



IHRE WIRTSCHAFTSKANZLEI



# Employment Tracker



OKTOBER 2023

## Bleiben Sie mit uns auf dem Laufenden

---

Mit unserem Employment Tracker blicken wir für Sie regelmäßig in die „Zukunft des Arbeitsrechts“!

Jeweils zu Monatsbeginn stellen wir die wichtigsten für den Monat erwarteten Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (BAG) und des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) sowie sonstiger Gerichte vor. In der Ausgabe des jeweiligen Folgemonats berichten wir über die Ergebnisse. Ergänzend weisen wir auf anstehende Milestones in Gesetzesinitiativen der Politik hin, damit Sie bereits heute wissen, womit Sie morgen zu rechnen haben.

## Aktuelle Entscheidungen

---

Mit der nachstehenden Übersicht über aktuelle Entscheidungen des vergangenen Monats sind Sie informiert, welche Rechtsfragen kürzlich entschieden wurden und welche Auswirkungen dies für die Rechtspraxis haben kann!

Gegenstand	Termin/AZ	Anmerkung/Hinweis für die Praxis
<b>Bundesarbeitsgericht</b>		
<b>Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung während der Elternzeit</b>	05.09.2023 - 9 AZR 329/22 -	Für beide Entscheidungen wurde keine Pressemitteilung veröffentlicht. Details folgen bei Veröffentlichung der Urteilsgründe.
<b>Kürzung der Standardabfindung für rentennahe Jahrgänge</b>	19.09.2023 - 1 AZR 15/23 -	

---

## Anstehende Entscheidungen

Mit der nachstehenden Übersicht über bevorstehende Entscheidungen des folgenden Monats sind Sie vorab informiert, über welche Rechtsfragen in Kürze entschieden werden und welche Auswirkungen dies für die Rechtspraxis haben kann!

Gegenstand	Termin/ AZ	Anmerkung/ Hinweis für die Praxis
<b>Bundesarbeitsgericht</b>		
<b>Anspruch auf Urlaubsabgeltung bei lang andauernder Arbeitsunfähigkeit vor Beginn der Freistellungsphase der Altersteilzeit</b>	17.10.2023 - 9 AZR 577/20 -	<p>Das Bundesarbeitsgericht hat erneut über Urlaubsabgeltungsansprüche zu entscheiden – diesmal im Zusammenhang mit einer lang andauernden Arbeitsunfähigkeit vor Beginn der Freistellungsphase der Altersteilzeit.</p> <p>Der Kläger vereinbarte mit der beklagten Arbeitgeberin einen Altersteilzeitvertrag im Blockmodell. Den während der Arbeitsphase beantragten und genehmigten Urlaub konnte der Kläger im Jahr 2016 wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nicht vollständig nehmen.</p> <p>Aus dem Grund verlangt der Kläger nun Abgeltung der nicht genommenen Urlaubstage.</p> <p>Die Beklagte ist der Ansicht, dass dem Kläger kein Urlaubsabgeltungsanspruch zustehe. Der gesetzliche Teil des Urlaubsanspruchs sei entsprechend der Grundsätze zu lang andauernder Arbeitsunfähigkeit spätestens zum 31. März 2018 verfallen. Während der Freistellungsphase habe der Kläger keinen Urlaub nehmen können, sodass sich der Verfall des restlichen Jahresurlaubs 2016 während der Freistellungsphase nicht habe verhindern lassen.</p> <p>Im Oktober 2021 hat das Bundesarbeitsgericht den Rechtsstreit ausgesetzt und den Europäischen Gerichtshof im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens angerufen. Das Bundesarbeitsgericht wollte wissen, ob das Unionsrecht den Verfall des Urlaubsanspruchs nach</p>

Ablauf des Urlaubsjahres oder ggf. einer längeren Frist auch dann gestattet, wenn der Arbeitnehmer von der Arbeits- in die Freistellungsphase seines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses wechselt, ohne seinen aus demselben Kalenderjahr stammenden Urlaub – vollständig – genommen zu haben.

Mit Entscheidung vom 27. April 2023 – C-192/22 – hat der Europäische Gerichtshof entschieden, dass ein Verfall von Urlaubsansprüchen unionsrechtswidrig ist, wenn der Arbeitnehmer vor der Freistellungsphase wegen Krankheit daran gehindert war, diesen Urlaub zu nehmen. Das Bundesarbeitsgericht muss nun unter Berücksichtigung der Auffassung des Europäischen Gerichtshofs über die Revision des Klägers entscheiden.

