



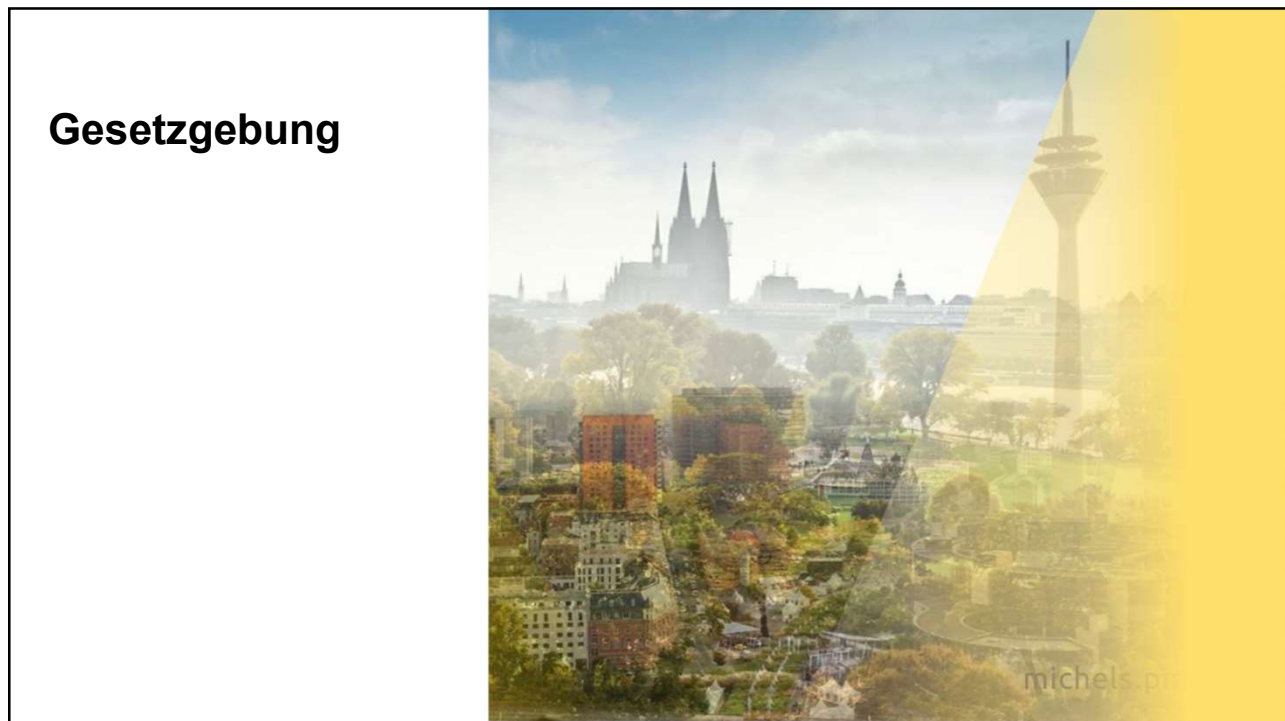
michels.pmks

## Aktuelles aus Gesetzgebung und Rechtsprechung

Köln, 11. August 2023

Ulrich Kortmann  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
michels.pmks Rechtsanwälte mbB  
Köln

1



## Gesetzgebung

michels.pmks

2

# Hinweisgeberschutzgesetz

michels.pmks

- Dient der Umsetzung der „Whistleblower-Richtlinie“ (EU) 2019/1937 vom 23.10.2019, deren Umsetzungsfrist Dezember 2021 abgelaufen ist.
- Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen Deutschland im Februar 2023.
- Gesetz verkündet am 31.05.2023 (BGBl. I, Nr. 140)
- In Kraft getreten am 02.07.2023
- Zweck des Gesetzes (§ 1 HinSchG):
  - Schutz natürlicher Personen, die im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit Verstöße an die im Gesetz vorgesehene Stellen melden oder offenlegen (Hinweisgeber)
  - Schutz von Personen, die Gegenstand einer Meldung oder Offenlegung sind sowie sonstige Betroffene

