

The background of the entire page is a teal-tinted photograph of an industrial manufacturing environment. In the foreground on the right, a large, metallic gear is suspended from above by a mechanical arm. Below it, another gear is partially visible, resting on a surface. The background is filled with various pieces of industrial machinery, including conveyor belts and structural frames, all slightly out of focus. The overall lighting is bright, typical of a factory setting.

**LOSCHELDER**

**Newsletter Arbeitsrecht  
Mai 2021**

## **Inhalt**

### **Neues vom Gesetzgeber**

**Der Regierungsentwurf des Betriebsrätemodernisierungsgesetzes liegt seit dem 31.03.2021 vor**

### **Neues vom Gesetzgeber**

**Geplante Änderung des allgemeinen Befristungsrechts**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**Vorsicht vor Untoten: Über die unheimliche Wiederkehr der Heimarbeit**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**Ein BEM hat kein Mindesthaltbarkeitsdatum**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**Nachschieben von Kündigungsgründen – selbst bei „Blanko“-Kündigungen**

## Neues vom Gesetzgeber

### Der Regierungsentwurf des Betriebsrätemodernisierungsgesetzes liegt seit dem 31.03.2021 vor

*Das Bundeskabinett hat am 31. März 2021 den Regierungsentwurf des „Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Betriebsratswahlen und der Betriebsratsarbeit in einer digitalen Arbeitswelt (Betriebsrätemodernisierungsgesetz)“ verabschiedet. Nach unserer Einschätzung wird das Gesetz noch vor der Sommerpause im Bundestag verabschiedet werden. Wir möchten Ihnen die Eckpunkte des Gesetzes vorstellen.*

#### **1. Stärkung und Erleichterung der Betriebsratswahlen**

Das vereinfachte Wahlverfahren nach § 14a BetrVG wird erweitert. Statt bisher in Betrieben mit bis zu 50 wahlberechtigten Arbeitnehmern wird der Betriebsrat nun auch in den Betrieben mit bis zu 100 wahlberechtigten Arbeitnehmern in dem vereinfachten Wahlverfahren in zwei Wahlversammlungen gewählt. Zukünftig sollen nicht nur Betriebe mit bis zu 100 wahlberechtigten Arbeitnehmern für dieses erleichterte Wahlverfahren optieren können, sondern auch Betriebe mit in der Regel bis zu 200 wahlberechtigten Arbeitnehmern.

In § 14 Abs. 4 BetrVG in der Fassung des Betriebsrätemodernisierungsgesetzes (nachfolgend BetrVG-E) befinden sich Erleichterungen für die Unterzeichnung und Vorlage von Wahlvorschlägen.

Schikanöse Wahlanfechtungen sucht § 19 Abs. 3 BetrVG-E einzuschränken. Auf die Unrichtigkeit der Wählerliste kann sich nur berufen, wer ordnungsgemäß Einspruch gegen die Wählerliste eingelegt hat.

Mit dem Schutz der Betriebsratswahlen geht einher, dass die zu Wahlversammlungen einladenden Arbeitnehmer einen stärkeren Kündigungsschutz erhalten. Die Zahl der vor Kündigungen geschützten einladenden Arbeitnehmer wird dazu von drei auf sechs erhöht und es wird ein besonderer Kündigungsschutz für Arbeitnehmer eingeführt, die sich in der Vorbereitung zur einer Betriebsratswahl befinden, wenn sie dies notariell glaubhaft machen können (geregelt im zukünftigen § 15 Abs. 3b KSchG).

## **2. Betriebsratssitzungen**

Auch außerhalb der Covid-19-Pandemie soll Betriebsratsarbeit künftig rechtssicher unter Einsatz moderner Kommunikationsmittel möglich sein.

Deshalb können Betriebsräte – beim ausdrücklich bestätigten Grundsatz des Vorrangs der Präsenzsitzung – zukünftig entscheiden, ob die Betriebsratssitzung mittels Video- und Telefonkonferenz erfolgen kann. Das setzt die Definition der Voraussetzungen für eine solche Teilnahme in der Geschäftsordnung des Betriebsrats voraus. Sicherzustellen ist auch, dass Dritte vom Inhalt der Sitzung keine Kenntnis nehmen können (Anmerkung: Hier ist besonders darauf zu achten, dass die Aufzeichnungsfunktionen z.B. von Teams ausgeschaltet sind und dies durch geeignete technische und organisatorische Maßnahmen auch im Vorhinein nicht verändert werden kann). Eine solche Sitzung findet als Video- oder Telefonkonferenz statt, wenn nicht mindestens  $\frac{1}{4}$  der Mitglieder dem Vorsitzenden gegenüber widersprechen. Betriebsratsmitglieder haben die Teilnahme an einer solchen Video- und Telefonkonferenz in Textform zu bestätigen. Entsprechendes gilt für Gesamtbetriebsratsmitglieder. Ob in Präsenzsitzung oder per Teams bzw. Telefon getagt wird, entscheidet der Betriebsrat. Arbeitgeber sollen hierauf keinen Einfluss haben.

