

# DER ARBEITSRECHTSREPORT

herausgegeben von den Rechtsanwälten der Sozietät

GLAUBER & PARTNER



## INHALT

### EDITORIAL

#### BAG Aktuell:

- Kein Urlaubsanspruch während der Freistellungsphase in der Altersteilzeit

#### Aus der Rechtsprechung:

- Sachgrundlose Befristung bei 22 Jahre zurückliegender Vorbeschäftigung
- Belehrung über Verfall von Urlaub bei Langzeiterkrankten
- Sachgrundlose Befristung: Erhöhung der Beschäftigungsdauer durch Dienstreise
- Abkehrwille ist in der Regel kein Kündigungsgrund
- Versetzung wegen zwischenmenschlicher Konflikte
- Unfallversicherungsschutz bei Probearbeitstag

## EDITORIAL

Wir möchten Sie wieder über einige wichtige aktuelle Entscheidungen des BAG und der Instanzgerichte zu für Ihre Personalarbeit besonders relevante Themen informieren.

Hinweisen möchten wir Sie insbesondere auf die Entscheidung des BAG zum Urlaubsanspruch während der Freistellungsphase der Altersteilzeit im Blockmodell sowie die Fortentwicklung der Rechtsprechung des BAG zum Vorbeschäftigungsverbot bei sachgrundlosen Befristungen.

Wir hoffen, der ARBEITSRECHTSREPORT findet wieder Ihr Interesse.

## BAG AKTUELL:

### Kein Urlaubsanspruch während der Freistellungsphase in der Altersteilzeit BAG, Urteil vom 24.09.2019 (Az.: 9 AZR 481/18)

Nachdem der Kläger zunächst in Vollzeit beschäftigt war, wurde das Arbeitsverhältnis der Parteien ab Dezember 2014 als Altersteilzeitarbeitsverhältnis fortgesetzt. Die Parteien vereinbarten ein Blockmodell, nach dem der Kläger bis zum 31.03.2016 im bisherigen Umfang zur Arbeitsleistung verpflichtet und im Anschluss daran bis zum 31.07.2017 von der Arbeitsleistung freigestellt war. Nach dem Arbeitsvertrag stand dem Kläger ein jährlicher Urlaub von 30 Tagen zu. Im Jahr 2016 gewährte die beklagte Arbeitgeberin dem Kläger acht Tage Urlaub. Der Kläger war der Ansicht, ihm stünde auch für die Freistellungsphase der Altersteilzeit Erholungsurlaub zu und machte die Abgeltung von insgesamt 52 Urlaubstagen geltend. Die Klage blieb in allen Instanzen ohne Erfolg.

Nach § 3 Abs. 1 BUrlG beläuft sich der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub bei einer Arbeit an wöchentlich sechs Tagen auf 24 Werktage. Ist die Arbeitszeit auf weniger Arbeitstage in der Kalenderwoche verteilt, so muss die Anzahl der Urlaubstage unter Berücksichtigung des für das Urlaubsjahr maßgeblichen Arbeitsrhythmus berechnet werden.

Einem Arbeitnehmer, der sich in der Freistellungsphase eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses befindet und im gesamten Kalenderjahr von der Arbeitspflicht entbunden ist, steht mangels Arbeitspflicht kein gesetzlicher Urlaubsanspruch zu. Vollzieht sich der Wechsel von der Arbeits- in die Freistellungsphase im Laufe eines Kalenderjahres, so muss der Urlaubsanspruch nach Zeitabschnitten entsprechend der Anzahl der Tage mit Arbeitspflicht berechnet werden.

**Berechnung des Urlaubsanspruchs bei Wechsel von Arbeits- in Freistellungsphase nach Zeitabschnitten.**

## AUS DER RECHTSPRECHUNG: Sachgrundlose Befristung bei 22 Jahre zurückliegender Vorbeschäftigung BAG, Urteil vom 21.08.2019 (Az.: 7 AZR 452/17)

Die Klägerin war von Oktober 1991 bis November 1992 bei der Beklagten als Hilfsbearbeiterin für Kindergeld beschäftigt. Etwa 22 Jahre später beschäftigte die Beklagte die Klägerin erneut, und zwar aufgrund sachgrundlos befristeten Vertrags als Telefonserviceberaterin. Die Zweijahresfrist gemäß § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG wurde nicht überschritten.

