

## Info-Brief - September 2023

Liebe Leserinnen und Leser,  
liebe Kolleginnen und Kollegen,  
die Tage werden wieder länger, Zeit mal die neue Rechtsprechung zu sichten. Einiges aus dem Arbeitsrecht für Beschäftigte, Betriebs- und auch für Personalräte haben wir herausgesucht, weil wir es interessant und mitteilenswert fanden.  
Unseren nun schon liebgewonnen neuen Kollegen im Team kennen viele von Euch schon. Wenn nicht, hier ist er:

Daniel Mennong Rechtsanwalt  
und Experte für Arbeitsrecht



Die aktuelle Arbeitsmarktlage insbesondere im Klinik- und Pflegebereich bringt endlich wieder die Möglichkeit, über Lage der Arbeitszeit, über Teilzeitarbeit und Verbesserungen in vielen Bereichen zu verhandeln. Auch mal schön 😊

Euer  
Team Thannheiser und Partner

### Arbeitsrecht

#### Schutz der Ehre der Kolleginnen und Kollegen wieder hergestellt

BAG vom 24.08.2023 - 2 AZR 17/23

Wir hatten in der März-Ausgabe berichtet, dass das LAG Niedersachsen eine fristlose Kündigung für unwirksam erklärte, obwohl der Betroffene beleidigende und menschenverachtende Äußerungen über Kolleginnen und Kollegen in einer Chat-Gruppe verteilt hatte.

Das BAG sah das - erfreulicherweise - anders.

Grundsätzlich ist eine außerordentliche Kündigung gerechtfertigt, wenn sich Beschäftigte in einer aus sieben Mitgliedern bestehenden privaten Chatgruppe in stark beleidigender, rassistischer, sexistischer und zu Gewalt aufstachelnder Weise über Vorgesetzte und andere Kollegen äußern.

Eine Vertraulichkeitserwartung ist in einer solchen Gruppe grundsätzlich nicht gegeben und müsste im Einzelfall von den Betroffenen begründet werden.

Das BAG meint, dass bei sieben Chat-Mitgliedern nichts dafürspricht, dass man erwarten könne, dass Mitteilungen wie im „Wohnzimmer“ privat bleiben.

#### Gleichbehandlungsgrundsatz ist auch bei freiwilligen Leistungen zu beachten

BAG vom 26.4.2023 – 10 AZR 137/22

Der Arbeitgeber hatte sich für eine freiwillige Leistung im Arbeitsvertrag ausbedungen, dass auch bei wiederholter Zahlung weder dem Grund noch der Höhe nach, ein Rechtsanspruch begründet wird. Das BAG hat die Wirksamkeit der Freiwilligkeitsvorbehalte unterstellt. Aber auch der regelmäßig vom Arbeitgeber erklärte Freiwilligkeitsvorbehalt für das Jahr der Zahlung bzw. Leistung durch den Arbeitgeber schließt eine Bindung an den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz nicht aus.

Die Richter entschieden nicht endgültig, sondern verwiesen an das LAG Nds. zurück.

Dort ist nun zu klären, ob es eine Gruppenbildung gab, die aus sachlichen Gründen den Kläger von freiwilligen variablen Leistungen ausschloss.

Der Kläger hat behauptet, dass er zu einer Gruppe gehörte, die alle Leistungen erhielten, nur er nicht. Wenn das stimmt, wird der Arbeitgeber auch dem Kläger entsprechende Zahlungen zu leisten haben.

Hintergrund ist letztlich, dass der Kläger vom Arbeitgeber mehrfach erfolglos gekündigt wurde.

### **Personalstellung im öffentlichen Dienst keine Leiharbeit**

EuGH vom 22.06.2023 - C-427/21

Im TVöD ist die sogenannte Personalstellung (§ 4 III TVöD) eröffnet, wenn Aufgaben, die Beschäftigte wahrnehmen, auf einen Dritten verlagert werden. Die Betroffenen behalten ihren bisherigen Arbeitsvertrag werden aber an den Dritten zur Aufgabenerledigung „gestellt“.

