

DER ARBEITSRECHTSREPORT

herausgegeben von den Rechtsanwälten der Sozietät

GLAUBER & PARTNER



INHALT EDITORIAL

BAG Aktuell:

- Keine Verpflichtung zur Annahme eines Prozessarbeitsverhältnisses

Aus der Rechtsprechung:

- Probezeitkündigung von schwerbehinderten Arbeitnehmern
- Kündigung nach verweigertem Coronatest
- Pauschalabgeltung von Überstunden
- Kein gesetzlicher Mindestlohn für Pflichtpraktika
- Außerordentliche Kündigung nach Trunkenheitsfahrt
- Kündigung wegen eigenmächtigen Fernbleibens für Tarifverhandlungen

EDITORIAL

Wir möchten Sie wieder über einige aktuelle Entscheidungen des BAG, des EuGH und der Instanzgerichte zu besonders relevanten Themen für Ihre Personalarbeit informieren und freuen uns, wenn der ARBEITSRECHTSREPORT wieder Ihr Interesse findet.

Hinweisen möchten wir Sie insbesondere auf die Entscheidung des EuGH, wonach schwerbehinderten Arbeitnehmern auch während der Probezeit personenbedingt nur dann gekündigt werden kann, wenn keine Beschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz möglich ist oder diese mit unverhältnismäßigen Belastungen des Arbeitgebers einhergehen würde.

Des Weiteren hat das BAG entschieden, dass Arbeitnehmer zur Geltendmachung von Annahmeverzugslohn nicht zur Annahme eines Prozessarbeitsverhältnisses verpflichtet sind, wenn sie bereits ein vorläufig vollstreckbares Weiterbeschäftigungsurteil erstritten haben.

BAG AKTUELL:

Keine Verpflichtung zur Annahme eines Prozessarbeitsverhältnisses BAG, Urteil vom 08.09.2021 (Az.: 5 AZR 205/21)

Der Kläger hatte im Zuge eines Kündigungsschutzprozesses ein vorläufig vollstreckbares Weiterbeschäftigungsurteil erstritten. Statt den Kläger gemäß dem Urteil zu beschäftigen, bot die Beklagte ein befristetes Prozessarbeitsverhältnis an. Dies lehnte der Kläger ab. Er erklärte jedoch seine Bereitschaft, gemäß Weiterbeschäftigungsurteil für die Beklagte zu arbeiten. Dies lehnte wiederum die Beklagte ab, weshalb der Kläger keine Arbeitsleistung erbrachte. Gleichwohl verlangte er sein Gehalt wegen Annahmeverzugs der Beklagten. Die Beklagte vertrat die Ansicht, dass es der Kläger wegen der Ablehnung der Prozessbeschäftigung böswillig unterlassen habe, anderweitigen Verdienst zu erzielen, was kraft Gesetzes den Zahlungsanspruch entfallen lasse.

Das BAG gab dem Kläger Recht. Auch wenn die von der Beklagten angebotene Beschäftigung dem Kläger zumutbar gewesen sei und dieser demnach vorsätzlich eine ihm bekannte anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit bei demselben Arbeitgeber, die grundsätzlich zur Anrechnung führen könne, außer Acht gelassen habe, stehe dies einem Vergütungsanspruch des Klägers nicht entgegen. Denn dieser sei nicht verpflichtet gewesen, trotz des vorläufig vollstreckbaren Weiterbeschäftigungsurteils ein befristetes Prozessarbeitsverhältnis einzugehen.

Die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitgebers finde dort eine Grenze, wo der Arbeitnehmer einen vollstreckbaren Titel und damit einen den Arbeitgeber bindenden Rechtsanspruch habe. Das Beharren des Klägers darauf, dass die Beklagte ihre aus dem Titel folgende Rechtspflicht erfüllt, sei nicht treuwidrig im Sinne des § 242 BGB.

[Anspruch aus Weiterbeschäftigungsurteil.](#)

AUS DER RECHTSPRECHUNG:

Probezeitkündigung von schwerbehinderten Arbeitnehmern EuGH, Urteil vom 10.02.2022 (Az.: C-485/20 HR Rail)

Der Kläger war bei der Beklagten als Gleisarbeiter beschäftigt. Noch während seiner Probezeit wurde dem Kläger ein Herzschrittmacher implantiert. Da Herzschrittmacher sensibel auf die elektromagnetischen Felder in Gleisanlagen reagieren können, konnte der Kläger nicht mehr als Gleisarbeiter arbeiten, weshalb ihm eine Schwerbehinderung bescheinigt wurde.