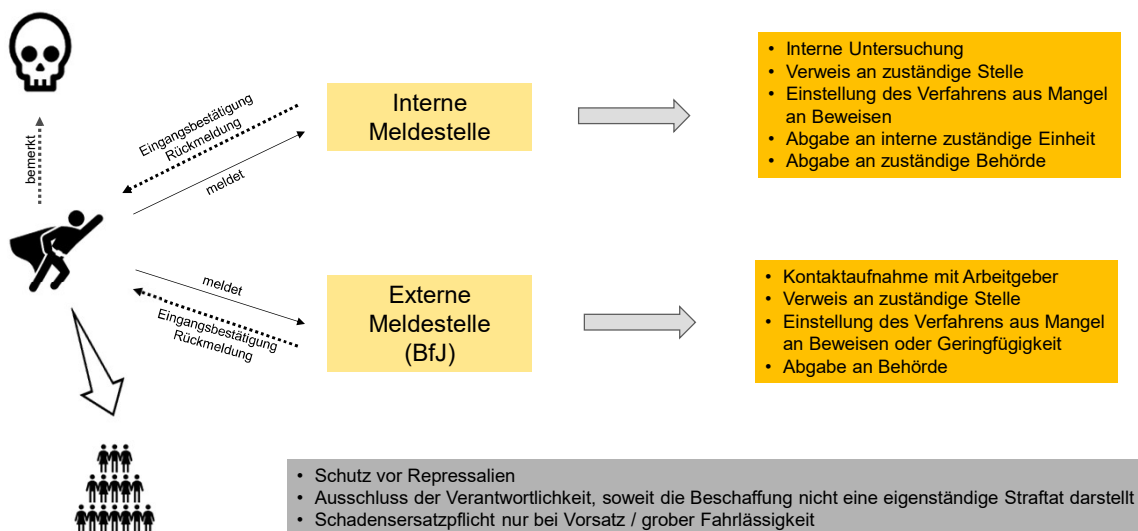
©michels.pmks

3

3

# Hinweisgeberschutzgesetz

michels.pmks



©michels.pmks

4

4

# Hinweisgeberschutzgesetz

michels.pmks

- Wer ist „Hinweisgeber“?
  - natürliche Personen
  - die im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit
  - Informationen über Verstöße erlangt haben
  - und diese einer Meldestelle melden oder offenlegen
  - Das Gesetz erfasst „Beschäftigte“ (Arbeitnehmer, Azubis, Praktikanten, Richter, Beamte, Soldaten), wegen des anwendbaren unionsrechtlichen AN-Begriffs auch Organvertreter (Geschäftsführer, Vorstände), vgl. BT-Drucks. 20/3442, S. 56.

©michels.pmks

5

5

# Hinweisgeberschutzgesetz

michels.pmks

- Was ist mit „Verstößen“ gemeint?
  - Alle strafbewehrten Rechtsverstöße,
  - bußgeldbewehrten Rechtsverstöße, soweit Schutzgut Leben, Leib oder Gesundheit oder dem Schutz von Rechten von Beschäftigten oder ihrer Vertretungen dient,
  - sonstige Rechtsverstöße, soweit im Katalog des § 2 Abs. 1 aufgeführt, v. a.
    - Geldwäsche/Terrorismusfinanzierung
    - Produkt- und Lebensmittelsicherheit
    - Sicherheit im Straßen-, Luft-, See- und Eisenbahnverkehr
    - Umweltschutz, Datenschutz, Verbraucherschutz
    - IT-Sicherheit
    - Buchführungspflichten, Bilanzrecht, Aktionärsrechte
  - die beim Arbeitgeber oder Dritten begangen wurden oder sehr wahrscheinlich erfolgen werden.

©michels.pmks

6

6

# Hinweisgeberschutzgesetz

michels.pmks

- Ausnahmen/Einschränkungen
  - Keine Anwendung bei Vorrang von Sicherheitsinteressen, Verschwiegenheits- und Geheimhaltungspflichten:
    - Belange der nationalen Sicherheit, militärische und nachrichtendienstliche Informationen
    - Informationen im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge
    - Verschlussachen i.S.d. Sicherheitsüberprüfungsgesetz
    - richterliches Beratungsgeheimnis
    - berufsrechtliche Verschwiegenheitspflichten (ärztliche, anwaltliche)
    - nicht aber das Beichtgeheimnis.
  - Eingeschränkte Anwendung bei Geschäftsgeheimnissen: Weitergabe / Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses muss „notwendig“ sein, um einen Verstoß aufzudecken.

©michels.pmks

7

7

# Hinweisgeberschutzgesetz

michels.pmks

- Meldungen von Verstößen
  - Hinweisgeber hat ein Wahlrecht zwischen interner und externer Meldestelle, er soll aber – sofern er keine Repressalien befürchtet – die interne Meldestelle „bevorzugen“.
  - Beschäftigungsgeber sollen „Anreize schaffen“ für die bevorzugte Nutzung der internen Meldestelle
  - Hinweisgeber kann sich, wenn seinem Hinweis bei der internen Meldestelle nicht abgeholfen wird, auch dann noch an eine externe Meldestelle wenden.
  - Unzulässig sind Maßnahmen, die Meldungen oder die Kommunikation zwischen Hinweisgeber und Meldestelle behindern.

©michels.pmks

8

8

## Hinweisgeberschutzgesetz

michels.pmks

- Interne Meldestelle (§§ 12-18)
  - Einrichtung von Meldekanälen (internen Meldestelle) verpflichtend
    - für private Beschäftigungsgeber ab 250 Beschäftigten seit 02.07.2023
    - für private Beschäftigungsgeber ab 50 Beschäftigten ab 17.12.2023
    - für öffentlich-rechtliche Beschäftigungsgeber ab 50 Beschäftigten seit 02.07.2023
    - für Finanzinstitute unabhängig von der Beschäftigtenzahl seit 02.07.2023
  - Maßgeblich ist bei privaten Beschäftigungsgeber die Anzahl der Beschäftigten des Rechtsträgers
  - Bonusfrage: Zählen Leiharbeiter mit? Wohl ja, denn ihnen steht die Meldestelle offen (§ 16)
  - Sanktion: Bußgeld bis zu 20.000 € (§ 40)

©michels.pmks

9

9

## Hinweisgeberschutzgesetz

michels.pmks

- Interne Meldestelle (§§ 12-18)
  - Konzernweite Meldestellen?
    - § 14 I 2 sieht die Beauftragung von Dritten mit dem Betrieb der Meldestelle vor, auch wenn die Verantwortlichkeit beim Beschäftigungsgeber verbleibt. „Dritter“ kann auch ein Konzernunternehmen sein (BT-Drucks 20/4909, S. 51).
    - Ob dies von der Whistleblower-RL gedeckt ist, ist streitig (aA etwa die Kommission, vgl. Dzida/Seibt NZA 2023, 657)
    - Darüber hinaus können nach § 14 II kleinere Beschäftigungsgeber mit 50-249 Beschäftigten eine gemeinsame Meldestelle betreiben.






