

Editorial

Herausgeber:
michels.pmks Rechtsanwälte Partnerschaft mbB, Köln



Sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen,
liebe Leserinnen und Leser,

wir hoffen zunächst, dass dieser Infobrief Sie alle bei bester Gesundheit erreicht und vor allem, dass dies auch so bleibt.

Noch einmal haben wir uns diesen Monat dem arbeitsrechtlich derzeit wohl relevantesten Thema gewidmet: der Kurzarbeit und den sich mit ihrer Einführung stellenden Fragen. Dieses Mal haben wir uns allerdings dazu entschieden, diejenigen Themen, die wir aufgrund unserer Beratungspraxis in den vergangenen Wochen als die virulentesten empfunden haben, in einem Glossar nach Stichworten – alphabetisch sortiert – vorzustellen.

Im Rechtsprechungsteil stellen wir wiederum drei Urteile der Obergerichte vor. In einem vielbeachten Urt. v. 21.1.2020 hat der 2. Senat des BAG entschieden, dass die infolge der Einstellung der unternehmerischen Tätigkeit der insolventen Fluggesellschaft Air Berlin entlassenen Mitglieder des Kabinenpersonals keinen Anspruch auf Nachteilsausgleich haben. Der 5. Senat des BAG hatte Gelegenheit, zur Einheit des Verhinderungsfalls im Recht der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall einige interessante Klarstellungen vorzunehmen. Das LAG München schließlich hatte Gelegenheit, den Grundsatz, dass ein Geschäftsführer keinen allgemeinen Kündigungsschutz genießt, zu bestätigen und hat einige weitere sich in diesem Kontext stellende Fragen angesprochen.

michels.pmks und der Deutsche Anwaltverlag wünschen Ihnen eine spannende Lektüre; bleiben Sie weiterhin gesund!

Dr. Gunther Mävers, Maître en Droit, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Köln

Partner michels.pmks

Inhalt

Editorial

Kurzarbeit eingeführt:
Wie geht es weiter? 2

Rechtsprechung

BAG: Kein Nachteilsausgleich
für das Kabinenpersonal von
Air Berlin..... 7

BAG: Entgeltfortzahlung –
Einheit des Verhinderungsfalls 10

LAG München: Kein allgemeiner
Kündigungsschutz des
Geschäftsführers 12

Terminvorschau BAG

Neue anhängige
Rechtsfragen 14

michels.pmks
FACHANWÄLTE



DeutscherAnwaltVerlag

Kurzarbeit eingeführt: Wie geht es weiter?

Der Lockdown hat Deutschland fest im Griff: Bis Ende März 2020 haben nahezu eine halbe Millionen Betriebe gegenüber der Agentur für Arbeit Kurzarbeit angezeigt. In zahlreichen Unternehmen, gar ganzen Branchen ist die Arbeit nahezu vollständig zum Erliegen gekommen. Hiervon sind auch Branchen betroffen, die noch nie zuvor mit der Notwendigkeit von Kurzarbeit konfrontiert wurden, wie etwa Hotel- und Gaststättenbetriebe, der Einzelhandel und sogar öffentliche Unternehmen.

Entsprechend stellen sich für die betroffenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zahlreiche Einzelfragen, die sich erst aus der praktischen Erfahrung mit der Kurzarbeit ergeben. Wir wollen die häufigsten Fragen in diesem Beitrag beantworten:

Arbeitsunfähigkeit

Arbeitnehmer, die während der Kurzarbeit arbeitsunfähig sind, erhalten für die Dauer ihrer Arbeitsunfähigkeit die übliche sechswöchige Entgeltfortzahlung. Für die Höhe der Entgeltfortzahlung ist jedoch die verkürzte Arbeitszeit maßgeblich (§ 4 Abs. 3 EntgFG). Dies gilt unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer schon bei Beginn der Kurzarbeit krank ist oder erst später krank wird.

Ob arbeitsunfähige Arbeitnehmer Kurzarbeitergeld erhalten oder nicht, hängt hingegen davon ab, ob die Arbeitsunfähigkeit bei Beginn des Kurzarbeitergeldbezugs vorlag oder nicht. War der Arbeitnehmer bereits arbeitsunfähig erkrankt, bevor Kurzarbeit eingeführt wurde, steht ihm kein Kurzarbeitergeld zu. Stattdessen erhält er neben dem fortzuzahlenden Entgelt Krankengeld in Höhe desjenigen Betrages, den er als Kurzarbeitergeld erhalten hätte. Erkrankt der Arbeitnehmer während des Bezugs von Kurzarbeitergeld, hat dies auf das Kurzarbeitergeld keine Auswirkungen (§ 98 Abs. 2 SGB III). Nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums erhält der Arbeitnehmer nur noch Krankengeld, welches sich nach dem Regelentgelt vor Eintritt des Arbeitsausfalls errechnet (§ 47b Abs. 3 SGB V).

Arbeitszeiterfassung

Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, während der Kurzarbeit eine Arbeitszeiterfassung einzuführen. Gemäß § 320 Abs. 1 SGB III hat der Arbeitgeber zwar der Agentur für Arbeit auf Verlangen die Voraussetzungen für die Erbringung von Kurzarbeitergeld nachzuweisen. Eine Aufzeichnungspflicht über die geleisteten bzw. die ausgefallenen Arbeitsstunden besteht jedoch gem. § 320 Abs. 3 SGB III nur im Falle des Bezugs von Wintergeld oder Saison-Kurzarbeitergeld, nicht jedoch im Falle des Bezugs von „normalem“ (d.h. konjunkturellem) Kurzarbeitergeld.

Gleichwohl ist eine irgendwie geartete Dokumentation der Ausfallstunden bereits deswegen erforderlich, weil diese Grundlage der Kug-Abrechnung ist. Im Leistungsantrag muss die Anzahl der ausgefallenen Stunden eingetragen werden, aus der sich dann die Nettoentgelt Differenz und letztlich die Höhe des Kurzarbeitergeldes errechnet. Sofern nicht „Kurzarbeit Null“ angeordnet wird, müssen daher die tatsächlich geleisteten Stunden nachgehalten werden, wobei eine bestimmte Form nicht beachtet werden muss.

Betriebsratstätigkeit

Betriebsratstätigkeit ist ehrenamtliche Tätigkeit (§ 37 Abs. 1 BetrVG). Arbeitet ein Betriebsratsmitglied in einem Bereich, in dem Kurzarbeit angeordnet wurde, darf das Betriebsratsmitglied von der Anordnung der Kurzarbeit nicht ausgenommen werden. Dem steht nicht entgegen, dass das Betriebsratsmitglied während der Kurzarbeit

Auswirkungen des Lockdown
allgegenwärtig

bedingen zahlreiche kurz-
arbeitsbezogene Einzelfragen

Entgeltfortzahlung während
Kurzarbeit

Krankengeld

keine Dokumentation der
Arbeitszeit während Kurz-
arbeit

wohl aber Dokumentation der
Ausfallstunden

Vergütung

Thema des Monats

Betriebsratstätigkeit leisten muss. Die Vergütung richtet sich wie üblich nach dem Entgeltausfallprinzip. Dem Betriebsratsmitglied steht also wie jedem anderen Arbeitnehmer auch der gekürzte Lohn für die noch geleistete Arbeit, das Kurzarbeitergeld und ein etwaiger vom Arbeitgeber gezahlter Zuschuss zum Kurzarbeitergeld zu.

