

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 and even, typical of a factory setting.

LOSCHELDER

**Newsletter Arbeitsrecht
Januar 2023**

Inhalt

Neues aus der Rechtsprechung

Neue Urteile des BAG vom 20.12.2022 zum Urlaubsrecht

Neues vom Gesetzgeber

Elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ab dem 01.01.2023 – Was ist zu beachten?

Neues aus der Rechtsprechung

Nachvertragliches Wettbewerbsverbot – Anrechnung anderweitigen Erwerbs auf Karenzentschädigung

Neues aus der Rechtsprechung

BAG: Versetzung ins Ausland möglich

Loschelder Praxistipp

Sonderkündigungsschutz (II) - Mutterschutz

Neues aus der Rechtsprechung

Neue Urteile des BAG vom 20.12.2022 zum Urlaubsrecht

Der Einfluss des Europarechts auf den gesetzlichen Urlaub ist spätestens seit der Umsetzung des Urteils des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in Sachen „Max-Planck-Gesellschaft“ enorm. Durch die teilweise Neujustierung des Urlaubsrechts haben sich Folgefragen ergeben, die sukzessive dem EuGH vorgelegt und vom BAG umgesetzt werden müssen. Am 20. Dezember 2022 hat das BAG sich mit der Umsetzung mehrerer Entscheidungen des EuGH beschäftigt und sich u.a. zur Frage der Verjährung von Urlaubsansprüchen geäußert.

1. Vorab eine kurze Standortbestimmung: Grundsätzlich gilt, dass der Urlaub im laufenden Kalenderjahr genommen werden muss (§ 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG), sonst verfällt er. Nur im Ausnahmefall, wenn dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe dies rechtfertigen, kann der Urlaubsanspruch auf das Folgejahr übertragen werden (§ 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG). Aber auch dann verfällt der Urlaubsanspruch spätestens zum 31.03. des Folgejahres (§ 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG).

Das deutsche Arbeitsrecht wird durch Europarecht überlagert: Am 06.11.2018 entschied der EuGH in der Rechtssache „Max-Planck-Gesellschaft“, dass Urlaub überhaupt nur dann am Ende des Urlaubsjahres (bzw. Übertragungszeitraums) verfallen kann, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zuvor *konkret in die Lage versetzt* hat, den Urlaub in Anspruch zu nehmen, ihn hierzu also *aufgefordert* und über den ansonsten eintretenden Verfall transparent *aufgeklärt* hat. § 7 BUrlG ist somit europarechtskonform auszulegen.

2. Das BAG hatte diese Vorgaben des EuGH im Urteil vom 19.02.2019 (Az. 9 AZR 423/16) umgesetzt und konkretisiert. Danach ist die Erfüllung der Mitwirkungsobliegenheiten etwa dadurch möglich, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer zu Beginn des Kalenderjahres in Textform
 - mitteilt, wie viele Arbeitstage Urlaub ihm im Kalenderjahr zustehen,

- ihn auffordert, seinen Jahresurlaub so rechtzeitig zu beantragen, dass er innerhalb des laufenden Urlaubsjahres genommen werden kann, und
- ihn über die Konsequenzen belehrt, die eintreten, wenn dieser den Urlaub nicht entsprechend der Aufforderung beantragt.

Der in § 7 Abs. 3 BUrlG vorgesehene Verfall ist also *nur noch dann* möglich, wenn der Arbeitgeber seiner *Informationsobliegenheit* nachgekommen ist. Vielen Arbeitnehmern stehen daher noch zahlreiche Urlaubstage aus früheren Jahren zu.

3. Unklar war bisher, ob ein unbegrenztes Ansammeln möglich ist oder der Arbeitgeber durch die Einrede der *Verjährung* geschützt werden kann.

Mit einem Beschluss vom 29.09.2020 hatte das BAG dem EuGH die Frage zur Klärung vorgelegt, ob das Unionsrecht die Verjährung des Urlaubsanspruchs nach Ablauf der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren gem. §§ 194 Abs. 1, 195 BGB erlaubt, auch wenn der Arbeitgeber seine Informationsobliegenheit nicht erfüllt hat.

Der EuGH hat in der Vorabentscheidung vom 22.09.2022 (EuGH Rs. C-120/21) die *Anwendung der Verjährungsregeln abgelehnt*.

- Nationale Regelungen, die die Modalitäten des Urlaubsanspruchs oder sogar dessen Verlust vorsähen, könnten zwar zulässig sein. Denn der Arbeitgeber sei „vor der Gefahr der Ansammlung von zu langen Abwesenheitszeiträumen und den Schwierigkeiten, die sich daraus für die Arbeitsorganisation ergeben können“ zu schützen.
- Voraussetzung sei aber stets, „dass der Arbeitnehmer, dessen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub erloschen ist, tatsächlich die Möglichkeit hatte, den ihm mit der Richtlinie verliehenen Anspruch wahrzunehmen“. Daraus folge, dass eine Anwendung der deutschen Verjährungsvorschriften nur zulässig sei, wenn „*der Arbeitnehmer von den seinen Anspruch begründenden Umständen und der Person seines Arbeitgebers Kenntnis erlangt*“ habe.

