



Newsletter Arbeitsrecht

Ausgabe 3 / 2023

BAG-Urteile zu Videoaufzeichnungen und WhatsApp-Chats

BAG: Rückzahlung von Fortbildungskosten

BAG: Annahmeverzugslohn trotz Weiterbeschäftigungsangebot

LAG Mecklenburg-Vorpommern: Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

OLG München: Klage gegen Gendersprache

Bevorstehende Veranstaltungen

Aktuelle Veröffentlichungen

Ihre Ansprechpartner bei GÖHMANN

BAG-Urteile zu Videoaufzeichnungen und WhatsApp-Chats

In den vergangenen Monaten hat das Bundesarbeitsgericht zwei für Arbeitgeber besonders bedeutsame Entscheidungen getroffen. In beiden Entscheidungen ging es im Wesentlichen um die Frage, ob kündigungsrelevante Sachverhalte mithilfe von Videoaufzeichnungen bzw. dokumentierten WhatsApp-Chatverläufen in einem Kündigungsschutzrechtsstreit zur Begründung der Kündigung belegt werden dürfen. Beide Verfahren wurden auf Arbeitgeberseite von **GÖHMANN** begleitet.

I. Verwertung von Videoaufzeichnungen

Die Beklagte hatte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger außerordentlich wegen eines Arbeitszeitbetruges gekündigt. Der Kläger hatte das Werksgelände unstreitig vor Beginn seiner Schicht betreten. Die auf einen anonymen Hinweis erfolgte Auswertung von einer offenen Videoüberwachung ergab, dass der Kläger das Werk vor Schichtbeginn aber auch wieder verlassen hatte. Da die Beklagte zunächst davon ausgehen musste, dass der Kläger – wie er auch im Prozess behauptet – gearbeitet hatte, erhielt er die volle Vergütung.

Das Bundesarbeitsgericht stellte in seiner Entscheidung vom 29.06.2023 - 2 AZR 296/23 - klar, dass in dem vorliegenden Fall weder ein Sachvortrags- noch ein Beweiserhebungsverbot besteht. Denn in einem Kündigungsschutzprozess besteht grundsätzlich kein Verwertungsverbot in Bezug auf solche Aufzeichnungen aus einer offenen Videoüberwachung, die vorsätzlich vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers belegen sollen.

Im Rahmen der ihm obliegenden Darlegungslast obliegt es dem Kläger deshalb im weiteren Verlauf des Verfahrens, sich festzulegen, ob er durchgängig auf dem Werksgelände geblieben sein will oder ob er es zwischenzeitlich verlassen, dann aber wieder „unbemerkt“ betreten haben will. Sofern der Kläger behauptet, dass er durchgängig auf dem Werksgelände verblieben

sei, hat das Landesarbeitsgericht Niedersachsen nach Zurückverweisung Beweis zu erheben durch Inaugenscheinnahme der verwertbaren Videoaufzeichnungen zu der gegenteiligen Behauptung der Beklagten, wonach der Kläger das Gelände vor Schichtbeginn wieder verlassen hat.

II. Verwertung von WhatsApp-Chatinhalt

In der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 24.08.2023 - 2 AZR 17/23 - ging es um stark beleidigende, rassistische und menschenverachtende Äußerungen, die in einer aus 7 (ehemaligen) Arbeitskollegen bestehenden WhatsApp-Gruppe getätigt worden waren. Der Inhalt des WhatsApp-Chats wurde dem Arbeitgeber zufällig bekannt. Dieser kündigte die Verfasser außerordentlich fristlos. Die gekündigten Arbeitnehmer beriefen sich auf die Vertraulichkeit ihrer Äußerungen. Beide Vorinstanzen hatten den Kündigungsschutzklagen aus genau diesem Grund stattgegeben. Die hiergegen gerichtete Revision des Arbeitgebers hatte Erfolg.

Der Arbeitgeber durfte die Kündigungen auf den Inhalt des WhatsApp-Chats stützen. Die Arbeitnehmer hätten nicht ohne Weiteres auf die Vertraulichkeit der Chat-Inhalte vertrauen dürfen. Denn eine solche Vertraulichkeitserwartung ist nur dann berechtigt, wenn die Arbeitnehmer in einer besonderen, ihr Persönlichkeitsrecht schützenden Sphäre vertraulich kommuniziert hätten. Das wiederum ist abhängig von dem Inhalt der ausgetauschten Nachrichten sowie von der Größe und personellen Zusammensetzung der Chatgruppe. Die besondere Vertraulichkeit ist die Ausnahme und nicht die Regel.

