneut Krankheitszeiten von mehr als sechs Wochen vorliegen und dann vorsorglich erneut zu einem bEM einzuladen.

Ulrike Brinkmann, Rechtsanwältin, Bremen

Konkurrentenstreit – Primär- und Sekundärrechtsschutz

BAG, Urteil vom 27.07.2021 - 9 AZR 326/20

Der Fall

Der Kläger verlangt von dem Beklagten Schadenersatz wegen der Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs.

Der Kläger bewarb sich auf eine Sachbearbeiterstelle der Entgeltgruppe E 9 TVöD-VKA bei dem Beklagten. Der Kläger wurde zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen. Im Ergebnis der Vorstellungsgespräche wurde der Kläger in einer Auswahlmatrix deutlich schlechter als ein anderer Bewerber bewertet. Der Beklagte teilte dem Kläger am 28. Juni ohne Angabe von Gründen mit, dass seine Bewerbung nicht berücksichtigt werde. Der Kläger bat mit Mail vom 1. Juli um Mitteilung der Gründe. Auch ersuchte er darum, zunächst davon abzusehen, die Stelle mit dem Konkurrenten zu besetzen. Der Kläger beantragte dann beim Arbeitsgericht Prozesskostenhilfe für ein Eilverfahren. In seiner Stellungnahme wies der Beklagte darauf hin, dass das Auswahlverfahren abgeschlossen und für die Stelle ein Versetzungsbewerber ausgewählt wurde. Auch habe der Landrat bereits am 28. Juni die Zustimmung zur Versetzung erteilt. Zudem wurde das Verfahren erläutert.

Das Gericht wies dann darauf hin, dass mangels Verfügungsgrund die Abweisung des Prozesskostenhilfeantrages drohe, da man keinen Verfügungsgrund mehr sehe. Der Kläger nahm den Antrag zurück. Dem erfolgreichen Bewerber wurde die Stelle am 17. Oktober zugewiesen.

Mit der Klage begehrt der Kläger Schadenersatz. Er ist der Auffassung, dass die Stelle mit ihm, als dem qualifiziertesten Bewerber zu besetzen war.

Die Entscheidung

Die Klage wurde abgewiesen. Grundsätzlich kann ein übergangener Bewerber Anspruch auf Schadenersatz haben, wenn sein Anspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG verletzt wurde. Dieser Anspruch wird aber entsprechend des Rechtsgedanken aus § 839 Abs. 3 BGB eingeschränkt. Der Primärrechtsschutz hat Vorrang vor dem auf Schadenersatz gerichteten Sekundärrechtsschutz. Dieser Rechtsgedanke findet auch bei der schuldhaften Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs Anwendung. Der Bewerber muss alle Rechtsmittel ausnutzen, um den Eintritt des Schadens zu verhindern. Der Kläger hat diese Verpflichtung verletzt, als er den Prozesskostenhilfeantrag zurücknahm. Für den Kläger bestand kein Anlass, den Antrag zurückzunehmen. Das Stellenbesetzungsverfahren war im Zeitpunkt der Rücknahme noch nicht abgeschlossen. Mit der Rücknahme waren für den Kläger erkennbar nur Nachteile und keine Vorteile verbunden. Auch der Hinweis des Arbeitsgerichts entlastet den Kläger nicht.

Unser Kommentar

Die Entscheidung macht die Bedeutung des Primärrechtsschutzes im Falle der Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs im öffentlichen Dienst deutlich. Ein Schadenersatzanspruch kann deswegen nur geltend gemacht werden, wenn der Primärrechtsschutz verfolgt wurde. Abzugrenzen ist dies aber von der Geltendmachung von Ansprüchen gem. § 15 AGG, die sich auch auf Verfahrensfehler beziehen können. Ungeklärt ist das Verhältnis des Entschädigungsanspruchs des benachteiligten Bewerbers gem. § 15 Abs. 2 S. 2 AGG im Falle der Nichteinstellung. Sofern der Bewerber hier den unbegrenzten Schadenersatzanspruch wegen Nichteinstellung geltend macht, wird man u.E. diesem Anspruch auch den nicht durchgeführten Primärrechtsschutz in entsprechender Anwendung der Grundsätze der Rechtsprechung entgegenhalten können.

Dr. Stefan Sasse, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Magdeburg

Kein Annahmeverzugslohn bei fehlender Arbeitsuchendmeldung

LAG Niedersachsen, Urteil vom 09.11.2021 - 10 Sa 15/21

Der Fall

Dem Kläger war fristlos, hilfsweise fristgemäß gekündigt worden. Hiergegen hatte er sich mit einer Kündigungsschutzklage gewandt und gleichzeitig den sogenannten Annahmeverzugslohn für die Zeit ab Ausspruch der fristlosen Kündigung geltend gemacht. Dass die Kündigung unwirksam war steht rechtskräftig fest. Streitig war noch, ob ein Zahlungsanspruch auf Annahmeverzugslohn besteht.

Der Kläger hatte sich in der Zeit nach der Kündigung nicht arbeitsuchend gemeldet. Er behauptet, dass er kein anderweitiges Einkommen verdient habe.