Das BAG meinte in seiner Vorlage, dass diese Verlagerung zu dem Zweck erfolge, den Schutz und die Sicherheit der Beschäftigten, deren Aufgaben dauerhaft weggefallen seien, zu gewährleisten. Durch die Personalstellung wird das Risiko eines Arbeitsplatzverlusts oder eines Arbeitgeberwechsels vermieden. Daher finden die einschränkenden Regelungen zur Leiharbeit keine Anwendung.

Der EuGH hat sich dieser Auffassung angeschlossen. Damit ist die Diskussion in den letzten Jahren, ob eine Personalstellung nur befristet möglich wäre etc., erledigt.

### **Leiharbeit begründet kein Arbeitsverhältnis zum Entleiher**

BAG, Urteil vom 05.04.2023 - 7 AZR 224/22

In dem Fall ging es um die Frage, ob Leiharbeit eine nachfolgende Einstellung mit einer sachgrundlosen Befristung verhindert. Das BAG hat das verneint, weil keine Vorbeschäftigung i.S.d. § 14 II 2 TzBfG vorliege.

Nach § 14 II 2 TzBfG ist die sachgrundlose Befristung eines Arbeitsvertrags nicht zulässig, wenn bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber bestanden hat. Das „Entleiherunternehmen“ ist aber nicht derselbe Arbeitgeber in diesem Sinne.

### **Arbeitnehmerüberlassung im Konzern ist rechtswirksam**

LAG Niedersachsen, Urteil vom 12.01.2023 - 5 Sa 212/22

Immer wieder wird diskutiert, ob das „Konzernprivileg“ in § 1 III AÜG europarechtswidrig ist oder nicht. Das LAG hat dieser Diskussion nun eine sehr einfach begründete Absage erteilt.

Es stellt fest, dass die RL 2008/104/EG keine unmittelbare Anwendung findet. Denn der nationale Gesetzgeber hat das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz erlassen und darin das Konzernprivileg klar und eindeutig beschrieben. Daher steht es den Gerichten nicht zu unter Bezug auf Europarecht das Gesetz ins Gegenteil zu verkehren.

### **Kürzung der betrieblichen Altersversorgung bei Wechsel von Vollzeit auf Teilzeit zulässig**

BAG vom 20.06.2023 - 3 AZR 221/22

Oft sind betriebliche Renten mit einer „endgehaltsbezogenen Versorgungszusage“ versehen. Die Rente richtet sich also nach dem letzten Gehalt. Für Beschäftigte, die in Teilzeit gewechselt sind, ist dies ein Nachteil.

Das BAG stellte fest, dass Teilzeitbeschäftigte eine entsprechend geringere Betriebsrente erhalten als Vollzeitbeschäftigte, stelle keinen Verstoß gegen § 4 TzBfG dar. Denn § 4 TzBfG erlaube bei allen Vergütungsbestandteilen eine Quotierung (pro-rata-temporis-Prinzip).

In der vorliegenden Entscheidung ging es dann um die Frage, ob ein Bemessungszeitraum von 10 Jahren für die Quotierung ausreichend sei. Dies wird bejaht, da eine endgehaltsbezogene Betriebsrente dem legitimen Zweck der Erhaltung des letzten im Erwerbsleben erarbeiteten Lebensstandards im Ruhestand diene. Insofern sei es nicht zu beanstanden, wenn die Zusage nur die letzten 10 Jahre berücksichtige. Denn dies sei typischerweise ein Zeitraum, in dem sich der durch den jeweiligen Arbeitsverdienst geprägte Lebensstandard, der durch die Altersrente gesichert werden solle, verfestigt habe.

### **Keine Sozialauswahl bei einem Betriebsteilübergang**

BAG vom 11.05.2023 - 6 AZR 267/22

Bei einem Betriebsteilübergang gehen die Arbeitsverhältnisse „von selbst“ auf den Erwerber über, die dem Betriebsteil zugeordnet sind. Es kommt also nur auf die Frage an, ob die/der Beschäftigte in dem übergehenden Betriebsteil eingegliedert war.