Da es dem Kläger auf Dauer unmöglich war, die Arbeiten zu verrichten, für die er eingestellt wurde, kündigte die Beklagte dem Kläger noch in der Probezeit. Der Kläger wehrte sich gerichtlich gegen die Kündigung und machte eine Diskriminierung aufgrund seiner Behinderung geltend. Zur Begründung führte der Kläger aus, dass die in Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG normierte Pflicht des Arbeitgebers, „angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderung“ zu treffen, auch eine Pflicht zur Weiterbeschäftigung auf einem anderen freien Arbeitsplatz umfasse.

Der EuGH folgte der Ansicht des Klägers. Er stellte klar, dass die Formulierung des Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG impliziere, dass Arbeitnehmer, die aufgrund ihrer Behinderung für ungeeignet erklärt werden, die wesentlichen Funktionen ihrer bisherigen Stelle zu erfüllen, auf einer anderen freien Stelle einzusetzen seien, für die sie die notwendige Kompetenz, Fähigkeit und Verfügbarkeit aufweisen. Dies gelte auch dann, wenn sich der Schwerbehinderte noch in der Probezeit befinde.

Die Weiterbeschäftigung auf einer anderen Stelle müsse jedoch nur dann ermöglicht werden, wenn der Arbeitgeber hierdurch nicht unverhältnismäßig belastet wird. Ob eine unverhältnismäßige Belastung vorliegt, sei vor allem anhand des finanziellen Aufwands sowie der Größe, der finanziellen Ressourcen und des Gesamtumsatzes der Organisation oder des Unternehmens und der Verfügbarkeit von öffentlichen Mitteln oder anderen Unterstützungsmöglichkeiten zu ermitteln.

Kündigung nach verweigertem Coronatest ArbG Hamburg, Urteil vom 24.11.2021 (Az.: 27 Ca 208/21)

Die Beklagte ist im Personenbeförderungssektor tätig. Im Zuge der Coronapandemie verfügte sie, dass sich alle ihre Fahrer regelmäßig mit bereitgestellten Coronaschnelltests testen müssen. Nachdem sich der Kläger auch nach wiederholter Anweisung der Beklagten weigerte, einen Coronaschnelltest durchzuführen, sprach die Beklagte eine verhaltensbedingte Kündigung aus. Da die Beklagte nach Ansicht des Klägers keine Befugnis habe, ihn zu symptomunabhängigen Coronatests zu verpflichten, begehrte der Kläger Kündigungsschutz.

Das Arbeitsgericht gab der Klage statt, folgte jedoch nicht der Argumentation des Klägers.

Soweit es sich bei den angeordneten Tests um solche mit minimalinvasiven Folgen handele, wie dies bei Tests im vorderen Nasenbereich oder Spuck- und Gurgeltests der Fall sei, überwiege das Interesse des Arbeitgebers, seine Belegschaft und Kunden vor einer Infektion zu schützen, das Interesse des Arbeitnehmers, solche Tests nicht durchzuführen. Die Weigerung, vom Arbeitgeber angeordnete Coronaschnelltests durchzuführen, stelle demnach generell einen geeigneten Kündigungsgrund dar. Im vorliegenden Fall hatte die Kündigungsschutzklage dennoch Erfolg, da die Beklagte den Kläger nicht ordnungsgemäß abgemahnt hatte. Auch der Umstand, dass der Kläger an drei verschiedenen Tagen zum Test angewiesen und nach seiner Weigerung jeweils unbezahlt freigestellt wurde, ersetze keine Abmahnung. Denn für den Kläger sei nicht hinreichend absehbar gewesen, dass ihm durch sein Verhalten eine Kündigung drohen würde.

Kündigungsschutz
Schwerbehinderter u.U. bereits
während der Probezeit.

Coronaschnelltest-Verweigerung
an sich geeigneter Kündigungs-
grund.

Pauschalabgeltung von Überstunden LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 14.09.2021 (Az.: 2 Sa 26/21)

Der Kläger war bei der Beklagten als Finanzbuchhalter angestellt. Für seine Tätigkeit bezog der Kläger bei einer zugrundeliegenden 40-Stunden-Woche ein monatliches Bruttogehalt von 1.800 Euro. Laut Arbeitsvertrag sollten zehn Stunden Mehrarbeit pro Monat mit dem regelmäßigen Gehalt des Klägers abgegolten sein. Insbesondere unter Berücksichtigung seines vergleichsweise geringen Gehalts hielt der Kläger diese pauschale Abgeltung von Überstunden für sittenwidrig und verlangte Überstundenvergütung i.H.v. 940 Euro.

