



# Newsletter Arbeitsrecht

---

Ausgabe 1 / 2024

Sanktionen für Fehler bei der Massenentlassungsanzeige

BAG: Urlaub, Krankheit und Kurzarbeit „null“

BAG: Kein Mitbestimmungsrecht bei Handyverbot

BAG: Betriebsratsschulung in Präsenz oder als Webinar?

BAG: Kein doppelter Urlaubsanspruch

BAG: Arbeit auf Abruf – Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit

LAG München: Keine Änderung der Regeln zum Homeoffice ohne den Betriebsrat

Bevorstehende Veranstaltungen

Aktuelle Veröffentlichungen

Ihre Ansprechpartner bei GÖHMANN

## Sanktionen für Fehler bei der Massenentlassungsanzeige

Arbeitgeber, die einen Personalabbau innerhalb von 30 Kalendertagen durchführen wollen und dabei die von der Betriebsgröße abhängigen Grenzwerte des § 17 Abs. 1 KSchG überschreiten, sind zur Durchführung des Konsultations- und Anzeigeverfahrens verpflichtet. Wenn der Arbeitgeber den Entschluss zu einem Personalabbau gefasst hat, muss er den Betriebsrat konsultieren und der Agentur für Arbeit eine Abschrift der entsprechenden Mitteilung an den Betriebsrat zukommen lassen. Anschließend ist der Arbeitgeber zu einer Anzeige bei der Agentur für Arbeit gem. § 17 Abs. 1, 3 KSchG verpflichtet.

Dieses Anzeigeverfahren ist in der Praxis fehleranfällig und birgt bislang die Gefahr, dass die hierauf hin ausgesprochenen Kündigungen unwirksam sind. Nunmehr scheint das Bundesarbeitsgericht seine Rechtsprechung ändern zu wollen.

### I. Bisheriges Rechtsfolgen- und Sanktionssystem

Nach der bisherigen Rechtsprechung des 2. und 6. Senats des Bundesarbeitsgerichts stellt § 17 Abs. 1, 3 KSchG ein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB dar. Demnach ist eine Kündigung unwirksam, wenn keine Massenentlassungsanzeige erstattet wurde. Gleiches gilt, wenn dem Arbeitgeber Fehler bei dem Konsultationsverfahren mit dem Betriebsrat oder bei den „Soll-Angaben“ gegenüber der Agentur für Arbeit nach § 17 Abs. 3 S. 4 KSchG unterlaufen. Verstöße gegen § 17 Abs. 3 S. 5, 6 KSchG haben dagegen keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Kündigung. Offen war bislang, welche Rechtsfolgen ein Verstoß gegen die Verpflichtung des Arbeitgebers aus § 17 Abs. 3 S. 1 KSchG hat, mithin gegen die Pflicht, der Agentur für Arbeit gleichzeitig mit der Anzeige eine Abschrift der Mitteilung an den Betriebsrat zuzuleiten.

Auf Vorlage des 6. Senats des Bundesarbeitsgerichts entschied der Europäische

Gerichtshof, dass die § 17 Abs. 3 S. 1 KSchG zugrundeliegende Vorschrift der Massenentlassungsrichtlinie keinen Individualschutz des betroffenen Arbeitnehmers bezweckt und nur Informations- und Vorbereitungszwecken dient. Demnach scheidet bei einem entsprechenden Verstoß jedenfalls eine Nichtigkeit der Kündigung nach § 134 BGB aus.

### II. Auffassung des 6. Senats

Diese Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs nahm der 6. Senat des Bundesarbeitsgerichts zum Anlass, sich grundsätzlich mit dem Rechtsfolgen- und Sanktionssystem des Anzeigeverfahrens zu befassen. Mit seinem Vorlagebeschluss vom 14.12.2023 - 6 AZR 157/22 (B) - an den 2. Senat kündigte der 6. Senat an, seine bisherige Rechtsprechung ändern zu wollen. Dabei greift er die Erwägung des Europäischen Gerichtshofs auf und kommt zu dem Ergebnis, dass das Anzeigeverfahren gem. § 17 Abs. 1, 3 KSchG insgesamt nur eine administrativ-prozedurale Verpflichtung begründe und daher die Voraussetzungen eines Verbotsgesetzes i.S.d. § 134 BGB nicht erfüllt seien. Die Nichtigkeit einer Kündigung als Folge von Fehlern im Anzeigeverfahren führe zu einem unangemessenen Eingriff in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers. Da das Anzeigeverfahren reine Ordnungsfunktion habe, kämen allenfalls arbeitsförderungsrechtliche Sanktionen in Betracht.