©michels.pmks

10

10

# Hinweisgeberschutzgesetz

michels.pmks

- Anforderungen an die interne Meldestelle
  - Anforderungen nach § 15:
    - Unabhängigkeit
    - Meldestelle neben anderen Aufgaben ist ausdrücklich zulässig, sofern keine Interessenkonflikte drohen
    - Notwendige Fachkunde
  - Beispiele:
    - Compliancebeauftragter 
    - Datenschutzbeauftragter 
    - Leiter Rechtsabteilung 
    - Betriebsrat / Gewerkschaftsvertreter (BT-Drucks 20/3442, S. 79) 
    - Geschäftsführung 

©michels.pmks

11

11

# Hinweisgeberschutzgesetz

michels.pmks

- Ausgestaltung der Meldestelle
  - „Muss“-Anforderungen
    - Meldungen in mündlicher oder Textform (nicht kumulativ, Wahlrecht des AG)
    - mündliche Meldungen per Telefon oder Sprachübermittlung
    - Auf Wunsch des Hinweisgebers persönliche Zusammenkunft / Videokonferenz binnen angemessener Zeit
    - Sie muss eigenen Beschäftigten und Leiharbeitnehmenden offenstehen
    - Sie muss sicherstellen, dass nur die hierfür zuständigen Mitarbeitenden Zugriff auf die Meldungen haben.
  - „Soll-“ / „Kann-“ Anforderungen
    - Entgegennahme und Bearbeitung anonymer Meldungen
    - Sie kann auch Dritten offenstehen, die in Kontakt zum Beschäftigungsgeber stehen (z. B. Kunden/Lieferanten)

©michels.pmks

12

12

# Hinweisgeberschutzgesetz

michels.pmks

- Interne Meldestelle (§§ 12-18)
  - Verfahren (§ 17 HinSchG)
    - bestätigt der hinweisgebenden Person den Eingang einer Meldung spätestens nach sieben Tagen,
    - prüft, ob der gemeldete Verstoß in den sachlichen Anwendungsbereich nach § 2 fällt,
    - hält mit der hinweisgebenden Person Kontakt,
    - prüft die Stichhaltigkeit der eingegangenen Meldung,
    - ersucht die hinweisgebende Person erforderlichenfalls um weitere Informationen und
    - ergreift angemessene Folgemaßnahmen nach § 18.
  - Rückmeldung an Hinweisgeber über geplante oder bereits ergriffene Folgemaßnahmen innerhalb von drei Monaten nach Eingangsbestätigung (§ 17 II)

©michels.pmks

13

13

# Hinweisgeberschutzgesetz

michels.pmks

- Interne Meldestelle (§§ 12-18)
  - Folgemaßnahmen (§ 18)
    - interne Untersuchungen bei dem Beschäftigungsgeber oder bei der jeweiligen Organisationseinheit durchführen und betroffene Personen und Arbeitseinheiten kontaktieren,
    - die hinweisgebende Person an andere zuständige Stellen verweisen,
    - das Verfahren aus Mangel an Beweisen oder aus anderen Gründen abschließen oder
    - das Verfahren zwecks weiterer Untersuchungen abgeben an
      - eine bei dem Beschäftigungsgeber oder bei der jeweiligen Organisationseinheit für interne Ermittlungen zuständige Arbeitseinheit oder
      - eine zuständige Behörde.

©michels.pmks

14

14

# Hinweisgeberschutzgesetz

michels.pmks

- Externe Meldestelle (§§ 19-31)
  - Wird gem. § 19 I beim Bundesamt für Justiz in Bonn eingerichtet.
  - Optional: Einrichtung eigener externe Meldestellen durch die Länder für die eigene Landesverwaltung und die Kommunen betreffende Meldungen.
  - Sonderzuständigkeit für das Bundeskartellamt und die BaFin als externe Meldestelle (§§ 21, 22)
  - Eigene Meldestelle für Verstöße, die die externe Meldestelle betreffen (§ 23)

©michels.pmks

15

15

# Hinweisgeberschutzgesetz

michels.pmks

- Externe Meldestelle (§§ 19-31)
  - Verfahren gem. § 29 entspricht im Wesentlichen dem Verfahren für interne Meldungen, u. a.
    - Keine Pflicht zur Entgegennahme anonymer Meldungen
    - Eingangsbestätigung nach 7 Tagen
    - Rückmeldung 3 Monate nach Eingangsbestätigung
  - Folgemaßnahmen der externen Meldestelle (§ 29)
    - Einholung von Auskünften beim Beschäftigungsgeber, anderen Personen oder Behörden
    - Zeugnisverweigerungsrechte entsprechend StPO finden Anwendung.

©michels.pmks

16

16



# Hinweisgeberschutzgesetz

michels.pmks

- Offenlegung von Informationen (§ 32)

Ausnahmsweise besteht ein Recht des Hinweisgebers, an die Öffentlichkeit zu treten (herkömmliche und/oder soziale Medien), soweit die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- Hinweisgeber hat eine externe Meldung abgegeben und
- hierauf wurde innerhalb der Frist den § 28 IV (drei Monate) keine geeigneten Maßnahme ergriffen bzw.
- hat keine Rückmeldung erhalten über ergriffene Folgemaßnahmen

oder

- es besteht hinreichender Grund zur Annahme des Vorliegens eines Notfalls, Gefahr irreversibler Schäden oder vergleichbarer Umstände oder
- Hinweisgeber hat bei externer Meldung Repressalien zu fürchten oder
- es besteht die Gefahr der Unterdrückung von Beweismitteln, es könnten Absprachen zwischen der externen Meldestelle und dem Urheber des Verstoßes bestehen oder es bestehen geringe Aussichten, dass die Meldestelle geeignete Folgemaßnahmen treffen kann.