Auch die Tätigkeit der Einigungsstelle wird erleichtert. Dort wird eingefügt werden, dass die Beschlüsse schriftlich niederzulegen sind und vom Vorsitzenden zu unterschreiben oder in elektronischer Form niederzulegen sind oder vom Vorsitzenden mit seiner qualifizierten elektronischen Signatur dem Arbeitgeber und Betriebsrat zugeleitet werden. Werden Betriebsvereinbarungen in elektronischer Form abgeschlossen, haben Arbeitgeber und Betriebsrat abweichend von § 126a Abs. 2 BGB dasselbe Dokument elektronisch zu signieren.

## **3. Betriebsrat und Datenschutz**

Bekanntermaßen ist unklar, ob der Betriebsrat selbst verantwortliche Stelle im Sinne des Art. 4 Nr. 7 DSGVO ist. Das BAG hat dies bislang offengelassen.

Hierzu trifft § 79a BetrVG-E eine Regelung, die widersprüchlich erscheint. Im Satz 1 ist zunächst geregelt, dass der Betriebsrat die

Vorschriften über den Datenschutz einzuhalten hat. Wenn der Betriebsrat zur Erfüllung der in seiner Zuständigkeit liegenden Aufgaben personenbezogene Daten verarbeitet, ist aber Verantwortlicher im Sinne der DSGVO der Arbeitgeber. So ordnet es die neue Norm explizit an.

Nach der Rechtsprechung des BAG darf der Datenschutzbeauftragte die Datenverarbeitung durch den Betriebsrat nicht kontrollieren. Das BAG hat 1997 dazu erklärt, der Betriebsrat kontrolliere sich selbst und sei der „Hüter des Datenschutzes“. Angesichts der seitdem erheblich gestiegenen Mengen personenbezogener Daten in der Verarbeitung von Beschäftigtendaten erscheint dies etwas blauäugig. Der Arbeitgeber haftet nach Art. 82 und 83 DSGVO nach dem Regierungsentwurf weiterhin für eine Datenverarbeitung, die er weder steuern geschweige denn durch seinen Datenschutzbeauftragten kontrollieren kann. Wir würden uns sehr wünschen, wenn das Gesetzgebungsverfahren hier Änderungen vornimmt. Aber das bleibt wohl eher eine Hoffnung.

#### **4. Stärkung der Mitbestimmung**

Zweifach will der Gesetzgeber die Mitbestimmung bei modernen Technologien stärken.

Einmal wird in § 80 Abs. 3 BetrVG-E ein neuer Satz eingefügt. Muss der Betriebsrat zur Durchführung seiner Aufgaben die Erfüllung von künstlicher Intelligenz (KI) beurteilen, gilt die Hinzuziehung eines Sachverständigen als erforderlich. Bislang galt nach der Rechtsprechung, dass die Erforderlichkeit im Einzelfall zu prüfen ist. Bei IT-Fragen ist nach der Rechtsprechung des BAG zuvor innerbetrieblicher Sachverstand zu nutzen. Das regelt der Gesetzgeber nunmehr grundsätzlich anders, wenn es um KI geht.

Weiterhin wird in § 87 Abs.1 BetrVG, der die erzwingbare Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten regelt, eine neue Nr. 14 eingefügt. Der Betriebsrat bestimmt mit, wenn es um die Ausgestaltung von mobiler Arbeit geht, die mittels Informations- und Kommunikationstechnik erbracht wird. Das ist nach unserer Einschätzung in der Sache nichts Neues, weil schon bisher Fragen des Gesundheitsschutzes (§ 87 Abs.1 Nr.7 BetrVG) und der Mitbestimmung bei technischen Einrichtungen (§ 87 Abs.1 Nr.6 BetrVG) zu regeln waren. Daneben konnten Mitbestimmungsrechte

bei der Verpflichtung zur Aufzeichnung der Arbeitszeit aus Nr. 1, bei der Verteilung der Arbeitszeit aus Nr. 2 des § 87 BetrVG bestehen. Wir glauben daher nicht, dass sich hier im Wesentlichen etwas verändern wird, abgesehen von der politischen PR-Wirkung.

Daneben kann der Betriebsrat auch mitbestimmen, wenn Personal-Auswahlrichtlinien künstliche Intelligenz anwenden. Das soll der neue § 95 Abs. 2a BetrVG-E regeln.

## **5. Initiativrecht bei der Berufsbildung**

In Fragen der Berufsbildung sind bislang die Initiativmöglichkeiten der Betriebsräte gering ausgebildet.

Das soll der neue § 96 Abs. 1a BetrVG-E ändern: Kommt es im Rahmen der Beratungen zwischen den Betriebsparteien über Maßnahmen der Berufsbildung nicht zu einer Einigung, können der Arbeitgeber oder der Betriebsrat die Einigungsstelle um Vermittlung anrufen. Die Einigungsstelle hat eine Einigung der Parteien zu versuchen. Das bedeutet in der Praxis, dass es Gesprächs- und Verhandlungszwang bis in die Einigungsstelle gibt.