Die Nichtigkeit als Rechtsfolge sei auch § 18 KSchG nicht zu entnehmen. Die Nichtigkeitsfolge lasse sich nicht mit dem geltenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbaren. Sie sei ungeeignet, den mit dem Anzeigeverfahren verfolgten Zweck zu fördern und zudem aufgrund des schwerwiegenden Eingriffs in die unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers auch unangemessen.

Vor diesem Hintergrund ist der 6. Senat der Auffassung, dass künftig alle denkbaren Fehler im Anzeigeverfahren die Wirksamkeit der Kündigungen nicht berühren. Eine unterbliebene oder fehlerhafte Massenentlassungsanzeige bliebe

insoweit folgenlos. Klarstellend weist der 6. Senat allerdings daraufhin, dass Fehler bei der Konsultation des Betriebsrates weiterhin zur Nichtigkeit der Kündigung führen.

### III. Auffassung des 2. Senats

Der 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts hält in seiner EuGH-Vorlage vom 01.02.2024 - 2 AS 22/23 (A) die Auffassung des 6. Senats hinsichtlich der Nichtigkeit als unverhältnismäßige Rechtsfolge zwar grundsätzlich für möglich. Er geht allerdings davon aus, dass eine anzeigepflichtige Kündigung vor Ablauf der Entlassungssperre des § 18 KSchG nicht wirksam werden könne. Die Entlassungssperre stelle daher eine „Mindestkündigungsfrist“ dar, sodass das gekündigte Arbeitsverhältnis mit seinen bisherigen Rechten und Pflichten bis zum Ablauf der Entlassungssperre fortbestünde. Insoweit nimmt der 2. Senat eine Differenzierung vor. Entscheidend sei, ob der Arbeitgeber die erforderliche Anzeige vollständig unterlassen oder eine solche fehlerhaft erstattet habe.

Im Falle einer unterbliebenen Massenentlassungsanzeige könne die Kündigung erst Wirkung entfalten, wenn der Arbeitgeber die Anzeige nachgeholt habe und die dadurch ausgelöste Entlassungssperre des § 18 KSchG abgelaufen sei. Zeigt der Arbeitgeber dagegen die geplanten Entlassungen an, entscheide allein die Agentur für Arbeit über die Fehlerhaftigkeit der Anzeige. Fehlen nach Auffassung der Agentur für Arbeit gewisse Angaben, hat sie aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes auf eine entsprechende Ergänzung durch den Arbeitgeber hinzuwirken. Kommt sie zu dem Schluss, dass die Anzeige ordnungsgemäß erfolgt sei und stellt für den Ablauf der Entlassungssperre ein konkretes Datum fest, sei diese Entscheidung für die Gerichte und die betroffenen Arbeitnehmer bindend.

Die Zulässigkeit dieser Auffassung wird allerdings maßgeblich von der Bewertung des Europäischen Gerichtshofs abhängen.

Klarstellend weist letztlich auch der 2. Senat daraufhin, dass Fehler bei der Konsultation des Betriebsrates gem. § 17 Abs. 2 KSchG weiterhin zur Nichtigkeit der Kündigung führen.

### IV. Wesentlicher Unterschied

Der 6. Senat hält eine unterbliebene oder fehlerhafte Anzeige für unbeachtlich und will daher das Anzeigeverfahren insgesamt entschärfen. Solange der Gesetzgeber keine neue Sanktion festlegt, würden sämtlich Risiken für den Arbeitgeber hinsichtlich der Wirksamkeit einer anzeigepflichtigen Kündigung beseitigt.

Demgegenüber sieht der 2. Senat die Entlassungssperre als ausreichende Sanktion an und will die Agentur für Arbeit stärker in die Pflicht nehmen. Die Nichtigkeit als Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das Anzeigeverfahren scheidet zwar aus, gleichwohl kann die Rechtswirkung der Kündigung aufgeschoben werden. Solange allerdings die Agentur für Arbeit ein konkretes Datum für den Ablauf der Entlassungssperre festlegt, ist die Fehlerhaftigkeit der Anzeige unbeachtlich. Das Anzeigeverfahren würde demnach nur teilweise entschärft.