©michels.pmks

17

17

# Hinweisgeberschutzgesetz

michels.pmks

- Schutz des Hinweisgebers

Hinweisgeber im Sinne des Gesetzes unterliegen den Schutzvorschriften der §§ 35-37:

- Persönlicher / sachlicher Geltungsbereich muss eröffnet sein.
- Meldung an interne oder externe Stelle (nicht aber an andere Stellen, z. B. an den Betriebsrat oder den Compliance-Beauftragten).
- Hinreichender Grund zur Annahme, dass die gemeldeten bzw. offengelegten Informationen der Wahrheit entsprechen (Pflicht zur Ermittlung des Sachverhalts)

©michels.pmks

18

18

# Hinweisgeberschutzgesetz

michels.pmks

- Schutz des Hinweisgebers

Schutz des Hinweisgebers im Einzelnen:

- Ausschluss der Verantwortlichkeit für die Beschaffung, Meldung bzw. Offenlegung der Information, sofern die Beschaffung oder der Zugriff hieraus keine eigenständige Straftat darstellt (§ 35)
- Verbot von Repressalien, Beweislastumkehr bei beruflichen Nachteilen im Zusammenhang mit einer Meldung / Offenlegung, Schadensersatzpflicht (§§ 36, 37)

Grenzen:

- Schadensersatzpflicht des Hinweisgebers bei vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Falschmeldungen (§ 38)

©michels.pmks

19

19

# Hinweisgeberschutzgesetz

michels.pmks

- Beteiligungsrechte des Betriebsrates

- Mitbestimmung bei der Ausgestaltung der internen Meldestelle (§§ 87 I Nr. 1, Nr. 6 BetrVG)
- Reichweite der Mitbestimmung bei der Beauftragung Dritter mit der internen Meldestelle?
  - Grundentscheidung zur Fremdvergabe dürfte mitbestimmungsfrei sein.
  - Es verbleibt gleichwohl auch dann noch Regelungsbedarf, der mitbestimmt ist (z. B. die Möglichkeit anonymer Meldungen, die konkrete Ausgestaltung der Meldekanäle usw.)
- Kein Mitbestimmungsrecht bei der personellen Besetzung der Meldestelle (Bayreuther, NZA 2023, 666).
- Zuweisung der Aufgabe einer internen Meldestelle an Beschäftigten ist ggf. Versetzung nach § 99 BetrVG.

©michels.pmks

20

20

## Hinzuverdienstgrenzen

michels.pmks

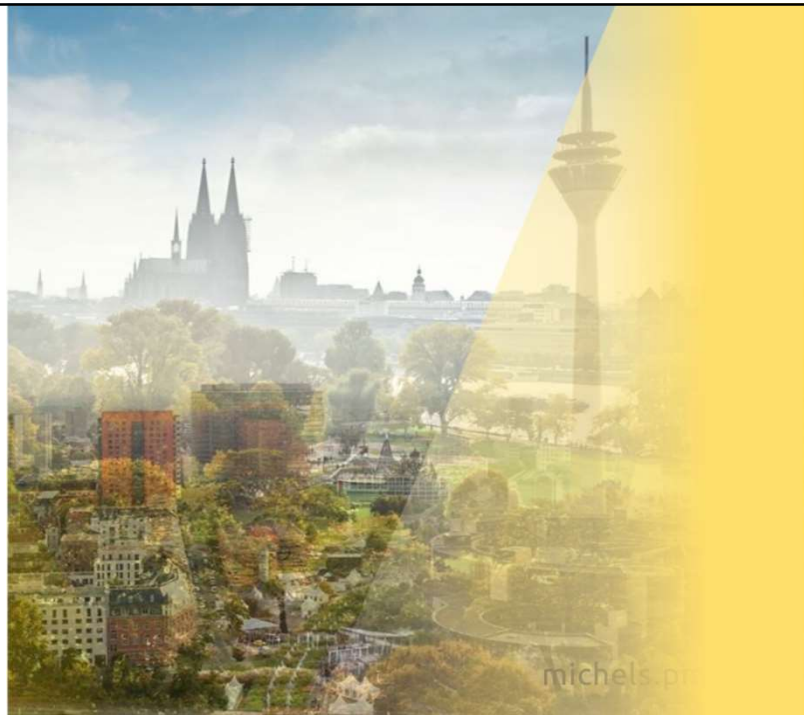
- Abschaffung der Hinzuverdienstgrenzen für Bezieher von vorgezogenen Altersrenten durch das 8. SGB IV-Änderungsgesetz vom 28.12.2022 m. W. z. 01.01.2023 (BGBl. I 2759).
- Rentner und Rentnerinnen können ab diesem Zeitpunkt ohne Beschränkung hinzuverdienen, auch bei vorgezogenen Altersrenten.
- Gestaltungsmöglichkeiten bei der Trennung von lebensälteren Beschäftigten:
  - Betroffene Beschäftigte werden nicht aus dem Erwerbsleben gedrängt.
  - Anreiz, neben einer vorgezogenen Altersrente weiterhin vollschichtig tätig zu werden.
  - Wirkt dem Fachkräftemangel entgegen.