Die Einigungsstelle kann aber keine Maßnahmen der Berufsbildung festlegen. Sie würde damit in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers eingreifen. Die Rechtslage ist also vergleichbar zu derjenigen beim Abschluss eines Interessenausgleichs nach § 112 Abs. 1 BetrVG, der nur versucht, aber nicht von der Einigungsstelle entschieden werden kann. Die Einigungsstelle moderiert, sie entscheidet nicht.

## **6. Fazit**

Leider (aber erwartungsgemäß) fehlt im Regierungsentwurf eine praktikable Regelung zur Anwendung neuer Kommunikations- und Informationstechniken. Die Auslegung des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG führt in der Praxis dazu, dass der Betriebsrat bei jeder neuen IT-Anwendung und damit bei Produktionsmitteln, mitzubestimmen hatte. Die Prozesse können ganz erheblich verzögert werden, was in der schnelllebigen IT-Situation der Unternehmen misslich, teilweise gefährlich ist. Kritisiert wird dies seit langem. Aber wenn wir ehrlich sind: Wir hätten eine dementsprechende Modernisierung des BetrVG von dieser Bundesregierung nicht erwartet.



## Neues vom Gesetzgeber

### Geplante Änderung des allgemeinen Befristungsrechts

*Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) hat einen Referentenentwurf zur Änderung des allgemeinen Befristungsrechts erstellt. Das selbstgenannte Ziel dieser Gesetzesänderung ist, die Befristung von Arbeitsverträgen ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes sowie sogenannte Befristungsketten zu begrenzen. Der Referentenentwurf sieht eine deutliche Verschärfung des Befristungsrechts vor und dürfte – falls so umgesetzt – für viele Unternehmen zu erheblichen Umstellungen führen.*

#### 1. Einschränkung der sachgrundlosen Befristung:

- Die Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes soll künftig für die Dauer von **18 Monaten statt bislang zwei Jahren** zulässig sein. Bis zu dieser Gesamtdauer soll nur noch eine **einmalige statt einer dreimaligen Verlängerung** möglich sein.
- Die sachgrundlose Befristung soll zur Begrenzung von Befristungsketten weiterhin **nur bei Neueinstellungen** möglich sein.
- Es soll eine **Quote** eingeführt werden: Arbeitgeber, die in der Regel mehr als 75 Arbeitnehmerinnen und

Arbeitnehmer beschäftigen, sollen **maximal 2,5 %** ihrer Arbeitnehmer sachgrundlos befristen können. Hierbei soll eine Arbeitgeberbetrachtung zugrunde gelegt werden, sodass nicht auf einzelne Betriebe oder Dienststellen abgestellt wird, sondern auf die insgesamt beim Arbeitgeber beschäftigten Arbeitnehmer.

- Es soll ein **Zitiergebot** für Befristungen ohne sachlichen Grund eingeführt werden, sodass im Arbeitsvertrag ausdrücklich anzugeben sein soll, auf welcher Grundlage die Befristungsabrede beruht. Ausweislich der Begründung des Referentenentwurfs soll dadurch ausgeschlossen werden, dass sich Arbeitgeber in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren hilfsweise auf eine Befristung mit sachlichem Grund berufen können.
- Die sachgrundlose Befristung soll nicht zulässig sein, wenn die **Gesamtdauer der Befristung** zusammen mit Zeiten vorheriger Überlassungen des Arbeitnehmers an denselben Arbeitgeber eine **Höchstdauer von fünf Jahren** überschreitet.