Das LAG wies die Klage ab und erklärte die Pauschalabgeltung für zulässig. Eine Pauschalabgeltung von zehn Stunden monatlicher Mehrarbeit sei in der Praxis weit verbreitet und nicht ungewöhnlich. Eine entsprechende Klausel sei daher weder überraschend, noch benachteilige sie den Arbeitnehmer unangemessen, da sich für diesen klar und verständlich ergebe, wie viele Überstunden ohne zusätzliches Entgelt auf ihn zukommen könnten.

Das vergleichsweise geringe Gehalt des Klägers spiele für die Wirksamkeit der Pauschalabgeltungsklausel keine Rolle. Eine Pauschalabgeltung von Überstunden sei nur dann sittenwidrig, wenn der gesetzliche Mindestlohn unterschritten werde oder wenn ein auffälliges Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Vergütung besteht. Hiervon sei auszugehen, wenn die Vergütung geringer ist als zwei Drittel des in der betreffenden Branche üblicherweise gezahlten Tariflohns. Vorliegend wäre jedoch selbst bei Leistung der vollen zehn Überstunden weder der Mindestlohn unterschritten worden, noch waren Anhaltspunkte für ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Vergütung dargetan.

Pauschalabgeltung von 10 Stunden monatlich zulässig.

Sittenwidrigkeit bei Unterschreiten des gesetzlichen Mindestlohns oder von zwei Dritteln des branchenüblichen Tariflohns.

Kein gesetzlicher Mindestlohn für Pflichtpraktika BAG, Urteil vom 19.01.2022 (Az.: 5 AZR 217/21)

Die Klägerin absolvierte bei der Beklagten ein 6-monatiges Praktikum, welches Zugangsvoraussetzung für den von ihr begehrten Studienplatz war. Für das Praktikum war keine Vergütung vereinbart. Nach Beendigung des Praktikums verlangte die Klägerin dennoch die Zahlung von 10.300 Euro als Vergütung für geleistete Arbeit. Sie vertrat die Ansicht, dass ein Praktikum vor Aufnahme eines Studiums kein Pflichtpraktikum im Sinne des Mindestlohngesetzes (MiLoG) darstelle, weshalb die gesetzliche Ausnahme von der Vergütungspflicht nicht eingreife.

LAG und BAG wiesen die Klage ab.

Es bestehe kein Anspruch auf Vergütung, da der persönliche Anwendungsbereich des MiLoG nicht eröffnet sei. Der Ausschluss von Ansprüchen auf den gesetzlichen Mindestlohn nach § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 MiLoG erfasse nicht nur obligatorische Praktika, sondern auch solche, die in Studienordnungen als Voraussetzung zur Aufnahme eines Studiums verpflichtend vorgeschrieben sind. Da die Universität staatlich anerkannt sei, stehe auch nicht entgegen, dass es sich um die Studienordnung einer privaten Universität handele.

Zur Aufnahme eines Studiums erforderliche Praktika unterfallen nicht dem MiLoG.

Außerordentliche Kündigung nach Trunkenheitsfahrt LAG Mainz, Urteil vom 06.09.2021 (Az.: 1 Sa 299/20)

Der Kläger war langjährig bei der Beklagten beschäftigt und betreute für diese bundesweit Kunden. Für seine Tätigkeit stand dem Kläger ein Dienstwagen zur Verfügung, welchen er auch privat nutzen durfte. Für die Nutzung war eine Null-Promillegrenze vereinbart. Bei einer privaten Fahrt verursachte der Kläger einen schweren Unfall mit 1,8 Promille Alkohol im Blut, weshalb ihm die Fahrerlaubnis für zwölf Monate entzogen wurde.

