



Newsletter Arbeitsrecht

Ausgabe 1 / 2023

Tarifwidrige Betriebsvereinbarungen und der gewerkschaftliche Unterlassungsanspruch

Regierung beschließt Fachkräfteeinwanderungsgesetz

BAG: Entgeltgleichheit von Männern und Frauen

BAG: Beginn des Kündigungsverbotes während der Schwangerschaft

BAG: Amtszeit der Schwerbehindertenvertretung – Absinken der Anzahl der Schwerbehinderten

BAG: Annahmeverzug – Anspruch bei unterbliebener Arbeitslosmeldung?

BAG: Lohngleichheit für Minijobber

LAG Nürnberg: „Flinke Frauenhände“ - Diskriminierung bei Bewerbung

Bevorstehende Veranstaltungen

Aktuelle Veröffentlichungen

Ihre Ansprechpartner bei GÖHMANN

Tarifwidrige Betriebsvereinbarungen und der gewerkschaftliche Unterlassungsanspruch

Das Bundesarbeitsgericht hat sich jüngst in seinem Beschluss vom 25.01.2023 - 4 ABR 4/22 mit tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen und einem daraus potentiell resultierenden Unterlassungsanspruch beschäftigt. In der Praxis zeigt sich, dass Arbeitgebern und Betriebsräten nicht immer bewusst ist, an welchen Stellen Tarifverträge ihren Vereinbarungen Grenzen setzen. Dabei spielt das Verhältnis von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen zueinander eine wichtige Rolle.

Aus diesem Anlass werden im Nachfolgenden die Gestaltungsmöglichkeiten der Betriebsparteien, die sich aus Tarifverträgen ergebenden Grenzen und die Rechtsfolgen tarifwidriger Betriebsvereinbarungen dargestellt.

I. Grundsatz

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts steht den Betriebsparteien für soziale und personelle Angelegenheiten grundsätzlich eine „umfassende Regelungskompetenz“ zu, die ausweislich § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG ebenso weit reicht wie die der Tarifparteien. Die Betriebsparteien können daher normative Regelungen über Inhalt, Abschluss und Beendigung von Arbeitsverhältnissen treffen, aber auch betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Regelungen zum Gegenstand von Betriebsvereinbarungen machen.

II. Tarifsperre

Diese „umfassende Regelungskompetenz“ der Betriebsparteien wird allerdings nicht

schränkenlos gewährleistet. Sie findet ihre Grenzen in höherrangigem Recht, insbesondere auch in tarifvertraglichen Regelungen. Das Gesetz normiert in zwei Konstellationen eine von den tarifvertraglichen Regelungen ausgehende Sperrwirkung. Diese ergibt sich für die erzwingbaren Betriebsvereinbarungen in sozialen Angelegenheiten aus § 87 Abs. 1 Eingangshalbsatz BetrVG und für freiwillige Betriebsvereinbarungen aus § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG.

Das Verhältnis der beiden Tatbestände zueinander ist durch die Rechtsprechung geklärt: Der große Senat des Bundesarbeitsgerichts hat mit seinem Beschluss vom 03.12.1991 - GS 2/90 - klargestellt, dass die Sperrwirkung nach § 87 Abs. 1 Eingangshalbsatz BetrVG vorrangig zu beachten ist.

Nach § 87 Abs. 1 Eingangshalbsatz BetrVG ist eine Betriebsvereinbarung ausgeschlossen, soweit eine tarifliche Regelung zu demselben Regelungsgegenstand tatsächlich besteht. Fällt ein Betrieb in den Geltungsbereich eines Tarifvertrages und enthält dieser zwingende Regelungen, so können diese Regelungsgegenstände nicht mehr zum Gegenstand von Betriebsvereinbarungen gemacht werden.

Im Gegensatz dazu schließt die Tarifsperre nach § 77 Abs. 3 BetrVG eine Regelung zum Arbeitsentgelt oder sonstigen Arbeitsbedingungen aus, soweit diese durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden. Die Sperrwirkung eines Tarifvertrages nach § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG greift also schon dann ein, wenn eine einschlägige tarifvertragliche Regelung besteht. Ein Tarifvertrag ist dann einschlägig, wenn der Arbeitgeber die Tarifbindung durch Beitritt zu dem jeweiligen Arbeitgeberverband herbeiführen könnte, weil der Geltungsbereich des Tarifvertrages für seinen Betrieb eröffnet ist. Auf die tatsächliche

Tarifbindung des jeweiligen Arbeitgebers – oder gar der betroffenen Arbeitnehmer – kommt es nicht an.

Das Gesetz sieht mit § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG allerdings eine Ausnahme vor, wenn der Tarifvertrag den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulässt. Eine solche „Öffnungsklausel“ beseitigt daher die Sperrwirkung des Tarifvertrages, sodass den Betriebsparteien wieder eine „umfassende Regelungskompetenz“ zusteht.