## 2. Einschränkung der Befristung mit Sachgrund:

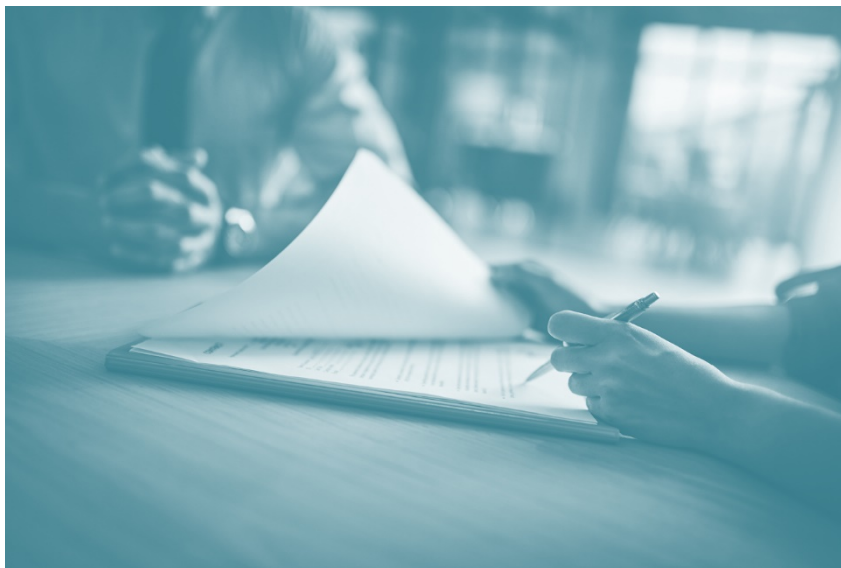
- Die Befristung eines Arbeitsvertrages mit Vorliegen eines sachlichen Grundes soll nicht mehr zulässig sein, wenn die Gesamtdauer der befristeten Arbeitsverhältnisse bei demselben Arbeitgeber eine **Höchstdauer von fünf Jahren** überschreitet. Diese Grenze soll jedoch nicht für Sachgründe nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG (Eigenart der Arbeitsleistung) und § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG (gerichtlicher Vergleich) gelten. Auf diese Höchstdauer sollen **auch Zeiten anzurechnen** sein, in denen die Arbeitnehmer demselben Arbeitgeber **als Leiharbeitnehmer** überlassen waren. Liegen diese vorherigen Beschäftigungszeiten jedoch mehr als drei Jahre zurück, ist die Befristung eines Arbeitsvertrages mit Vorliegen eines sachlichen Grundes wieder zulässig.



- Der sachliche Grund der sogenannten Haushaltsbefristung, der bislang in § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG geregelt und nur für öffentlich-rechtliche Arbeitgeber nutzbar ist, soll entfallen.

Die Gesetzesänderung soll zum 01.01.2022 in Kraft treten, wobei gewisse Übergangsfristen gewährt werden sollen. Aktuell handelt es sich nur um einen Referentenentwurf, sodass nicht mit Sicherheit gesagt werden kann, dass diese Änderungen tatsächlich in dieser Art sowie zum genannten Zeitpunkt umgesetzt werden. Unternehmen sollten jedoch bei ihrer Personalplanung berücksichtigen, dass jedenfalls mittelfristig eine Verschärfung des bisherigen Befristungsrechts wahrscheinlich ist.

Über die weitere Entwicklung werden wir Sie selbstverständlich in unserem Newsletter informieren.



## Neues aus der Rechtsprechung

### Vorsicht vor Untoten: Über die unheimliche Wiederkehr der Heimarbeit

*Zuweilen bergen auf den ersten Blick alltägliche Sachverhalte das Potential, Rechtsgeschichte zu schreiben. So etwa der Sachverhalt eines Bauingenieurs und Programmierers, der nach dem Ende seiner Tätigkeit als Arbeitnehmer von 1992 bis 2013 für seine ehemalige Arbeitgeberin weiterhin Programmierleistungen als freier Mitarbeiter erbrachte – zu nicht untypischen Bedingungen: Für andere Auftraggeber wurde er nicht tätig. Eine Pflicht, Arbeitsaufträge der Klägerin annehmen zu müssen, bestand nicht; ebenso bestand die Möglichkeiten eigene Mitarbeiter einzusetzen. Der Programmierer konnte auch ohne Zustimmung der Auftraggeberin festlegen, wann und in welchem Umfang er zur Verfügung stand und wann nicht.*

Es kam in der Folge zu Streitigkeiten über den arbeitsrechtlichen Status des Programmierers, die letztinstanzlich vom BAG (Urteil vom 14. Juni 2016, Az. 9 AZR 305/15) entschieden wurden. Ein Arbeitsverhältnis wurde mangels persönlicher Abhängigkeit verneint. Das BAG stellte jedoch fest, dass der Programmierer als Heimarbeiter i.S.v. § 2 Abs. 1 S. 1 Heimarbeitsgesetz (HAG) tätig war. Letzteres war durchaus überraschend, da zuvor höherwertige Tätigkeiten, wie die Programmierung, nicht als typischer Fall der Heimarbeit gesehen wurden. Das BAG hat das HAG, das als eine Regelung anscheinend nur noch historischer Arbeitsmodelle als gesetzliches Auslaufmodell erschien, spektakulär reaktiviert.

Die Rechtsstreitigkeiten nahmen mit dem Urteil des BAG jedoch kein Ende: Die Rentenversicherung Bund (Beklagte) hatte nach einem durchgeführten Statusfeststellungsverfahren gem. § 7a SGB IV festgestellt, dass der Programmierer seit 1992 „im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses“ bei der Klägerin tätig gewesen sei. Hiergegen ging die Auftraggeberin vor. Das Sozialgericht Kassel (Urteil vom 3. Juli 2019, Az. S 8 KR 2/15) hatte die Annahme einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung noch abgelehnt. Das LSG Hessen (Urteil vom 18. Juni 2020, Az. L 8 BA 36/19) dagegen zog aus dem Status des Programmierers als Heimarbeiter auch sozialversicherungsrechtlich weitgehende Konsequenzen: Es folgte den Ausführungen des BAG zu § 2 Abs. 2 HAG und stellte fest, dass der Programmierer Heimarbeiter i.S.v. § 12 Abs. 2 SGB IV sei.