III. Unser Kommentar

Beide Entscheidungen des 2. Senates des Bundesarbeitsgerichtes machen Hoffnung darauf, dass Arbeitgeber bei besonders verwerflichen Verhaltensweisen zumindest die Chance haben, Prozesse erfolgreich zu führen.

Dr. Gunnar Straube, Dr. Jennifer Rasche, Fachanwälte für Arbeitsrecht, Hannover

Rückzahlung von Fortbildungskosten

BAG, Urteil vom 25.04.2023 - 9 AZR 187/22

Der Fall

Die Parteien stritten über die Rückzahlung von Fortbildungskosten. Die Arbeitnehmerin war als Buchhalterin beschäftigt und wollte die Steuerberaterprüfung ablegen. Die Arbeitgeberin beteiligte sich an den Kosten der Fortbildung nach Maßgabe eines Fortbildungsvertrages.

Der Vertrag sah die Pflicht zur Rückzahlung des gesamten gewährten Förderbetrages vor, für den Fall, dass die Arbeitnehmerin (1.) innerhalb von 24 Monaten nach bestandenen Berufsexamen das Unternehmen verlässt, sie (2.) innerhalb von 24 Monaten nach nicht bestandenen Berufsexamen das Unternehmen verlässt, und sie (3.) das Examen wiederholt nicht ablegt. Dies sollte auch gelten, wenn die Arbeitnehmerin das Unternehmen aufgrund eigener Kündigung verlässt. Eine Härtefallregelung regelte lediglich die Suspendierung der Pflicht, das Examen abzulegen, nicht aber die Aufhebung der Rückzahlungspflicht.

Die Arbeitnehmerin trat wiederholt nicht zur Steuerberaterprüfung an und kündigte schließlich das Arbeitsverhältnis. Die Arbeitgeberin forderte den gezahlten Betrag i.H.v. 4.083,93 EUR zurück. Die Arbeitnehmerin verweigerte jedoch die Zahlung, weshalb die Arbeitgeberin Klage auf Zahlung erhob.

Die Entscheidung

Das BAG gab der Arbeitnehmerin Recht. Die Arbeitgeberin habe keinen Anspruch auf Rückzahlung geleisteter Fortbildungskosten. Die im Vertrag vereinbarte Rückzahlungsklausel benachteilige die Arbeitnehmerin unangemessen und sei als AGB unwirksam.

Einzelvertragliche Vereinbarungen, nach denen sich ein Arbeitnehmer an den Kosten einer vom

Arbeitgeber finanzierten Fortbildung zu beteiligen hat, wenn er diese nicht beendet, seien grundsätzlich zulässig und nicht generell unangemessen. Es sei jedoch nicht zulässig, die Rückzahlungspflicht schlechthin an das wiederholte Nichtablegen der angestrebten Prüfung zu knüpfen, ohne die Gründe dafür zu betrachten. Jedenfalls praktisch relevante Fallkonstellationen, in denen die Gründe für die Nichtablegung der Prüfung nicht in der Verantwortungssphäre des Arbeitnehmers liegen, müssten von der Rückzahlungspflicht ausgenommen werden. Es sei unangemessen, die Rückzahlungspflicht auf Fälle zu erstrecken, in denen der Arbeitnehmer das Examen deshalb nicht ablegt, weil ihm die Fortführung des Arbeitsverhältnisses aufgrund eines arbeitgeberseitigen Fehlverhaltens nicht mehr zumutbar ist und er es deshalb beendet.

Für die Beurteilung der Wirksamkeit der Rückzahlungsklausel selbst sei es unerheblich, welche Gründe die Arbeitnehmerin vorliegend veranlasst haben, das Examen nicht abzulegen.

Unser Kommentar

Das BAG stellt zutreffend fest, dass es für die Beurteilung der Wirksamkeit der Rückzahlungsklausel unerheblich ist, aus welchen Gründen die Arbeitnehmerin die Prüfung nicht abgelegt hat. Zudem ist unerheblich, welcher Grund sie zur Kündigung veranlasste. Bereits der Wortlaut der Klausel benachteiligte sie.