Sobald ein Anwendungsfall des § 87 Abs. 1 Eingangshalbsatz BetrVG oder des § 77 Abs. 3 BetrVG vorliegt, sind Betriebsvereinbarungen dann schlicht nicht zulässig. Ein Verstoß gegen die Sperrwirkung führt zur Unwirksamkeit der Betriebsvereinbarung.

Dies ist eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, an der kein Weg vorbeiführt. Denn die Koalitionsfreiheit soll hierdurch gestärkt werden und die Gewerkschaften sollen nicht die Konkurrenz durch Betriebsräte fürchten müssen.

Bevor eine Betriebsvereinbarung abgeschlossen wird, ist also stets zu prüfen, ob das Betriebsverfassungsrecht in Ansehung der tariflichen Situation überhaupt den Abschluss einer Betriebsvereinbarung zulässt. Auf die Günstigkeit kommt es in diesem Fall nicht an. Denn für das Verhältnis zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung gilt nicht das Günstigkeitsprinzip. Dies wird in der Praxis häufig übersehen.

III. Drohende Unterlassungsansprüche

Die aktuelle Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts beleuchtet noch einen ganz anderen Aspekt tarifwidriger Betriebsvereinbarungen. Führt ein Arbeitgeber entgegen § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG tarifwidrige

Betriebsvereinbarungen durch, so kann ein gewerkschaftlicher Anspruch auf Unterlassung aus §§ 1004 Abs. 1, 823 Abs. 1 i.V.m. Art. 9 Abs. 3 GG bestehen. Mit seinem Beschluss vom 25.01.2023 - 4 ABR 4/22 - hat das Bundesarbeitsgericht allerdings verdeutlicht, dass allein die Durchführung tarifwidriger Betriebsvereinbarungen für das Bestehen dieses Unterlassungsanspruchs nicht ausreicht. Vielmehr erfordert dieser eine unmittelbare und zwingende Tarifgebundenheit des in Anspruch genommenen Arbeitgebers. Dies ist auch konsequent und nachvollziehbar, da nur ein tarifgebundener Arbeitgeber die Erklärung abgegeben hat, die für ihn geltenden Tarifverträge einzuhalten und dadurch in einer Rechtsbeziehung zu der jeweiligen tarifschließenden Gewerkschaft steht.

IV. Unser Kommentar

Aus praktischer Sicht empfiehlt es sich für Arbeitgeber, vor Verhandlungen mit dem Betriebsrat stets eine sorgfältige Prüfung etwaiger Tarifverträge und der danach verbleibenden Gestaltungsmöglichkeiten vorzunehmen. Auf diese Weise kann der Abschluss tarifwidriger Betriebsvereinbarungen verhindert werden. Gelegentlich kann diese Rechtslage auch argumentativ angeführt werden, um Forderungen der Betriebsräte zurückzuweisen. Dadurch wird nicht nur das Risiko möglicher Unterlassungsansprüche beseitigt. Vielmehr können die Betriebsparteien auch – mitunter zähe – Verhandlungen über außerhalb ihrer Regelungskompetenz liegende Gegenstände vermeiden.

*Dr. Jennifer Rasche, Fachanwältin für Arbeitsrecht,
Hannes Fischer, wissenschaftlicher Mitarbeiter,
beide Hannover*

Regierung beschließt Fachkräfteeinwanderungsgesetz

Die Bundesregierung hat am 29. März 2023 das „Gesetz zur Weiterentwicklung der Fachkräfteeinwanderung“ im Kabinett beschlossen. Hierdurch soll das Einwanderungsrecht modernisiert werden, um die Gewinnung von Fachkräften aus Drittstaaten zu erleichtern und damit dem herrschenden Fachkräftemangel entgegenzuwirken. Zudem werden durch den Gesetzentwurf Vorgaben einer europäischen Richtlinie im Hinblick auf die „Blaue Karte EU“ umgesetzt.

I. Stärkung des deutschen Arbeitsmarktes

Die Bundesregierung geht davon aus, dass die geplante Neufassung des Einwanderungsrechts zur zusätzlichen Zuwanderung von jährlich 75.000 qualifizierten Einwanderern aus Ländern außerhalb der EU führen wird.