Dabei hatte das LSG, wie das BAG, eine persönliche Abhängigkeit, die zur Sozialversicherungspflicht gemäß § 7 Abs. 1 SGB IV geführt hatte, abgelehnt. Die überraschende Entscheidung ergab sich aus der zuvor häufig übersehenen Vorschrift des § 12 Abs. 2 SGB IV, die eine gesetzliche Fiktion der Sozialversicherungspflicht für Heimarbeiter vorsieht.

1. § 12 SGB IV differenziert zwischen zwei Fällen: Der Hausgewerbetreibende i.S.v. § 12 Abs. 1 SGB IV ist als Selbstständiger in der Rentenversicherung sowie der Unfallversicherung begrenzt sozialversicherungspflichtig (§ 2 Nr. 6 SGB VI, § 2 Abs. 1 Nr. 6 SGB VII). Die volle Sozialversicherungspflicht wird lediglich für den Heimarbeiter fingiert.

Bei der Annahme der sozialversicherungsrechtlichen Heimarbeitereigenschaft hat das LSG unmittelbar auf die Feststellung der arbeitsrechtlichen Heimarbeitereigenschaft gem. § 2 Abs. 1 HAG durch das BAG abgestellt. Mit der Abgrenzung zwischen Heimarbeiter und Hausgewerbetreibenden (wobei HAG und SGB IV unterschiedliche Definitionen verwenden) befassen sich indes weder LSG noch BAG.

- a) Grundlegend für die Einordnung als Heimarbeiter ist eine Tätigkeit in der eigenen Wohnung oder Betriebsstätte. Eine persönliche Abhängigkeit vom Heimarbeitgeber liegt nicht vor, da er die Tätigkeit frei gestalten kann; er ist nicht einmal zur persönlichen Tätigkeit verpflichtet, er darf Aufgaben an Familienangehörige abgeben. Daher besteht lediglich eine wirtschaftliche Abhängigkeit. Der Heimarbeiter bietet seine Arbeitskraft für die jeweilige Tätigkeit typischerweise nur dem Heimarbeitgeber an. Die Einrichtung seiner selbstgewählten Betriebsstätte ist darauf ausgerichtet, für diesen tätig zu sein und richtet sich nicht an den Markt. Klassischerweise betraf die Heimarbeit die Herstellung von Waren in Handarbeit, aber auch einfache Bürotätigkeiten (Abtippen von Tonbändern, Telefonistentätigkeit, Buchhaltung, etc.). Das Urteil des BAG hat erstmals höherqualifizierte Tätigkeiten der Heimarbeit zugeordnet.

- b) Der Hausgewerbetreibende ist ebenfalls nur wirtschaftlich abhängig, wird jedoch als Selbstständiger gewerbsmäßig und nicht erwerbsmäßig tätig. Er ist vollumfänglich frei in seiner Tätigkeit. Insbesondere ist sein Betrieb darauf ausgerichtet, seine Leistungen auch Dritten anzubieten. Er kann seine Tätigkeit frei an Dritte übertragen, die nicht Teil seiner Familie sind (vgl. § 2 Abs. 1 HAG). Der Gewerbebegriff war dabei historisch von handwerklicher bzw. körperlicher Tätigkeit geprägt. Dieses Verständnis prägt auch die arbeitsrechtliche Regelung im HAG, nach der ein Hausgewerbetreibender „Waren herstellt, bearbeitet oder verpackt“.
- c) § 12 Abs. 1 SGB IV überträgt diese Verengung nicht auf das Sozialrecht: § 12 Abs. 1 und § 12 Abs. 2 SGB IV differenzieren danach, ob jemand „gewerbsmäßig“ oder „erwerbsmäßig“ arbeitet.

Angelehnt an § 2 Abs. 2 HAG wird auch heute noch von der h.M. eine Auslegung von § 12 Abs. 1 SGB IV vertreten, die den Gewerbebegriff auf das Herstellen, Bearbeiten oder Verpacken von Waren beschränkt. Das BSG hat allerdings bereits 1971 entschieden, dass im Rahmen von § 2 Abs. 1 HAG a.F. der Gewerbebegriff auch Bürotätigkeiten umfassen kann. Bereits damit ist der Gleichsetzung des Begriffs des Hausgewerbetreibenden im Arbeits- und Sozialrecht der Boden entzogen. Die schlichte Gleichsetzung beider Begriffe ignoriert die vom HAG gerade abweichende Definition des SGB IV.

- d) Im Ergebnis kollidieren in der Rechtsprechung des LSG die neue und fortgedachte Auslegung des BAG, die den Begriff des Heimarbeiters für das Arbeitsrecht über das traditionelle Verständnis ausweitet, mit einem streng traditionalistischen Verständnis des Heimgewerbetreibenden für das Sozialrecht.
2. Die Entscheidungen des BAG – und mehr noch des LSG – haben für die Tätigkeit von Soloselbstständigen grundlegende Sprengkraft.