©michels.pmks

21

21

## Rechtsprechung



22

## Krankheitsbedingte Kündigung und BEM

michels.pmks

BAG, Urteil vom 15.12.2022 - 2 AZR 162/22

### Sachverhalt

- sb AN weist erhebliche Krankheitszeiten auf.
- sie erhält von AG eine Einladung zu einem BEM.
- der Einladung beigefügt ist eine datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung.
- AN teilt mit, sie wolle am BEM teilnehmen, sei aber nicht bereit, die datenschutzrechtliche Einwilligung zu erteilen.
- AG erklärt, dann könne das BEM nicht durchgeführt werden.
- Nach Zustimmung des Integrationsamtes kündigt AG

©michels.pmks

23

23

## Krankheitsbedingte Kündigung und BEM

michels.pmks

BAG, Urteil vom 15.12.2022 - 2 AZR 162/22

### Entscheidung

- Kündigung unwirksam, da AG nicht nachweisen konnte, dass durch ein BEM die Kündigung hätte vermieden werden können.
  - ➔ BEM wurde vom AG nicht ordnungsgemäß angeboten. Durchführung des BEM durfte nicht von einer datenschutzrechtlichen Einwilligung abhängig gemacht werden. § 167 II SGB IX sieht die Zustimmung in die Verarbeitung von Gesundheitsdaten nicht vor.
- Die Zustimmung des Integrationsamtes begründet nicht die Vermutung, dass ein BEM die Kündigung nicht hätte verhindern können.
  - ➔ Unterschiedliche Zwecke und Verfahrensregeln von BEM und Zustimmungsverfahren (ergebnisoffenes Verfahren vs. Ermessensentscheidung)

©michels.pmks

24

24

## Krankheitsbedingte Kündigung und BEM

michels.pmks

BAG, Urteil vom 15.12.2022 - 2 AZR 162/22

### Fazit

- Formal gesehen hat das BAG recht, § 167 SGB IX verlangt keine Einwilligung in die Datenverarbeitung
- Trotzdem hat gerade das datenschutzrechtliche Schrifttum eine vorsorgliche Einwilligung empfohlen (vgl. Schmidt/Plote NZA 2022, 1297).
- Verarbeitung im Rahmen des BEM muss auf einen gesetzlichen Erlaubnistatbestand gestützt werden (Art. 9 II lit. b DSGVO, § 26 III BDSG).
- Keine Verquickung mehr von Zustimmung zur Durchführung des BEM (weiterhin erforderlich) und datenschutzrechtlicher Einwilligung (künftig nur noch Datenschutzerklärung).

©michels.pmks

25

25

## Weihnachtsgeld / Freiwilligkeitsvorbehalt

michels.pmks

BAG, Urteil vom 25.01.2023 – 10 AZR 109/22

### Sachverhalt

- Arbeitsvertrag enthält die folgenden Klauseln:

„Die Zahlung von Sonderzuwendungen insbesondere von Weihnachts- und/oder Urlaubsgeld liegt im freien Ermessen des Arbeitgebers und begründet keinen Rechtsanspruch für die Zukunft, auch wenn die Zahlung mehrfach und ohne ausdrücklichen Vorbehalt der Freiwilligkeit erfolgt  
[...]  
Mündliche Nebenabreden bestehen nicht. Änderung und Ergänzungen dieses Vertrags bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform.“

- AG zahlt fünf Jahre in Folge jeweils ein Urlaubs- und ein Weihnachtsgeld in unterschiedlicher Höhe ohne weitere Erklärungen aus.
- Im sechsten Jahr stellt AG die Zahlungen ein.
- AN begehrt weiterhin Urlaubs und Weihnachtsgeld und beruft sich auf betriebliche Übung

©michels.pmks

26

26

## Weihnachtsgeld / Freiwilligkeitsvorbehalt

michels.pmks

BAG, Urteil vom 25.01.2023 – 10 AZR 109/22

### Entscheidung

- Voraussetzungen einer betrieblichen Übung liegen vor.
- Da die Leistungen in unterschiedlicher Höhe gewährt wurden, besteht ein Anspruch auf Weihnachts- und Urlaubsgeld nach billigem Ermessen
- Freiwilligkeitsvorbehalt steht dem nicht entgegen
  - Der Vorbehalt soll zwar ersichtlich verhindern, dass im Falle der Gewährung etwaiger, nicht vertraglich festgelegter Ansprüche ein Anspruch für die Zukunft entsteht.
  - Er beschränkt sich zulässigerweise auf Sonderzuwendungen.
  - Aber: Er bezieht sich seinem Wortlaut nach nicht nur auf spätere betriebliche Übungen oder Gesamtzusagen, sondern auch auf Individualabreden; dies verstößt gegen den Vorrang der Individualabrede (§ 305b BGB).

©michels.pmks

27

27

## Weihnachtsgeld / Freiwilligkeitsvorbehalt

michels.pmks

BAG, Urteil vom 25.01.2023 – 10 AZR 109/22

### Fazit

- Hätte man wissen können, da die Problematik des Vorrangs der Individualabrede bereits im Urteil vom 14. 9. 2011 – 10 AZR 526/10 (Rn. 32) angesprochen wurde.
- Formulierungsvorschläge in Formularbüchern haben dies jedoch z. T. nicht berücksichtigt.
- Folgende Formulierung hätte die betriebliche Übung verhindert:

„Die Zahlung etwaiger Sonderzuwendungen, insbesondere von Weihnachts- und/oder Urlaubsgeld begründet keinen Rechtsanspruch für die Zukunft, auch wenn die Zahlung mehrfach und ohne ausdrücklichen Vorbehalt der Freiwilligkeit erfolgt. Dies gilt nicht, sofern diese Zahlungen auf einer individuellen Abrede mit dem Arbeitnehmer beruhen.“

©michels.pmks

28

28

## Massenentlassungen I

michels.pmks

EuGH, Urteil vom 13.7.2023 – C-134/22

### Vorlage des BAG vom 27.01.2022 – 6 AZR 155/21

- IV konsultiert Betriebsrat wg. Massenentlassung nach § 17 I KSchG und informiert ihn ausreichend und rechtzeitig in schriftlicher Form.
- Die Zuleitung einer Kopie der Mitteilung an den Betriebsrat an die Agentur für Arbeit unterbleibt entgegen § 17 III 1 KSchG

„Der Arbeitgeber hat gleichzeitig der Agentur für Arbeit eine Abschrift der Mitteilung an den Betriebsrat zuzuleiten.“

- 6. Senat hat Zweifel, ob dieser Verstoß zur Nichtigkeit der Kündigungen führt, da es sich um eine bloß „verfahrensordnende“ Vorschrift handeln könnte, die keinen Individualschutz der Arbeitnehmer bezweckt.
- Frage an den EuGH: Hat diese aus Art. 2 Abs. 3 UAbs. 2 MERL folgende Pflicht individualschützenden Charakter?

