

# Kurz kommentiert

## Widerspruch gegen den Betriebsübergang und Annahmeverzug

Vor dem Sächsischen LAG (Urt. v. 19.11.2019 – 3 Sa 124/19) klagte ein kaufmännischer Leiter Vergütungsansprüche für die Zeit vom 18. bis 29.6.2018 ein, nachdem er das Arbeitsverhältnis zum 30.6.2018 gekündigt hatte. Zum 1.6.2018 wurde das Unternehmen nach Insolvenzantragstellung verkauft und die Arbeitsverhältnisse sämtlicher Mitarbeiter gingen im Wege des Betriebsübergangs über. Davon informierte der Geschäftsführer den Kläger unter Hinweis darauf, dass ihm ein Widerspruchsrecht gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses zustehe. Da der Geschäftsbetrieb jedoch vollumfänglich eingestellt werde, falle sein bisheriger Arbeitsplatz weg und das Arbeitsverhältnis müsse betriebsbedingt gekündigt werden.

In der Zeit vom 4. bis 15.6.2018 war der Kläger arbeitsunfähig krank. In der Zeit vom 18. bis 29.6.2018 erbrachte er keine Arbeitsleistungen. Er zeigte weder seine Genesung an noch bot er gegenüber dem Betriebserwerber oder dem bisherigen Arbeitgeber seine Arbeitsleistung an. Am 26.6.2019 widersprach der Kläger dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses.

Die Klage auf Annahmeverzugslohn für die Zeit vom 18.6. bis 29.6.2018 hatte in beiden Instanzen keinen Erfolg. Denn der Beklagte befand sich im streitigen Zeitraum nicht mit der Annahme der Arbeitsleistung des Klägers in Verzug. Nach ständiger Rechtsprechung des 5. Senats des BAG setzt ein Anspruch aus Annahmeverzug ein erfüllbares, d. h. tatsächlich durchführbares Arbeitsverhältnis voraus. Unstreitig hatte der Beklagte den Betrieb bereits am 1.6.2018 an einen Erwerber veräußert. In der Zeit bis zum Widerspruch des Klägers am 26.6.2018 bestand damit rein tatsächlich kein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien, aufgrund dessen der Kläger berechtigt war, die Arbeitsleistung für den Betrieb zu erbringen und es dem Arbeitgeber oblag, die Arbeitsleistung anzunehmen. Der Widerspruch des Arbeitnehmers nach § 613a Abs. 6 BGB wirkt zwar auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs zurück. Die rechtliche Rückwirkung des Widerspruchs und der durchgehende rechtliche Bestand des Arbeitsverhältnisses zwischen Arbeitnehmer und Betriebsveräußerer über den Zeitpunkt des Betriebsübergangs hinaus ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass dem Betriebs-

veräußerer eine tatsächliche Beschäftigung mangels Vorliegens eines erfüllbaren Arbeitsverhältnisses in diesem Zeitraum nicht möglich war. Insofern ist zwar rein rechtlich eine Vertragsbindung mit Rückwirkung möglich, nicht aber eine rückwirkende tatsächliche Beschäftigung. Für die Zeit ab dem 26.6.2019 scheiterte der Vergütungsanspruch daran, dass der Kläger seine Arbeitsleistung weder tatsächlich noch wörtlich angeboten hat. Der Beklagte hat auch keine Erklärung abgegeben, die als beharrliche Ablehnung der Arbeitsleistung des Klägers angesehen werden könnte. Allein die Information über den Übergang des Arbeitsverhältnisses und eine drohende Kündigung im Falle des Widerspruchs schließt die grundsätzliche Bereitschaft des Arbeitgebers, die Arbeitsleistung entgegenzunehmen, nicht aus. Es stand dem Beklagten vielmehr frei, den Kläger mit evtl. noch vorhandenen Abwicklungsarbeiten zu beschäftigen.

Die zugelassene Revision ist beim BAG unter dem Az. 5 AZR 712/19 anhängig.

## Verjährung von Urlaubsansprüchen

Zu einer grundlegend umstrittenen Rechtsfrage hat das LAG Düsseldorf am 21.2.2020 (10 Sa 180/19) ein Urteil gefällt und die Revision zum BAG zugelassen. Die Klägerin war seit 1996 ohne schriftlichen Arbeitsvertrag als Steuerfachangestellte und Bilanzbuchhalterin bei einem Steuerberater beschäftigt. Sie beantragte ihre Urlaube jeweils auf einem Formular, das der Steuerberater genehmigte und zur Personalakte reichte. Die Klägerin wurde dann mündlich informiert, dass der Urlaub genehmigt sei. Mit Schreiben vom 1.3.2012 bescheinigte der Steuerberater der Klägerin, dass Resturlaubsansprüche von 76 Tagen aus dem Jahr 2012 sowie den Vorjahren nicht verfallen, weil die Klägerin ihren Urlaub wegen des hohen Arbeitsaufwands in seiner Kanzlei nicht habe antreten können. Das Arbeitsverhältnis endete durch Kündigung der Steuerfachangestellten am 31.7.2017. Der Arbeitgeber rechnete zwar die im Jahr 2017 noch offenen Urlaubsansprüche ordnungsgemäß ab, weigerte sich jedoch, die 76 Urlaubstage aus den Kalenderjahren 2012 und früher abzurechnen.