- a) Bereits die Entscheidung des BAG ist so allgemein gehalten, dass sie auf zahlreiche Selbstständige zutrifft. Hierbei ist nicht einmal eine Tätigkeit in eigener Wohnung erforderlich: Auch ein vom Selbstständigen angemietetes Büro kann die gesetzliche Definition der selbst gewählten Betriebsstätte im Sinne des HAG erfüllen. Ob eine Tätigkeit für mehrere Auftraggeber (die grundsätzlich kein Erfordernis der selbständigen Tätigkeit gemäß § 611a BGB ist) oder ein höheres Unternehmerrisiko (das bislang arbeitsrechtlich keine Rolle spielte und vom BSG kürzlich auch als sozialrechtliches Kriterium zu Recht entsorgt worden ist) aus Sicht des BAG zu einer anderen Entscheidung geführt hätten, ist nach dem Wortlaut der Entscheidung ebenfalls nicht sicher.

Folge der Eigenschaft als Heimarbeiter ist, dass einige arbeitsrechtliche Regelungen, mit Einschränkungen, auf den selbstständigen Heimarbeiter Anwendung finden. Das betrifft derzeit weniger den eigentlichen Kern des HAG selbst mit der Entgeltregelung über Tarifverträge (die es für Programmierer nicht gibt), als Fragen wie Urlaub, Entgeltfortzahlung, Mutterschutz oder (stark eingeschränkter) Kündigungsschutz.

Dabei könnte die Entscheidung des BAG sogar zukunftsweisend für neuere Formen der Erwerbstätigkeit, etwa das „Crowdworking“ sein, bei denen durchaus Berührungspunkte mit der „klassischen“ Heimarbeit bestehen. Dennoch ist es ersichtlich vom Gesetzgeber nicht gewollt, dass jeder Selbstständige, der Tätigkeiten selbst leistet, Heimarbeiter ist. Nach dem Urteil des BAG wäre auch ein selbstständiger Einzelanwalt Heimarbeiter – das kann ersichtlich nicht richtig sein.

Ein arbeitsrechtlicher „Dammbruch“ folgte auf das Urteil des BAG, das immerhin schon einige Jahre alt ist, nicht. Das dürfte jedoch auch darauf zurückzuführen sein, dass zahlreiche Arbeitnehmervertreter dieses Thema bei Statusklagen schlicht übersehen.

- b) Problematischer noch als die arbeitsrechtlichen Konsequenzen sind die sozialrechtlichen Folgen. Wenn ein weitgehend konturenloser arbeitsrechtlicher Heimarbeitsbegriff mit der sozialrechtlichen Regelung in § 12 Abs. 2 „kurzgeschlossen“ wird, würde die grundlegende Differenzierung zwischen Beschäftigten und Selbstständigen anhand von § 7 SGB IV faktisch bedeutungslos, da die Fiktion des § 12 Abs. 2 S. 2 SGB IV stets eingriffe.

Das Urteil des LSG ist damit immerhin ein Indiz dafür, dass das überkommene Verständnis von § 12 SGB IV nicht zutreffend sein kann. Entweder liest man die gesetzliche Differenzierung zwischen Gewerbs- und Erwerbsmäßigkeit in die Kriterien des § 7 SGB IV für die Abgrenzung zwischen selbstständiger Tätigkeit und Beschäftigung hinein, oder es ist auch sozialrechtlich erforderlich, einen präzisierten Begriff des Heimarbeiters zu entwickeln.



## Neues aus der Rechtsprechung

### Ein BEM hat kein Mindesthaltbarkeitsdatum

*Sind Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig, muss der Arbeitgeber ihnen gemäß § 167 Abs. 2 SGB IX die Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements („BEM“) anbieten. Noch nicht höchststrichterlich geklärt, ist die Frage, ob die einmalige Durchführung eines BEM innerhalb eines Jahreszeitraums ausreicht oder das BEM nach jeder Vollendung eines Sechs-Wochen-Zeitraums erneut angeboten werden muss. Das LAG Düsseldorf hat sich der in der Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte überwiegend vertretenen Auffassung angeschlossen, wonach der Abschluss eines jeden BEM-Verfahrens als „Tag Null“ einen neuen Referenzzeitraum von einem Jahr in Gang setzt (Urteil vom 9. Dezember 2020, Az. 12 Sa 554/20).*

Der Unterschied der beiden Rechtsauffassungen lässt sich anhand des konkreten Sachverhalts gut verdeutlichen:

Der Kläger war in den Jahren 2017 bis 2019 wiederholt arbeitsunfähig erkrankt. Am **05.03.2019** führten die Parteien ein BEM durch, das am selben Tag – ohne Festlegung bestimmter Maßnahmen – abgeschlossen wurde. Im Anschluss daran war der Arbeitnehmer zunächst für drei Monate arbeitsfähig. Danach kam es zu den folgenden weiteren Arbeitsunfähigkeitszeiten:

03.06. – 07.06.2019 = 5 Arbeitstage

10.07. – 12.07.2019 = 3 Arbeitstage

09.08. – 17.11.2019 = 71 Arbeitstage

Am **26.02.2020** kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis ordentlich aus personenbedingten Gründen.