©michels.pmks

29

29

## Massenentlassungen I

michels.pmks

### Entscheidung des EuGH

- Die Pflicht, der Arbeitsverwaltung eine Kopie der Unterrichtung der Arbeitnehmervertretung zuzuleiten, ist dem Konsultationsverfahren zuzuordnen, nicht dem Anzeigeverfahren.
- In diesem Stadium hat die Arbeitsverwaltung eine rein passive Rolle.
- Die Zuleitungspflicht dient nur dem Zweck, dass die Arbeitsverwaltung sich einen Überblick über die kommende Maßnahme verschaffen kann und sich vorbereiten kann.
- Diese Pflicht dient demnach nicht dem individuellen Schutz von AN vor Kündigungen.

©michels.pmks

30

30

## Massenentlassungen I

michels.pmks

### Konsequenzen

- Verstoß gegen diese Zuleitungspflicht führt nicht zur Nichtigkeit der Kündigungen.
- Im Übrigen keine Aussage des EuGH, welche Sanktionen die MERL fordert.
- Siehe aber Schlussantrag des Generalanwalts vom 30.03.2023
  - MERL sieht nicht vor, wie Verstöße gegen die Konsultations- oder Anzeigepflichten mit der Nichtigkeit der Kündigungen sanktioniert werden müssen.
  - Die Mitgliedstaaten müssen in ihrem innerstaatlichen Recht Maßnahmen vorsehen, die es den Arbeitnehmervertretern ermöglichen, die Einhaltung dieser Pflicht überprüfen zu lassen.
  - Diese Maßnahmen müssen einen effektiven und wirksamen Rechtsschutz gewährleisten und eine wirklich abschreckende Wirkung haben
- Fazit: Derartige Sanktionsmechanismen fehlen in Deutschland!
- Gesetzgeber müsste handeln, ggf. durch Einfügung eines Bußgeldtatbestandes.

©michels.pmks

31

31

## Massenentlassungen II

michels.pmks

BAG, Vorlagebeschl. v. 11.05.2023 – 6 AZR 157/22

### Sachverhalt

- Betrieb hat im September 2020 noch 25 AN, kein Betriebsrat.
- Nach einem Insolvenzantrag scheiden einzelne AN durch Eigenkündigungen / Aufhebungsverträge aus.
- Im Dezember 2020 kündigt IV 10 AN, ohne vorher Massenentlassungsanzeige zu erstatten.
- Er meint, im Zeitpunkt der Entlassungen (Ausspruch der Kündigungen) seien „in der Regel“ nicht mehr als 20 AN beschäftigt gewesen, daher keine Anzeigepflicht. Die Feststellung der AN-Zahl habe stichtagsbezogen zu erfolgen.
- Die entgegenstehende Rspr. des BAG (abzustellen ist auf die regelmäßige Belegschaftsstärke bei gewöhnlicher Betriebstätigkeit) sei europarechtswidrig.

©michels.pmks

32

32



## Massenentlassungen II

michels.pmks

BAG, Vorlagebeschl. v. 27.01.2022 – 6 AZR 155/21 – und v. 11.05.2023 – 6 AZR 157/22

### Vorlagebeschluss des BAG vom 11.05.2023 (PM)

- Die Belegschaftsstärke ist nicht stichtagsbezogen zu beurteilen, Anzeigepflicht daher gegeben, durch den EuGH längst geklärt.
- Aber:
 

„Hat ein Arbeitgeber die Betriebsgröße falsch beurteilt und deshalb keine Massenentlassungsanzeige erstattet, ist jedoch derzeit unklar, ob dies – wie vom Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung seit 2012 angenommen – weiterhin zur Unwirksamkeit der Kündigung führt. Das vom Bundesarbeitsgericht entwickelte Sanktionssystem steht möglicherweise nicht im Einklang mit der Systematik des Massenentlassungsschutzes, wie er durch die Massenentlassungsrichtlinie (MERL) vermittelt wird, und könnte darum unverhältnismäßig sein.“
- Ausdrücklich nimmt die PM auf den Schlussantrag des Generalanwalts in der Rechtssache C-134/22 Bezug.

©michels.pmks

33

33

## Massenentlassungen II

michels.pmks

BAG, Vorlagebeschl. v. 27.01.2022 – 6 AZR 155/21 – und v. 11.05.2023 – 6 AZR 157/22

### Vorläufige Bewertung

- Der 6. Senat zweifelt daran, ob das vom BAG entwickelte Sanktionssystem (i. d. R. Nichtigkeit der Kündigungen bei Verstößen gegen die Konsultations- und Anzeigepflichten) insgesamt verhältnismäßig ist.
- Dies lässt sich m. E. weder dem Schlussantrag des GA noch dem Urteil des EuGH entnehmen.
- Sollte das Sanktionssystem vom 6. Senat (ggf. nach einer Divergenzanfrage beim 2. Senat) „gekippt“ werden, bedürfte es andersartiger Sanktionen, z. B.
  - Erzwingung der Pflichten im Konsultationsverfahren z. B. durch einstweiligen Rechtsschutz des BR.
  - Erzwingung der Pflichten im Anzeigeverfahren durch Bußgeldsanktionen.