Leistet ein Betriebsratsmitglied während der Kurzarbeit Betriebsratsarbeit, so muss es dies zunächst innerhalb der noch verbliebenen, gekürzten Arbeitszeit tun. Ist dies nicht möglich (etwa bei „Kurzarbeit Null“), muss er diese in seiner Freizeit leisten. Ein Anspruch auf Zeitausgleich bzw. Abgeltung gem. § 37 Abs. 3 S. 3 BetrVG steht dem Betriebsratsmitglied nicht zu. Nach Auffassung des BAG handelt es sich um ein „nicht ausgleichspflichtiges Freizeitopfer“ (BAG, Urt. v. 26.4.1995 – 7 AZR 874/94). Dies gilt auch für die Teilnahme an Betriebsratsschulungen gem. § 37 Abs. 6 und 7 BetrVG. Unzulässig dürfte hingegen die teils zu beobachtende Praxis sein, bei der Anordnung von Kurzarbeit einen pauschalierten Aufschlag für zu leistende Betriebsratstätigkeit vorzusehen. Dies würde mittelbar auf eine Vergütung von Betriebsratstätigkeit und damit eine unzulässige Bevorzugung von Betriebsratsmitgliedern gem. § 78 S. 2 BetrVG hinauslaufen.

Dieselben Grundsätze gelten für gem. § 38 BetrVG vollständig von ihrer Arbeitspflicht freigestellte Betriebsratsmitglieder. Hier könnte es jedoch im Einzelfall schwierig sein festzustellen, ob sie tatsächlich einem Bereich bzw. einer Abteilung zuzuordnen sind, die von Kurzarbeit betroffen ist.

Entgegen der genannten Rechtsprechung des BAG ist die Bundesagentur für Arbeit der Auffassung, dass bei freigestellten Betriebsratsmitgliedern aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten im Betrieb festgestellt werden müsse, ob und in welchem Umfang tatsächlich ein Arbeitsausfall eingetreten ist. Es spreche viel dafür, dass bei Kurzarbeit die Aufgaben des Betriebsrats eher zu- als abnehmen. Jedenfalls bestehe für „Arbeitszeiten als Betriebsrat“ kein Anspruch auf Kurzarbeitergeld, auch wenn die übrige Belegschaft kurzarbeitet (Fachliche Weisungen zum Kurzarbeitergeld, Seite 11/12). Die Auffassung der Bundesagentur für Arbeit dürfte falsch sein. Insbesondere wird hierbei verkannt, dass Betriebsratstätigkeit keine vom Arbeitgeber zu vergütende Arbeit ist, sondern lediglich einen Anspruch auf Freistellung ohne Minderung des Arbeitsentgelts auslöst. Ein Vergütungsanspruch für Betriebsratstätigkeit ist dem Gesetz, anders als von der Agentur für Arbeit offensichtlich angenommen, fremd.

Geschäftsführer

Geschäftsführer sind, sofern sie keinen bestimmenden Einfluss auf die Gesellschaft haben, in der Regel sozialversicherungspflichtig. Sie haben daher grundsätzlich auch Anspruch auf Kurzarbeitergeld. Die Agentur für Arbeit prüft jedoch kritisch, ob bei Geschäftsführern der Arbeitsausfall tatsächlich unvermeidlich ist. In den Fachlichen Weisungen heißt es hierzu, dass bei Geschäftsführern der Arbeitsausfall grundsätzlich vermeidbar ist, da es gerade deren Aufgabe ist, neue Kunden zu finden, um die Kurzarbeit zu vermindern oder zu beenden.

Diese Argumentation mag bei konjunkturell bedingtem Arbeitsausfall gelten, nicht jedoch in der aktuellen Coronavirus-Pandemie. Durch den erzwungenen Lockdown sind Unternehmen in zahlreichen Branchen schlicht die Hände gebunden. Die Akquise neuer Kunden ist ersichtlich sinnlos, wenn dem Unternehmen die Geschäftstätigkeit derzeit untersagt ist (wie etwa in weiten Bereichen des Einzelhandels, des Personenverkehrs und des Dienstleistungssektors). Je nach den Umständen des Einzelfalls lässt

ggf. kein ausgleichspflichtiges
Freizeitopfer

auch bei vollumfänglicher
Freistellung

keine Vergütung von
Betriebsratsarbeit

bei Sozialversicherungspflicht
kurzarbeitergeldberechtigt

keine „Kurzarbeit Null“

sich insbesondere bei aus mehreren Geschäftsführern bestehenden Unternehmensleitungen vertreten, dass auch Geschäftsführer von Kurzarbeit betroffen sind. Eine „Kurzarbeit Null“ dürfte jedoch für Geschäftsführer kaum in Betracht kommen, da diese – auch wenn sie operativ nichts zu tun haben – zumindest ihren gesetzlichen bzw. gesellschaftsvertraglichen Überwachungspflichten nachkommen müssen. Dies gilt umso mehr, als es auch ihre Aufgabe ist, ein Konzept für die – ggf. teilweise – Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit unter Einhaltung der dann hierfür geltenden Vorschriften vorzubereiten.

Kündigungen während der Kurzarbeit

Der Ausspruch von Kündigungen während der Kurzarbeit ist im Regelfall zulässig. Häufig verlangen Betriebsräte jedoch als Gegenleistung für die Anordnung von Kurzarbeit, dass der Arbeitgeber in diesem Zeitraum auf den Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen verzichtet.

Nach Ausspruch einer Kündigung bzw. Abschluss eines Aufhebungsvertrages ist der betroffene Arbeitnehmer vom Kurzarbeitergeldbezug ausgeschlossen, da er die persönlichen Voraussetzungen gem. § 98 Abs. 1 SGB III nicht (mehr) erfüllt. Kurzarbeitergeld dient gerade dazu, Beschäftigung zu sichern. Wenn dieser Zweck nicht mehr erreicht werden kann, weil der Arbeitgeber bereits eine Kündigung ausgesprochen hat, kann konsequenterweise Kurzarbeitergeld nicht mehr gewährt werden. Dies gilt jedoch nur für den konkret betroffenen Arbeitnehmer, nicht für die übrige Belegschaft.

Nebentätigkeit

Ob Einkünfte aus einer Nebentätigkeit Auswirkungen auf das Kurzarbeitergeld haben, hängt zunächst davon ab, ob diese Nebentätigkeit vor Beginn des Arbeitsausfalls aufgenommen wurde oder erst während des Bezugs von Kurzarbeitergeld. Nur im letzteren Fall werden die Einkünfte aus der Nebentätigkeit bei der Berechnung des Ist-Entgelts berücksichtigt, mindern also das Kurzarbeitergeld (§ 106 Abs. 3 SGB III). Die Aufnahme einer Nebentätigkeit während des Kurzarbeitergeldbezuges ist daher eher unattraktiv.

Eine Ausnahme gilt befristet bis zum 31.10.2020 für die Aufnahme einer Tätigkeit in systemrelevanten Branchen und Berufen. Einkünfte aus derartigen Tätigkeiten werden nach dem neu eingefügten § 421c SGB III dem Ist-Entgelt nicht hinzugerechnet, sofern die Einkünfte aus dieser Tätigkeit zusammen mit dem Kurzarbeitergeld, dem Ist-Entgelt (also dem aus der Kurzarbeit noch erzielten Arbeitslohn) das bisherige Arbeitsentgelt aus der ursprünglichen Beschäftigung nicht überschreiten. Hierdurch sollen nach der Gesetzesbegründung (BT-Drucks 19/18107, S. 26) Anreize gesetzt werden, in den systemrelevanten Bereichen eine Nebenbeschäftigung aufzunehmen.

Das Gesetz definiert nicht, was unter systemrelevanten Branchen und Berufen zu verstehen sein soll. Die Gesetzesbegründung verweist auf die Verordnung zur Bestimmung kritischer Infrastrukturen nach dem Gesetz über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik. Hiernach sind folgende Branchen bzw. Berufe systemrelevant:

- Sektor Energie (Stromversorgung, Gasversorgung, Kraftstoff- und Heizölversorgung usw.).
- Sektor Wasser (Trinkwasserversorgung, Abwasserbeseitigung).