Würde man der Ansicht folgen, dass die Durchführung *eines* BEM innerhalb eines Jahreszeitraums ausreicht (so z.B. Hessisches LAG, Urteil vom 17. Februar 2017, Az. 14 Sa 690/16), hätte das Absehen von der Durchführung eines weiteren BEM im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung der krankheitsbedingten Kündigung nicht zu Lasten des Arbeitgebers gehen dürfen. Jedenfalls bis einschließlich zum 05.03.2020 wäre kein weiteres BEM durchzuführen gewesen; die Kündigung erfolgte am 26.02.2020, noch vor Ablauf dieses Jahreszeitraums.

Das LAG Düsseldorf hat ein solches „**Mindesthaltbarkeitsdatum**“ eines BEM jedoch ausdrücklich **verneint**. Vielmehr sei das **Verfahren erneut durchzuführen**, wenn der Arbeitnehmer **nach Abschluss des letzten BEM bzw. der Umsetzung der im Rahmen der BEM-Gespräche beschlossenen Maßnahmen erneut länger als sechs Wochen arbeitsunfähig** gewesen sei. Die Arbeitgeberin hätte also schon im September 2019 ein weiteres BEM einleiten müssen.

Eine Begrenzung der rechtlichen Verpflichtung auf eine nur einmalige Durchführung des BEM innerhalb eines Jahreszeitraums, so das LAG, lasse sich dem Gesetz nicht entnehmen. § 167 Abs. 2 SGB IX enthalte zwar nicht die Formulierung „Immer dann, wenn [Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig sind ...]“. Ebenso wenig folge jedoch aus der Norm, dass ein BEM „einmalig innerhalb eines Jahres“ durchzuführen sei. Einer dahingehenden Auslegung stehe auch der Schutzzweck der Vorschrift entgegen. Der Gesetzgeber habe der **Gesundheitsprävention** am Arbeitsplatz durch die Einführung des § 167 Abs. 2 SGB IX einen stärkeren Stellenwert verschaffen wollen. Durch die dem Arbeitgeber auferlegten Verhaltenspflichten solle **möglichst frühzeitig einer Gefährdung des Arbeitsverhältnisses kranker Menschen begegnet** und die dauerhafte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erreicht werden. Diesem Schutzzweck stünde die Eingrenzung auf eine einmalige Durchführung eines BEM pro Jahr entgegen. Dies gelte **jedenfalls dann, wenn zwar ein BEM durchgeführt worden sei, aber zu keinerlei Maßnahmen geführt** habe. Aber auch wenn im Rahmen der BEM-Gespräche Maßnahmen beschlossen werden, dürfte dies lediglich dazu führen, dass sich der **Beginn des Jahreszeitraums auf den Zeitpunkt der Umsetzung der beschlossenen Maßnahmen verschiebt**. Dies ist auch deshalb zutreffend, weil das BEM erst mit der Umsetzung der Maßnahmen vollständig abgeschlossen ist.

Bis auf Weiteres ist Arbeitgebern daher zu empfehlen, Arbeitnehmern stets ein erneutes BEM anzubieten, sobald diese nach Beendigung des letzten BEM-Verfahrens bzw. der Umsetzung der beschlossenen Maßnahmen erneut insgesamt sechs Wochen arbeitsunfähig waren.



Das Verfahren ist derzeit beim BAG anhängig (Az. 2 AZR 138/21). Wir gehen allerdings davon aus, dass das BAG die Entscheidung des LAG Düsseldorf bestätigen wird.



### **Neues aus der Rechtsprechung**

#### **Nachschieben von Kündigungsgründen – selbst bei „Blanko“-Kündigungen**

*Die Anforderungen an eine wirksame außerordentliche Kündigung mit sofortiger Wirkung sind bekanntlich hoch. Entschließt sich ein Arbeitgeber jedoch letztlich zu diesem Schritt, so kommt es nicht selten vor, dass nach Ausspruch der Kündigung auch aufgrund intensiver Recherche weitere Sachverhalte ans Licht kommen, die der Arbeitgeber zur (weiteren) Begründung der außerordentlichen Kündigung heranziehen möchte. Zulässig ist das Nachschieben von Kündigungsgründen grundsätzlich dann, wenn der kündigungsrelevante Sachverhalt vor dem Ausspruch der Kündigung liegt, dem Arbeitgeber jedoch erst nach Ausspruch der Kündigung bekannt wird. Bereits bisher war anerkannt, dass ein unmittelbar sachlicher oder zeitlicher Zusammenhang der neu bekannten Kündigungsgründe mit den schon bekannten Kündigungsgründen nicht bestehen musste. Diese Rechtsprechung hat das BAG nun erweitert (Beschluss vom 12. Januar 2021, Az. 2 AZN 724/20).*