Eine Förderung der Weiterbildung von Arbeitnehmer*innen ist für alle Beteiligten wünschenswert. Die Entscheidung zeigt wieder einmal, dass bei der Gestaltung von Fortbildungsverträgen mit Rückzahlungsklauseln äußerste Vorsicht geboten ist. Zur Absicherung und erfolgreichen Arbeitnehmer*innenbindung sollte eine Fortbildungs- und Rückzahlungsvereinbarung möglichst alle hypothetischen Szenarien mit einbeziehen, die eine unangemessene Benachteiligung von Arbeitnehmer*innen und Unwirksamkeit der Klauseln ausschließen.

Franziska Grüner, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Berlin

Annahmeverzugslohn trotz Weiterbeschäftigungsangebot

BAG, Urteil vom 29.03.2023 - 5 AZR 255/22

Der Fall

Die Parteien stritten über einen Annahmeverzugslohnanspruch nach zwei außerordentlichen Kündigungen.

Die Beklagte sprach gegenüber dem Kläger eine außerordentliche Änderungskündigung aus und forderte ihn zugleich für den Fall der „Ablehnung der Kündigung“ oder der Annahme des Änderungsangebots zur Arbeitsaufnahme auf. Der Kläger lehnte das Angebot ab und erschien nicht zur Arbeit. Daraufhin begründete die Beklagte die Änderungskündigung und machte schwere Verfehlungen des Klägers geltend. Nachdem der Kläger seine Tätigkeit bei der Beklagten weiterhin nicht aufnahm, sprach diese eine außerordentliche Beendigungskündigung aus. Zugleich forderte sie ihn erneut zur Arbeitsaufnahme auf, sollte er diese Kündigung „ebenfalls ablehnen“.

Die Unwirksamkeit beider Kündigungen wurde rechtskräftig festgestellt. Im Folgenden machte der Kläger vor dem Arbeitsgericht und dem Landesarbeitsgericht erfolglos Annahmeverzugslohnansprüche geltend.

Die Entscheidung

Das Bundesarbeitsgericht hat die Entscheidung aufgehoben und dem Kläger den Annahmeverzugslohn zugesprochen.

Das Bundesarbeitsgericht hat erneut klargestellt, dass nicht einmal ein wörtliches Arbeitsangebot erforderlich ist, um den Arbeitgeber in Annahmeverzug zu setzen. Daran ändere vorliegend auch das Angebot einer Weiterbeschäftigung durch die Beklagte nichts. Bereits aufgrund des Umstandes, dass die Beklagte selbst das Festhalten am Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist für unzumutbar hielt, müsse davon ausgegangen

werden, dass lediglich ein formales, ohne tatsächlichen Beschäftigungswillen ausgesprochenes Angebot zur Prozessbeschäftigung vorliege.

Zudem könne dem Kläger auch kein fehlender Leistungswille nach § 297 BGB unterstellt werden. Durch das Festhalten an der Kündigung zeige die Beklagte, dass sie die Arbeitsleistung des Klägers nicht als vertraglich geschuldete Arbeitsleistung annehmen werde. Anders wäre dies nur zu sehen, wenn sie klaggestellt hätte, dass sie zu Unrecht gekündigt hat und nunmehr die Arbeitsleistung als Erfüllung des bestehenden Arbeitsvertrages entgegennimmt.

Vorrangig wäre ohnehin die Anrechnung eines böswillig unterlassenen Verdienstes nach § 11 Nr. 2 KSchG. Allerdings sei dem Kläger wegen der im Rahmen der außerordentlichen Kündigung geäußerten Vorwürfe die Aufnahme einer Prozessbeschäftigung bei der Beklagten nicht zuzumuten gewesen. Hiervon sei bei Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung auszugehen. Erschwerend kämen die konkret geltend gemachten Vorwürfe sowie der Ausspruch als außerordentliche Kündigung hinzu.

Auch die Klage auf Weiterbeschäftigung nach erstinstanzlichem Urteil stehe der Unzumutbarkeit nicht entgegen. Es mache einen Unterschied, ob die Arbeitsaufnahme trotz Aufrechterhaltung der Vorwürfe oder erst nach festgestellter Unwirksamkeit der Kündigung und damit nach „Rehabilitation“ des Klägers erfolge.

Unser Kommentar

Das Urteil des Bundesarbeitsgerichts zeigt, dass der Arbeitgeber das Annahmeverzugslohnrisiko bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Kündigungsschutzverfahrens nicht dadurch reduzieren kann, dass er dem Arbeitnehmer zugleich eine Weiterbeschäftigung anbietet. Dies hat das Bundesarbeitsgericht nun jedenfalls im Hinblick auf eine verhaltensbedingte und/oder außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses festgestellt.