Ausspruch von Kündigung
auch während der Kurzarbeit
grds. zulässig

Beschäftigungssicherung

Berücksichtigung von Neben-
verdiensten

systemrelevante Nebentätig-
keiten

systemrelevante Branchen
bzw. Berufe

Thema des Monats

- Sektor Ernährung (Lebensmittelversorgung).
- Sektor Informationstechnik und Telekommunikation.
- Sektor Gesundheit (stationäre medizinische Versorgung, Versorgung mit Medizinprodukten und Arzneimitteln, Laboratoriumsdiagnostik, nicht jedoch die ambulante medizinische Versorgung).
- Sektor Finanz- und Versicherungswesen (Bargeldversorgung, Sicherstellung des Zahlungsverkehrs, Versicherungsdienstleistungen).
- Sektor Transport und Verkehr (Personen- und Güterverkehr zu Lande, zu Wasser und in der Luft).

Darüber hinaus dürften auch Tätigkeiten in Staat und Verwaltung (insbesondere bei Ordnungs- und Sicherheitsbehörden) systemrelevant in diesem Sinne sein. Praktisch relevant dürften insbesondere Nebentätigkeiten im Lebensmitteleinzelhandel (Regalauffüller, Einlasskontrolle vor Supermärkten) und von medizinischem Fachpersonal im Bereich der stationären Versorgung sein.

Neueinstellungen

Auch während der Kurzarbeit sind Neueinstellungen von Arbeitnehmern möglich. Unproblematisch ist zunächst der Fall, dass ein Arbeitsvertrag zu einem Zeitpunkt abgeschlossen wurde, zu dem der Arbeitsausfall noch nicht absehbar war. Ein Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, zur Vermeidung des Arbeitsausfalls diesen Mitarbeiter wieder vor Arbeitsantritt bzw. innerhalb der Probezeit zu kündigen.

Neueinstellungen sind aber nur dann problematisch, wenn diese in von Kurzarbeit betroffenen Bereichen erfolgen. Führt die Neueinstellung eines Arbeitnehmers während der Kurzarbeit dazu, dass sich das Ausmaß des Arbeitsausfalls für die anderen Mitarbeiter vergrößert, ist der Arbeitsausfall in diesem Umfang nicht unvermeidbar.

Darüber hinaus können neu eingestellte Arbeitnehmer auch vom Kug-Bezug ausgeschlossen sein. Gemäß § 98 Abs. 1 Nr. 1 SGB III besteht für neu eingestellte Arbeitnehmer nur dann ein Anspruch auf Kurzarbeitergeld, wenn diese die Beschäftigung „aus zwingenden Gründen“ oder im Anschluss an ihre Berufsausbildung aufgenommen haben. Zwingende Gründe werden nur selten vorliegen, insbesondere dann, wenn der Arbeitgeber arbeitsrechtlich verpflichtet ist, den betroffenen Mitarbeiter (wieder-) einzustellen (etwa im Falle eines wiederauflebenden ruhenden Arbeitsverhältnisses). Die Fachlichen Weisungen der Agentur für Arbeit nennen zudem das Beispiel einer „nicht entbehrlichen Fachkraft“, die eingestellt werden muss, um die Weiterführung des Betriebes zu gewährleisten.

Provisionen

Bei Provisionen stellt sich zunächst die Frage, wie diese in die Berechnung des Soll-Entgelts einfließen. Da die Höhe der Provisionen naturgemäß mehr oder weniger schwankt, ist gem. § 106 Abs. 4 SGB III auf den Durchschnitt der letzten drei abgerechneten Kalendermonate vor Beginn des Arbeitsausfalls abzustellen.

Zum anderen stellt sich die Frage, ob während der Kurzarbeit ausgezahlte Provisionen beim Ist-Entgelt zu berücksichtigen sind (also das Kurzarbeitergeld mindern können). Problematisch ist die zeitliche Zuordnung. Provisionen werden zumeist nicht in dem Monat abgerechnet und ausgezahlt, in dem sie verdient wurden, sondern mit einem gewissen Zeitverzug. Sozialversicherungsrechtlich sollte die Antwort eindeutig

weitere Fallgruppen

Neueinstellungen auch während der Kurzarbeit grds. möglich

allerdings nicht in von Kurzarbeit betroffenen Bereichen

sowie ggf. Ausschluss vom Kurzarbeitergeldbezug

Berücksichtigung für Kurzarbeitergeld

zeitliche Zuordnung

sein: Provisionen sind – auch bei verspäteter Auszahlung – jeweils dem Monat zuzuordnen, in dem sie „verdient“ wurden (BSG, Urt. v. 20.3.1984 – 10 RAr 4/83). Eigentlich müsste bei zeitversetzter Abrechnung der Provisionen daher eine Korrekturabrechnung für den Monat, in dem die Provisionen erarbeitet wurden, erfolgen (was allerdings in der Praxis häufig missachtet wird). Hieraus müsste folgen, dass sowohl bei der Ermittlung des Soll-Entgelts maßgeblichen Dreimonatsschnitt als auch bei der Ermittlung des Ist-Entgelts stets der Kalendermonat maßgeblich ist, in dem die Provisionen verdient wurden, unabhängig davon, wann sie abgerechnet und ausgezahlt werden.

Diese Sichtweise entspricht allerdings nicht der Verwaltungspraxis der Bundesagentur für Arbeit. Hiernach gilt vielmehr das „Zuflussprinzip“. Sowohl bei der Berechnung des Ist-Entgelts als auch des Soll-Entgelts ist auf das Arbeitsentgelt abzustellen, welches im jeweiligen Abrechnungszeitraum tatsächlich abgerechnet und dem Arbeitnehmer zugeflossen ist. Unschädlich ist allenfalls, wenn der technische Überweisungsvorgang erst geringfügig später erfolgt (Hinweise zum Antragsverfahren, Ziffer 11.2.2). Die Bundesagentur für Arbeit beruft sich hierbei auf die Rechtsprechung des BSG zur Unbeachtlichkeit rückwirkender Lohnänderungen bei der Berechnung des Arbeitslosengeldanspruches. Das BSG hat hierzu ausgeführt, dass rückwirkende Entgelterhöhungen aus Gründen der Verwaltungseffizienz nicht anerkannt werden könnten. Die Sozialverwaltung müsse mit klaren Verhältnissen hinsichtlich des Umfangs der Versicherungspflicht wie der Leistungen rechnen (BSG, Urt. v. 31.8.1976 – 12/7 RAr 57/74). Insbesondere das Argument der Verwaltungseffizienz kommt beim Kurzarbeitergeld jedoch nicht zum Tragen, da die Abrechnung des Kurzarbeitergeldes bekanntlich vom Arbeitgeber durchgeführt wird und daher die Bundesagentur für Arbeit nicht belastet.

Wer als Arbeitgeber auf Nummer sichergehen will, sollte gleichwohl der Rechtsauffassung der Bundesagentur für Arbeit folgen und bei der Berechnung des Soll-Entgelts und des Ist-Entgelts auf die ursprünglich im jeweiligen Monat abgerechneten und ausgezahlten Beträge abstellen. Um das für den Arbeitnehmer missliche Ergebnis zu vermeiden, dass mit Zeitverzug abgerechnete Provisionen das Kurzarbeitergeld mindern, können die Arbeitsvertragsparteien auch den Abrechnungsmodus umstellen, so dass bereits verdiente Provisionen möglichst vor Beginn der Kurzarbeit abgerechnet werden (ggf. ein Vorschuss gewährt wird). Zweifelhaft dürfte es hingegen sein, die Provision auf die Zeit nach Ende der Kurzarbeit zu schieben, da §§ 87c, 65 HGB die Streckung des Abrechnungszeitraums auf maximal drei Monate zulassen.