Die Klägerin berief sich auf das Vorbeschäftigungsverbot gemäß § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG und begehrte die Feststellung, dass ihr Arbeitsverhältnis nicht aufgrund der Befristung geendet hat.

Das Arbeitsgericht wies die Klage ab, das LAG gab ihr statt. Die Revision der Beklagten war erfolgreich.

Das BAG entschied, dass das Verbot der sachgrundlosen Befristung nach einer Vorbeschäftigung gem. § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG in verfassungskonformer Auslegung der Norm nicht zur Anwendung kommt, wenn ein Arbeitnehmer 22 Jahre nach der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses erneut beim selben Arbeitgeber eingestellt wird. Dies folge aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 06.06.2018, wonach das Verbot insbesondere dann unzumutbar sein kann, wenn die Vorbeschäftigung sehr lange zurückliegt, eine Gefahr der Kettenbefristung in Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit des Beschäftigten nicht besteht und das Verbot nicht erforderlich ist, um das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform zu erhalten. Vorliegend waren auch keine besonderen Umstände ersichtlich, die dennoch die Anwendung des Verbots geboten hätten.

Bei Vorbeschäftigungszeiten, die 8 Jahre und 9 Monate (BAG, Urt.v. 20.03.19 – 7 AZR 409/16) und 15 Jahre (BAG, Urt.v. 17.04.19 – 7 AZR 323/17) zurücklagen, hatte das BAG zuvor den zurückliegenden Zeitraum als nicht lang genug angesehen.

## Belehrung über Verfall von Urlaub bei Langzeiterkrankten LAG Hamm, Urteil vom 24.07.2019 (Az.: 5 Sa 676/19)

Die Klägerin, die seit 2010 bei der Beklagten arbeitete, war seit dem Jahr 2017 durchgehend erkrankt und konnte in diesem Jahr den ihr zustehenden Urlaub nicht nehmen. Im November 2018 forderte die Klägerin die Beklagte zur Abgeltung dieses Urlaubs auf, was die Beklagte zurückwies.

Die Klägerin war – unter Verweis auf die neuere BAG-Rechtsprechung (Urt. v. 19.02.2019, 9 AZR 541/15) – der Ansicht, der restliche Urlaubsanspruch aus dem Jahr 2017 sei schon deshalb nicht verfallen, da die Beklagte es unterlassen habe, sie rechtzeitig auf den drohenden Verfall hinzuweisen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung blieb ohne Erfolg.

Das LAG urteilte, dass die Urlaubsansprüche der Klägerin aus dem Kalenderjahr 2017 erloschen waren. Die Beklagte sei nicht verpflichtet gewesen, auf den möglichen Verfall hinzuweisen. Eine solche Pflicht bestehe bei Langzeiterkrankten erst nach der Wiedergenesung, da ein Verfall von Urlaubsansprüchen zum 31.12. des Kalenderjahres unabhängig von einer Belehrung jedenfalls nicht durch Unkenntnis der Arbeitnehmerin von einem drohenden Verfall und einer notwendigen Beantragung erlöschen konnte.

Die Beklagte konnte die im Fall des Bestehens von Urlaubsansprüchen bei einer arbeitsfähigen Arbeitnehmerin verlangte Belehrung dahingehend, dass bestehende Urlaubsansprüche erlöschen, wenn diese nicht bis zum 31.12. des Kalenderjahres beansprucht werden, nicht erteilen, da diese im Fall einer langzeiterkrankten Arbeitnehmerin schlicht falsch gewesen wäre. Denn Urlaubsansprüche im Fall der Arbeitsunfähigkeit erlöschen erst nach Ablauf von 15 Monaten nach dem Ablauf des Kalenderjahres, aus dem sie resultieren. Die Frage eines früheren Erlöschens hätte sich erst wieder nach Genesung der Klägerin gestellt und sodann eine Belehrung der Beklagten erfordert.