4. Diese Entscheidung des EuGH hat das BAG in seinem Urteil vom 20.12.2022 (Az. 9 AZR 266/20) wie folgt umgesetzt:

- Der gesetzliche Anspruch eines Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub unterliegt der Verjährung.
- Allerdings beginnt die *dreijährige Verjährungsfrist* (§ 194 Abs. 1 BGB, § 199 Abs. 1 BGB) erst mit dem Ende des Kalender- bzw. Urlaubsjahres, in dem der Arbeitgeber den Arbeitnehmer über seinen konkreten *Urlaubsanspruch und die Verjährungs- bzw. Verfallsfristen belehrt* und der Arbeitnehmer den Urlaub dennoch aus freien Stücken nicht genommen hat.

Im konkreten Fall hatte der beklagte Arbeitgeber weder aufgefordert, Urlaub zu nehmen, noch darauf hingewiesen, dass der Urlaub drei Jahre nach dem Ende des Urlaubsjahres verjährt. Deshalb standen der klagenden Steuerfachangestellten nach dem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis noch Urlaubsansprüche i.H.v. 76 Arbeitstagen zu, die sie als Abgeltungsanspruch in Höhe von ca. 17.400 € zu Recht geltend gemacht hatte.

Die Entscheidungen des EuGH und des BAG beziehen sich jeweils nur auf den Urlaubsanspruch in natura. Der Urlaubsabgeltungsanspruch aus § 7 Abs. 4 BUrlG unterliegt unbeschränkt der Verjährung und tarif- oder arbeitsvertraglichen Ausschlussfristen. In dem vom BAG entschiedenen Fall hatte die Steuerfachangestellte sechs Monate nach dem Ausscheiden die Ansprüche geltend gemacht, also rechtzeitig.

5. Daneben hat das BAG am 20.12.2022 eine weitere Entscheidung zur *Mitwirkungsobliegenheit bei Langzeiterkrankungen* gefällt.

Zum Verfall von Urlaubsansprüchen von Langzeiterkrankten nahm der EuGH in der Rechtssache Schultz-Hoff (Az. C-350/06 und C-520/06) im Jahr 2009 erstmals Stellung:

Danach verfallen Urlaubsansprüche eines Arbeitnehmers, der dauerhaft erkrankt oder vollständig erwerbsgemindert ist und deshalb seinen Urlaub nicht nehmen kann, spätestens 15 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres, also am 31. März des *zweiten* auf das Urlaubsjahr folgenden *Kalenderjahres*.

Das gilt nach den Vorabentscheidungen des EuGH vom 22.09.2022 (Rs. C-518 und C-727/20 – Fraport) dann, wenn der Arbeitnehmer seit Beginn des Urlaubsjahres *durchgehend* bis zum 31. März des zweiten Kalenderjahres aus gesundheitlichen Gründen daran gehindert war, seinen Urlaub anzutreten. In diesem Fall kommt es nicht darauf an, ob der Arbeitgeber seinen Mitwirkungsobliegenheiten nachgekommen ist, weil diese nicht zur Inanspruchnahme des Urlaubs hätten beitragen können.

Das ist nach dem Urteil des BAG vom 20.12.2022 (Az. 9 AZR 25/19), dass die Vorabentscheidung C-727/20 umgesetzt, aber *anders*, wenn der Arbeitnehmer *im Urlaubsjahr tatsächlich gearbeitet* hat, *bevor* er voll erwerbsgemindert oder krankheitsbedingt arbeitsunfähig geworden ist.

In dieser Fallkonstellation – so das BAG – setzt die Befristung des Urlaubsanspruchs regelmäßig voraus, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer rechtzeitig *vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit* durch eine Unterrichtung über den noch offenen Urlaubsanspruch in die Lage versetzt hat, den Urlaub auch tatsächlich zu nehmen.

Im konkreten Fall war der bei Fraport beschäftigte Kläger erst ab dem 01.12.2014 arbeitsunfähig bzw. erwerbsgemindert und konnte dann nicht mehr arbeiten. Aus Sicht des BAG und des EuGH verblieb dem Kläger der Resturlaub für das Jahr 2024 i.H.v. 24 Urlaubstagen, weil die Beklagte den Kläger *in 2014 nicht* über den Urlaubsanspruch *unterrichtet* hatte und somit ihren urlaubsrechtlichen Mitwirkungsobliegenheiten nicht nachgekommen war. Der Kläger hätte (sonst) in 2014 seinen Urlaub nehmen können. Auch nach dem Ausscheiden des Klägers im August 2019 konnte er diesen Urteilsspruch also noch geltend machen.