Sonderzahlungen

Als Sonderzahlungen im sozialversicherungsrechtlichen Sinne zählen insbesondere Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld und andere Leistungen, die als einmalig gezahltes Arbeitsentgelt i.S.v. § 23a SGB IV gelten (z.B. 13. Monatsgehalt, Tantiemen usw.). Diese Leistungen sind für das Kurzarbeitergeld „neutral“, fließen also weder in die Berechnung des Soll-Entgelts noch des Ist-Entgelts ein (§ 106 Abs. 1 S. 4 SGB III).

Überstunden

Überstunden sind selbstverständlich auch während einer Kurzarbeit möglich. Hierbei sind jedoch einige Besonderheiten zu beachten.

Arbeitet ein Arbeitnehmer in einem Monat mehr Stunden, als er aufgrund der Anordnung der Kurzarbeit eigentlich müsste, bedeutet dies zunächst nur, dass der

Zuflussprinzip

Abrechnungsmodus

Sonderzahlungen werden nicht berücksichtigt

Überstunden oberhalb des Kurzarbeitsumfangs

Thema des Monats

Arbeitsausfall nicht im prognostizierten Umfang eingetreten ist. Bei der Abrechnung des Kurzarbeitergeldes sind die tatsächlich in diesem Monat geleisteten Stunden maßgeblich und nicht der Umfang der angeordneten Kurzarbeit. Dies ist aus sozialrechtlicher Sicht völlig unproblematisch. Nicht zulässig ist es hingegen, während der Kurzarbeit geleistete Überstunden auf ein Arbeitszeitkonto zu buchen.

Anders verhält es sich, wenn einzelne Mitarbeiter Mehrarbeit leisten, die über ihre reguläre (Voll-)Arbeitszeit hinausgeht, während andere vergleichbare Arbeitnehmer sich in Kurzarbeit befinden. Gemäß § 96 Abs. 4 SGB III hat der Arbeitgeber alle zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um den Eintritt des Arbeitsausfalls zu verhindern. Hierzu zählt naturgemäß auch, die vorhandene Arbeit so zu verteilen, dass möglichst wenig Arbeitsausfall eintritt.

Urlaub

Die Gewährung von Urlaub ist grundsätzlich eine Möglichkeit, Kurzarbeit – vorübergehend – zu vermeiden. Diese sozialrechtliche Regelung zum Kurzarbeitergeld verdrängt jedoch nicht die arbeitsrechtlichen Regelungen zur Inanspruchnahme des Urlaubs. Es bleibt daher dabei, dass die Urlaubswünsche der Arbeitnehmer grundsätzlich vorrangig sind. In der Praxis beschränkt sich daher die Prüfung der Bundesagentur für Arbeit darauf, ob der Arbeitgeber überhaupt eine Bestimmung über den Antritt des Urlaubs zur Vermeidung der Kurzarbeit hätte treffen können (Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld, S. 24). Soweit der gesamte Urlaub der betroffenen Arbeitnehmer bereits verplant ist bzw. sämtliche Mitarbeiter entsprechende Urlaubswünsche geäußert habe, besteht in diesem Sinne kein zur Vermeidung der Kurzarbeit einsetzbarer Urlaub mehr.

Daneben ist zu beachten, dass sich „Kurzarbeit Null“ und Urlaub ausschließen. Während des Urlaubs steht den Arbeitnehmern daher das ungekürzte Urlaubsentgelt zu (§ 11 Abs. 1 S. 3 BUrlG). Bei Betriebsvereinbarungen über die Einführung von Kurzarbeit sollte darauf geachtet werden, in Urlaub befindliche Arbeitnehmer von der Kurzarbeit ausdrücklich auszunehmen. Geschieht dies nicht und sieht die Betriebsvereinbarung „Kurzarbeit Null“ vor, fällt die Arbeit bereits wegen der normativen Wirkung der Betriebsvereinbarung aus. Die Urlaubsgewährung geht dann ins Leere (BAG, Urt. v. 16.12.2008 – 9 AZR 893/07, NZA 2009, 689).

Ulrich Kortmann, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Köln

Rechtsprechung

BAG: Kein Nachteilsausgleich für das Kabinenpersonal von Air Berlin

Erstreckt sich der persönliche Geltungsbereich eines Tarifvertrags, durch den nach § 117 Abs. 2 S. 1 BetrVG eine Vertretung errichtet ist, nur auf eine bestimmte Gruppe von im Flugbetrieb beschäftigten Arbeitnehmern, kann wegen der geltungsbereichsbezogenen Wirkung tariflicher Rechtsnormen zu betriebsverfassungsrechtlichen Fragen i.S.d. § 1 Abs. 1 TVG weder der Vertretung das Recht eingeräumt werden, eine Vereinbarung mit dem Arbeitgeber abzuschließen, die einen Sachverhalt gestaltet, der auch

ggf. Umverteilung der Arbeit geboten

ggf. vorrangige Anordnung von Urlaub

Kurzarbeit Null und Urlaub

nicht vom Geltungsbereich erfasste Arbeitnehmer betrifft, noch kann der Arbeitgeber verpflichtet werden, den Abschluss einer solchen Vereinbarung zu versuchen.

[Amtlicher Leitsatz]

BAG, Urt. v. 21.1.2020 – 1 AZR 149/19

I. Der Fall

Die Klägerin war als Flugbegleiterin bei der Schuldnerin beschäftigt. Am 1.11.2017 wurde über deren Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet. Am selben Tag zeigte der Beklagte, der zunächst zum Sachwalter und ab Mitte Januar 2018 zum Insolvenzverwalter bestellt wurde, dem Insolvenzgericht die drohende Masseunzulänglichkeit an. Bei der Schuldnerin war für das im Cockpit tätige Personal auf der Grundlage eines Tarifvertrags eine Personalvertretung Cockpit gebildet. Das in der Kabine tätige Personal wurde durch die Personalvertretung Kabine repräsentiert.

Diese war auf der Grundlage des von der Schuldnerin mit ver.di geschlossenen Tarifvertrags TVPV errichtet. § 83 Abs. 3 TVPV bestimmte, dass den Arbeitnehmern Nachteilsausgleich zu zahlen sei, wenn eine geplante Betriebsänderung durchgeführt werde, ohne über sie einen Interessenausgleich mit der Personalvertretung versucht zu haben und infolge der Maßnahme Arbeitnehmer entlassen werden oder andere wirtschaftliche Nachteile erleiden. Die Schuldnerin unterrichtete Anfang Oktober 2017 die Personalvertretung Kabine über die geplante Stilllegung ihres Geschäftsbetriebs zum 31.1.2018 und bat um Aufnahme von Verhandlungen über einen Interessenausgleich. Ende November 2017 – nach Abschluss von Interessenausgleichen mit der Personalvertretung Cockpit und dem bei der Schuldnerin gebildeten Gesamtbetriebsrat Boden – kündigte sie den bei ihr beschäftigten Piloten sowie dem Bodenpersonal. Ausgenommen hiervon waren lediglich die Mitarbeiter, zu deren Kündigungen noch Zustimmungen einzuholen waren.

Nachdem die Schuldnerin Ende November 2017 die Verhandlungen mit der Personalvertretung Kabine über einen Interessenausgleich für gescheitert erklärt hatte, leitete sie ein Beschlussverfahren zur Einsetzung einer Einigungsstelle ein. Die Einigungsstelle erklärte sich jedoch für unzuständig. Der Beklagte kündigte Ende Januar 2018 die Arbeitsverhältnisse der in der Kabine beschäftigten Arbeitnehmer, darunter auch das der Klägerin.