### V. Folgen für die Praxis

Die im Hinblick auf das Anzeigeverfahren bestehende Rechtsunsicherheit bleibt vorerst bis zu einer endgültigen Entscheidung durch die Rechtsprechung bestehen. Klar ist allerdings, dass die Durchführung eines ordnungsgemäßen Konsultationsverfahrens gegenüber dem Betriebsrat weiterhin von elementarer Bedeutung ist, da andernfalls die entsprechenden Kündigungen nichtig sind. Hinsichtlich des Anzeigeverfahrens empfiehlt sich vorläufig eine Orientierung an der restriktiveren Auffassung des 2. Senats. Danach ist das Anzeigeverfahren in jedem Fall durchzuführen. Ratsam ist zudem, gegenüber der Agentur für Arbeit auf die Festsetzung eines konkreten Datums für den Ablauf der Entlassungssperre hinzuwirken.

*Dr. Gunnar Straube und Dr. Jennifer Rasche, Fachanwälte für Arbeitsrecht, beide Hannover*

# Urlaub, Krankheit und Kurzarbeit „null“

BAG, Urteil vom 05.12.2023 - 9 AZR 364/22

## Der Fall

Die Parteien streiten über Urlaubsabgeltung und in diesem Zusammenhang insbesondere über die Urlaubsberechnung bei zeitlicher Überschneidung von Krankheit und Kurzarbeit „null“.

Bei der Beklagten wurde während der Corona-Pandemie vom 01.04 bis zum 31.12.2020 Kurzarbeit „null“ eingeführt. Insoweit traf die Beklagte u.a. mit dem Kläger am 23.03.2020 eine einzelvertragliche Regelung. Die Regelung sah aber auch die Möglichkeit der vorzeitigen Beendigung der Kurzarbeit mit einer Ankündigungsfrist von einer Woche vor. In der Vereinbarung war außerdem vorgesehen, dass die Vereinbarung unter dem Vorbehalt steht, dass Kurzarbeitergeld bewilligt wird.

Der Kläger war bereits seit dem 19.03.2020 bis zum 31.12.2020 arbeitsunfähig erkrankt. Das Arbeitsverhältnis ist zwischenzeitlich beendet und der Kläger begehrt noch Urlaubsabgeltung für den Zeitraum 01.04. bis zum 31.12.2020 in Höhe des gesetzlichen Mindesturlaubs.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klageziel weiter.

## Die Entscheidung

Die Revision des Klägers ist unbegründet. Dem Kläger stand allein die Abgeltung für den anteilig auf das erste Quartal 2020 entfallenden gesetzlichen Mindesturlaub im Umfang von 5 Tagen zu.

Es hat eine Umrechnung des Urlaubsanspruchs gem. § 3 Abs. 1 BurlG stattzufinden, wenn die Arbeitspflicht infolge einer wirksam

eingeführten Kurzarbeit an ganzen Arbeitstagen entfällt. Die Umrechnung erfolgt, indem die in § 3 Abs. 1 BurlG genannten 24 Werktage durch die Zahl der Arbeitstage im Jahr bei einer Sechstageswoche geteilt und mit der Zahl der für den Arbeitnehmer maßgeblichen Arbeitstage im Jahr multipliziert werden. Ggf. muss die Umrechnung sogar mehrfach im Kalenderjahr erfolgen (vgl. BAG, Urteil vom 30.11.2021 - 9 AZR 225/21, Rz. 10).

Infolge der Einführung der Kurzarbeit für die Zeit ab dem 01.04 bis einschließlich 31.12.2020 ergab sich für den Kläger die folgende Berechnung:

20 Arbeitstage Jahresurlaub x 65 Tage mit Arbeitspflicht von Januar bis März 2020 ./ 260 Tage mit Arbeitspflicht im Jahr = 5 Urlaubstage

An dieser geänderten Verteilung ändert sich auch durch die Erkrankung nichts. Der Urlaubsanspruch des während der Kurzarbeit erkrankten Arbeitnehmers muss nicht nach Maßgabe der außerhalb der Kurzarbeit gültigen Arbeitszeit berechnet werden. Zwar war der Kläger bereits vor Einführung der Kurzarbeit erkrankt und hat deshalb kein Kurzarbeitergeld, sondern Krankengeld erhalten. Aber die Auslegung ergibt, dass die Kurzarbeit nicht davon abhängig sein sollte, dass der Kläger wieder genesen ist.

## Unser Kommentar

Die Entscheidung des Gerichts ist folgerichtig. Sie folgt insoweit der Entscheidung vom 30.11.2020 - 9 AZR 225/21, welche die Behandlung von Kurzarbeit „null“ und Urlaub klargestellt hat. Auch die Auslegung der Regelungen im Zusammenhang mit dem Krankengeldbezug ist sachgerecht. Im Falle von Kurzarbeit „null“ werden sowohl bei arbeitsfähigen als auch bei arbeitsunfähigen Arbeitnehmern die Urlaubstage angepasst.