Das bedeutet für die *Praxis*: Auch unterjährig sollten Sie den „Kontostand der Urlaubsansprüche“ mitteilen, damit auch bei einer später eintretenden Dauererkrankung oder Erwerbsminderung argumentiert werden kann, der Urlaub hätte vorher genommen werden können. Dazu bietet sich die monatliche Gehaltsabrechnung an.

6. All diese Grundsätze betreffen nur den gesetzlichen Mindesturlaub von *vier* Wochen.

Vertraglich eingeräumter Mehrurlaub kann einem eigenen Regelungsregime unterworfen werden. Dies empfiehlt sich für die Praxis. Arbeitgeber sollten für den Mehrurlaub (praktisch meistens die fünfte und sechste Woche Jahresurlaub) ausdrücklich *andere Regelungen* vereinbaren.

Wenn Regelungen für den Mehrurlaub *fehlen*, geht die Rechtsprechung jedoch von einem Gleichlauf mit dem gesetzlichen Urlaubsanspruch aus. Folge ist, dass auch der Mehrurlaub nur unter den erschwerten Bedingungen des EuGH bzw. BAG verfällt. Eine Gestaltung lohnt sich also.

7. Auch nach diesen neuen Entscheidungen *bleibt es bei den bestehenden Empfehlungen*:

- Der Arbeitgeber muss den Arbeitnehmer über den *Umfang* seines Urlaubsanspruchs *unterrichten*. Ein entsprechender Formulierungsvorschlag findet sich im Newsletter Arbeitsrecht aus August 2019. Diesen können Sie jederzeit **hier** abrufen.
- Um das Kumulieren von Urlaubsansprüchen aus mehreren Urlaubsjahren zu verhindern, muss der Arbeitgeber die Mitwirkungsobliegenheiten für den Urlaub aus zurückliegenden Urlaubsjahren jeweils im *aktuellen Urlaubsjahr* nachholen. Es bietet sich eine mehrmalige unterjährige Unterrichtung, ggfls. monatlich mit der Gehaltsabrechnung an.
- Zudem muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer über den konkreten Urlaubsanspruch und die Verfalls- und Verjährungsfristen, d.h. die Frist von drei Jahren zum Ablauf des Kalenderjahres, in dem der Urlaub entstanden ist, *belehren*. Nur nach der Belehrung auch über die Verjährungsfrist verfällt der Urlaubsanspruch mit deren Ablauf.
- Schließlich empfiehlt es sich dringend, *abweichende Regeln für den vertraglichen Mehrurlaub* zu treffen. Das ist

auch europarechtlich möglich. Formulierungsvorschläge enthält unser Sondernewsletter vom 13.11.2018, den Sie jederzeit [hier](#) abrufen können.



Neues vom Gesetzgeber

Elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ab dem 01.01.2023 – Was ist zu beachten?

Bis zur Einführung der elektronischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (eAU) musste der Arbeitnehmer seinen sog. „gelben Schein“ selbstständig sowohl an die Krankenkasse als auch an den Arbeitgeber weiterleiten. Seit Oktober 2021 nutzen Ärzte bereits die elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung und übermitteln diese seit Januar 2022 digital an die Krankenkassen. Seit dem 1. Januar 2023 ist die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung in Papierform auch für den Arbeitgeber entfallen und durch eine digitale Meldung der Krankenkassen ersetzt worden.

Infolge des Dritten Bürokratieentlastungs-Gesetzes haben sich seit dem 01.01.2023 die Nachweispflichten für gesetzlich versicherte Arbeitnehmer erheblich verändert. Der Arbeitgeber ist nunmehr zur Nutzung der eAU verpflichtet und muss eigenständig tätig werden, um die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung des Arbeitnehmers zu erhalten. Auf Anfrage stellen die Krankenkassen den Arbeitgebern die durch die Ärzte gemeldeten Informationen zum Abruf über eine gesicherte und verschlüsselte Datenverbindung zur Verfügung.

Von den Änderungen unberührt bleibt die Verpflichtung des Arbeitnehmers, dem Arbeitgeber unverzüglich – das heißt, ggfs. schon vor dem Arztbesuch – seine Arbeitsunfähigkeit anzuzeigen und die voraussichtliche Dauer seiner Arbeitsunfähigkeit mitzuteilen (§ 5 Abs. 1 Satz 1 Entgeltfortzahlungsgesetz). An die Stelle seiner Nachweispflicht tritt für den gesetzlich versicherten Arbeitnehmer gemäß § 5 Abs. 1a EFZG die Pflicht, die länger als drei Tage andauernde Arbeitsunfähigkeit von einem Arzt feststellen zu lassen.