---

<p><b>Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Anweisung die private Nutzung von Mobiltelefonen/Smartphones während der Arbeitszeit zu unterlassen</b></p>	<p>17.10.2023 - 1 ABR 24/22 -</p>	<p>In Streit steht, ob das Verbot der privaten Nutzung von Mobiltelefonen/Smartphones während der Arbeitszeit der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegt.</p> <p>Mittels Aushangs wies die Arbeitgeberin schriftlich darauf hin, dass jede Nutzung von Mobiltelefonen/Smartphones während der Arbeitszeit nicht gestattet ist und drohte im Fall des Verstoßes mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen.</p> <p>Der Betriebsrat ist der Ansicht, dass die Arbeitgeberin ihn zuvor hätte beteiligen müssen. Sein Mitbestimmungsrecht folge aus dem Umstand, dass zumindest auch das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer betroffen sei. Die Nutzung eines Smartphones kollidiere nicht notwendigerweise und zwingend mit der arbeitsvertraglichen Pflichterfüllung. Zur Klärung dieser Frage leitete der Betriebsrat ein Beschlussverfahren ein.</p> <p>Die Arbeitgeberin ist demgegenüber der Ansicht, dass kein Mitbestimmungsrecht bestehe, weil lediglich das Arbeitsverhalten der Arbeitnehmer betroffen sei. Das Verbot konkretisiere lediglich die Arbeitspflicht.</p> <p>Die Vorinstanzen (ua. LAG Nds., Beschl. v. 13.10.2022 – 3 TaBV 24/22) wiesen die Anträge des Betriebsrats zurück. Das Verbot, während der Arbeitszeit Smartphones zu privaten Zwecken zu nutzen, unterliege nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Nach dem hier überwiegenden Regelungszweck der Weisung werde nicht ein</p>
--	---------------------------------------	--

---

arbeitsbegleitendes Verhalten geregelt. Gegenstand der Maßnahme sei die Festlegung, welche Tätigkeit die Beschäftigten während ihrer Arbeitszeit zu unterlassen haben.

Mit seiner Rechtsbeschwerde zum Bundesarbeitsgericht verfolgt der Betriebsrat sein Begehren weiter.

<p><b>Annahmeverzugsvergütung</b></p> <p><b>Böswilliges Unterlassen anderweitigen Verdienstes bei Übernahme einer unentgeltlichen Tätigkeit</b></p>	<p>18.10.2023</p> <p>- 5 AZR 331/22 -</p>	<p>Das Bundesarbeitsgericht hat im Zusammenhang mit Annahmeverzugslohnansprüchen darüber zu entscheiden, ob in der Übernahme einer unentgeltlichen Tätigkeit ein böswilliges Unterlassen anderweitigen Verdienstes zu sehen ist.</p> <p>Die Klägerin war bei der beklagten Arbeitgeberin bis zu ihrer Abberufung als Geschäftsführerin, nach Abberufung unter Beibehaltung der entgeltlichen Bedingungen als Arbeitnehmerin, tätig.</p> <p>Die Beklagte sprach mehrere fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigungen aus und wurde zum 01. Mai 2014 von der Arbeit freigestellt. Nach der Freistellung wurde die Klägerin als Geschäftsführerin einer anderen Gesellschaft tätig, ohne dafür aber ein Entgelt zu erhalten. Nach rechtskräftiger Entscheidung des Landesarbeitsgericht Thüringen wurde das Arbeitsverhältnis der Parteien lediglich durch die zuletzt ausgesprochene Kündigung zum 01. Oktober 2014 beendet.</p> <p>Aus diesem Grund macht die Klägerin Annahmeverzugsansprüche für den Zeitraum Mai bis September 2014 geltend. Auf die Annahmeverzugsansprüche habe sie sich keinen anderweitigen Erwerb anzurechnen. Während des maßgeblichen Zeitraums sei sie zwar als Geschäftsführerin für ein anderes Unternehmen tätig gewesen. Für diese Geschäftsführertätigkeit habe sie aber unstreitig keine Vergütung erhalten. Nach der vertraglichen Vereinbarung stehe ihr lediglich eine Gewinnbeteiligung zu. Aufgrund von Anlaufverlusten sei aber bislang keine Ausschüttung erfolgt.</p> <p>Die Beklagte ist der Auffassung, dass der Klägerin keine Ansprüche auf Annahmeverzugslohn zustehen. Die Klägerin habe es böswillig unterlassen eine Gegenleistung für ihre Fremdgeschäftsführertätigkeit beim Konkurrenzunternehmen anzunehmen.</p>
---	---	---