Kläger in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt war ein Chefarzt. Sein Arbeitsverhältnis wurde durch die Beklagte mit Schreiben vom 29.06.2018 gekündigt. Die Kündigung wurde auf

eine Tötlichkeit gegenüber einer Mitarbeiterin im Jahr 2015 gestützt. Der entsprechende Vorfall wurde nach Behauptung der Beklagten der kündigungsberechtigten Geschäftsführung erst am 20.06.2018 bekannt. Im Laufe des Verfahrens schob die Beklagte nach Anhörung und Zustimmung der zu beteiligten Mitarbeitervertretung weitere Kündigungsgründe nach. Dabei handelte es sich nach der Behauptung der Beklagten um vorsätzlich fehlerhafte Abrechnungen von Behandlungen, Fehlbehandlungen von Patienten aufgrund struktureller Missstände in der Klinik und einen Fall des Vertrauensbruchs gegenüber dem Familiengericht durch den Kläger im Zusammenhang mit der Beurlaubung eines Patienten.

Das BAG bejahte insofern zunächst die Frage, ob auch ein vollständiges Auswechseln der Kündigungsgründe zulässig ist. Das BAG ging sogar darüber hinaus. Obwohl dies vorliegend nicht erforderlich gewesen wäre, stellte es fest, dass eine Kündigung auch „blanko“ erklärt werden dürfte. Eine Kündigung könne also auch dann wirksam sein, wenn dem Kündigenden zum Zeitpunkt des Ausspruchs kein auch nur ansatzweise tragfähiger Grund bekannt gewesen ist. Das BAG führt insofern aus, dass es folgerichtig für den Arbeitgeber sogar die Gestaltungsmöglichkeit gäbe, eine (nicht sorgsam begründete) außerordentliche Kündigung auszusprechen und auf den Eintritt der Wirksamkeitsfiktion bei versäumter Klagefrist (§§ 4, 7 KSchG), auf einen gerichtlichen Abfindungsvergleich und/oder darauf zu hoffen, noch rechtzeitig im Verlauf des Rechtsstreits einen wichtigen Grund zu finden.

Die insofern aufgezeigten Gestaltungsmöglichkeiten ändern letztlich an der Erforderlichkeit der materiellen Rechtfertigung an eine außerordentliche Kündigung natürlich nichts. Unabhängig davon, ob der Grund bei Ausspruch der Kündigung schon bekannt war, muss ein solcher letztlich die Kündigung tragen.

Taktisch ist eine außerordentliche „Blanko“-Kündigung „ins Blaue hinein“ wohl nur in wenigen Fällen ein sinnvolles Mittel. Etwas Anderes kann jedoch gelten, wenn der Arbeitgeber bereits konkrete Anhaltspunkte für (weitere) Kündigungsgründe hat, die Aufklärung des Sachverhalts bzw. der Sachverhalte jedoch sehr zeitaufwendig und kostenintensiv sein kann. In einem solchen Fall kann taktisch der schnelle Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung durchaus sinnvoll sein. Etwas Vergleichsverhandlungen können dann durch nachträgliche

Rechercheergebnisse beeinflusst werden. Um hier jedoch nicht mit einer zu schwachen Rechtsposition in etwaige Vergleichsverhandlungen zu starten, gilt es, die Gestaltungsmöglichkeiten sorgsam zu prüfen und abzuwägen.

Wir unterstützen Sie gerne dabei.

---



## Unser Team Arbeitsrecht



Dr. Detlef Grimm  
+49 (0) 221 650 65-129  
detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Martin Brock  
+49 (0) 221 650 65-233  
martin.brock@loschelder.de



Dr. Sebastian Pelzer  
+49 (0) 221 650 65-263  
sebastian.pelzer@loschelder.de



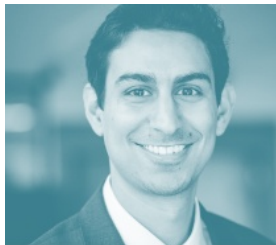
Arne Gehrke, LL.M.  
+49 (0) 221 650 65-263  
arne.gehrke@loschelder.de



Dr. Stefan Freh  
+49 (0) 221 650 65-129  
stefan.freh@loschelder.de



Dr. Jonas Singraven  
+49 (0) 221 650 65-129  
jonas.singraven@loschelder.de



Farzan Daneshian, LL.M.  
+49 (0) 221 65065-263  
farzan.daneshian@loschelder.de



Dr. Malte Göbel  
+49 (0) 221 650 65-129  
malte.goebel@loschelder.de

## Impressum

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110

info@loschelder.de

www.loschelder.de