Die Klägerin verlangte – als Neumasseverbindlichkeit – Nachteilsausgleich. Die Schuldnerin habe durch den Ausspruch der Kündigungen gegenüber den Piloten eine Betriebsänderung durchgeführt, ohne zuvor einen Interessenausgleich mit der Personalvertretung Kabine versucht zu haben.

Sowohl das ArbG Düsseldorf als auch das LAG Düsseldorf hatten die Klage abgewiesen. Die gegen die Urteile der Vorinstanzen eingelegte Revision hatte keinen Erfolg.

II. Die Entscheidung

Das BAG hat die Revision zurückgewiesen und entschieden, die Klägerin habe deshalb keinen Anspruch auf einen Nachteilsausgleich nach § 83 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 TVPV, weil die Voraussetzungen für dessen Gewährung nicht erfüllt seien. Die Schuldnerin habe die Betriebsänderung nicht durchgeführt, ohne zuvor über diese einen Interessenausgleich mit der Personalvertretung Kabine hinreichend versucht zu haben. Bei gesetzeskonformer Auslegung des § 81 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Abs. 2 S. 2 TVPV bezöge sich der tarifvertragliche Verhandlungsanspruch der Personalvertretung

Eröffnung des Insolvenzverfahrens

§ 83 Abs. 3 TVPV: Nachteilsausgleich

Interessenausgleich gescheitert, Einigungsstelle unzuständig

Nachteilsausgleich als Neumasseverbindlichkeit?

Verfahrensgang

Revision erfolglos

Rechtsprechung

Kabine nur auf den Versuch einer Einigung über kabinenpersonalbezogene Maßnahmen. Einen solchen Einigungsversuch habe die Schuldnerin unternommen, bevor der Beklagte die Kündigungen des Kabinenpersonals erklärt habe.

Einen Verhandlungsanspruch, der den Ablauf der geplanten Stilllegung des Flugbetriebs als organisatorische Einheit umfasste, gewähre § 81 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 2 TVPV der Personalvertretung Kabine wegen des in § 2 Abs. 1 TVPV vorgesehenen personellen Geltungsbereichs dieses Tarifvertrags nicht. Der Geltungsbereich sei auf das Kabinenpersonal begrenzt. Erstrecke sich aber der persönliche Geltungsbereich eines Tarifvertrags nur auf eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern, könne der Vertretung wegen der geltungsbereichsbezogenen Wirkung tariflicher Rechtsnormen nicht das Recht eingeräumt werden, eine Vereinbarung mit dem Arbeitgeber abzuschließen, die einen Sachverhalt gestaltet, der auch nicht vom Geltungsbereich erfasste Arbeitnehmer betreffe.

Eine in einem nur für das Kabinenpersonal geltenden Tarifvertrag vorgesehene Regelung, nach der sich der Inhalt eines mit der Vertretung für das Kabinenpersonal abzuschließenden Interessenausgleichs auf das „Ob“, „Wann“ und „Wie“ der Stilllegung des – als organisatorische Einheit verstandenen – gesamten „Flugbetriebs“ bezieht, überschreite diese Grenzen, da der von den Betriebsparteien auszugestaltende Sachverhalt sich nicht auf das Kabinenpersonal beschränke, sondern gleichermaßen das von der Stilllegung dieser organisatorischen Einheit betroffene Cockpitpersonal erfasse.

In Anwendung dieses eingeschränkten Verständnisses sei der Verhandlungsanspruch der Personalvertretung Kabine nicht verletzt worden. Die Schuldnerin habe den Interessenausgleich mit der Personalvertretung Kabine einschließlich der Anrufung der Einigungsstelle hinreichend versucht.

III. Der Praxistipp

Die Entscheidung des BAG überzeugt. Der Personalvertretung Kabine kann nur ein Verhandlungsanspruch zustehen, soweit ausschließlich das Kabinenpersonal betroffen ist. Das Verhandlungsmandat umfasst aber gerade nicht den Ablauf der geplanten Stilllegung des gesamten Flugbetriebs als organisatorische Einheit, da § 2 Abs. 1 TVPV den personellen Geltungsbereich des Tarifvertrags einschränkt. Die Kündigungen der Piloten und des Bodenpersonals konnten also erfolgen, ohne dass zuvor mit der Vertretung des Kabinenpersonals Verhandlungen geführt werden mussten. Eine andere Auslegung würde zu dem unbilligen Ergebnis führen, dass die Vertretung des Kabinenpersonals auch für das Cockpit- und/oder Bodenpersonal verhandeln würde. Dies überstiege aber die Reichweite der normativen Geltung des Tarifvertrags. Da der Personalvertretung Kabine dann Beteiligungsrechte eingeräumt wären, die über den persönlichen Geltungsbereich des TVPV hinausgingen, könnte die Arbeitgeberin gleichzeitig nicht rechtswirksam normativ verpflichtet werden, den Abschluss eines solchen Interessenausgleichs mit Hilfe einer Einigungsstelle zu versuchen, wäre aber dennoch nachteilsausgleichspflichtig.

Interessant ist auch der Hinweis des BAG, dass es für die Frage, ob der Versuch, noch vor dem Ausspruch der Kündigungen gegenüber dem Kabinenpersonal zu einem Interessenausgleich hierüber mit der Personalvertretung Kabine zu kommen, ausreichend war, nicht darauf ankomme, dass sich die Einigungsstelle für unzuständig erklärt habe. Das BAG lässt es für den Versuch ausreichen, dass die Einigungsstelle angerufen wurde. Die Einleitung gerichtlicher Schritte verlangt das BAG, ungeachtet

Eingeschränkter Geltungsbereich

Keine Regelung für Flugbetrieb

Interessenausgleich hinreichend versucht

Überzeugende Entscheidung

Einleitung gerichtlicher Schritte nicht erforderlich

dessen, dass entsprechende Beschlüsse der Einigungsstelle über ihre fehlende Zuständigkeit nicht gesondert vor Gericht angreifbar sind, nicht.

Dr. Jannis Kamann, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Köln

BAG: Entgeltfortzahlung – Einheit des Verhinderungsfalls

1. Nach dem Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalls ist der Anspruch auf Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit auf die Dauer von sechs Wochen begrenzt, wenn während einer bestehenden Arbeitsunfähigkeit eine neue Krankheit auftritt, die ebenfalls Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.

2. Ein einheitlicher Verhinderungsfall ist regelmäßig hinreichend indiziert, wenn zwischen einer „ersten“ krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit und einer dem Arbeitnehmer im Wege der „Erstbescheinigung“ attestierten weiteren Arbeitsunfähigkeit ein enger zeitlicher Zusammenhang besteht. Hiervon ist auszugehen, wenn die bescheinigten Arbeitsverhinderungen zeitlich entweder unmittelbar aufeinanderfolgen oder zwischen ihnen lediglich ein für den erkrankten Arbeitnehmer arbeitsfreier Tag oder ein arbeitsfreies Wochenende liegt.

[Amtliche Leitsätze]

BAG, Urt. v. 11.12.2019 – 5 AZR 505/18

I. Der Fall

Die Klägerin war bis Juli 2017 bei der Beklagten als Altenpflegerin beschäftigt. Sie war zuvor in der Zeit vom 7.2.2017 bis zum Ende ihrer Beschäftigung bei der Beklagten arbeitsunfähig erkrankt. Für die Zeit vom 7.2.2017 bis 18.5.2017 wurde durch den behandelnden Hausarzt eine psychische Erkrankung festgestellt. Die Beklagte leistete in der Zeit vom 7.2.2017 – 2.3.2017 Entgeltfortzahlung. Am 19.5.2017 unterzog sich die Klägerin einer seit längerem geplanten Operation. Aufgrund dieser Tatsache wurde bereits am 18.5.2017 durch die behandelnde Ärztin mit einer „Erstbescheinigung“ für die Zeit vom 19.5.2017 bis zunächst 16.6.2017 und sodann mit einer „Folgebescheinigung“ bis zum 30.6.2017 die Arbeitsunfähigkeit der Klägerin attestiert.