Eine soziale Auswahl unter allen betriebsangehörigen Beschäftigten ist nach Ansicht des BAG nicht auch nicht nachträglich vorzunehmen. Hintergrund ist, dass erst ein Betriebsteil auf ein anderes Unternehmen übertragen wurde und danach der restliche Betrieb stillgelegt worden ist. Die verbliebenen Beschäftigten wurden gekündigt. Der Kläger wäre nicht zu kündigen gewesen, wenn vorher eine Sozialauswahl nach § 1 KSchG stattgefunden hätte.

Aber genau dies muss der Arbeitgeber nicht machen. Die Frage, wie lang Beschäftigte in dem Betriebsteil beschäftigt gewesen sein müssen, wurde nicht erörtert. Denn in der Praxis werden häufig vor einem Betriebsteilübergang, die organisatorischen Einheiten neu strukturiert. Damit ergeben sich „Gestaltungsmöglichkeiten“ für den Arbeitgeber hinsichtlich der Frage, welche Beschäftigten „übrig“ bleiben sollen.

### **Kündigung trotz fehlender oder falscher Massenentlassungsanzeige wirksam**

EuGH v. 13.07.2023 - C-134/22

Die Verpflichtung des Arbeitgebers, bei beabsichtigten Massenentlassungen der Bundesagentur Informationen darüber mitzuteilen, beinhaltet keinen Individualschutz. Die Mitteilung erfolgt nur zu Informations- und Vorbereitungszwecken für die zuständige Behörde.

Dies hat der Europäische Gerichtshof auf eine Vorlage des Bundesarbeitsgerichts entschieden und damit leider die Frage verneint, ob eine formal richtige (z.B. mit richtiger Betriebsratsanhörung) und fristgerechte Massenentlassungsanzeige Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Kündigung ist.

### **Anmerkung:**

Damit wird die Regelung zur Massenentlassung entwertet. Auch die Stellungnahme der Bundesagentur hat somit keine Bedeutung mehr. Schade und m.E. falsch.

### **Die Auswertung von E-Mails ist anzukündigen**

LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 27.01.2023 - 12 Sa 56/21

Bei erlaubter Privatnutzung eines dienstlichen E-Mail-Accounts darf eine verdachtsunabhängige Überprüfung der Mails durch den Arbeitgeber in aller Regel nicht verdeckt erfolgen.

Den Beschäftigten muss angekündigt werden, dass und aus welchem Grund eine Kontrolle von E-Mails stattfinden soll. Es muss ihnen Gelegenheit gegeben werden, private Nachrichten in einem gesonderten Ordner zu speichern, auf den kein Zugriff erfolgt.

In der Sache ging es um die Frage, ob eine Kündigung wegen übermäßiger privater Nutzung des dienstlichen Smartphones gerechtfertigt sei.

Das Gericht hat sich mit der Frage aber nicht auseinandergesetzt, weil es die vorgelegten Mails für nicht verwertbar hielt. Das Verwertungsverbot ergebe sich aus der Unzulässigkeit der Datenverarbeitung.

Deshalb war die Kündigung unwirksam und die Beklagte musste dem Kläger zusätzlich Schadensersatz nach Art 82 Abs. 1 DSGVO zahlen!

### **Befristung eines Betriebsratsmitglieds möglich**

BAG vom 21.12.2022 - 7 AZR 489/21

Ein befristet beschäftigtes Betriebsratsmitglied wird benachteiligt, wenn ein Arbeitgeber wegen dessen Betriebsrats Tätigkeit den Abschluss eines Folgevertrags ablehnt. Es besteht dann ein Anspruch auf Schadensersatz, und zwar auf Abschluss des verweigerten Folgevertrags.

Allerdings hat das Betriebsratsmitglied hinsichtlich der Benachteiligung eine abgestufte Darlegungs-, Einlassungs- und Beweislast. In diesem Fall hatte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis wegen des Erreichens der Regelaltersgrenze – wie bei 200 anderen beschäftigten auch – nicht verlängert. Dies konnte der Betriebsrat nicht widerlegen.

### **Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung eines Betriebsratsvorsitzenden ersetzt**

ArbG Lüneburg vom 05.04.2023 - 2 BV 6/22

Achtung bei privaten Aktivitäten bei Betriebsräteschulungen:

Das ArbG Lüneburg stellte fest, dass das eigenmächtige vorzeitige Verlassen eines Betriebsrätetages, um privaten Interessen nachzugehen, eine außerordentliche Kündigung bedeuten kann.