Hierzu wurden folgende Neuerungen vorgenommen:

- Gesetzliche Definition der Fachkraft
- Erleichterter Arbeitsmarkteinstieg durch Vorlage von Arbeitsvertrag bzw. Arbeitsplatzangebot und Nachweis anerkannter Qualifikation
- Entfall der Vorrangprüfung durch die Bundesagentur für Arbeit
- Beschäftigungsmöglichkeit auch in verwandten Berufen der erworbenen Qualifikation
- Beschäftigung von Fachkräften mit beruflicher Ausbildung ist nicht mehr auf Engpassberufe beschränkt
- Fachkräften wird die Einreise zur Arbeitsplatzsuche ermöglicht
- Ausbau der Möglichkeiten zum Aufenthalt für Qualifizierungsmaßnahmen
- Erteilung der Niederlassungserlaubnis nach vier (statt fünf) Jahren
- Einleitung eines beschleunigten Fachkräfteverfahrens bei Ausländerbehörde durch Arbeitgeber möglich

II. „Chancenkarte“

Umgesetzt werden diese Neuerungen unter anderem durch Einführung der sog. „Chancenkarte“ als neue Aufenthaltserlaubnis.

Diese ermöglicht die Einreise ins Bundesgebiet zur Suche nach einer Erwerbstätigkeit oder nach Maßnahmen zur Anerkennung ausländischer Berufsqualifikationen. Sie berechtigt dazu, eine Beschäftigung von durchschnittlich insgesamt höchstens zwanzig Wochenstunden oder eine an weitere Voraussetzungen geknüpfte höchstens zweiwöchige Probebeschäftigung auszuüben. Bei der Einreise muss allerdings nachgewiesen werden, dass der Lebensunterhalt während des Aufenthalts selbständig finanziert werden kann.

Die Chancenkarte kann erhalten, wer als Fachkraft anzusehen ist oder wer die Anforderungen im Rahmen des neu eingeführten Punktesystems erfüllt. Hierbei werden mindestens 6 Punkte zum Erhalt der Aufenthaltserlaubnis benötigt. Die Punkte werden in Anknüpfung an zehn festgelegte Merkmale vergeben. Auf jedes dieser Merkmale entfallen bis zu maximal vier Punkte. Hierbei werden unter anderem die Berufsqualifikation, deutsche und englische Sprachkenntnisse, Berufserfahrung und Alter berücksichtigt. Wie viele Punkte ein Einwandernder genau für die Erfüllung eines Merkmales erhält, regelt eine dem Gesetz als Anlage beigefügte Tabelle.

III. Ausblick

Das „Gesetz zur Weiterentwicklung der Fachkräfteeinwanderung“ muss noch vom Bundestag verabschiedet werden. Streitpunkt innerhalb der Regierungskoalition bleibt nach Beschluss des Fachkräfte-Einwanderungsgesetzes weiterhin, unter welchen Voraussetzungen eingewanderte Fachkräfte erleichtert die deutsche Staatsangehörigkeit erhalten sollen.

Konstantin Kühn, Rechtsanwalt, Hannover

Entgeltgleichheit von Männern und Frauen

BAG, Urteil vom 16.02.2023 - 8 AZR 450/21

Der Fall

Die Arbeitnehmerin war ab dem 01.03.2017 im Außendienst eines Metallunternehmens zum Einstiegsgehalt nach der für die Tätigkeit der Klägerin maßgeblichen Entgeltgruppe des Haustarifvertrages für ein Einstiegsgehalt i.H.v. 3.500 EUR tätig. Ab dem 01.08.2018 erhielt sie ein Grundentgelt i.H.v. 3.620 EUR brutto, das in jährlichen Schritten weiter angehoben werden sollte. Einem seit dem 01.01.2017 beschäftigten Kollegen zahlte die Beklagte ein Einstiegsgehalt i.H.v. 4.500 EUR, da er bis zum Einsetzen einer zusätzlichen leistungsabhängigen Vergütung mehr Gehalt verlangte. Ab dem 01.08.2018 erhielt er ein Grundentgelt, das sich auf 4.120 EUR brutto belief.

Mit ihrer Klage begehrte die Klägerin von der Beklagten die Zahlung rückständiger Vergütung und die Zahlung eines ebenso hohen Grundentgeltes wie für ihren männlichen Kollegen. Dies folge daraus, dass sie die gleiche Arbeit wie ihr männlicher Kollege verrichte. Zudem forderte sie wegen der Benachteiligung aufgrund des Geschlechts die Zahlung einer angemessenen Entschädigung i.H.v. mindestens 6.000 EUR. Die Vorinstanzen wiesen die Klage ab.

Die Entscheidung

Die Entscheidungsgründe stehen noch aus. In der vom Bundesarbeitsgericht veröffentlichten Pressemitteilung heißt es: „Der Umstand, dass die Klägerin für die gleiche Arbeit ein niedrigeres Grundentgelt erhalten hat als ihr männlicher Kollege, begründet die Vermutung nach § 22 AGG, dass die Benachteiligung aufgrund des Geschlechts erfolgt ist. Der Beklagten ist es nicht gelungen, diese Vermutung zu widerlegen. Insbesondere kann sich die Beklagte [...] nicht mit Erfolg darauf berufen, das höhere Grundentgelt des männlichen Kollegen beruhe

[...] auf dem Umstand, dass dieser ein höheres Entgelt ausgehandelt habe“.