Die beklagte Arbeitgeberin hat bestritten, dass der Kläger keinen anderweitigen Verdienst erzielt hat. Sie beruft sich darauf, dass der Kläger es zumindest böswillig unterlassen habe, anderweitigen Verdienst zu erzielen. Es sei davon auszugehen, dass die Agentur für Arbeit ihm im Fall der Arbeitsuchendmeldung Stellenangebote unterbreitet hätte.

In der ersten Instanz war der Kläger mit der Zahlungsklage erfolgreich. Die fehlende Arbeitsuchendmeldung stelle zumindest kein böswilliges Unterlassen dar, so das erstinstanzliche Arbeitsgericht. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt.

Die Entscheidung

Das Landesarbeitsgericht (LAG) vertritt die Auffassung, dass der Kläger keinen Annahmeverzugslohn verlangen kann. Er habe es vorsätzlich versäumt, sich arbeitsuchend zu melden. Die Verletzung der entsprechenden sozialrecht-

lichen Obliegenheit führe vorliegend zum vollständigen Verlust des Anspruchs auf Annahmeverzugsentgelt.

Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG, Urteil vom 27.05.2020 - 5 AZR 387/19) stellt das Unterlassen der Meldung als arbeitsuchend ein böswilliges Unterlassen dar. Arbeitnehmer sind nach den gesetzlichen Regelungen im SGB III verpflichtet, aktiv zur Beendigung von Arbeitslosigkeit beizutragen und daneben verpflichtet, sich bei der Agentur für Arbeit arbeitsuchend zu melden. Wenn der Arbeitnehmer sich nicht arbeitsuchend meldet und mit den ihm von der Agentur für Arbeit nachgewiesenen Arbeitsmöglichkeiten nicht ernsthaft befasst, verhindert vorsätzlich ohne ausreichenden Grund, dass ihm Arbeit angeboten werde.

Auch der Vortrag des Klägers in dem Verfahren, dass eine Position wie die derzeitige seitens der Agentur für Arbeit nicht vermittelt werde, sondern ausschließlich über Headhunter, sei nicht zu berücksichtigen, so das LAG.

Anhaltspunkte dafür, dass die Agentur für Arbeit dem Kläger nur Stellen mit einem geringeren Einkommen nachgewiesen hätte, liegen nicht vor. Daher müsse die Anrechnung in voller Höhe erfolgen.

Unser Kommentar

Diese Entscheidung macht deutlich, dass ein Anspruch auf Entgelt aus Annahmeverzug nur noch entstehen kann, wenn sich der Arbeitnehmer arbeitsuchend meldet. Im Rahmen eines Prozesses über den Annahmeverzug ist es daher Arbeitgebern dringend zu empfehlen, stets Auskunft über die Arbeitsuchendmeldung zu verlangen. Arbeitnehmern ist dringend zu empfehlen, sich arbeitsuchend zu melden.

Gegen die Entscheidung wurde die Revision eingelegt (Aktenzeichen: 5 AZR 30/22).

Julia Schönfeld, Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Fachanwältin für Sozialrecht, Bremen

Bevorstehende Veranstaltungen

12. Mai 2022: „Was seitdem geschah ...“ Update Rechtsprechung zum Beschäftigten-datenschutz, 3. Hannoverscher Datenschutztag, Anmeldung unter <https://www.hannoverscher-datenschutztag.de/> (Dr. Jennifer Rasche).
5. Dezember 2022: „Weiterbeschäftigungsansprüche im Prozess“, Online-Seminar der Deutsche **Anwalt**Akademie, 10:00 Uhr bis 16:45 Uhr, Anmeldelink wird noch bekanntgegeben (Dr. Gunnar Straube, Dr. Jennifer Rasche).

Aktuelle Veröffentlichungen

Anmerkung zu BAG, Beschluss vom 22.09.2021 - 7 ABR 13/20, Mitbestimmung des Betriebsrats bei Versetzung – Feststellungsinteresse, ArbRAktuell 2022, 135 (Dr. Jennifer Rasche)

Anmerkung zu LAG Düsseldorf, Urteil vom 15.10.2021 - 7 Sa 405/21, Krankheitsbedingte Kündigung als Beendigung i. S. v. § 17 Abs. 1 KSchG, ArbRAktuell 2022, 79 (Dr. Gunnar Straube)

Ihre Ansprechpartner bei GÖHMANN

Wir gehören zu den größten arbeitsrechtlichen Beratungspraxen in Norddeutschland. Die Arbeitsgruppe wird von Frau Julia Schönfeld und Herrn Dr. Gunnar Straube geleitet. Informationen zu den Anwältinnen und Anwälten der Arbeitsgruppe Arbeitsrecht finden Sie unter <https://www.goehmann.de/kompetenzen/arbeitsrecht/>.



**Denise
Blankenburg**
Frankfurt a.M.



Ulrike Brinkmann
Bremen



**Nicole
Gajdamowicz**
Hannover



**Dr. Karl von
Hülsen**
Berlin



Juliane Krauß
Berlin



**Dr. Lisa von
Laffert**
Berlin



Dr. André Pietrek
Hannover



**Dr. Jennifer
Rasche**
Hannover



**Dr. Henning
Rauls**
Braunschweig



Dr. Stefan Sasse
Magdeburg



Julia Schönfeld
Bremen



Maja Steffanski
Hannover



**Dr. Gunnar
Straube**
Hannover



Dr. Teemu Tietje
Bremen



Oliver Wiethaus
Barcelona