*Dr. Stefan Sasse, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Magdeburg*

# Kein Mitbestimmungsrecht bei Handyverbot

BAG, Beschluss vom 17.10.2023 - 1 ABR 24/22

## Der Fall

Die Arbeitgeberin führt einen Betrieb u.a. mit den Bereichen Produktion, Versand und Wareneingang. Die Arbeitgeberin wies die Arbeitnehmer durch eine ausgehängte Mitarbeiterinformation mit der Überschrift „Regeln zur Nutzung privater Handys während der Arbeitszeit“ darauf hin, dass „jede Nutzung von Mobiltelefonen/Smartphones zu privaten Zwecken während der Arbeitszeit nicht gestattet“ sei. Bei Verstößen müsse mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen „bis hin zur fristlosen Kündigung“ gerechnet werden. Der Betriebsrat forderte die Arbeitgeberin unter Hinweis auf sein Mitbestimmungsrecht auf, diese Maßnahme zu unterlassen. Sowohl in der ersten als auch in der zweiten Instanz war der Betriebsrat mit diesem Begehren nicht erfolgreich.

## Die Entscheidung

Auch das Bundesarbeitsgericht hat nunmehr die Ansicht vertreten, dass kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht.

Der Betriebsrat hat einen allgemeinen Unterlassungsanspruch oder Beseitigungsanspruch, wenn der Arbeitgeber gegen das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 BetrVG verstößt. Das Verbot von Smartphones am Arbeitsplatz unterliege aber nicht dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Danach habe der Betriebsrat bei Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb mitzubestimmen.

Wenn aber Maßnahmen das sogenannte Arbeitsverhalten regeln, unterfallen diese nicht der Mitbestimmung. Mit solchen Maßnahmen wird die Arbeitspflicht unmittelbar abgefordert oder konkretisiert.

Wenn sich eine arbeitgeberseitige Maßnahme sowohl auf das Arbeits- als auch das Ordnungsverhalten auswirkt, komme es auf den überwiegenden Regelungszweck an – so das Bundesarbeitsgericht. Das Verbot von Smartphones am Arbeitsplatz ziele in erster Linie auf die Steuerung des Arbeitsverhaltens, nämlich darauf, zügig und konzentriert zu arbeiten. Mobiltelefone verfügten über eine Vielzahl unterschiedlicher Funktionen, die die Aufmerksamkeit der Arbeitnehmer binden und sie von der Erbringung ihrer Arbeitsleistung abhalten oder ablenken könnten.

Es sei unerheblich, dass das von der Arbeitgeberin ausgesprochene Verbot auch auf das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer Auswirkung haben könne. Der überwiegende Regelungszweck betreffe das mitbestimmungsfreie Arbeitsverhalten.

## Unser Kommentar

Ob das Mitbestimmungsrecht besteht, hängt von dem überwiegenden Regelungszweck der Maßnahme ab. Das Arbeitsverhalten ist bereits dann betroffen, wenn durch die jeweilige Maßnahme die Erbringung der Arbeitsleistung sichergestellt werden soll – etwa indem Ablenkungen vermieden werden.

Das Bundesarbeitsgericht stellt in der Entscheidung klar, dass entscheidend ist, dass das Mobiltelefon aktiv zu bedienen ist. Ob damit also z.B. das Verbot des Radiohörens ebenfalls nicht der Mitbestimmung unterfällt, ist fraglich.

Bei Maßnahmen mit möglichen Doppelwirkungen auf das Arbeits- und Ordnungsverhalten sollten Arbeitgeber prüfen, in welchem Bereich der objektive Schwerpunkt der Auswirkung der Beschäftigten liegt. Je mehr der Schwerpunkt im sogenannten Arbeitsverhalten liegt, umso eher lässt sich die Maßnahme ohne Mitbestimmung durch den Betriebsrat umsetzen.

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

# Betriebsratsschulung in Präsenz oder als Webinar?

BAG, Beschluss vom 07.02.2024 - 7 ABR 8/23

## Der Fall

Die Arbeitgeberin und die bei ihr gebildete Personalvertretung streiten um Übernachtungs- und Verpflegungskosten, die bei einer Betriebsratsschulung angefallen waren.

Bei der Personalvertretung, die auf Grund tariflicher Bestimmungen eingerichtet worden ist, richtet sich der Schulungsanspruch nach dem BetrVG.