Dies insbesondere deshalb, weil eine versuchte Täuschung über stattdessen geleistete Betriebsrats Tätigkeit vorlag. Diese sei geeignet, das Vertrauen des Arbeitgebers in die Redlichkeit des Beschäftigten tiefgreifend zu erschüttern.

Ein solches Verhalten rechtfertigt den Ausspruch der vom Arbeitgeber beabsichtigten außerordentlichen Kündigung.

### **Bonus für freigestellte Betriebsratsmitglieder**

LAG Hamburg vom 26.04.2023 - 3 Sa 29/22

Das LAG stellte fest, dass der Zielbonus eines freigestellten Betriebsratsmitglieds sich nicht automatisch nach dem durchschnittlichen Zielerreichungsgrad der Vergleichsgruppe bemisst. Hatte das Betriebsratsmitglied vor seiner Freistellung einen höheren Zielerreichungsgrad als die Vergleichspersonen, ist dieser höhere Zielerreichungsgrad relativ fortzuschreiben. Darin liegt keine Besserstellung, sondern die Vermeidung von Benachteiligungen durch die BR-Tätigkeit.

Auch Leistungen Dritter können fortzuzahlendes Arbeitsentgelt im Sinne des § 37 II BetrVG sein. Hier ging es um Provisionen von Drittunternehmen, die dem Betriebsrat auch nach der Freistellung zu zahlen sind.

### **Personalrat: Achtung bei fehlenden Informationen im Mitbestimmungsverfahren**

BVerwG vom 18.04.2023 - 5 P 4.22

**Nie** die Zustimmung verweigern, weil Informationen fehlen!

Das ist kein Verweigerungsgrund. Die Begründung des Widerspruchs ist dann unbeachtlich und die Maßnahme darf vollzogen werden!

**Immer** die fehlenden Informationen konkret einfordern. Denn die Frist des § 70 Abs. 3 Satz 1 BPersVG, wonach der Beschluss des Personalrats über die beantragte Zustimmung dem Leiter der Dienststelle innerhalb von zehn Arbeitstagen mitzuteilen ist, beginnt erst mit der vollständigen Unterrichtung des Personalrats über die mitbestimmungspflichtige Maßnahme, zu laufen!

### **Verpflichtung zur Notfallsanitäterfortbildung nicht ohne Personalratsbeteiligung**

BVerwG vom 22.04.2023 - 2 C 2.22)

Wird ein Hauptbrandmeister angewiesen, sich zum Notfallsanitäter fortzubilden, muss der Personalrat beteiligt werden.

Beamte können laut Bundesverwaltungsgericht zwar durch Weisung zu dienstlichen Weiterqualifizierungsmaßnahmen verpflichtet werden, wenn es sich um Anpassungsfortbildungen handelt.

Der Dienstherr müsse aber ein Mitbestimmungsrecht des Personalrats bei der Auswahl von mehreren potentiellen Teilnehmer/innen beachten.

### **Mitbestimmung des Personalrats bei der Anordnung von Distanzunterricht**

OVG Bremen vom 22.02.2023 - OVG 6 LP 128/22

Die Frage, ob die Anordnung von „Homeschooling“ eine neue Arbeitsmethode darstellt, wurde vom OVG Bremen bejaht.

Die Anordnung von Distanzunterricht (Homeschooling) unterliegt damit Einführung einer neuen Arbeitsmethode der Mitbestimmung des Personalrats.