Die an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden Ärzte und Einrichtungen sind gemäß § 295 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB V verpflichtet, die von ihnen festgestellten Arbeitsunfähigkeitsdaten eines Patienten unter Angabe der Diagnosen sowie unter Nutzung des sicheren Übermittlungsverfahrens nach § 311 Abs. 6 SGB V über die Telematikinfrastruktur unmittelbar an die Krankenkassen zu übermitteln.

Der Arbeitgeber erhält die Arbeitsunfähigkeitsdaten nicht mehr automatisch durch Vorlage des Arbeitnehmers, sondern muss die eAU eigeninitiativ zunächst über den Kommunikationsserver der Krankenkasse anfragen und nach ihrer Bereitstellung abrufen. § 109 Abs. 1 Satz 4 SGB IV n.F. berechtigt den Arbeitgeber auch zur Beauftragung eines Dritten (z.B. eines Steuerberaters) zum Abruf der Daten.

Zur Umsetzung der neuen Vorgaben hat der GKV-Spitzenverband zum 01.07.2022 Grundsätze für die Meldung der Arbeitsunfähigkeitszeiten erlassen. Demnach muss der Arbeitgeber seine Berechtigung zum Datenabruf nachweisen. Voraussetzung dafür ist zum einen, dass der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Arbeitsunfähigkeit bei dem Arbeitgeber beschäftigt war und zum anderen, dass der Arbeitnehmer die abzurufende Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer mitgeteilt hat. Bei einer Ersterkrankung muss nur der Tag des Beginns und bei einer Folgeerkrankung der Tag nach dem früheren Ende der Arbeitsunfähigkeit mitgeteilt werden.

Die Krankenkasse stellt nach Erhalt der Anfrage eine eAU zum Abruf bereit und benachrichtigt den Arbeitgeber oder seinen Beauftragten über die erfolgte Bereitstellung. Voraussetzung für die Bereitstellung durch die Krankenkasse ist jedoch, dass die eAU dort bereits eingetroffen ist. Ist das nicht der Fall, etwa, weil sie von der Praxis noch nicht übermittelt wurde oder in der Praxis keine Internetverbindung

besteht, erhält der Arbeitgeber oder sein Beauftragter eine entsprechende Fehlermeldung. Ein Abruf der eAU ist deshalb erst dann sinnvoll, wenn der Arbeitnehmer verpflichtet ist, eine Arbeitsunfähigkeit durch den Arzt feststellen zu lassen und diese bereits vom Arzt an die Krankenkasse übermittelt werden konnte.

Die eAU enthält nach § 109 Abs. 1 Satz 1 SGB IV n.F.

- den Beschäftigtenamen (Nr. 1),
- Beginn und Ende der Arbeitsunfähigkeit (Nr. 2),
- das Datum der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsfeststellung (Nr. 3),
- die Kennzeichnung als Erst- oder Folgemeldung (Nr. 4) und
- die Angabe, ob Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Arbeitsunfähigkeit auf einem Arbeitsunfall oder sonstigen Unfall oder auf den Folgen eines Arbeitsunfalls oder sonstigen Unfalls beruht (Nr. 5).

Andere Angaben – etwa zur Diagnose – enthält die eAU nicht. Allerdings meldet die Krankenkasse dem Arbeitgeber gemäß § 109 Abs. 2 SGB V n.F. Angaben über die relevanten Vorerkrankungszeiten, sofern sie auf Grundlage der Angaben zur Diagnose in den Arbeitsunfähigkeitsdaten nach § 295 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB V und auf Grundlage weiterer Daten feststellt, dass die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall wegen anrechenbarer Vorerkrankungszeiten für einen Arbeitgeber ausläuft.

Nicht abrufbar sind Bescheinigungen von/über Privatärzten, Ärzten im Ausland, Rehabilitationsleistungen, privat krankenversicherten Arbeitnehmern, Beschäftigungsverbote, Erkrankungen des Kindes, stufenweise Wiedereingliederungen und Erkrankungen im Ausland.

Sollen im Zusammenhang mit der eAU neue Regeln zur Anzeige- und Nachweispflicht aufgestellt werden, die das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer betreffen, so ist ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zu beachten. Hinsichtlich des eAU-Datenaustauschprogramms der Krankenkasse und des IT-Systems des Arbeitgebers besteht ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG in Bezug auf die Zugriffsberechtigungskonzepte und die zulässigen Nutzungszwecke.

Arbeitgeber sind aufgrund der Änderungen gehalten, eine gesicherte und verschlüsselte Datenübertragung zu gewährleisten. Sie sollten ihre Arbeitnehmer außerdem über die neuen Regelungen und damit

verbundene geänderte Abläufe informieren. Handlungsbedarf kann außerdem in Bezug auf vorhandene Standardarbeitsverträge für Neueintritte ab dem 01.01.2023 bestehen, um diese an die neuen Regelungen des SGB und des EFZG anzupassen.