Die Klägerin habe deshalb einen Anspruch nach Art. 157 AEUV, § 3 Abs. 1 und § 7 Ent-TranspG auf das gleiche Grundentgelt wie ihr männlicher Kollege. Das Bundesarbeitsgericht hat der Klägerin darüber hinaus die Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG wegen einer Benachteiligung aufgrund des Geschlechts i.H.v. 2.000 EUR zugesprochen.

Unser Kommentar

Die Absage an eine unterschiedliche Bezahlung gleicher oder gleichwertiger Arbeit allein aufgrund des Geschlechts ist eine Selbstverständlichkeit und bereits seit der Schaffung dahingehender unionsrechtlicher Regelungen im Jahr 1957 und des Entgelttransparenzgesetzes aus dem Jahr 2017 gesetzlich geregelt.

Die Zurückweisung einer etwaigen Rechtfertigung unterschiedlicher Bezahlung aufgrund bloßer „höherer Gehaltsforderung“ durch Bewerber/innen des anderen Geschlechts steht im Zeichen der Zeit. Verhandlungsgeschick allein soll eine höhere Bezahlung nicht legitimieren können. Gleichwohl müssen die Entscheidungsgründe abgewartet werden, um die Details und Auswirkungen in der Praxis final beurteilen zu können.

Die Zahlung einer unterschiedlichen Vergütung für gleiche oder gleichwertige Arbeit kann demgegenüber weiterhin durch objektive Faktoren gerechtfertigt sein. Dies können zum Beispiel die Berufsqualifikation, die Berufserfahrung oder besondere Flexibilität bzgl. Arbeitszeit und -ort sein, die auch der EuGH als legitime Differenzierungsgründe bereits anerkannt hat. Arbeitgeber/innen können eine etwaige Vermutung einer Diskriminierung widerlegen, wenn solche objektiven Faktoren bei konkreten Vergleichspersonen vorliegen.

Franziska Grüner, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Berlin

Beginn des Kündigungsverbotes während der Schwangerschaft

BAG, Urteil vom 24.11.2022 - 2 AZR 11/22

Der Fall

Die in dem Fall beklagte Arbeitgeberin kündigte das mit einer Arbeitnehmerin seit Oktober 2020 bestehende Arbeitsverhältnis mit einem Kündigungsschreiben, das der Arbeitnehmerin am 07.11.2020 zugestellt wurde. Die Arbeitnehmerin erhob am 12.11.2020 Kündigungsschutzklage. Mit einem anwaltlichen Schriftsatz vom 02.12.2020, der am 03.12.2020 beim Arbeitsgericht und am 07.12.2020 bei der Beklagten einging, teilte die Klägerin mit, in der sechsten Woche schwanger zu sein. Dem Schriftsatz war eine Schwangerschaftsbestätigung vom 26.11.2020 beigefügt. Aus einer weiteren vorgelegten Schwangerschaftsbescheinigung ergab sich zudem der voraussichtliche Geburtstermin am 05.08.2021.

Die Klägerin machte in dem Kündigungsschutzverfahren geltend, dass die Kündigung wegen Verstoßes gegen das Kündigungsverbot des § 17 Abs. 1 MuSchG unwirksam sei. Sie sei zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs am 07.11.2020 bereits schwanger gewesen. Von der Schwangerschaft habe sie erst am 26.11.2020 sichere Kenntnis erhalten. Die verspätete Mitteilung an die Beklagte sei unverschuldet und unverzüglich nach ihrer - der Klägerin - Kenntnis erfolgt. Die Klage wurde vom Arbeitsgericht und LAG abgewiesen. Die Revision der Klägerin vor dem Bundesarbeitsgericht hatte Erfolg.

Die Entscheidung

Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 MuSchG ist die Kündigung gegenüber einer Frau während ihrer Schwangerschaft unzulässig, wenn dem Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Kündigung die Schwangerschaft bekannt ist oder wenn sie ihm innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt wird.

Nach den Ausführungen des Bundesarbeitsgerichts hat das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerhaft angenommen, die Klägerin könne sich nicht auf das Kündigungsverbot berufen, da bei ihr zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs am 07.11.2020 keine Schwangerschaft vorgelegen habe. Das Bestehen einer Schwangerschaft und damit der Beginn des Kündigungsverbots werde nach Auffassung des LAG bei natürlicher Empfängnis ausgehend von dem ärztlich festgestellten mutmaßlichen Entbindungstermin durch die durchschnittliche Schwangerschaftsdauer (266 Tage) bestimmt.