Nach dem Unfall machte der Kläger der Beklagten das Angebot, für Kundenbesuche öffentliche Verkehrsmittel zu nutzen oder einen Fahrer auf eigene Kosten für den Dienstwagen einzustellen. Die Beklagte lehnte das Angebot ab und kündigte das Arbeitsverhältnis fristlos, hilfsweise ordentlich. Hierbei vertrat sie die Ansicht, der Kläger ➤

könne seine Tätigkeit ohne Führerschein nicht ausüben. Zudem sei die Alkoholfahrt eine so schwerwiegende Pflichtverletzung, dass eine Abmahnung nicht nötig gewesen sei. Mit seiner Klage wendete sich der Kläger gegen die von der Beklagten ausgesprochenen Kündigungen.

Wie schon zuvor das Arbeitsgericht, gab auch das LAG der Klage statt.

Der Verlust des Führerscheins könne ein Grund für eine außerordentliche Kündigung sein, sofern die arbeitsvertragliche Tätigkeit dadurch nicht mehr ausgeübt werden kann. Hieran hatte das Gericht jedoch Zweifel, da es dem Kläger weiterhin möglich sei, die Kundenbesuche durchzuführen, indem er öffentliche Verkehrsmittel nutzt. Selbst wenn dies nicht in allen Fällen möglich sei, wäre der Vorschlag des Klägers, vorübergehend einen Fahrer auf eigene Kosten einzustellen, ein probates milderer Mittel gewesen.

Vorschlag, auf eigene Kosten Fahrer einzustellen, kann Kündigung entgegenstehen.

Auch reiche die Alkoholfahrt als Kündigungsgrund nicht aus. Diese stelle zwar eine Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten dar, auch wenn sie außerhalb der Arbeitszeit erfolgte. Aufgrund der langjährigen störungsfreien Tätigkeit des Klägers für die Beklagte und der geringen Gefahr einer Wiederholung sei eine Kündigung ohne Abmahnung jedoch unverhältnismäßig.

Kündigung ohne Abmahnung unverhältnismäßig.

Kündigung wegen eigenmächtigen Fernbleibens für Tarifverhandlungen LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 23.11.2021 (Az.: 5 Sa 88/21)

Der Kläger war bei der Beklagten als Busfahrer beschäftigt. Nachdem er kurzfristig als Nachrücker in die Tarifkommission gewählt worden war, beantragte er bei seinem Einsatzleiter eine Freistellung für die Teilnahme an den Tarifverhandlungen am darauffolgenden Tag. Der Einsatzleiter verwehrte dem Kläger die Freistellung aufgrund von Personalmangel. Hierauf kündigte der Kläger an, den zweiten Teil seines Dienstes eigenmächtig nicht anzutreten, um an den Tarifverhandlungen teilzunehmen. Trotz Hinweis des Vorgesetzten auf seine Arbeitspflicht erschien der Kläger, wie zuvor angekündigt, nicht zum zweiten Teil seines Dienstes und nahm stattdessen an den Tarifverhandlungen teil.

Daraufhin kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung, da der Kläger nach ihrer Ansicht mit seiner Selbstbeurlaubung schwerwiegend gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen hatte.

Sowohl Arbeitsgericht als auch LAG wiesen die gegen die Kündigung gerichtete Klage ab. Das BAG bestätigte diese Entscheidungen.

Unentschuldigtes Fehlen oder eine eigenmächtige Selbstbeurlaubung seien erhebliche Pflichtverletzungen, die eine außerordentliche Kündigung begründen können. Es sei auch unerheblich, ob dem Kläger ein freier Tag oder ein Anspruch auf Freistellung zugestanden hatte. Auch bei einem legitimen Urlaubsanspruch sei dieser gemäß § 7 BurlG vom Arbeitgeber zu genehmigen. Verweigert der Arbeitgeber die Genehmigung eines legitimen Anspruchs, sei dieser zur Not per einstweiliger Verfügung durchzusetzen. Eine Selbstbeurlaubung sei hingegen Selbstjustiz und könne als Arbeitsverweigerung eingestuft werden. Da der Kläger wusste, was er tat, sei auch keine Abmahnung erforderlich gewesen.

Legitimer Anspruch auf Arbeitsbefreiung ist zur Not per einstweiliger Verfügung durchzusetzen.

GLAUBER & PARTNER

Rathausstraße 13 | D - 20095 Hamburg
Tel. + 49 - 40 - 32 33 99 - 0 | Fax + 49 - 40 - 32 33 99 - 11
rechtsanwaelte@glauber.de | www.glauber.de

Ihre Ansprechpartner im Arbeitsrecht sind:

Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Dr. Dirk Uhlmannsiek

Rechtsanwältin

Anja Krüger

www.der-arbeitsrechtsreport.de