Neues aus der Rechtsprechung

Nachvertragliches Wettbewerbsverbot – Anrechnung anderweitigen Erwerbs auf Karenzentschädigung

Gemäß § 110 Satz 1 Gewerbeordnung können Arbeitgeber und Arbeitnehmer die berufliche Tätigkeit des Arbeitnehmers für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots beschränken. Die gesetzlichen Voraussetzungen – wie z. B. die Karenzentschädigung – sind in den §§ 74 ff. HGB geregelt. Weichen die Vertragsparteien von diesen Vorgaben ab, kann das zur Unwirksamkeit des gesamten Wettbewerbsverbots oder zur Anpassung seiner Konditionen führen. Das Bundesarbeitsgericht hat in seinem Urteil vom 16. Dezember 2021 (Az. 8 AZR 498/20) für eine Fallkonstellation entschieden, dass eine unwirksame Vereinbarung über die volle Anrechnung anderweitigen Erwerbs auf die Karenzentschädigung zur Anpassung – und nicht zur Unwirksamkeit – des vereinbarten Wettbewerbsverbots führt.

Die §§ 74 ff. HGB enthalten Regelungen zum nachvertraglichen Wettbewerbsverbot für Handlungsgehilfen und finden gemäß § 110 Satz 2 GewO auf Arbeitnehmer entsprechende Anwendung. Die in diesem Regelungsgefüge vorgesehenen Voraussetzungen und Vorgaben gelten deshalb auch für die Arbeitsvertragsgestaltung. Wird

im Rahmen derer zum Nachteil des Arbeitnehmers von den Regelungen der §§ 74 ff. HGB abgewichen, kann das entweder zur Unwirksamkeit des Verbots oder zur Anpassung seiner Konditionen führen. Mit seinem Urteil vom 16.12.2021 (Az. 8 AZR 498/20) hat das BAG entschieden, was gilt, wenn die Vertragsparteien abweichend von § 74 c Abs. 1 Satz 1 HGB eine volle Anrechnung anderweitigen Erwerbs auf die Karenzentschädigung vereinbaren.

Klägerin des oben genannten Verfahrens ist eine Zahnärztin, deren Arbeitsvertrag mit ihrer ehemaligen Arbeitgeberin u.a. eine Konkurrenzschutzklausel mit der folgenden Formulierung vorsah:

„§ 15 Konkurrenzschutz

Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, nach Beendigung des Anstellungsverhältnisses innerhalb von 2 Jahren in einem Umkreis von 3 km von der Praxis des Arbeitgebers keine zahnärztliche Tätigkeit in eigener Praxis aufzunehmen. Im Fall der Zuwiderhandlung wird eine Vertragsstrafe in Höhe von € ../.. fällig. Der Arbeitgeber verpflichtet sich, für die Dauer des Verbots jährlich eine Entschädigung zu zahlen in Höhe der Hälfte der vom Arbeitnehmer zuletzt bezogenen Vergütung, wobei darauf angerechnet wird, was der Arbeitnehmer durch Verwertung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.“

Die Klägerin entschied sich für die Einhaltung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots und nahm im Anschluss an ihr Ausscheiden eine angestellte Tätigkeit als Zahnärztin in einer mehr als 3 km vom Sitz der Beklagten entfernten Zahnarztpraxis auf. Mit ihrer Zahlungsklage machte sie anschließend beim Arbeitsgericht Lübeck zunächst erfolglos, vor dem Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein und dem BAG aber erfolgreich ihre Karenzentschädigung geltend.

Das BAG hat zutreffend entschieden, dass die Klägerin sich ihren anderweitigen Erwerb entgegen der Vereinbarung in § 15 des Arbeitsvertrags nicht vollständig anrechnen lassen muss. Denn gemäß § 75 d Satz 1 HGB analog kann sich die Arbeitgeberin auf eine Vereinbarung, durch die von den Vorschriften der §§ 74 bis 75 c HGB zum Nachteil der Arbeitnehmerin abgewichen wird, nicht berufen. Eine solche Abweichung sah § 15 ihres Arbeitsvertrags aber vor, indem er entgegen der Regelung des § 74 c Abs. 1 Satz 1 HGB eine volle Anrechnung des anderweitigen Erwerbs regelte.

Nach der gesetzlichen Anrechnungsregelung des § 74 c Abs. 1 Satz 1 HGB muss sich der Arbeitnehmer (lediglich) anrechnen lassen, was er während des Zeitraums, für den die Entschädigung gezahlt wird, durch anderweitige Verwertung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt, soweit die Entschädigung unter Hinzurechnung dieses Betrags den Betrag der zuletzt von ihm bezogenen vertragsmäßigen Leistungen um mehr als ein Zehntel übersteigen würde.