Die Vorinstanzen (ua. LAG Thüringen, Urt. v. 06.09.2022 – 1 Sa 427/20) haben der Klägerin den geltend gemachten Annahmeverzugslohn zugesprochen. Das Landesarbeitsgericht führt aus, dass die Darlegungs- und Beweislast für das böswillige Unterlassen anderweitigen Verdienstes dem Arbeitgeber obliege. Ein allgemeiner Hinweis des Arbeitgebers, für den Arbeitnehmer seien auf dem Arbeitsmarkt adäquate freie Stellen vorhanden, genüge zum Beleg einer anderweitigen Verdienstmöglichkeit nicht. Indem die Klägerin einer unentgeltlichen Tätigkeit als Geschäftsführerin nachging, habe sie die Aufnahme einer zumutbaren Beschäftigung nicht böswillig unterlassen. Es sei zwar nicht ausgeschlossen, in der Aufnahme einer unbezahlten Tätigkeit das böswillige Unterlassen eines Verdienstes zu sehen. Es müsse aber unter Berücksichtigung der Gesamtumstände geprüft werden, welche Umstände und Gründe zur Übernahme der unentgeltlichen Tätigkeit geführt haben. Seien für die für die Übernahme einer unentgeltlichen Tätigkeit keine vernünftigen Gründe feststellbar oder wurde gar nachweislich eine Vergütung angeboten, bliebe letztlich nur noch eine Verhinderung der Anrechnungsmöglichkeit als Motiv übrig. Eine solche Schädigungsabsicht sei bei der Klägerin aber nicht erkennbar.

Dagegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Revision zum Bundesarbeitsgericht.

**Rückforderung von Kosten des Betriebsrats bei fehlender Erforderlichkeit**

25.10.2023

- 7 AZR 338/22 -

Die Parteien streiten darüber, ob die Arbeitgeberin berechtigt ist, zunächst gezahlte Kosten für die Betriebsratstätigkeit mangels Erforderlichkeit der Kosten von dem betroffenen Betriebsratsmitglied zurückzufordern.

Der Kläger ist Mitglied des bei der Arbeitgeberin gebildeten Betriebsrats. Auf Grundlage eines Beschlusses des Betriebsrats sollte der Kläger an drei Schulungen zum Arbeitsrecht teilnehmen. Die Beklagte erteilte für die Teilnahme an den Schulungen keine Genehmigung, weil die Reisetätigkeit aufgrund der Corona-Pandemie bis auf Weiteres beschränkt sei. Da die Schulungen teilweise coronabedingt verschoben wurde, fasste der Betriebsrat einen neuen Beschluss für die Teilnahme des Klägers zu den geänderten Schulungszeiten.

Mit anwaltlichem Schreiben wurde die Beklagte darüber in Kenntnis gesetzt und dazu aufgefordert, der Teilnahme an den genannten Seminaren zuzustimmen. Der Rechtsanwalt des Klägers stellte der Beklagten den Betrag für seine Tätigkeit in Rechnung. Diese Rech-

---

nung leitete die Beklagte an den Betriebsrat weiter mit der Bitte, diese dem Kläger vorzulegen mit der Bitte um persönlichen Ausgleich. Die Beklagte wies darauf hin, dass über die Beauftragung des Rechtsanwalts kein Beschluss des Betriebsrats ergangen sei.

Da keine Zahlung durch den Kläger erfolgte, beglich die Beklagte die Rechnung, zog den Rechnungsbetrag aber vom Nettoverdienst des Klägers unter der Bezeichnung „Vorschuss Fachanwalt Arbeitsrecht“ ab.

Der Kläger begehrt nun die Auszahlung des einbehaltenen Betrags. Er ist der Auffassung, dass die Beklagte gem. § 40 BetrVG für Rechtsverfolgungskosten des Betriebsrats auch im Falle der Durchsetzung eines bestehenden Seminaranspruchs durch das einzelne Betriebsratsmitglied aufzukommen habe.