Die Klägerin machte geltend, dass die psychischen Erkrankungen, wegen derer eine Arbeitsunfähigkeit bis zum 18.5.2017 attestiert war, mit diesem Datum geendet habe. Die attestierte Arbeitsunfähigkeit ab dem Folgetag sei alleine durch die an diesem Tag durchgeführte Operation begründet. Eine Überschneidung der Krankheiten liege nicht vor. Für die Zeit vom 19.5.2017 bis 29.6.2017 erhielt die Klägerin weder Entgeltfortzahlung von der Beklagten noch Krankengeld von der Krankenkasse.

Das angerufene Arbeitsgericht verurteilte die Beklagte zur Zahlung des Entgelts für die Zeit vom 19.5.2017 bis einschließlich 29.6.2017. Die hiergegen von der Beklagten eingelegte Berufung war erfolgreich. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage abgewiesen und die Revision zugelassen. Das BAG hat die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts bestätigt.

Arbeitsunfähigkeitszeiten der Klägerin

Unterschiedliche Erkrankungen

Verfahrensgang

II. Die Entscheidung

Das BAG stellt in seiner Entscheidung fest, dass der Klägerin der geltend gemachte Entgeltfortzahlungsanspruch nicht zustehe, da es ihr nicht gelungen sei, darzulegen und zu beweisen, dass zum Zeitpunkt der Arbeitsunfähigkeit aufgrund der Operation vom 19.5.2017 die zuvor bestehende Erkrankung beendet war. Gemäß § 3 Abs. 1 EntgFG könne ein Arbeitnehmer Entgeltfortzahlung von bis zu 6 Wochen verlangen, wenn er infolge Krankheit arbeitsunfähig ist. Diese begrenzte Anspruchsdauer gelte nach dem Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalls auch dann, wenn während einer andauernden Erkrankung eine weitere Erkrankung festgestellt werde, die ihrerseits zur Arbeitsunfähigkeit führe.

Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 S. 1 EntgFG trage die klagende Arbeitnehmerin. Nach der Gesetzesformulierung gelte dieser Grundsatz nicht nur für die Tatsache der Arbeitsunfähigkeit als solcher, sondern auch für deren Beginn und Ende. Bestreite der Arbeitgeber im Prozess die Behauptung des Arbeitnehmers, dass die zunächst festgestellte Erkrankung zum Zeitpunkt der Feststellung einer weiteren Erkrankung noch nicht abgeschlossen gewesen sei, müsse der Arbeitnehmer die von ihm behauptete Beendigung der zuerst festgestellten Erkrankung beweisen. Insoweit unterscheide sich die Darlegungs- und Beweislast von den Fällen, in denen es um die Frage geht, ob eine neue Ersterkrankung oder eine Fortsetzungserkrankung vorliege. In diesen Fällen müsste der Arbeitnehmer zwar ebenfalls darlegen, an welcher Erkrankung er zu welcher Zeit gelitten habe. Auch müsse er ggf. die behandelnden Ärzte von ihrer Schweigepflicht entbinden. Die Beweislast für das Vorliegen einer Fortsetzungserkrankung, die gem. § 3 Abs. 1 S. 2 EntgFG zum Ausschluss von Entgeltfortzahlungsansprüchen führen könne, trage sodann allerdings der Arbeitgeber.

Der Arbeitnehmer könne seiner Darlegungs- und Beweislast regelmäßig dadurch nachkommen, dass er eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung des behandelnden Arztes vorlege. Einer solchen Bescheinigung käme nach der ständigen Rechtsprechung ein hoher Beweiswert zu. Da dem Arbeitgeber zumeist jedoch die Gründe für die Erkrankung eines Mitarbeiters nicht bekannt seien, sei es ausreichend, wenn dieser hinreichend gewichtige Indizien vortrage, die Zweifel an der Richtigkeit der ausgestellten Bescheinigung begründen. Bei der Beurteilung der Frage, ob es sich um einen einheitlichen Verhinderungsfall handle, sei von einem solchen gewichtigen Indiz u.a. dann auszugehen, wenn sich an eine zuerst attestierte Arbeitsverhinderung in unmittelbarem Anschluss eine weitere Arbeitsverhinderung anschließe. Dabei sei von einer sich unmittelbar anschließenden Arbeitsverhinderung auch dann auszugehen, wenn zwischen den bescheinigten Zeitraum lediglich ein arbeitsfreier Tag des Arbeitnehmers liege.

In dem entschiedenen Fall hatte das LAG die behandelnden Ärzte als Zeugen vernommen. Aus deren Aussagen ließ sich jedoch die Behauptung der Arbeitnehmerin, die zunächst festgestellte Erkrankung sei am 18.5.2017 beendet gewesen, nicht nachweisen. Die fehlende Beweisbarkeit der Tatsache gehe aufgrund der Beweislastverteilung zu Lasten der Arbeitnehmerin.

III. Der Praxistipp

Die Entscheidung des BAG liegt auf der Linie der zuletzt durch den auch hier entscheidenden 5. Senat geprägten Rechtsprechung. Sie macht nochmals deutlich, dass die häufig anzutreffende Auffassung, ein Arbeitnehmer habe über die Art seiner Erkrankung, die zu einer Arbeitsunfähigkeit führt, den Arbeitgeber nicht zu informie-

Einheit des Verhinderungsfalls

Beweislast des Arbeitnehmers

Indizien zur Erschütterung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

Fortdauer der Erkrankung

Notwendige Informationserteilung

ren, unzutreffend ist. Vielmehr muss er, will er seinen Entgeltfortzahlungsanspruch ggf. auch gerichtlich geltend machen, Tatsachen angeben, die dem Arbeitgeber die Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen von § 3 Abs. 1 S. 1 EntgFG ermöglichen.

Auch mit einem weiteren Irrtum räumt das BAG in seiner Entscheidung, wenn auch nicht explizit, auf: Auf die Information der Krankenkasse zur Frage einer Fortsetzungserkrankung oder auch zur Frage sich überschneidender Erkrankungen kann (und muss) der Arbeitgeber sich nicht verlassen. Natürlich formuliert das Gericht vorsichtiger. Es weist darauf hin, dass es den Krankenkassen tatsächlich nicht möglich ist, die für die Prüfung des Arbeitgebers notwendigen Informationen diesem vollständig zu erteilen.

Markus Pillok, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Köln

LAG München: Kein allgemeiner Kündigungsschutz des Geschäftsführers

1. Die Kündigung eines Geschäftsführers bedarf nach Maßgabe des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG dann keines rechtfertigenden Grundes nach § 1 Abs. 1 KSchG, wenn die Organstellung als Geschäftsführer zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung (noch) bestanden hat.

2. Die Geschäftsführerstellung ist nicht allein deshalb zu verneinen, weil im Innenverhältnis Beschränkungen bestanden haben; allein maßgeblich ist die formale Stellung als Geschäftsführer im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung. Auch eine Tätigkeit als zweiter Geschäftsführer für den Fall des Ausfalls des anderen Geschäftsführers ist als Geschäftsführtätigkeit zu qualifizieren und rechtfertigt für sich genommen keine Umgehung.

[Redaktionelle Leitsätze]

LAG München, Urt. v. 9.12.2019 – 4 Sa 398/19

I. Der Fall

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer arbeitgeberseitigen Kündigung des vormaligen Geschäftsführers in einem Kleinbetrieb nach dessen Abberufung.