Beispiel: Ein Arbeitnehmer, der bei seinem bisherigen Arbeitgeber 100.000 EUR verdient, erhält eine Karenzentschädigung in Höhe von 50.000 EUR. Bei seinem neuen Arbeitgeber verdient er ebenfalls 100.000 EUR. Das neue Einkommen in Höhe von 100.000 EUR zuzüglich der Entschädigung in Höhe von 50.000 EUR ergibt 150.000 EUR. Das macht 150 % des ehemaligen Gehalts aus. Die Entschädigung wird deshalb gemäß § 74 c Abs. 1 Satz 1 HGB auf 10.000 EUR gekürzt. Auf diese Weise machen die Entschädigung und das neue Gehalt in Summe 110 % des alten Einkommens aus.

Rechtsfolge der gegen § 74 c Abs. 1 Satz 1 HGB verstoßenden Vereinbarung ist nach der Entscheidung des BAG vom 16.12.2021 (Az. 8 AZR 498/20) nicht etwa die Unwirksamkeit des gesamten nachvertraglichen Wettbewerbsverbots nach § 15 des Arbeitsvertrages, sondern dessen Anpassung an die gesetzlichen Vorschriften. Anders als etwa § 74 Abs. 2 HGB, der bei fehlender oder zu geringer Entschädigungsvereinbarung die Unwirksamkeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots vorsehe, ergebe sich bei einem Verstoß gegen § 74 c Abs. 1 Satz 1 HGB aus der gesetzlichen Wertung nicht die Unwirksamkeit der gesamten Vereinbarung, sondern desjenigen Teils, der gegen § 74 c Abs. 1 Satz 1 HGB verstößt. Es handele sich um eine gesetzlich vorgesehene geltungserhaltende Reduktion.

Die Klägerin in dem vom BAG entschiedenen Verfahren musste sich ihren anderweitigen Erwerb folglich nicht vollständig, sondern lediglich nach Maßgabe des § 74 c Abs. 1 Satz 1 HGB auf ihre Entschädigungszahlung anrechnen lassen. Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot blieb im Übrigen wirksam.

Die Entscheidung zeigt auf, dass bei der Vereinbarung von nachvertraglichen Wettbewerbsverboten Obacht geboten ist, dass aber nicht jede Abweichung von den §§ 74 ff. HGB zwingend zur Unwirksam-

keit der gesamten Vereinbarung führt. Die Formulierung der Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots sollte sich jedoch an den gesetzlichen Voraussetzungen und Vorgaben des Regelungssystems der §§ 74 ff. HGB orientieren. Das BAG konnte in seiner Entscheidung ausdrücklich offenlassen, ob eine Anrechnungsvereinbarung einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB unterliegt, oder ob die §§ 74 ff. HGB als spezielle Regelungen einer Inhaltskontrolle entgegenstehen.



Neues aus der Rechtsprechung

BAG: Versetzung ins Ausland möglich

Der Arbeitgeber kann aufgrund seines arbeitsvertraglichen Direktionsrechts den Arbeitnehmer anweisen, an einem Arbeitsort des Unternehmens im Ausland zu arbeiten. Das hat das Bundesarbeitsgericht am 30. November 2022 (Az. 5 AZR 336/21 – bislang nur als Pressemitteilung) entschieden. § 106 GewO begrenzt das Weisungsrecht des Arbeitgebers insoweit nicht auf das Territorium der Bundesrepublik Deutschland. Damit ist eine Versetzung von Arbeitnehmern ins Ausland grundsätzlich möglich.

Bei dem Kläger handelte es sich um einen **Piloten** einer irischen, international tätigen Billigfluggesellschaft. Arbeitsvertraglich war ein Jahresgehalt von ca. 75.000 € brutto vereinbart. Aufgrund eines von der beklagten Fluggesellschaft mit der Gewerkschaft Vereinigung Cockpit (VC), deren Mitglied der Kläger ist, geschlossenen Vergütungstarifvertrags verdiente er zuletzt knapp 12.000 € brutto monatlich. **Stationierungsort** des Klägers war der **Flughafen Nürnberg**.

Der Arbeitsvertrag sieht vor, dass der Kläger auch an anderen Orten stationiert werden könne. Aufgrund der Entscheidung, die Homebase am Flughafen Nürnberg Ende März 2020 aufzugeben, versetzte die Beklagte den Kläger an ihre Homebase am **Flughafen Bologna**.

Der Kläger hielt seine Versetzung für unwirksam und führte an, dass das Weisungsrechts des Arbeitgebers nach § 106 Satz 1 GewO nicht so weit gehe, dass es auch eine Versetzung ins Ausland umfasse. Außerdem sei die Versetzung nach Bologna unbillig, weil ihm dadurch sein tariflicher Vergütungsanspruch entzogen werde und ihm auch ansonsten erhebliche Nachteile entstünden.