Konstantin Kühn, Rechtsanwalt, Hannover

Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 13.07.2023 - 5 Sa 1/23

Der Fall

Der Kläger war als Chefarzt bei der Beklagten angestellt. Während seiner Beschäftigung unterhielt er eine Zweitwohnung in der Nähe der Arbeitsstätte, wobei sich der Familienwohnsitz ca. 1.000 km entfernt in Süddeutschland befand. Am 16.08.2021 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis fristgerecht zum 28.02.2022. Nach Ausspruch der Kündigung bis zum 02.02.2022 war der Kläger an insgesamt 48 Kalendertagen arbeitsunfähig. Am Nachmittag des 08.02.2022 sagte der Kläger die Teilnahme an einer regelmäßig stattfindenden Dienstbesprechung aus gesundheitlichen Gründen ab. Am nächsten Tag meldete er sich krank und fuhr mit der Bahn rund zehn Stunden zu seinem Familienwohnsitz. Am 10.02.2022 wurde dem Kläger eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für den Zeitraum vom 09.02. bis zum 21.02.2022 von seiner Ärztin ausgestellt. Ab dem 22.02.2022 trat der Kläger seinen Resturlaub bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses an.

Die Beklagte hat die Krankschreibung vom 09.02. bis zum 21.02.2022 angezweifelt und keinen Lohn gezahlt. Zur Begründung der Zweifel führte sie an, dass wenn der Kläger krank gewesen wäre, hätte er nicht zehn Stunden Bahn fahren können. Auffällig sei darüber hinaus das pünktliche Ende der Erkrankung zu Beginn des Urlaubs.

Die Entscheidung

Das Arbeitsgericht hatte der Klage auf Nachzahlung des Gehalts stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht (LAG) hat die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Der Kläger hat einen Anspruch auf Zahlung des ihm in der Zeit vom 09.02. bis 21.02.2022 zustehenden Arbeitsentgelts.

Der ordnungsgemäß ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung kommt ein hoher Beweiswert zu. Diese ist das gesetzlich ausdrücklich vorgesehene und insoweit wichtigste Beweismittel für das Vorliegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit. Der Tatrichter kann normalerweise den Beweis einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit als erbracht ansehen, wenn der Arbeitnehmer im Rechtsstreit eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorlegt.

Der Arbeitgeber kann allerdings den Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung dadurch erschüttern, dass er tatsächliche Umstände darlegt und im Bestreitensfall beweist, die Zweifel an der Erkrankung des Arbeitnehmers ergeben mit der Folge, dass der ärztlichen Bescheinigung kein Beweiswert mehr zukommt. Nach den Ausführungen des Gerichts ist der Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung jedoch nicht allein deshalb erschüttert, weil diese einen Zeitraum innerhalb der Kündigungsfrist, insbesondere gegen Ende der Kündigungsfrist betrifft. Krankheiten können auch in einem gekündigten Arbeitsverhältnis auftreten. In der Ablösungsphase mag zwar die Motivation eines Arbeitnehmers nachlassen. Daraus ist aber keinesfalls zu schließen, dass jede Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung in diesem Zeitraum makelbehaftet ist. Auch die rund zehnstündige Bahnreise des Klägers weckte keine Zweifel an der Richtigkeit der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung. Denn die Belastung durch die Bahnreise ist nicht annähernd mit derjenigen einer Chefarztstätigkeit vergleichbar.

Unser Kommentar

Das LAG stärkt den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, nachdem das BAG im September 2021 den Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung als erschüttert ansah, weil die betroffene Arbeitnehmerin unmittelbar nach ihrer Eigenkündigung erkrankte und bis zum letzten Tag des Arbeitsverhältnisses arbeitsunfähig war.

Denise Blankenburg, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Frankfurt

Klage gegen Gendersprache

OLG München, Urteil vom 11.07.2023 - 21 U 5235/22

Der Fall

Das Oberlandesgericht München hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob ein Unternehmen die sogenannte Genderform als Unternehmenskommunikation vorgeben und verwenden darf.

Die Audi AG hatte einen Leitfaden für geschlechtergerechte Sprache herausgegeben. Ein Mitarbeiter der Konzernmutter VW, der mit Audi-Kollegen zusammenarbeiten muss hatte die Audi AG auf Unterlassung verklagt. Er hatte sich daran gestört, dass die Audi-Beschäftigten in der Kommunikation mit ihm wegen des Leitfadens Gender-Formeln mit Unterstrich wie beispielsweise Mitarbeiter_innen nutzen, also dem sogenannten Gender-Gap. Er sah durch den Leitfaden seine allgemeinen Persönlichkeitsrechte verletzt.