©michels.pmks

34

34

## Annahmeverzug nach fristloser Kündigung

michels.pmks

BAG Ur. v. 29.3.2023 – 5 AZR 255/22

### Sachverhalt

- AN ist als „Chief Technology Officer“ in einem Start-Up (Kleinbetrieb) beschäftigt, Arbeitsverhältnis ist für die Dauer von 2 Jahren ordentlich nicht kündbar
- AG spricht eine fristlose verhaltensbedingte (!) Änderungskündigung aus
  - AN soll mit sofortiger Wirkung als Softwareentwickler mit deutlich reduzierter Vergütung arbeiten.
  - Im Kündigungsschreiben heißt es ferner:

„Im Falle der Ablehnung der außerordentlichen Kündigung durch Sie (also im Falle, dass Sie von einem unaufgelösten Arbeitsverhältnis ausgehen) oder im Falle der Annahme des folgenden Angebots erwarten wir Sie am 5.12.2019 spätestens um 12:00 Uhr MEZ zum Arbeitsantritt.“

- AN erscheint nicht, lehnt Angebot ab. AG spricht hierauf weitere fristlose Beendigungskündigung aus.

©michels.pmks

35

35

## Annahmeverzug nach fristloser Kündigung

michels.pmks

BAG Ur. v. 29.3.2023 – 5 AZR 255/22

### Sachverhalt

- AN ist als „Chief Technology Officer“ in einem Start-Up (Kleinbetrieb) beschäftigt, Arbeitsverhältnis ist für die Dauer von 2 Jahren ordentlich nicht kündbar.
- AG spricht eine fristlose Änderungskündigung aus
  - AN soll mit sofortiger Wirkung als Softwareentwickler mit deutlich reduzierter Vergütung arbeiten.
  - Im Kündigungsschreiben heißt es ferner:

„Im Falle der Ablehnung der außerordentlichen Kündigung durch Sie (also im Falle, dass Sie von einem unaufgelösten Arbeitsverhältnis ausgehen) oder im Falle der Annahme des folgenden Angebots erwarten wir Sie am 5.12.2019 spätestens um 12:00 Uhr MEZ zum Arbeitsantritt.“

- AN erscheint nicht, lehnt Angebot ab.
- AG spricht hierauf weitere fristlose Beendigungskündigung aus und fordert AN wiederum auf, im Falle der „Ablehnung“ der Kündigung wieder zur Arbeit zu erscheinen.

©michels.pmks

36

36

## Annahmeverzug nach fristloser Kündigung

michels.pmks

BAG Ur. v. 29.3.2023 – 5 AZR 255/22

### Verfahrensgang

- Beide Kündigungen sind aufgrund eines rechtskräftigen Urteils im Vorprozess unwirksam.
- Parteien streiten nur noch über Annahmeverzugsansprüche.
- Vorinstanz (LAG Sachsen) wies die Klage ab:

„Mit Blick auf die Wirksamkeit der Kündigung ist es nicht sinnvoll, wenn ein Arbeitgeber .. aus Angst vor Annahmeverzugsansprüchen für den Fall, dass der Arbeitnehmer mit der Kündigung nicht einverstanden ist, gleichzeitig die Weiterbeschäftigung zu den ursprünglichen Arbeitsbedingungen anbietet. Durch solches Vorgehen widerlegt der Arbeitgeber den für eine außerordentliche Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB erforderlichen wichtigen Grund selbst. Der Umstand, dass die Beklagte die Kündigungsschutzrechtliche Lage insoweit verkannt hat, kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Kläger seinerseits nicht willens war, die ... geschuldete Arbeitsleistung als CTO zu erbringen.“

©michels.pmks

37

37

## Annahmeverzug nach fristloser Kündigung

michels.pmks

BAG Ur. v. 29.3.2023 – 5 AZR 255/22

### Entscheidung des BAG

- Revision begründet, AN stehen Annahmeverzugsansprüche zu.
- Angebot war nicht ernst gemeint sondern ein reines Lippenbekenntnis
- AG hat vorliegend verhaltensbedingt gekündigt und dies in einem 40-seitigen Begleitschreiben mit schweren Pflichtverletzungen begründet.
- Vor diesem Hintergrund kann er nicht ernsthaft einen weiteren Vollzug des Arbeitsverhältnisses anbieten.
- Dies stellt auch deswegen kein ernsthaftes Angebot dar, weil hierdurch der wichtige Grund für die fristlose Kündigung widerlegt wird.

©michels.pmks

38

38

## Annahmeverzug nach fristloser Kündigung

michels.pmks

BAG Ur. v. 29.3.2023 – 5 AZR 255/22

### Entscheidung des BAG

- Losgelöst vom Fall gilt zudem: Die Ablehnung des Arbeitsangebots indiziert grds. keinen fehlenden Leistungswillen. Ausnahmen:
  - AN war schon vorher leistungsunwillig.
  - AG erklärt gleichzeitig mit dem Arbeitsangebot, dass er an der Kündigung nicht mehr festhalte.
- Ablehnung eines Arbeitsangebotes hat nur dann Konsequenzen, wenn es „böswillig“ im Sinne von § 11 Nr. 2 KSchG = § 615 S. 2 BGB ist.
  - Bei verhaltensbedingten Kündigungen ist die Ablehnung einer Prozessbeschäftigung i.d.R. nicht böswillig da unzumutbar.
  - Anders bei betriebsbedingten oder personenbedingten Kündigungen.