Das hat das Bundesarbeitsgericht (BAG), wie die Vorinstanzen, anders bewertet: Der Arbeitgeber könne aufgrund seines **arbeitsvertraglichen Weisungsrechts** den Arbeitnehmer an einen ausländischen Arbeitsort versetzen, wenn nicht im Arbeitsvertrag ausdrücklich oder den Umständen nach konkludent ein **bestimmter inländischer Arbeitsort** fest vereinbart worden ist. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 GewO hinsichtlich des Arbeitsorts sei insoweit **nicht auf das Territorium der Bundesrepublik Deutschland beschränkt**. Es müsse jedoch im Einzelfall geprüft werden, ob die Versetzung in ein anderes Land für den Arbeitnehmer unbillig sei.

Im Arbeitsvertrag des Piloten war ausdrücklich eine **unternehmensweite Versetzungsmöglichkeit** vorgesehen, sodass das **Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 Satz 1 GewO** auch die Versetzung an einen ausländischen Arbeitsort umfasse. Die Versetzung entsprach auch billigem Ermessen und hielt der Ausübungskontrolle stand. Die Versetzung nach Bologna resultierte aus der **unternehmerischen Entscheidung**, die Homebase am Flughafen Nürnberg aufzugeben. Alternativen, wie den Piloten auf einen anderen inländischen Stationierungsort zu versetzen oder als mobilen Piloten einzusetzen, waren nicht realisierbar.

Auch der Wegfall des höheren Tarifentgelts in Deutschland durch die Versetzung nach Italien führe nicht dazu, dass die Versetzung **unbillig** sei. Die Weisung des Arbeitgebers lasse den Inhalt des Arbeitsvertrags, insbesondere das arbeitsvertragliche Entgelt, unberührt. Der Tarifvertrag gelte nach dem **Willen der Tarifvertragsparteien** nur für in Deutschland stationierte Piloten. Zudem sähe der Tarifsozialplan vor, dass Piloten, die an einen ausländischen Stationie-

rungsort verlegt werden, zu den dort geltenden Arbeitsbedingungen, insbesondere den dortigen Tarifgehältern, weiterbeschäftigt werden.

Hat das BAG nun den Weg für Versetzungen von Arbeitnehmern an Standorte weltweit eröffnet? Ganz so einfach ist es nicht. Zwar besteht die grundsätzliche Möglichkeit hierzu aufgrund § 106 Satz 1 GewO. Aber die Versetzung darf nicht unbillig sein, was maßgeblich von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängen wird. Eine pauschale internationale Versetzungsmöglichkeit lässt sich aus dem BAG-Urteil nicht ableiten.



Loschelder Praxistipp

Sonderkündigungsschutz (II) - Mutterschutz

Eine der stärksten Kündigungseinschränkungen des deutschen Rechts ist die Regelung im Mutterschutzgesetz: Im Anwendungsbereich des § 17 Abs. 1 MuSchG ist die Kündigung grundsätzlich unzulässig. Eine geringfügige Einschränkung erfährt dieses generelle Kündigungsverbot durch § 17 Abs. 2 MuSchG: Eine nach Landesrecht bestimmte Behörde kann „in besonderen Fällen“ „ausnahmsweise“ die Kündigung für zulässig erklären. Das Gesetz kombiniert damit zwei Schutzmechanismen: Das Erfordernis der vorherigen Zustimmung einer externen Stelle zur Kündigung und deutlich erhöhte Anforderungen an das Gewicht der Kündigungsgründe. Eine Besonderheit der Regelung nach dem Mutterschutzgesetz sind in der Praxis häufig übersehene Formvorschriften, so etwa das Erfordernis, die Kündigung zu begründen.

Der besondere Kündigungsschutz in § 17 MuSchG ist europarechtlich durch Art. 10 RL 92/85/EWG vorgegeben. Ziel des Kündigungsschutzes ist, während der Mutterschutzzeiten den Arbeitsplatz und die wirtschaftliche Existenzgrundlage zu schützen und die Gesundheit von Mutter und Kind vor seelischer Zusatzbelastung durch einen Kündigungsschutzprozess zu bewahren.

Geschützt durch die Regelung werden Schwangere während der Schwangerschaft (§ 17 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 MuSchG) und bis zum Ende ihrer Schutzfristen nach der Entbindung, mindestens jedoch bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung (§ 17 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MuSchG). Voraussetzung ist, dass dem Arbeitgeber die Schwangerschaft zum Zeitpunkt der Kündigung bekannt ist; es reicht jedoch aus, wenn die Arbeitnehmerin dem Arbeitgeber die Schwangerschaft bis zu zwei Wochen nach der Kündigung mitteilt. Die Versäumnis dieser Mitteilungsfrist führt zum Verlust des Anspruchs. Hierbei genügt aus Sicht der Gerichte allerdings bereits eine nur vorsorgliche Mitteilung der Arbeitnehmerin, eine Schwangerschaft sei wahrscheinlich oder werde, z.B. wegen ausbleibender Regelblutungen, vermutet. Ein mögliches Missbrauchspotenzial, dass diese Regelung mit sich bringt, wird in der Praxis erfahrungsgemäß, kaum genutzt.