Zwei Mitglieder der Personalvertretung nahmen im August 2021 an einer Präsenzschiilung zum Thema „Betriebsverfassungsrecht Teil 1“ teil. Die Arbeitgeberin hatte der Personalvertretung zuvor mitgeteilt, dass die Teilnahme an der Schulung grundsätzlich in Ordnung sei, bat aber darum an einem inhaltsgleichen Webinar teilzunehmen. Dem kam die Personalvertretung nicht nach.

Die Arbeitgeberin lehnte daraufhin die Zahlung der Seminar-, Übernachtungs- und Verpflegungskosten ab. Die Seminargebühren zahlte die Arbeitgeberin während des laufenden Verfahrens nach, da diese auch für das Webinar angefallen wären.

## Die Entscheidung

Dem Antrag der Personalvertretung wurde in allen Instanzen stattgegeben und die Arbeitgeberin muss die Kosten für Übernachtung und Verpflegung übernehmen.

Die Pflicht des Arbeitgebers zu Kostentragung gem. § 40 Abs. 1 BetrVG unterfällt zwar ebenfalls dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit gem. § 2 Abs. 1 BetrVG, sodass der Betriebsrat gehalten ist, den Arbeitgeber nur mit solchen Kosten zu belasten, die dem notwendigen Maß entsprechen.

Gleichzeitig steht jedoch dem Betriebsrat, bzw. hier der gebildeten Personalvertretung, ein Ermessensspielraum zu, welche Schulungen sie für erforderlich halten.

Dieser Spielraum umfasst auch die Art des Schulungsformats als Präsenzveranstaltung oder als Webinar. Die Tatsache, dass durch eine Präsenzveranstaltung von vornherein höhere Kosten für Übernachtung, Anreise und Verpflegung entstehen, steht dem nicht entgegen.

Sowohl die erste als auch die zweite Instanz haben in den Entscheidungsgründen ausgeführt, dass davon auszugehen sei, dass der Lerneffekt bei einer Präsenzschiilung höher sei als bei einem Webinar. Bei einem Webinar sei die Distanz zu dem Seminarleiter größer und es finde insgesamt weniger Austausch in der Praxis statt.

Bislang liegt seitens des Bundesarbeitsgerichts nur die Pressemitteilung vor. Es ist jedoch davon auszugehen, dass sich das Bundesarbeitsgericht dieser Begründung anschließen wird.

## Unser Kommentar

Die Entscheidung ist konsequent im Hinblick auf die großzügige Rechtsprechung zur Frage des Spielraums des Betriebsrates bei Betriebsratsschiilungen.

Bedauerlich ist, dass Kosten für die Betriebsratsschiilungen auch dann nicht begrenzt werden können, wenn es sich um die gleiche Schulung desselben Anbieters als Webinar handelt. So erfreuen sich in der Praxis Webinare zunehmender Beliebtheit. Dass dies nicht berücksichtigt wird, wenn es um die Frage der Kostentragung geht, ist eine verpasste Gelegenheit.

*Ulrike Brinkmann, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Bremen*

# Kein doppelter Urlaubsanspruch

BAG, Urteil vom 05.12.2023 - 9 AZR 230/22

## Der Fall

Die Arbeitgeberin kündigte einer Fleischverkäuferin in einem Supermarkt außerordentlich fristlos. Im Kündigungsschutzprozess wurde die Rechtswidrigkeit der Kündigung festgestellt. Die Arbeitnehmerin hatte in der Zwischenzeit bereits eine neue Stelle angetreten und bei der neuen Arbeitgeberin auch bereits Urlaub genommen. Gegenüber der früheren Arbeitgeberin machte die Verkäuferin die Abgeltung vertraglichen Mehrurlaubs geltend. Der von der neuen Arbeitgeberin erhaltene Urlaub sei auf den Mehrurlaub nicht anzurechnen. Sie hatte mit ihrer Forderung bis zum Bundesarbeitsgericht keinen Erfolg.

## Die Entscheidung

Nach §§ 1, 3 Abs. 1 des BUrlG setzt der gesetzliche Urlaubsanspruch allein das Bestehen des Arbeitsverhältnisses voraus. Er steht nicht unter der Bedingung, dass im Bezugszeitraum eine Arbeitsleistung erbracht wurde. Der Umfang des gesetzlichen Urlaubsanspruchs ist nach § 3 Abs. 1 BUrlG zu berechnen. Er bemisst sich nach den regelmäßigen Tagen mit Arbeitspflicht.