Im Gericht zitierte der Kläger aus Arbeitsanweisungen mit Formulierungen wie: "Der_die BSM-Expert_in ist qualifizierte_r Fachexpert_in".

Den Kläger störte die umständliche Formulierung. Er machte geltend, dass Gendersprache lesbar sein müsse.

Die Entscheidung

Bereits in der I. Instanz hatte das Landgericht Ingolstadt die Klage abgewiesen (Urteil vom 29.07.2022, 83 O 1394/21). Es hatte festgestellt, dass es kein Recht für Gegner von Gendersprache gibt, von dieser „in Ruhe gelassen zu werden“.

Der Kläger war – als VW-Mitarbeiter – nicht zur aktiven Nutzung des Leitfadens verpflichtet. Auch durch die passive Wahrnehmung der Gendersprache bei Audi werde der Kläger aber nicht in seinen Rechten verletzt.

Weder liegt ein Verstoß gegen das allgemeine Gleichstellungsgesetz noch eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Klägers vor. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht verpflichtet die Audi AG nicht generell, dem Kläger im geschäftlichen Verkehr mit einer grammatisch männlichen Personenbezeichnung zu erfassen, so das Landgericht. Die geschlechtliche Identität sei zwar vom Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts umfasst, zum Schutzbereich gehöre aber auch, Personen entsprechend ihrem gewählten Rollenverständnis anzureden und anzuschreiben. Maßgeblich sei insoweit der allgemeine deutsche Sprachgebrauch.

Die Persönlichkeitsrechte seien gewahrt, wenn die Geschlechtszugehörigkeit nicht angegeben oder bezeichnet wird und die konkrete Geschlechtszugehörigkeit einer Person keinen Niederschlag findet. Maßgeblich für die Beurteilung eines Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte ist die objektive Sicht eines verständigen Dritten, nicht die subjektive Sicht der betroffenen Person.

Das Landgericht hat insbesondere festgestellt, dass die eigene sprachliche Integrität nicht das Recht umfasst, von sprachlichen Besonderheiten anderer nicht betroffen zu werden.

Das Oberlandesgericht München hat ohne mündliche Verhandlung die Berufung zurückgewiesen und damit die oben zitierte Entscheidung des Landgerichts bestätigt.

Unser Kommentar

Immer mehr Unternehmen führen durch Richtlinien oder sonstige Vorgaben die Nutzung von gendersensibler Sprache ein. Dieses, um ein attraktives und wertschätzendes Arbeitsumfeld zu schaffen. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts München macht deutlich, dass Unternehmen diese Vorgabe zur Nutzung von gendersensibler Sprache geben dürfen.

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

Bevorstehende Veranstaltungen

10. Oktober 2023: GÖHMANN-Webinare zum Arbeitsrecht, „WhatsApp-Chat als Kündigungsgrund: Urteil des BAG vom 24.08.2023“ (Dr. Jennifer Rasche) und „Flexibilisierung der Arbeit – Zeit, Ort und Entgelt in der Vertragsgestaltung“ (Franziska Grüner), 10:00 Uhr bis 11:00 Uhr, kostenlose Anmeldung unter Arbeitsrecht@goehmann.de.
6. November 2023: „Datenschutz und Hinweisgebersysteme – neue Herausforderungen im Kündigungsschutzprozess“, Online-Seminar der DeutscheAnwaltAkademie, 13:00 Uhr bis 18:30 Uhr, Anmeldung unter <https://www.anwaltakademie.de/seminare/datenschutz-und-hinweisgebersysteme-neue-herausforderungen-im.38456> (Dr. Gunnar Straube, Dr. Jennifer Rasche).

Aktuelle Veröffentlichungen

Verfahrensrecht in: **Schaub, Arbeitsrechtliches Formular- und Verfahrenshandbuch**, 2023 (Dr. Gunnar Straube)

Kein Verwertungsverbot bei offener Videoüberwachung (Dr. Gunnar Straube, Inga Marie von Rönn), Der Betrieb 2023, Heft 31, S. M4 bis M5

Anmerkung zu LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 19.4.2023 - L 8 AL 1022/22, Grob fahrlässige Herbeiführung der Arbeitslosigkeit bei Entziehung der Fahrerlaubnis eines Berufskraftfahrers, ArbRAktuell 2023, 448 (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.



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