©michels.pmks

39

39

## Annahmeverzug nach fristloser Kündigung

michels.pmks

BAG Ur. v. 29.3.2023 – 5 AZR 255/22

### Praxishinweis

- Der „Trick“, zur Vermeidung von Prozessrisiken ein Arbeitsangebot zu unterbreiten (auf Kosten der Wirksamkeit der Kündigung!) funktioniert nicht.
- Bei außerordentlichen Kündigungen besteht die Gefahr der Selbstwiderlegung.
- Bei verhaltensbedingten Kündigungen ist Angebot i.d.R. nicht zumutbar.
- Prozessbeschäftigungen kommen i.d.R. nur bei personenbedingten / krankheitsbedingten Kündigungen in Betracht.
- Bei betriebsbedingten Kündigungen:
  - Bloß nicht zu unveränderten Bedingungen (Selbstwiderlegung!)
  - Denkbar: Prozessbeschäftigung in einem Konzernunternehmen oder auf einem später frei gewordenen Arbeitsplatz

©michels.pmks

40

40

## Rückzahlung von Fortbildungskosten

michels.pmks

BAG, Urteil vom 01.03.2022 – 9 AZR 260/21

### Sachverhalt

- AN absolviert auf Kosten des AG eine Fortbildung.
- Vereinbarung wird eine Bindungsfrist von 6 Monaten nach Abschluss der Fortbildung.
- die Vereinbarung enthält folgende Klausel:

„Scheidet der Arbeitnehmer aufgrund einer eigenen ordentlichen, nicht vom Arbeitgeber zu vertretenden oder einer eigenen außerordentlichen nicht vom Arbeitgeber zu vertretenden Kündigung oder aufgrund einer vom Arbeitgeber erklärten verhaltensbedingten ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung vor Ablauf der in Absatz 1 genannten Bindungsfrist aus den Diensten des Arbeitgebers aus, so hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber die vom Arbeitgeber übernommenen Gesamtkosten an diesen zurückzuzahlen.“

©michels.pmks

41

41

## Rückzahlung von Fortbildungskosten

michels.pmks

BAG, Urteil vom 01.03.2022 – 9 AZR 260/21

### Entscheidung

- BAG hielt diese Klausel für unwirksam, da unangemessen benachteiligend.
- Die Rückzahlungspflicht werde an sämtliche Eigenkündigungen geknüpft, sofern der AG diese nicht zu vertreten habe.
- Dies schließe unzulässigerweise den Fall ein, dass der AN *„unverschuldet und ohne Verursachungsbeitrag des AG aus Gründen in seiner Person dauerhaft nicht (mehr) in der Lage ist, die Qualifikation, die er mit der vom Arbeitgeber finanzierten Weiterbildung erworben hat, im Rahmen der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung zu nutzen.“*
- Gemeint sind wohl insbesondere Fälle der Erwerbsunfähigkeit

©michels.pmks

42

42

## Rückzahlung von Fortbildungskosten

michels.pmks

BAG, Urteil vom 01.03.2022 – 9 AZR 260/21

### Folgerungen

- Rückzahlungsklauseln sollten künftig diese Fallgruppe mit aufnehmen.
- Bisher übliche Klauseln

„Kündigt der AN aus Gründen, die seiner Verantwortungs- und Risikosphäre zuzurechnen sind, ist er zur Rückzahlung verpflichtet“

könnten ggf. nicht mehr ausreichen.

- Sicherheitshalber sollten auch AG-seitige krankheitsbedingte Kündigungen von der Rückzahlungspflicht ausgenommen werden.

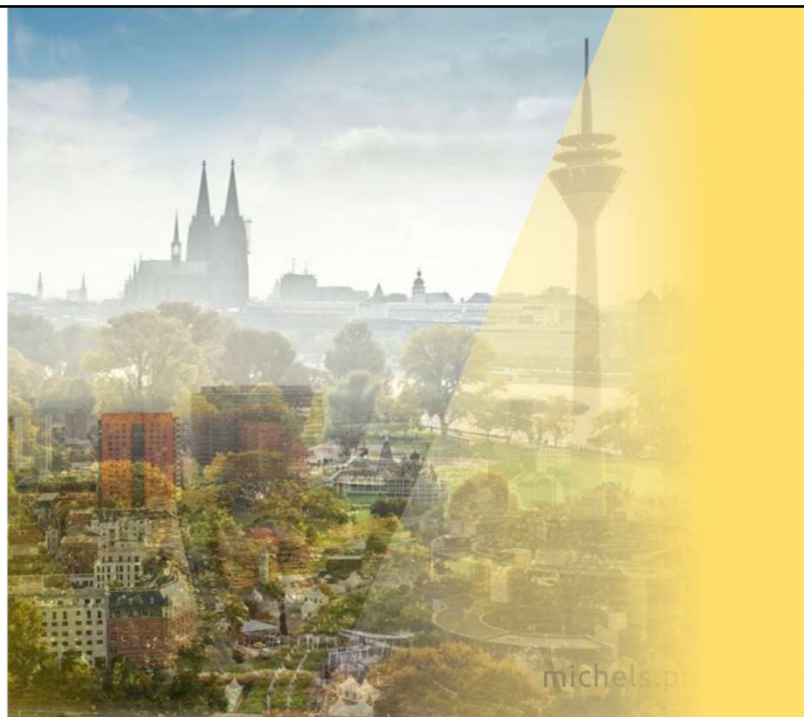
©michels.pmks

43

43

**Vielen Dank  
für Ihre  
Aufmerksamkeit**

[www.michelspmks.de](http://www.michelspmks.de)



44