Eine Sonderregelung trifft das Gesetz für Fehlgeburten: Der Schutz besteht auch bis zum Ablauf von vier Monaten nach einer Fehlgeburt nach der zwölften Schwangerschaftswoche (§ 17 Abs. 1 Nr. 2 MuSchG)

Das Kündigungsverbot betrifft sämtliche ordentlichen und außerordentlichen Kündigungen des Arbeitgebers. Ein absoluter Beendigungsschutz besteht jedoch nicht: Wirksam vereinbarte Befristungen bleiben wirksam und beenden das Arbeitsverhältnis. Auch Aufhebungsverträge bleiben möglich.

Will der Arbeitgeber trotz des Kündigungsverbotes eine Kündigung aussprechen, muss er das Verfahren der behördlichen Zulassung der Kündigung beschreiten. Zuständig für die Zulässigerklärung ist die für den Arbeitsschutz zuständige oberste Landesbehörde oder die von ihr bestimmte Dienststelle; dies sind in Nordrhein-Westfalen die Bezirksregierungen. Die Behörde wird nur auf schriftlichen Antrag des Arbeitgebers tätig.

Der Beurteilungsmaßstab ist außerordentlich streng: Verhaltensbedingte Gründe sind nur dann als besonderer Fall anzuerkennen, wenn die Arbeitnehmerin besonders schwerwiegende Pflichtverletzungen begangen hat und ihr Verhalten gegebenenfalls wiederholt. Bei der Entscheidung soll die Behörde insbesondere auch die psychische Konstitution der Arbeitnehmerin zu ihren Gunsten berücksichtigen.

Auch betriebliche Gründe können einen besonderen Fall begründen und zwar, wenn keinerlei Möglichkeiten bestehen, die Arbeitnehmerin weiter zu beschäftigen; dies ist im Regelfall nur bei einer Stilllegung des gesamten Betriebes der Fall. Massenentlassungen als solche rechtfertigen noch nicht die Annahme eines besonderen Falls.

In der Praxis ist eine Zustimmung der Behörden für den Arbeitgeber nur schwer zu erlangen: Die Behörde hat ein Ermessen und kann die Zustimmung erteilen – muss dies jedoch nicht. Gerade die Regelung im Gesetz, dass die Zustimmung nur „ausnahmsweise“ erteilt wird, zeigt, dass eine Ermessensausübung zugunsten des Arbeitgebers Ausnahmecharakter hat und nur bei erheblich vorrangigen Interessen des Arbeitgebers erfolgen kann.

Falls die Behörde die Zustimmung zur Kündigung erteilt, kann die Arbeitnehmerin diese Entscheidung vor dem Verwaltungsgericht anfechten, der Kündigungsrechtsstreit wird dann doppelgleisig geführt: Vor dem Arbeitsgericht und parallel, wegen der Zustimmung, vor dem Verwaltungsgericht. Da die Rechtsstreitigkeiten vor den Verwaltungsgerichten regelmäßig deutlich länger brauchen als in

den besonders beschleunigten arbeitsgerichtlichen Verfahren, bedeutet diese Doppelwertigkeit des Kündigungsschutzes für den Arbeitgeber ein erhebliches Risiko.

Eine Besonderheit sieht das Gesetz für den Fall vor, dass ausnahmsweise eine Kündigung ausgesprochen werden kann: § 17 Abs. 2 S. 2 MuSchG schreibt vor, dass die Kündigung den Kündigungsgrund angeben muss. Normalerweise ist eine inhaltliche Begründung der Kündigung nicht erforderlich, sodass diese Sonderregelung gerne übersehen wird. Die fehlende Begründung macht die Kündigung unwirksam.

In der Praxis spielt das Verfahren auf Zulässigkeitserklärung der Kündigung gemäß § 17 Abs. 2 MuSchG nur eine geringe Rolle: Viele Arbeitgeber nehmen den Kündigungsschutz hin, auch da dieser zeitlich beschränkt ist und zudem die wirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers während der Schutzfristen nur gering ist.

In der Praxis schließt sich an den Kündigungsschutz nach dem Mutterschutzgesetz häufig der ähnliche, im Detail jedoch deutlich differierende Kündigungsschutz nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) an, der Gegenstand des nächsten Beitrages dieser Reihe sein wird.



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



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



Dr. Christina Esser
+49 (0) 221 65065-129
christina.esser@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