Der Zeitpunkt für den Beginn des Kündigungsverbots während einer Schwangerschaft ist weder im Unionsrecht noch im MuSchG näher definiert. Das Bundesarbeitsgericht sieht sich jedoch nicht veranlasst, seine ständige Rechtsprechung zu ändern und geht bei der Berechnungsmethode von 280 Tagen aus. Dieser Zeitraum umfasst die mittlere Schwangerschaftsdauer. Insoweit geht es nicht um die Bestimmung des tatsächlichen - naturwissenschaftlichen - Beginns der Schwangerschaft im konkreten Fall, sondern um eine Berechnungsmethode für die Bestimmung des Kündigungsverbots wegen Schwangerschaft, der prognostische Elemente innewohnen und die am verfassungsrechtlich gebotenen Schutzauftrag orientiert ist. Der Senat verzichtet bewusst auf eine Wahrscheinlichkeitsrechnung, um zu gewährleisten, dass jede tatsächlich Schwangere den Schutz des § 17 Abs. 1 Satz 1 MuSchG in Anspruch nehmen kann. Diese Auslegung von § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MuSchG steht in Einklang mit Unionsrecht und der dazu ergangenen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union.

Unser Kommentar

Bei der Entscheidung handelt es sich um eine zutreffende Klarstellung, die die Berechnung des Beginns des Kündigungsverbots während der Schwangerschaft nochmals bestätigt.

Denise Blankenburg, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Frankfurt

Amtszeit der Schwerbehindertenvertretung – Absinken der Anzahl der Schwerbehinderten

BAG, Beschluss vom 19.10.2022 - 7 ABR 27/21

Der Fall

Die Parteien streiten, ob das Amt der Schwerbehindertenvertretung geendet hat, weil die Zahl der im Betrieb beschäftigten schwerbehinderten und ihnen gleichgestellten Menschen von 5 auf 4 abgesunken war. Die Arbeitgeberin unterhielt zwei Betriebe. In einem Betrieb bestand ein Betriebsrat. Im Jahr 2019 wurde dann eine Schwerbehindertenvertretung gewählt. Nachdem im August 2020 die Zahl der Schwerbehinderten von 5 auf 4 abgesunken war, teilte die Arbeitgeberin der Schwerbehindertenvertretung mit, dass diese aus Sicht der Arbeitgeberin nicht mehr existiere und die Interessen der schwerbehinderten Beschäftigten von der Schwerbehindertenvertretung des anderen Betriebes mit wahrgenommen würde. Hiergegen wandte sich die Schwerbehindertenvertretung und leitete ein Beschlussverfahren ein. Sie vertrat die Auffassung, dass die Gründe für die vorzeitige Beendigung des Amtes abschließend in § 177 Abs. 7 SGB IX geregelt seien. Das Absinken unter den Schwellenwert gehöre nicht hierzu.

Die Entscheidung

Das Bundesarbeitsgericht hat ein Fortbestehen der Schwerbehindertenvertretung festgestellt. Zunächst hat es sich umfassend mit der Befugnis zur Führung des Verfahrens auseinandergesetzt. Diese ist zu bejahen, da hier die rechtliche Existenz der Schwerbehindertenvertretung in Rede steht und diese auch das Recht hat, hierüber eine Sachentscheidung erlangen zu können.

In Betrieben und Dienststellen, in denen wenigstens 5 schwerbehinderte Menschen nicht nur vorübergehend beschäftigt sind, werden

eine Vertrauensperson und wenigstens ein stellvertretendes Mitglied gewählt, § 177 Abs. 1 S. 1 SGB IX. Auch wenn die Zahl unter 5 schwerbehinderte Beschäftigte absinkt, endet das Amt nicht. Systematische Gründe sprechen gegen eine Beendigung des Amtes. So knüpft der Schwellenwert anders als bei der Frage der Betriebsratsfähigkeit nicht an die in der Regel im Betrieb beschäftigten Schwerbehinderten an. Auch ist zu beachten, dass die Aufgaben der Schwerbehindertenvertretung keine bestimmte Größe der Beschäftigtengruppe der schwerbehinderten Menschen voraussetze und ggf. sogar eingreife, wenn im Betrieb gar keine Schwerbehinderten mehr vertreten seien.

Im Verfahren wurde auch die Frage der möglichen Zersplitterung der Vertretungsorgane im Betrieb angesprochen, wenn unterschiedliche Schwellenwerte eingreifen, sodass ein Gleichlauf mit dem Betriebsverfassungsrecht geboten sei. Dies wird ebenfalls abgelehnt (so aber in der Vergangenheit LAG Niedersachsen vom 30.10.2007 - 15 TaBV 145/07, wenn die Zahl der Arbeitnehmer im Betrieb unter 5 sinkt).