Hinzuweisen ist darauf, dass abstrakte bzw. vorsorgliche Angaben, etwa im Arbeitsvertrag, in einem Merkblatt oder in einer Kollektivvereinbarung in der Regel nicht genügen, um den Anforderungen einer konkreten und transparenten Unterrichtung zum Verfall von Urlaubsansprüchen gerecht zu werden (BAG, Urteil vom 19.02.2019, 9 AZR 423/16, Rz. 41, 42). Die Belehrung durch den Arbeitgeber muss sich vielmehr auf den konkreten Fall beziehen.

22 Jahre zurückliegende Vorbeschäftigung nicht zu berücksichtigen.

Belehrungspflicht erst nach Wiedergenesung.

Keine abstrakte Belehrung.

## Sachgrundlose Befristung: Erhöhung der Beschäftigungsdauer durch Dienstreise LAG Düsseldorf, Urteil vom 09.04.2019 (Az.: 3 Sa 1126/18)

Das Arbeitsverhältnis des Klägers begann ausweislich seines Arbeitsvertrages am 05.09.2016 und wurde für die Dauer von zwei Jahren sachgrundlos bis zum 04.09.2018 befristet.

In den ersten Wochen seines Arbeitsverhältnisses besuchte der Kläger eine Schulung in Nürnberg. Hierzu reiste er im Einvernehmen mit der Arbeitgeberin bereits am 04.09.2016 von seinem Wohnort in Düsseldorf an.

Mit seiner Klage begehrte der Kläger die Feststellung, dass sein Arbeitsverhältnis nicht durch die Befristung geendet habe. Das LAG gab der Klage statt. Die Revision zum BAG wurde zugelassen.

Nach dem Urteil des LAG Düsseldorf war die sachgrundlose Befristung unwirksam. Die zulässige Dauer der Befristung nach § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG von bis zu zwei Jahren war vorliegend um einen Tag überschritten worden, da die Dienstreise des Klägers am 04.09.2016 bereits als Arbeitszeit anzusehen war. Nach Auffassung des LAG zählte die einvernehmliche und von der Arbeitgeberin bezahlte Dienstreise nicht zur Freizeit des Klägers, sondern wurde bereits innerhalb des Arbeitsverhältnisses erbracht.

Der Zwei-Jahres-Zeitraum endete daher bereits mit Ablauf des 03.09.2018. Die Überschreitung der Höchstdauer von zwei Jahren für die sachgrundlose Befristung auch nur um einen Tag führte zur Unwirksamkeit der Befristung und damit dazu, dass mit dem Kläger ein unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht.

Früherer Beginn des Arbeitsverhältnisses durch eine Dienstreise.

## Abkehrwille ist in der Regel kein Kündigungsgrund ArbG Siegburg, Urteil vom 17.07.2019 – 3 Ca 500/19

Der bei der Arbeitgeberin seit 2016 als Teamleiter beschäftigte Kläger informierte seine Arbeitgeberin Anfang 2019 über seine Kündigungsabsicht und seine Entscheidung, sich nach einer Kur im März und April 2019 einen neuen Job suchen zu wollen. Er kündigte sodann sein Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 22.01.2019 zum 15.04.2019. Daraufhin kündigte die Arbeitgeberin ihrerseits dem Kläger mit Schreiben vom 31.01.2019 zum 28.02.2019 und nannte als Grund den in der Kündigung zum Ausdruck kommenden Abkehrwillen des Klägers.

Das Arbeitsgericht gab der hiergegen erhobenen Kündigungsschutzklage statt.

Nach Ansicht des Arbeitsgerichts war die Arbeitgeberkündigung nicht durch den in der Eigenkündigung zum Ausdruck gebrachten Abkehrwillen des Klägers begründet. Zwar könne der Abkehrwille eines Arbeitnehmers – im Ausnahmefall – eine betriebsbedingte Kündigung rechtfertigen. Dies gelte aber nur dann, wenn Schwierigkeiten mit der Nachbesetzung der Stelle zu erwarten sind und der Arbeitgeber eine sonst schwer zu findende Ersatzkraft gerade an der Hand hat.

Abkehrwille kann nur ausnahmsweise Kündigung rechtfertigen.