#### **Achim Thannheiser**

Rechtsanwalt + Betriebswirt

#### **Angelika Küper**

Rechtsanwältin + Dozentin für Wirtschaftsrecht

#### **Lothar Böker**

Rechtsanwalt + Mediator

#### **Alexandra Borm †**

Rechtsanwältin

#### **Volker Mischewski**

Rechtsanwalt + Mediator

Fachanwalt für Arbeitsrecht

In freier Mitarbeit:

#### **Klaus Beckereit**

Rechtsanwalt + Mediator

#### **Daniel Mennong**

Rechtsanwalt



Sekretariat:

#### **Silke Papke**

Rechtsanwaltsfachangestellte

#### **Josefa Günther**

Rechtsanwaltsfachangestellte

#### **Lisa-Marie Leiermann**

Stud. Hilfskraft

Rühmkorfstr. 18, 30163 Hannover - Tel: 0511 990490

E-Mail: [Rechtsanwalt@Thannheiser.de](mailto:Rechtsanwalt@Thannheiser.de) - [www.thannheiser.de](http://www.thannheiser.de)

Falls die Besprechung / Sitzung mal außerhalb des Betriebes stattfinden soll:

<https://lister-räume.de>

**DenkRaum-List**  
Training Tagung Seminar



■ **RaumAngebot**

- RaumPreise
- Grundriss
- RaumBilder
- Flyer
- Anfahrt
- Buchungsanfrage

**Zentrale Schulungsräume in Hannover**

Freundliche Seminarräume, Gruppenarbeitsräume und Besprechungs-räume in einem schön renovierten und ruhig gelegenen Lister Altbau mit grünen Hofgarten. Wenige Meter vom Lister Platz mit Blick auf die Eilenriede (ideal für den Mittagsspaziergang).

- Räume für Seminare, Workshops oder Schulungen 38 m<sup>2</sup> und 30 m<sup>2</sup> (bis 12 Personen mit Tischen, bis 30 TN nur bestuhlt) sowie
- Gruppenarbeitsräume oder Besprechungsräume (19 m<sup>2</sup> bzw. 25 m<sup>2</sup>) stehen zur Verfügung.
- Großes Foyer mit Garderobe, Internetkaffee, Küche und Toiletten.
- Überdachter Raucherbereich draußen im Hof.
- Gartennutzung - Stühle mit Polster und Tisch unter großer Kastanie.

**Seminare Meeting Workshop**

**Preise – auch 2023 unverändert!**

Seminarräume jeweils pro Tag (8:30 bis 17:30 Uhr) pauschal ohne Tagungsgetränke incl. MWSt.  
Zu anderen Zeiten nach Absprache buchbar.  
Nötige Materialien, W-LAN, Wandtafel, Flipchart, Beamer sind inbegriffen.

Raum 1 mit ca. 30 m <sup>2</sup> (12 TN m. Tisch - eng 15 TN)	109,00 €
Raum 2 mit ca. 38 m <sup>2</sup> (8 TN m. Tisch - eng 10 TN)	109,00 €
(Teil des Raumes durch Pfeiler als Sitz-/Arbeitsecke nutzbar)	
Raum 3 mit ca. 19 m <sup>2</sup> (max. 4 TN m. Tisch)	59,00 €
Raum 4 mit ca. 25 m <sup>2</sup> (max. 6 TN m. Tisch)	79,00 €
Komplettpaket (A) für alle Räume	- 25 %
Komplettpaket (B) für Raum 1 oder 2 UND Raum 3 oder 4	- 15 %
Tagungspauschale "flatrate" (Bio-Kaffee, Tee, Kräutertees, Wasser, Bionade, Cola, Obst und Schoko/Kekse oder Joghurt pro Person und Tag)	12,00 €
Tagungspauschale "mini" (Bio-Kaffee, Tee, Kräutertee, Wasser mit u. ohne Kohlensäure pro Person und Tag)	7,50 €

Achtung: Bei Nutzung über 18:00 Uhr hinaus, müssen wir einen Zuschlag von 50 % der jeweiligen Raumkosten berechnen.

Die Vermietung erfolgt grundsätzlich nicht am Wochenende. Ausnahmen können angefragt werden.

Tagungspauschale (Getränke und Kaffeepause):

Fairtrade Bio-Kaffee, verschiedene Teesorten, Wasser mit und ohne Kohlensäure, Bionade, Cola (werden morgens hingestellt und sind in der Küche den ganzen Tag frei verfügbar).

Frisches Obst und Kekse und Überraschungsleckereien (Schokolade einerseits, Joghurt andererseits) werden für eine Vormittags- und eine Nachmittagspause bereitgestellt.