Unser Kommentar

Die Entscheidung des Gerichts ist gut nachvollziehbar. Arbeitgeber sollten darauf achten, dass auch bei Absinken der Zahl der schwerbehinderten Arbeitnehmer unter 5 die Schwerbehindertenvertretung fortbesteht. Sollte diese in fehlerhafter Bewertung der Rechtslage annehmen, sie bestehe nicht mehr, ist dieser Annahme durch einen entsprechenden Hinweis entgegenzuwirken. Auf die Einbeziehung entsprechend der gesetzlichen Vorschriften ist zu achten. So könnte sich z. B. ein schwerbehinderter Arbeitnehmer im Rahmen eines Kündigungsschutzrechtsstreits darauf berufen, dass eine Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung gem. § 178 Abs. 2 SGB IX unterblieben ist. Dies würde selbst dann gelten, wenn Arbeitgeber und Schwerbehindertenvertretung sich einig wären, diese bestehe nicht mehr.

Dr. Stefan Sasse, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Magdeburg

Annahmeverzug – Anspruch bei unterbliebener Arbeitslosmeldung?

BAG, Urteil vom 12.10.2022 - 5 AZR 30/22

Der Fall

Der Kläger war bei der Beklagten beschäftigt. Die Beklagte hatte diesen Vertrag fristlos sowie hilfsweise fristgerecht gekündigt.

Der Kläger erhob Klage gegen die Kündigung. Er meldete sich **nicht** arbeitssuchend und erhielt somit auch kein Arbeitslosengeld. Das Arbeitsgericht stellte rechtskräftig die Unwirksamkeit der Kündigung fest.

Anschließend erhob der Kläger Klage wegen Annahmeverzugslohn - also der Vergütung für den Zeitraum ab Kündigung -, da er während und nach Ablauf der Kündigungsfrist kein anderweitiges Einkommen gehabt habe.

Die Beklagte vertrat die Auffassung, der Kläger habe es böswillig unterlassen, anderweitigen Verdienst zu erzielen, da er seine Meldepflicht bei der Agentur für Arbeit (§ 38 Abs. 1 SGB III) verletzt habe.

In der ersten Instanz war der Kläger erfolgreich. Das Landesarbeitsgericht (LAG) ging davon aus, dass die Verletzung der Meldeobligenheit stets das Merkmal des böswilligen Unterlassens darstellt und hat die Klage abgewiesen. Hiergegen wandte sich der Kläger mit der Revision.

Die Entscheidung

Das Bundesarbeitsgericht hat festgestellt, dass eine Anrechnung böswillig unterlassenen anderweitigen Verdienstes nur in Betracht kommt, wenn dem Arbeitnehmer während des Annahmeverzugs eine bewusste Untätigkeit vorgeworfen werden kann, er eine ihm zumutbare andere Arbeit nicht aufnimmt oder die Aufnahme der Arbeit willentlich vereitelt. Hierbei sind sämtliche Umstände des Einzelfalls maßgeblich und

zu beachten. Es müsse hier eine Gesamtabwägung der beiderseitigen Interessen unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des konkret vorliegenden Falls vorgenommen werden.

Das Landesarbeitsgericht – so das Bundesarbeitsgericht – habe es versäumt, eine erforderliche Würdigung aller Umstände des konkreten Falles vorzunehmen, um das böswillige Unterlassen anderweitiger Verdienste zu belegen. Allein die Verletzung der Meldeobligenheit erfüllt nicht das Merkmal des böswilligen Unterlassens. Die Revision war erfolgreich.

Unser Kommentar

In unserem Newsletter 3/2020 hatten wir eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 27.05.2020 besprochen, in der das Bundesarbeitsgericht über eine Widerklage des Arbeitgebers auf Auskunft über die von der Agentur für Arbeit und dem Jobcenter unterbreiteten Stellenangebote unter Nennung der Tätigkeit, der Arbeitszeit und des Arbeitsortes sowie der Vergütung in Euro entschieden hatte. Die oben genannte Entscheidung ist eine Fortführung dieser Rechtsprechung zum anderweitigen Verdienst im Rahmen des Annahmeverzugsanspruchs und bestätigt die Rechtsprechung zur Einschätzung einer etwaigen Böswilligkeit.

Aus der Entscheidung ergibt sich, dass es für Arbeitgeber ratsam ist, im Falle der Kündigungsschutzklage mit dem Auskunftsverlangen über die Arbeitslosmeldung und etwaige zumutbare Vermittlungsangebote der Agentur für Arbeit zu reagieren.