Dies war vorliegend nicht der Fall. Vielmehr konnte die Arbeitgeberin auf eine bereits bei ihr beschäftigte Mitarbeiterin zurückgreifen. Zudem war auch der Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Betrieb klar.

## Versetzung wegen zwischenmenschlicher Konflikte LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 30.07.2019 (Az.: 5 Sa 233/18)

Während der Arbeitszeit kam es zu einer Auseinandersetzung zwischen der Küchenleiterin und der als Köchin beschäftigten Klägerin. Seit diesem Tage war die Klägerin ununterbrochen arbeitsunfähig. Einige Zeit später versetzte die Beklagte die Klägerin in einen anderen Betrieb in einer nahegelegenen Stadt. Für die Fahrt zu ihrem neuen Arbeitsort benötigt die Klägerin etwa 50 Minuten, während sie zuvor nur etwa 20 Minuten benötigte.

Mit ihrer Klage beantragte die Klägerin festzustellen, dass sie nicht dazu verpflichtet ist, ihre Arbeitsleistung am neuen Standort zu leisten. Die Klage blieb sowohl vor dem Arbeitsgericht als auch vor dem LAG ohne Erfolg.



Nach Ansicht des LAG verstößt die Versetzung weder gegen § 106 GewO, § 315 BGB noch gegen die Arbeitsvertragsrichtlinien.

Nach § 106 S. 1 GewO kann der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag oder gesetzliche Bestimmungen festgelegt sind. Eine Festlegung des Arbeitsortes sah der Arbeitsvertrag der Klägerin nicht vor.

Die Bestimmung des Leistungsortes nach billigem Ermessen verlangt eine Abwägung der beiderseitigen Interessen. Nach Ansicht des LAG hatte der Arbeitgeber aufgrund der seit längerem anhaltenden Konfliktlage am ursprünglichen Arbeitsort der Klägerin ein berechtigtes Interesse an deren Versetzung. Er war nicht dazu verpflichtet, die Streitsache oder einen Verantwortlichen für den Streit aufzuklären. Der Klägerin sei es zumutbar, ihre Arbeitsleistung in der nahegelegenen Stadt zu erbringen.

Arbeitgeber muss Streit zwischen Mitarbeitern nicht aufklären.

### Unfallversicherungsschutz bei Probearbeitstag BSG, Urteil vom 20.08.2019 (Az.: B 2 U 1/18 R)

Der Kläger hatte sich um eine Stelle als Lkw-Fahrer beworben. Nach einem Vorstellungsgespräch einigte er sich mit dem potentiellen Arbeitgeber auf einen „Probearbeitstag“, für den eine Vergütung nicht gezahlt werden sollte.

Am Probearbeitstag stürzte der Kläger von der Ladebordwand des Lkw und verletzte sich u.a. am Kopf. Die Beklagte lehnte die Gewährung von Leistungen aus der gesetzlichen Unfallversicherung mit der Begründung ab, bei dem Probearbeitstag habe das Eigeninteresse des Klägers im Vordergrund gestanden, den Arbeitsplatz zu erhalten.

Das Sozialgericht hatte einen Arbeitsunfall bejaht, das LSG hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen, was das BSG nun bestätigt hat.

Ein Arbeitssuchender, der in einem Unternehmen einen „Probearbeitstag“ verrichtet und sich dabei verletzt, ist gesetzlich unfallversichert. Zwar habe der Kläger nicht als Beschäftigter unter Versicherungsschutz gestanden, da er noch nicht auf Dauer in den Betrieb eingegliedert war. Da der Kläger aber eine dem Unternehmen dienende, dessen Willen entsprechende Tätigkeit von wirtschaftlichem Wert erbracht hat, die einem abhängigen Beschäftigten ähnlich war, konnte der Kläger als „Wie-Beschäftigter“ gesetzlich unfallversichert angesehen werden. Zudem lag die Tätigkeit nicht nur im Eigeninteresse des Klägers, eine dauerhafte Beschäftigung zu erlangen, sondern sollte auch dem Unternehmer die Auswahl eines geeigneten Bewerbers ermöglichen und hatte damit für ihn einen objektiven Wert.

Auch „Wie-Beschäftigte“ gesetzlich unfallversichert.

## 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](http://www.der-arbeitsrechtsreport.de)