Nachdem der Kläger zunächst aufgrund eines Arbeitsvertrages als Leiter Krankenversicherung Service seit dem 1.7.2014 für die Beklagte bzw. deren Schwestergesellschaft (unter Anrechnung der Betriebszugehörigkeit) tätig war, schlossen die Parteien unter dem 15.11.2016 einen Geschäftsführerdienstvertrag. Der Kläger wurde neben dem bisherigen Geschäftsführer zu einem weiteren Geschäftsführer der Gesellschaft bestellt und auch in das Handelsregister eingetragen. Er erfüllte sodann weiterhin die bisherigen Aufgaben eines Leiters Krankenversicherung Service. Ob er daneben auch Geschäftsführeraufgaben wahrnahm und dazu auch an Sitzungen der Geschäftsführer der Unternehmensfirmen teilnahm, ist zwischen den Parteien streitig. Die Vergütung des Klägers belief sich – abgesehen von einer vorübergehenden einvernehmlichen Absenkung des Gehalts wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten für einen Zeitraum von 18 Monaten – stets auf einen Betrag in Höhe von 10.500,- EUR brutto monatlich.

Mit Schreiben vom 11.10.2018, welches dem Kläger einen Tag später zuzuging, widerrief die Beklagte zunächst die Bestellung des Klägers als Geschäftsführer und kündigte sodann das Dienstverhältnis zum 31.1.2019 sowie rein vorsorglich jedes

Information der Krankenkassen

Streit über Wirksamkeit einer Geschäftsführerkündigung
Arbeitsvertrag/
Geschäftsführerdienstvertrag/
Bestellung

Kündigungsschutzbegehren wegen nur „pro forma – Bestellung“

etwaig bestehende Arbeits- oder Dienstverhältnis mit einer Konzernfirma. Gegen diese Kündigung hat der Kläger unter dem 15.10.2018 Kündigungsschutzklage beim Arbeitsgericht Augsburg erhoben. Er ist der Auffassung, der ursprünglich geschlossene Arbeitsvertrag sei nicht durch den Geschäftsführerdienstvertrag aufgehoben worden, da seine Bestellung nur pro forma erfolgt sei und von Anfang an festgestanden habe, dass er laufende Geschäfte nicht führen sollen. Seine Berufung sei nur zur Absicherung einer Verhinderung des anderen Geschäftsführers erfolgt und er habe auch gar keine anderen Aufgaben wahrgenommen. Sein Arbeitsverhältnis, das nur ruhend gestellt worden sei, sei daher durch die Abberufung vom Amt des Geschäftsführers wieder aktiviert worden.

Das Arbeitsgericht Augsburg hat die Klage mit Endurteil vom 14.5.2019 – 9 Ca 2498/18 – abgewiesen; hiergegen wendet sich die vom Kläger eingelegte Berufung zum LAG München, die indes ebenfalls ohne Erfolg bleibt.

II. Die Entscheidung

Wie schon das Arbeitsgericht ist auch das LAG München der Auffassung, dass die streitgegenständliche Kündigung der Beklagten das Vertragsverhältnis der Parteien zum 31.1.2019 aufgelöst hat.

Zunächst stellt das LAG fest, dass der Geschäftsführerdienstvertrag ordentlich und fristgerecht wirksam gekündigt worden sei. Die Kündigung sei insbesondere nicht mangels rechtfertigenden Grundes nach § 1 Abs. 1 KSchG unwirksam, da es eines solchen bei der Kündigung eines Geschäftsführers nach Maßgabe des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG nicht bedürfe. Dies gelte uneingeschränkt jedenfalls dann, wenn die Organstellung als Geschäftsführer zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung (noch) bestanden habe (unter Berufung auf BAG, Urt. v. 23. 2.2017 – 6 AZR 665/15; BAG, Urt. v. 21.9.2017 – 2 AZR 865/16). Die Bestellung zum Geschäftsführer sei nicht als Umgehungsgeschäft zu werten. Die Geschäftsführerstellung sei weiterhin außerdem nicht allein deshalb zu verneinen, weil – nach dem im Übrigen bestrittenen Vortrag des Klägers – er tatsächlich nicht Geschäftsführertätigkeiten wahrgenommen habe. Allein maßgeblich sei die formale Stellung als Geschäftsführer im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung, ohne dass es auf Beschränkungen im Innenverhältnis ankommen könne. Auch die Bestellung und Tätigkeit als „Reservegeschäftsführer“ sei eine Tätigkeit als Geschäftsführer. Schlussendlich lägen auch keine Anhaltspunkte für eine treuwidrige Rechtsmissbräuchlichkeit vor.

Ferner ergebe sich im Wege der Auslegung, dass das Arbeitsverhältnis durch den Vertrag als Geschäftsführer aufgehoben worden sei. Der Geschäftsführeranstellungsvertrag stelle das Vertragsverhältnis der Parteien auf eine neue Grundlage und enthalte eine umfassende Regelung sämtlicher wechselseitigen Rechte und Pflichten. Zudem spreche auch die vereinbarte Anrechnung der Vorbeschäftigungszeiten aus dem bisherigen Arbeitsvertrag dafür, dass dieser damit abgeschlossen und beendet sein solle. Schließlich sei auch das Schriftformerfordernis des § 623 BGB gewahrt, da sich aus dem Vertrag hinreichend deutlich auch die gewollte Beendigung des Arbeitsverhältnisses ergebe (vgl. dazu auch BAG v. 19.7.2007 – 6 AZR 774/06; BAG, Urt. v. 3.2.2009 – 5 AZB 100/08).

Schlussendlich sei zwischen den Parteien auch kein neues Arbeitsverhältnis begründet worden. In dem weiteren Einsatz als Leiter Krankenversicherung Service liege keine konkludente Erklärung zu einer Änderung des Vertragsverhältnisses. Vielmehr habe nach dem Vortrag des Klägers selbst festgestanden, dass er seine bisherigen Aufgaben auch nach seiner Bestellung zum Geschäftsführer fortführen sollte. Sie waren zudem Teil des Geschäftsführeranstellungsvertrags.

Verfahrensgang

Berufung zurückgewiesen

Geschäftsführeranstellungsverhältnis wirksam gekündigt

kein fortbestehendes Arbeitsverhältnis neben dem Geschäftsführeranstellungsverhältnis

kein neues Arbeitsverhältnis begründet

Rechtsprechung

Die Revision wurde nicht zugelassen, da dem Fall keine besondere über die Klärung der zwischen den Parteien streitigen Rechtsfragen hinausgehende Bedeutung i.S.d. § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zukomme.

III. Der Praxistipp

Die Entscheidung überzeugt und steht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des BAG. Hiernach kommt es bei gleichzeitiger Abberufung und Kündigung allein auf die formale Stellung als Geschäftsführer an (vgl. BAG, Urt. v. 24.11.2005 – 2 AZR 614/04; BAG, Urt. v. 21.9.2017 – 2 AZR 865/16).

Ausdrücklich offengelassen hat das BAG bislang die Frage, ob § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG auch dann anwendbar ist, wenn die Organstellung bereits vor Zugang der Kündigung geendet hat, weil bspw. die Abberufung oder Niederlegung zuvor erfolgte. Es spricht einiges dafür, dass dies jedenfalls nicht auszuschließen wäre. Nach Auffassung des BAG *„wäre es dann ggf. ohne Einfluss, wenn das Organmitglied sein Amt selbst durch Niederlegung aufgegeben hat oder wenn ihm die Kündigung des zugrundeliegenden Anstellungsverhältnisses erst nach dem Widerruf seiner Bestellung durch die Gesellschaft zugeht“* (BAG, Urt. v. 21.9.2017 – 2 AZR 865/16). Legt man dieses *obiter dictum* zugrunde, könnten Geschäftsführer auch durch eine vorherige – ggf. einer Abberufung und Kündigung zuvorkommende – Amtsniederlegung keinen Kündigungsschutz erwirken. Andererseits soll aber unter Umständen auch zu prüfen sein, ob eine Bestellung zum Geschäftsführer der Umgehung des anderenfalls greifenden Kündigungsschutzes diene.