Arbeitnehmer sollten umgekehrt ihrer Pflicht zur Arbeitslosmeldung aus § 38 Abs. 1 SGB III nachkommen, damit die Verletzung dieser Obliegenheit nicht in Bezug auf etwaige Annahmeverzugslohnansprüche zu einem Verlust der Ansprüche führen kann.

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

Lohngleichheit für Minijobber

BAG, Urteil vom 18.01.2023 - 5 AZR 108/22

Der Fall

Der Kläger ist als Rettungsassistent im Rahmen eines geringfügigen Beschäftigungsverhältnisses bei der Beklagten tätig. Die Beklagte beschäftigt hauptamtliche Rettungsassistenten in Voll- und Teilzeit mit einem Bruttolohn von 17,00 Euro pro Stunde. Zusätzlich arbeiten bei dem Rettungsdienst nebenamtliche Rettungsassistenten mit einem Bruttolohn von 12,00 Euro pro Stunde. Hierzu gehört auch der Kläger. Alle Rettungsassistenten verrichten die gleichen Tätigkeiten und verfügen über die gleiche fachliche Qualifikation. Der wesentliche Unterschied besteht darin, dass die nebenamtlichen Rettungsassistenten nicht zu festen Diensten eingeteilt werden, sondern Anfragen erhalten und selbst über die Annahme des angebotenen Dienstes entscheiden. Darüber hinaus steht ihnen die Möglichkeit zu, Wunschtermine zu äußern.

Der Kläger sah sich durch die unterschiedliche Vergütung diskriminiert. Mit seiner Klage verlangte der Kläger eine entsprechende Nachzahlung der Vergütung. Die Beklagte hielt die Vergütungs Differenz für sachlich gerechtfertigt, weil sie mit den hauptamtlichen Rettungsassistenten größere Planungssicherheit und weniger Planungsaufwand habe. Zudem erhielten die hauptamtlichen Rettungsassistenten eine höhere Stundenvergütung, weil sie sich auf Weisung zu bestimmten Diensten einfinden müssten.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Klägers das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und die Beklagte zur Zahlung der geforderten Vergütung verurteilt.

Die Entscheidung

Die Revision der Beklagten blieb erfolglos. Das Bundesarbeitsgericht entschied zugunsten des

Klägers und sieht in der vergleichsweise geringeren Stundenvergütung eine Benachteiligung der geringfügig Beschäftigten ohne sachlichen Grund. Es läge damit ein Verstoß gegen § 4 Abs. 1 TzBfG vor.

Die beschäftigten Rettungsassistenten seien gleich qualifiziert und übten die gleiche Tätigkeit aus. Der von der Beklagten pauschal behauptete erhöhte Planungsaufwand bei der Einsatzplanung der nebenamtlichen Rettungsassistenten rechtfertige die Ungleichbehandlung nicht. Es sei unerheblich, dass die nebenamtlichen Rettungsassistenten frei in der Gestaltung ihrer Arbeitszeit seien.

Unser Kommentar

Mit der Entscheidung stärkt das Bundesarbeitsgericht die Rechte von Minijobbern. Auch bei einem Minijob handelt es sich um eine Teilzeitbeschäftigung. Es gilt das reguläre Arbeitsrecht. Die Besonderheiten bestehen nur im Hinblick auf das Lohnsteuer- und Sozialversicherungsrecht. Minijobber müssen daher genauso behandelt werden wie alle anderen Arbeitnehmer. Geringfügig Beschäftigte dürfen folglich nur bei Vorliegen eines sachlichen Grundes schlechter gestellt werden als vergleichbare Vollzeitbeschäftigte. Dies ergibt sich aus § 4 Abs. 1 TzBfG. An einem solchen sachlichen Grund mangelte es im vorliegenden Fall. Die dazu in der Pressemitteilung angegebenen Gründe sind nachvollziehbar. Denn eine Ungleichbehandlung lässt sich durch eine abweichende Anzahl der Arbeitsstunden nicht rechtfertigen.

In der Praxis sollten Arbeitsverträge darauf überprüft werden, ob Teilzeit- und Vollzeitkräfte gleich vergütet werden. Insbesondere sollten Arbeitsmodelle, die einen niedrigeren Stundenlohn für bestimmte Teilzeitbeschäftigte vorsehen, im Detail überprüft werden. Auch (Vergütungs-)Tarifverträge können auf geringfügig Beschäftigte anzuwenden sein. Ein niedrigerer Stundenlohn für geringfügig Beschäftigte ist damit zwar nicht per se ausgeschlossen. Der Spielraum ist aber äußerst gering.

Maja Steffanski, Rechtsanwältin, Hannover

„Flinke Frauenhände“ - Diskriminierung bei Bewerbung

LAG Nürnberg, Urteil vom 13.12.2022 - 7 Sa 168/22

Der Fall

Die Parteien streiten über eine Entschädigung wegen einer unmittelbaren Benachteiligung wegen des Geschlechtes.