Das Bundesarbeitsgericht urteilte, der Zeitraum ohne Beschäftigung nach Ausspruch einer unwirksamen Kündigung ist grundsätzlich mit einem tatsächlichen Arbeitszeitraum gleichzustellen. Dies sei die Konsequenz daraus, dass ein/e Arbeitgeber/in mit der unwirksamen Kündigung die Obliegenheit verletzt habe, den/die Arbeitnehmer/in in die Lage zu versetzen, seinen/ihren Jahresurlaub zu nehmen.

Dies gelte nach den Wertungen des Bundesurlaubsgesetzes auch beim Vorliegen sog. Doppelarbeitsverhältnisse. Für das Entstehen des Urlaubsanspruchs sei ohne Bedeutung, dass in einem Kündigungsschutzprozess der

Fortbestand des gekündigten Arbeitsverhältnisses geltend gemacht werde und währenddessen ein anderes Arbeitsverhältnis eingegangen wird. Wird der Kündigungsschutzklage stattgegeben, bestünden zunächst in beiden Arbeitsverhältnissen Urlaubsansprüche, obwohl die Pflichten aus beiden Arbeitsverhältnissen nicht gleichzeitig erfüllt werden konnten.

Der Urlaub, der im neuen Arbeitsverhältnis gewährt wurde, sei jedoch auf die Urlaubsansprüche aus dem ersten Arbeitsverhältnis anzurechnen. Dies sei zwar gesetzlich nicht geregelt. Der aus § 11 Nr. 1 des Kündigungsschutzgesetzes und § 615 des Bürgerlichen Gesetzbuches folgende Rechtsgedanke gebiete, die Verdopplung von Urlaubsansprüchen zu vermeiden. Danach solle der/die Arbeitnehmer/in, der/die in einem Kündigungsrechtsstreit obsiegt, weder besser noch schlechter gestellt werden, sondern sei grundsätzlich so zu stellen, als hätte keine Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses stattgefunden. Im Streitfall gilt eine kalenderjahresbezogene Anrechnung nicht nur für den gesetzlichen Mindesturlaub, sondern auch für den vertraglichen Mehrurlaub.

## Unser Kommentar

Das Bundesarbeitsgericht bestätigt seine Rechtsprechung. Gem. § 6 BUrlG sind auch bei einem „regulären“ Arbeitgeberwechsel Doppelansprüche ausgeschlossen, soweit für das laufende Kalenderjahr bereits im früheren Arbeitsverhältnis Urlaub gewährt worden ist. Daher besteht die Pflicht, bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitnehmer eine Bescheinigung über den im laufenden Kalenderjahr gewährten oder abgegoltenen Urlaub auszuhändigen. Dem wird erfahrungsgemäß vom neuen Arbeitgeber kaum Beachtung geschenkt. Bei der unwirksamen Beendigung und bei Vorliegen eines Doppelarbeitsverhältnisses hat der frühere Arbeitgeber vermutlich größeres Interesse am Ausschluss von Doppelansprüchen.

*Franziska Grüner, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Berlin*

# Arbeit auf Abruf – Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit

BAG, Urteil vom 18.10.2023 - 5 AZR 22/23

## Der Fall

Die Parteien stritten über die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit bei Arbeit auf Abruf.

Die Klägerin ist bei der Beklagten als „auf Abruf“ angestellt. Der zwischen den Parteien geschlossene Arbeitsvertrag enthielt keine Regelung zur Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit. Die Arbeitnehmerin wurde nach Bedarf in unterschiedlichem zeitlichem Umfang herangezogen. Ab dem Jahr 2020 verringerte sich der Umfang des Abrufs ihrer Arbeitsleistung im Vergleich zu den vorangegangenen Jahren. Sie berief sich darauf, dass ihre Arbeitsleistung in den Jahren 2017 bis 2019 durchschnittlich 103,2 Stunden monatlich abgerufen wurde. Eine ergänzende Vertragsauslegung ergebe, dass diese Stundenanzahl ihre geschuldete und von der Arbeitgeberin zu vergütende Arbeitszeit darstelle. Aus diesem Grund machte die Arbeitnehmerin einen Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzugs geltend, soweit der Abruf ihrer Arbeitsleistung in den Kalenderjahren 2020 und 2021 diesen Umfang nicht erreicht hatte.

Der Klage wurde nur in geringem Umfang stattgegeben, soweit in einzelnen Wochen weniger als 20 Stunden Arbeitsleistung abgerufen worden sind. Die Berufung blieb erfolglos.

## Die Entscheidung

Auch die Revision blieb ohne Erfolg. Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts müssen die Vertragsparteien ausgehend von § 12 Abs. 1 S. 2 TzBfG arbeitsvertraglich eine bestimmte Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit festlegen, wenn Arbeit auf Abruf vereinbart wird. Wenn dies unterlassen wird, wird diese Regelungslücke durch § 12 Abs. 1 S. 3 TzBfG geschlossen und kraft Gesetzes gilt eine Arbeitszeit von 20 Wochenstunden als vereinbart.