Demgegenüber ist die Beklagte der Ansicht, dass ein Arbeitnehmer, soweit er einen Rechtsanwalt beauftrage, in analoger Anwendung des § 12a ArbGG keinen Kostenerstattungsanspruch gegen den Arbeitgeber habe. Zudem liege kein ordnungsgemäßer Betriebsratsbeschluss zur Beauftragung eines Rechtsanwalts vor. Nach Ablehnung der Schulungen hätte sich erst einmal der Betriebsrat damit auseinandersetzen müssen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht (Niedersachsen, Urt. v. 30.08.2022 – 9 Sa 945/21) hat ihr stattgegeben. Nach dem Landesarbeitsgericht sei die Beauftragung des Rechtsanwalts zwar nicht erforderlich im Sinne von § 40 BetrVG gewesen. Die Beklagte könne aber dennoch keine Erstattung der von ihr gezahlten Rechtsanwaltsvergütung über §§ 683, 670 BGB oder §§ 684, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB verlangen. Die Regelungen der Geschäftsführung ohne Auftrag gem. § 677 ff. BGB seien insoweit durch §§ 2 Abs. 1, 40 Abs. 1, 78 S. 2 BetrVG verdrängt.

Gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts richtet sich die Revision der Beklagten.

---

## Gesetzesinitiativen, wichtige Meldungen & Anträge

In diesem Abschnitt werden für den Monat bedeutende Initiativen, Pressemitteilungen und Veröffentlichungen kurz und prägnant auf den Punkt gebracht, sodass Sie stets über Neuerungen sowie bislang lediglich geplante Vorhaben informiert sind.

Gegenstand	Timeline	Anmerkung/ Hinweis für die Praxis
<b>Eckpunkte zum Bürokratieabbau beschlossen</b>	30.08.2023	<p>Das Bundeskabinett hat am 30. August 2023 ein Eckpunktepapier für ein Bürokratieentlastungsgesetz beschlossen. Für das Arbeitsrecht sieht das Eckpunktepapier unter anderem folgende Neuerungen vor:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ <b>Schriftform:</b> Zivilrechtliche Schriftform- und Unterschriftserfordernisse sollen weitestgehend aufgehoben oder durch Textformerfordernisse ersetzt werden. An die Stelle der Schriftform sollen die elektronische Form oder die Textform als Regelform treten.</li> <li>▪ <b>Arbeitsverträge/NachwG:</b> Im Nachweisgesetz soll eine Regelung geschaffen werden, wonach die Verpflichtung des Arbeitgebers, einen Nachweis der wesentlichen Vertragsbedingungen zu erteilen, entfällt, wenn und soweit ein Arbeitsvertrag in einer die Schriftform ersetzenden gesetzlichen elektronischen Form geschlossen wurde. Entsprechendes soll für in elektronischer Form geschlossene Änderungsverträge bei Änderungen wesentlicher Vertragsbedingungen gelten.</li> <li>▪ <b>Arbeitszeugnisse:</b> Die Regelung zur Erteilung von Arbeitszeugnissen (§ 630 BGB, § 109 GewO) soll zusätzlich für die gesetzliche elektronische Form geöffnet werden.</li> <li>▪ <b>Arbeitszeit:</b> Das Arbeitszeitgesetz und das Jugendarbeitsschutzgesetz sollen mit dem Ziel angepasst werden, dass die jeweiligen Aushangpflichten durch den Arbeitgeber auch erfüllt werden, wenn die geforderten Informationen über die im Betrieb oder in der Dienststelle übliche Informations- und Kommunikationstechnik (etwa das Intranet) elektronisch zur Verfügung gestellt werden, sofern alle Beschäftigten freien Zugang zu den Informationen haben.</li> <li>▪ <b>Elterngeld und Elternzeit:</b> Das Schriftformerfordernis im Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz für Anträge auf Verringerung der Arbeitszeit und ihre Ablehnung sowie die Geltendmachung des Anspruchs auf Elternzeit soll durch die Textform ersetzt werden.</li> </ul>