Dr. Gunther Mävers, Maître en Droit, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Köln

Terminvorschau BAG

Neue anhängige Rechtsfragen

– BAG 9 AZR 245/19 –

Verfall von Urlaub nach neuer Rechtsprechung – Mitwirkungsobliegenheiten bei (langandauernder) Krankheit

Die Parteien streiten über restliche Urlaubsansprüche der Klägerin aus dem Jahr 2017.

Die Klägerin ist bei der Beklagten im St.-Hospital beschäftigt. Im Jahr 2017 erkrankte sie und konnte von dem ihr zustehenden Urlaubsanspruch im Jahr 2017 14 Tage nicht nehmen. Die Klägerin ist seit dem Jahr 2017 durchgehend erkrankt. Im November 2018 forderte sie die Beklagte erfolglos zur Abgeltung ihres Urlaubs für das Jahr 2017 auf.

Die Klägerin ist der Auffassung, ihr restlicher Urlaubsanspruch aus dem Jahr 2017 sei deshalb nicht verfallen, weil die Beklagte es unterlassen habe, sie rechtzeitig auf den drohenden Verfall hinzuweisen. Diese Hinweispflicht sei aufgrund ihrer Arbeitsunfähigkeit auch nicht entfallen.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Vorinstanz: LAG Hamm, Urt. v. 24.7.2019 – 5 Sa 676/19

Termin der Entscheidung: 26.5.2020, 10:00 Uhr

Zuständig: Neunter Senat

Revision nicht zugelassen

formale Stellung bei Gleichzeitigkeit von Abberufung und Kündigung entscheidend

Rechtslage bei zeitlich vorgehender Abberufung ungeklärt

Verfall von Urlaub / Mitwirkungsobliegenheiten bei (langandauernder) Krankheit

– BAG 9 AZR 401/19 –

Die Parteien streiten in der Revision noch um restliche Urlaubsansprüche des Klägers aus den Jahren 2010, 2011 und 2014.

Der als schwerbehinderter Mensch anerkannte Kläger war bei der Beklagten ab dem 10.4.2000 als Frachtfahrer beschäftigt. Der Arbeitsvertrag richtete sich zuletzt nach dem Tarifvertrag für den Öffentlichen Dienst, Sparte Flughäfen (TVöD-F), den betriebsüblichen Regelungen und den Dienstvorschriften. In § 3 einer mit Wirkung zum 1.4.2004 geschlossenen Betriebsvereinbarung „Lebensarbeitszeitkonto“ sind Zeitkontingente eines Lebensarbeitszeitkontos geregelt. Der Kläger beantragte jeweils im Oktober 2011 sowie im Oktober 2015 die Verbuchung einer bestimmten Anzahl von Tagen Resturlaub auf sein Lebensarbeitszeitkonto.

Auf Antrag bewilligte die Deutsche Rentenversicherung dem Kläger ab dem 1.12.2014 – zuletzt verlängert bis zum August 2019 – eine Rente wegen voller Erwerbsminderung.

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, ihm stünden für das Jahr 2010 noch 15 Urlaubstage, für das Jahr 2011 – ausgehend von insgesamt 38 Urlaubstagen (33 Urlaubstage, zusätzlich fünf Tage Schwerbehindertenurlaub) – noch sechs Urlaubstage und für das Jahr 2014 noch 34 Urlaubstage zu. Diese Urlaubstage seien nicht verfallen. Die Beklagte hat die Urlaubsansprüche der Höhe nach bestritten und gemeint, diese seien jeweils am 31.3. des Folgejahres verfallen. Zudem stehe einer Übertragung entgegen, dass das Arbeitsverhältnis ruhe.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Vorinstanz: Hessisches LAG, Urt. v. 7.3.2019 – 9 Sa 145/17

Termin der Entscheidung: 26.5.2020, 9:00 Uhr

Zuständig: Neunter Senat

Urlaubsabgeltung – Verfall
von Urlaubsansprüchen

Impressum

Herausgeber:

michels.pmks Rechtsanwälte Partnerschaft mbB
Hohenstaufenring 57
50674 Köln
Tel.: +49-221-50003-5
Fax: +49-221-50003-636

Über die Kanzlei:

michels.pmks Rechtsanwälte ist eine Boutique mit Schwerpunkten auf dem Arbeitsrecht sowie dem Gesundheitsrecht. Mit sieben Rechtsanwälten beraten wir vom Standort Köln aus bundesweit zu allen Fragen des Arbeitsrechts.

Erscheinungsweise:

10x jährlich, nur als PDF, nicht im Print.

Bestellungen:

Über den Verlag unter
<https://kostenlos.anwaltverlag.de/fachgebiete/arbeitsrecht>.



DeutscherAnwaltVerlag

Rochusstraße 2–4 · 53123 Bonn
Tel.: 02 28-9 19 11-52 · Fax: 02 28-9 19 11-23
Ansprechpartnerin im Verlag: Anne Krauss

Hinweis:

Die Ausführungen in diesem Werk wurden mit Sorgfalt und nach bestem Wissen erstellt. Sie stellen jedoch lediglich Arbeitshilfen und Anregungen für die Lösung typischer Fallgestaltungen dar. Die Eigenverantwortung für die Formulierung von Verträgen, Verfügungen und Schriftsätzen trägt der Benutzer. Herausgeber, Autoren und Verlag übernehmen keinerlei Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in diesem Infobrief enthaltenen Ausführungen.

Hinweise zum Urheberrecht:

Die Inhalte dieses Infobriefs wurden mit erheblichem Aufwand recherchiert und bearbeitet. Sie sind für den Abonnenten zur ausschließlichen Verwendung zu internen Zwecken bestimmt. Dementsprechend gilt Folgendes:

- Die schriftliche Verbreitung oder Veröffentlichung (auch in elektronischer Form) der Informationen aus diesem Infobrief darf nur unter vorheriger schriftlicher Zustimmung durch die Deutsche Anwaltverlag & Institut der Anwaltschaft GmbH erfolgen. In einem solchen Fall ist der Deutsche Anwaltverlag als Quelle zu benennen.
- Unter „Informationen“ sind alle inhaltlichen Informationen sowie bildliche oder tabellarische Darstellungen von Informationen aus diesem Infobrief zu verstehen.
- Jegliche Vervielfältigung der mit dem Infobrief überlassenen Daten, insbesondere das Kopieren auf Datenträger sowie das Bereitstellen und/oder Übertragen per Datenfernübertragung ist untersagt. Ausgenommen hiervon sind die mit der Nutzung einhergehenden, unabdingbaren flüchtigen Vervielfältigungen sowie das Herunterladen oder Ausdrucken der Daten zum ausschließlichen persönlichen Gebrauch. Vom Vervielfältigungsverbot ausgenommen ist ferner die Erstellung einer Sicherheitskopie, soweit dies für die Sicherung künftiger Benutzungen des Infobriefs zum vertraglich vorausgesetzten, ausschließlich persönlichen Gebrauch notwendig ist. Sicherheitskopien dürfen nur als eine solche verwendet werden.
- Es ist nicht gestattet den Infobrief im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit Dritten zur Verfügung zu stellen, sonst zugänglich zu machen, zu verbreiten und/oder öffentlich wiederzugeben.