Im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung kann eine davon abweichende Regelung nur dann angenommen werden, wenn zum einen die Fiktion des § 12 Abs. 1 S. 3 TzBfG in dem konkreten Arbeitsverhältnis keine sachgerechte Regelung darstellt und zum anderen objektive Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei Vertragsschluss eine andere Regelung getroffen und eine höhere oder niedrigere Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit vereinbart hätten, wenn sie die Regelungslücke gekannt hätten. Dafür gab es im vorliegenden Fall jedoch keine Anhaltspunkte.

Wenn die anfängliche arbeitsvertragliche Lücke zur Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit durch die gesetzliche Fiktion des § 12 Abs. 1 S. 3 TzBfG geschlossen wird, können die Parteien in der Folgezeit abweichend davon ausdrücklich oder konkludent eine andere Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit vereinbaren. Allein das Abrufverhalten des Arbeitgebers für einen willkürlichen Zeitraum oder die Bereitschaft des Arbeitnehmers, in einem bestimmten Zeitraum mehr als geschuldet zu arbeiten, reichen dafür aber nicht aus. Dem Abrufverhalten des Arbeitgebers komme kein dahingehender rechtsgeschäftlicher Erklärungswert zu, dass dieser sich für die Zukunft an eine abweichend höhere Dauer der wöchentlichen binden wolle.

## Unser Kommentar

Die Entscheidung verdeutlicht, dass bei der Vereinbarung von Arbeit auf Abruf die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit unbedingt festzulegen ist. Bei der Festlegung der Wochenstundenzahl ist aus Arbeitgebersicht eine Abwägung vorzunehmen: Die Stundenzahl sollte nicht zu hoch angesetzt werden, da der Arbeitgeber in Annahmeverzug gerät und Vergütung ohne Gegenleistung schuldet, soweit er keine Arbeit für den Arbeitnehmer hat. Die Stundenzahl sollte aber auch nicht zu niedrig angesetzt werden, da der Arbeitgeber nur bis zu 25 Prozent der wöchentlichen Arbeitszeit zusätzlich abrufen darf.

*Jessica Benkmann, Rechtsanwältin, Hannover*

# Keine Änderung der Regeln zum Homeoffice ohne den Betriebsrat

LAG München, Beschluss vom 10.08.2023 - 8 TaBVGa 6/23

## Der Fall

Arbeitgeberin und Betriebsrat hatten im Juli 2016 eine Betriebsvereinbarung über flexible Arbeitszeit geschlossen. Diese Betriebsvereinbarung ermöglichte auf freiwilliger Basis in Abstimmung mit dem Vorgesetzten ein Arbeiten außerhalb der Betriebsräume (Mobiles Arbeiten), wobei der deutlich überwiegende Teil der Arbeitszeit am regelmäßigen Arbeitsplatz geleistet werden sollte. Während der Corona-Pandemie hatte die Arbeitgeberin die Möglichkeit eingeräumt, dass die Mitarbeiter nach Abstimmung mit dem Vorgesetzten statt vor Ort mobil arbeiten können und die Arbeit zu Hause empfohlen.

Nach dem Ende der Corona-Pandemie teilte die Arbeitgeberin das Auslaufen der bisherigen Regelung zum 31.03.2023 mit und „konkretisierte“ die Betriebsvereinbarung, indem sie vier Präsenztage pro Monat auf Basis eines Präsenzkatalogs anordnete. Vorangegangen waren Gespräche mit dem Betriebsrat über das „Ende der Freiwilligkeit“ und der Umsetzung des „Return to Office“, die erfolglos waren.

Der Betriebsrat wehrte sich gegen die Anordnung und machte geltend, dass bei der Änderung der während der Corona-Pandemie geschaffenen Regeln, die aus seiner Sicht einen Anspruch auf mobiles Arbeiten eingeschlossen haben, ein Mitbestimmungsrecht bestehe. Selbst bei Geltung der Betriebsvereinbarung von 2016 seien die neuen Regelungen von dieser nicht gedeckt.

## Die Entscheidung

Das Landesarbeitsgericht München hat mit seiner Entscheidung die erstinstanzliche

Entscheidung abgeändert und durch das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats im Eilverfahren gesichert. Der Beschluss ist als Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutz unanfechtbar und damit rechtskräftig.