---

<b>Beschäftigtendatenschutzgesetz soll noch in diesem Jahr kommen</b>	30.08.2023	<p>Am 30. August 2023 hat das Bundeskabinett die Nationale Datenstrategie beschlossen und in diesem Zusammenhang angekündigt, dass von den Öffnungsklauseln der DSGVO Gebrauch gemacht wird, um mit einem modernen, handhabbaren Beschäftigtendatenschutzgesetz Rechtsklarheit für Arbeitgeber sowie Beschäftigte zu schaffen und Persönlichkeitsrechte der Beschäftigten effektiv zu schützen.</p> <p>Das Beschäftigtendatenschutzgesetz soll noch im vierten Quartal diesen Jahres kommen.</p>
<b>Verordnung zur Weiterentwicklung der Fachkräfteeinwanderung verkündet</b>	31.08.2023	<p>Die Verordnung zur Weiterentwicklung der Fachkräfteeinwanderung wurde am 31. August 2023 verkündet. Ziel der Verordnung ist, die Einwanderung von ausländischen Fach- und Arbeitskräften zu erleichtern und deutlich zu steigern. Zu diesem Zweck soll künftig ausreichend Berufserfahrung in Kombination mit einem mindestens zweijährigen Berufs- und Hochschulabschluss zur Beschäftigung in nicht-reglementierten Berufen berechtigen. Darüber hinaus können Arbeitgeber mit der Anerkennungspartnerschaft ausländische Fachkräfte dabei unterstützen, die Anerkennung ihres im Ausland erworbenen Abschlusses nachzuholen.</p>

---

## Für Sie vor Ort: Ihre Ansprechpartner



**Dr. Ulrich Fülbiel**  
**Leiter Arbeitsrecht**  
 Prinzregentenstraße 22  
 80538 München  
 T: +49 89 3090667 62  
 ufuelbier@goerg.de



**Dr. Thomas Bezani**  
**Partner**  
 Kennedyplatz 2  
 50679 Köln  
 T: +49 221 33660 544  
 tbezani@goerg.de



**Dr. Axel Dahms**  
**Partner**  
 Kantstraße 164  
 10623 Berlin  
 T: +49 30 884503 122  
 adahms@goerg.de



**Burkhard Fabritius, MBA**  
**Partner**  
 Alter Wall 20 – 22  
 20457 Hamburg  
 T: +49 40 500360 755  
 bfabritius@goerg.de



**Dr. Dirk Freihube**  
**Partner**  
 Ulmenstraße 30  
 60325 Frankfurt am Main  
 T: +49 69 170000 159  
 dfreihube@goerg.de



**Dr. Ralf Hottgenroth**  
**Partner**  
 Kennedyplatz 2  
 50679 Köln  
 T: +49 221 33660 504  
 rhottgenroth@goerg.de



**Dr. Martin Hörtz**  
**Partner**  
 Ulmenstraße 30  
 60325 Frankfurt am Main  
 T: 49 69 170000 165  
 mhörtz@goerg.de



**Dr. Alexander Insam, M.A.**  
**Partner**  
 Ulmenstraße 30  
 60325 Frankfurt am Main  
 T: +49 69 170000 160  
 ainsam@goerg.de



**Dr. Christoph J. Müller**  
**Partner**  
 Kennedyplatz 2  
 50679 Köln  
 T: +49 221 33660 524  
 cmueller@goerg.de



**Dr. Lars Nevian**  
**Partner**  
 Ulmenstraße 30  
 60325 Frankfurt am Main  
 T: +49 69 170000 210  
 lnevian@goerg.de



**Dr. Marcus Richter**  
**Partner**  
 Kennedyplatz 2  
 50679 Köln  
 T: +49 221 33660 534  
 mrichter@goerg.de



**Dr. Frank Wilke**  
**Partner**  
 Kennedyplatz 2  
 50679 Köln  
 T: +49 221 33660 508  
 fwilke@goerg.de

GÖRG

IHRE WIRTSCHAFTSKANZLEI

## Nie weit entfernt – Unsere Standorte

### **BERLIN**

T: +49 30 884503-0  
berlin@goerg.de

### **HAMBURG**

T: +49 40 500360-0  
hamburg@goerg.de

### **FRANKFURT AM MAIN**

T: +49 69 170000-17  
frankfurt@goerg.de

### **KÖLN**

T: +49 221 33660-0  
koeln@goerg.de

### **MÜNCHEN**

T: +49 89 3090667-0  
muenchen@goerg.de