Der Kläger hat sich bei der Beklagten, einer Produzentin von Modellautos, auf die Stelle eines Bestückers für Digitaldruckmaschinen beworben. Die in der Ausschreibung genannten Teile der Modelle sind sehr klein und müssen teilweise bei der Montage mit Hilfe von Pinzetten positioniert werden.

Auf seine Bewerbung erhielt der Kläger mit E-Mail vom selben Tage eine Absage, die begründet war mit dem Zusatz:

„Unsere sehr kleinen filigranen Teile sind eher etwas für flinke Frauenhände. Bitte haben Sie Verständnis, dass Sie für diese Stelle nicht in Frage kommen.“

Der Kläger hat Entschädigungsansprüche in Höhe von drei Bruttomonatsgehältern geltend gemacht. Die Beklagte hat vorgetragen, dass der Kläger zum einen überqualifiziert sei und zum anderen die Hände des Klägers nach den Bildern von ihm im Internet zu groß gewesen sein.

Die Entscheidung

Das Arbeitsgericht hat der Klage im Umfang einer Entschädigung von zwei Bruttomonatsgehältern stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Eine Benachteiligung wegen des Geschlechts und damit wegen eines geschützten Merkmals nach dem AGG war für das Gericht offensichtlich.

Der Arbeitgeber habe auf Grund der Bilder im Internet nicht allein auf die mangelnde Fingerfertigkeit schließen dürfen. Der Kläger habe allein, weil er ein Mann sei, keine Gelegenheit erhalten, seine Fähigkeiten im Hinblick auf kleinteiliges Arbeiten unter Beweis zu stellen.

Auch eine spätere Einladung zu einem Probearbeiten, nachdem sich der Kläger über die Absage beschwert habe, könne hier die indizierte Diskriminierung nicht mehr abwenden.

Unser Kommentar

Der vorliegende Fall dürfte relativ plakativ und einer der wenigen Fälle sein, in denen tatsächlich eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts vorliegen wird. Zu bedenken ist ferner, dass Benachteiligungen regelmäßig nicht in Form einer unmittelbaren Diskriminierung, sondern überwiegend in Form einer mittelbaren Diskriminierung vorliegen könnten.

Dennoch bietet der Fall Anlass, sich zu erinnern, dass das AGG und dessen Vorschriften im Zusammenhang mit Bewerbungsverfahren stets genauestens beachtet werden sollten.

Gleichzeitig verdeutlicht dieser Fall, dass bei einer zu unbedarften Herangehensweise an Ablehnungen hinsichtlich Bewerbungsschreiben gut gemeinte Formulierungen schnell zu möglichen Problemen führen können.

Sinnvoll ist es, in der Praxis zu berücksichtigen, dass weniger ausführliche Informationen im Zusammenhang mit Absagen oft die bessere Entscheidung sind, da so AGG-Streitigkeiten von vornherein vermieden werden können.

Es ist daher zumeist sinnvoll, auch auf telefonische Nachfrage von Bewerbern keine weitergehenden Auskünfte zu geben, die potentiell weitere Probleme auslösen können.

Ulrike Brinkmann, Rechtsanwältin, Bremen

Bevorstehende Veranstaltungen

25. April 2023:

GÖHMANN-Webinare zum Arbeitsrecht, „Erste Erfahrungen und Zweifelsfragen mit der eAU“ ([Dr. Teemu Tietje](#)), „Aktuelles Arbeitsrecht“ ([Franziska Grüner](#)) 10:00 Uhr bis 11:00 Uhr, kostenlose Anmeldung unter Arbeitsrecht@goehmann.de.

Aktuelle Veröffentlichungen

Haupt- und Nebenleistungspflichten, Befristete Arbeitsverhältnisse, Antidiskriminierung und Internationales Arbeitsrecht in: **Tschöpe Arbeitsrecht Handbuch**, 2023 ([Dr. Gunnar Straube](#), [Dr. Stefan Sasse](#), [Dr. Jennifer Rasche](#))

Anmerkung zu LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 21.06.2022 -2 Sa 251/21, Angemessenheit der Ausbildungsvergütung, ArbRB 2003, 7 f. ([Dr. Stefan Sasse](#))

Anmerkung zu LSG Sachsen, Urteil vom 14.7.2022 - L 9 BA 49/18, Statusbeurteilung einer atypisch stillen Gesellschafterin einer GmbH, ArbRAktuell 2023, 50 ([Dr. Jennifer Rasche](#))

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.



Daniel Bomm
Braunschweig



Ulrike Brinkmann
Bremen

Franziska Grüner
Berlin



**Dr. Karl von
Hülsen**
Berlin



Konstantin Kühn
Hannover



**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