Nach der Begründung des Landesarbeitsgerichts München stehe dem Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 BetrVG ein Anspruch auf Unterlassung der Anordnung zu Präsenzpfllichten zu, die ohne seine Mitbestimmung getroffen wurde und die von der bestehenden Betriebsvereinbarung nicht gedeckt war. Bei der Wertung der im Gesetz vorgesehenen Rechte könne aus dem allgemeinen Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§ 2 BetrVG) als Nebenpflicht das Gebot abgeleitet werden, alles zu unterlassen, was der Wahrnehmung der erzwingbaren Mitbestimmung gem. § 87 BetrVG entgegensteht. Maßnahmen in diesem Bereich solle der Arbeitgeber nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers nur mit Zustimmung des Betriebsrats durchführen können. Verstößt er hiergegen, entsteht eine betriebsverfassungswidrige Lage. Der Betriebsrat kann deshalb auch die Beseitigung der betriebsverfassungswidrigen Anweisung verlangen.

Der Arbeitgeber hat entsprechend Anordnungen zu unterlassen, solange das Mitbestimmungsverfahren nicht durch Abschluss einer Betriebsvereinbarung, durch Einigungsstellenspruch abgeschlossen oder eine rechtskräftige Entscheidung im Hauptsacheverfahren ergangen ist. Außerdem müssen bereits getroffene Anordnungen zurückgenommen werden.

## Unser Kommentar

Das Landesarbeitsgericht München stärkt mit dieser Entscheidung das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Bei Abschluss einer Betriebsvereinbarung sollten daher stets die Kündigungsmöglichkeit, sowie eine etwaige Nachwirkung und Regelungen hierzu geprüft und aufgenommen werden.

*Denise Blankenburg, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Frankfurt*

## Bevorstehende Veranstaltungen

16. April 2024: GÖHMANN-Webinare zum Arbeitsrecht, „Aktuelles zu Fortbildungsvereinbarungen“ (Dr. Stefan Sasse), „Alternative zur Altersteilzeit“ (Dr. Henning Rauls), 10:00 Uhr bis 11:00 Uhr, kostenlose Anmeldung unter [Arbeitsrecht@goehmann.de](mailto:Arbeitsrecht@goehmann.de).
23. Mai 2024: GÖHMANN-Webinare zum Arbeitsrecht, „Kündigungszustellung und Zugang“ (Ulrike Brinkmann), „Betriebsbedingte Kündigung“ (Franziska Grüner), 10:00 Uhr bis 11:00 Uhr, kostenlose Anmeldung unter [Arbeitsrecht@goehmann.de](mailto:Arbeitsrecht@goehmann.de).
4. November 2024: „Arbeitsrechtliche Formen der unternehmensübergreifenden Zusammenarbeit“, Online-Seminar der DeutscheAnwaltAkademie, 13:00 Uhr bis 18:30 Uhr, Anmeldelink wird noch mitgeteilt (Dr. Gunnar Straube, Dr. Jennifer Rasche).

## Aktuelle Veröffentlichungen

Werkstätten für behinderte Menschen und das Arbeitsrecht, ArbRB 2024, 57 ff. (Dr. Stefan Sasse, Jacqueline Roigk)

Anmerkung zu BSG, Urteil vom 20.07.2023 - B 12 BA 1/23 R, Sozialversicherungspflicht eines alleinigen Gesellschafters und Geschäftsführers einer Ein-Personen-Kapitalgesellschaft, ArbRB 2024, 46 (Jacqueline Roigk)

Anmerkung zu BFH, Urteil vom 14.12.2023 - VI R 1/21, Gewinn aus der marktüblichen Veräußerung einer Mitarbeiterbeteiligung kein Arbeitslohn, ArbRAktuell 2024, 140 (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

**Jessica  
Benkmann**  
Hannover



**Ulrike Brinkmann**  
Bremen



**Franziska Grüner**  
Berlin



**Dr. Karl von  
Hülsen**  
Berlin



**Prof. Dr. Ralf  
Kreikebohm**  
Braunschweig



**Dr. Lisa von  
Laffert**  
Berlin



**Luis Pérez-Sala**  
Barcelona



**Dr. Jennifer  
Rasche**  
Hannover



**Dr. Henning  
Rauls**  
Braunschweig



**Jacqueline Roigk**  
Magdeburg



**Dr. Stefan Sasse**  
Magdeburg



**Julia Schönfeld**  
Bremen



**Dr. Gunnar  
Straube**  
Hannover



**Dr. Teemu Tietje**  
Bremen



**Oliver Wiethaus**  
Barcelona