Das LAG Düsseldorf gab der Klägerin Recht und verurteilte die Kanzlei zur Zahlung der Urlaubsabgeltung für 76 Urlaubstage. Das Gericht ging zunächst der Frage nach, ob die Urlaubsansprü-

che aus den Jahren vor 2017 nach § 7 Abs. 3 BUrlG verfallen waren. Nach dieser Vorschrift verfallen Urlaubsansprüche am 31.3. des Folgejahres nach der neuesten Rechtsprechung des BAG und des EuGH jedoch nur dann, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zuvor aufgefordert hat, seinen Urlaub zu nehmen und ihm klar und rechtzeitig mitgeteilt hat, dass der Urlaub mit Ablauf des Kalenderjahres bzw. des dreimonatigen Übertragungszeitraums verfällt, wenn er ihn nicht beantragt hat. Will der Arbeitgeber das uneingeschränkte Kumulieren von Urlaubsansprüchen aus mehreren Jahren vermeiden, muss er seine Mitarbeiter auffordern, ihren Urlaub noch innerhalb des Übertragungszeitraums zu nehmen und sie darauf hinweisen, dass der Urlaubsanspruch anderenfalls erlischt. Da der Arbeitgeber seiner Mitwirkungsobliegenheit insofern nicht nachgekommen war, waren die Urlaubsansprüche aus den Jahren 2012 und früher nicht verfallen.

Die Frage war jedoch, ob sie verjährt waren. Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt drei Jahre. Die Frist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist. Ob Urlaubsansprüche der Verjährung unterliegen, ist schon länger umstritten und unter Berücksichtigung europarechtlicher Vorgaben und der daran anknüpfenden neuen Rechtsprechung des BAG höchstrichterlich noch nicht entschieden. Das LAG Düsseldorf entschied, dass der Urlaubsanspruch in Fällen, in denen der Arbeitgeber seine Mitwirkungsobliegenheiten nicht erfüllt hat, nicht verjährt. Nur dann, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nach der Rechtsprechung des EuGH tatsächlich in die Lage versetzt, seinen Urlaubsanspruch wahrzunehmen, könne dieser verjähren.

Die Revision beim BAG ist anhängig unter dem Az. 9 AZR 266/20.

## Besonderer Kündigungsschutz des Datenschutzbeauftragten

Ein Unternehmen stellte am 15.1.2018 eine Mitarbeiterin als Teamleiter Recht ein. Am selben Tag wurde sie mit Wirkung ab dem 1.2.2018 zur betrieblichen Datenschutzbeauftragten bestellt. Noch innerhalb der Probezeit, am 13.7.2018, kündigte das Unternehmen das Arbeitsverhältnis zum 15.8.2018 ordentlich. Im Kündigungsschreiben teilte das Unternehmen mit, dass die Bestellung als Datenschutzbeauftragte spätestens zum 15.8.2018 ende und hilfsweise aus wichtigem Grund widerrufen werde. Zuvor war der Betriebsrat zu der ordentlichen Kündigung angehört worden.

Vor dem LAG Nürnberg (Urt. v. 19.2.2020 – 2 Sa 274/19) stritten die Parteien über die Wirk-

samkeit der Kündigung und die Verpflichtung der Beklagten zur Weiterbeschäftigung der Klägerin als Datenschutzbeauftragte. Die Arbeitgeberin machte geltend, sie habe die unternehmerische Entscheidung getroffen, die Funktion des Zentralbereichsleiters Recht zu streichen, den Bereich Datenschutz extern zu vergeben und die interne Rechtsberatung künftig über externe Anwälte auszugestalten und keine eigenen Juristen mehr zu beschäftigen. Der Bereich Datenschutz sei ab dem 15.7.2018 auf die Firma D. übertragen worden.

Die Klägerin berief sich auf ihren Sonderkündigungsschutz als Datenschutzbeauftragte gem. § 6 Abs. 4 Satz 2 BDSG. Danach ist die Abberufung des Datenschutzbeauftragten und die Kündigung des Arbeitsverhältnisses nur aus wichtigem Grund i. S. d. § 626 BGB zulässig. Sowohl die erste als auch die zweite Instanz hielten die Kündigung innerhalb der Probezeit und die Abberufung als Datenschutzbeauftragte für unwirksam.

Der in § 6 Abs. 4 Satz 2 BDSG verankerte Sonderkündigungsschutz zugunsten eines Datenschutzbeauftragten gilt bereits in der Probezeit. Das Gericht befasste sich sodann mit der Frage, ob der besondere Kündigungsschutz auf nationaler Ebene gegen Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DSGVO verstößt. Nach dieser Vorschrift darf der Datenschutzbeauftragte wegen der Erfüllung seiner Aufgaben nicht abberufen oder benachteiligt werden. Eine ausdrückliche Öffnungsklausel für den nationalen Gesetzgeber, einen besonderen Kündigungsschutz für Datenschutzbeauftragte zu regeln, findet sich in der DSGVO dagegen nicht. Allerdings ergebe die Auslegung der DSGVO, dass diese keine genuinen abschließenden arbeitsrechtlichen Regelungen treffe, zumindest nicht für das Arbeitsverhältnis, das der Tätigkeit als Datenschutzbeauftragtem zugrunde liegt. Der Ausschluss der ordentlichen Kündigung dieses Arbeitsverhältnisses steht daher mit der DSGVO in Einklang. Die ordentliche Kündigung konnte auch nicht in eine außerordentliche umgedeutet werden. Schließlich war auch der Betriebsrat nicht zu einer außerordentlichen Kündigung angehört worden.

Es lag auch kein wichtiger Grund für die Abberufung der Klägerin als Datenschutzbeauftragte vor. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere nicht darin, einen internen Datenschutzbeauftragten durch einen externen Datenschutzbeauftragten aus organisatorischen, finanziellen oder personalpolitischen Gründen zu ersetzen.

Das Gericht ließ die Revision für die Beklagte zu. Sie ist unter dem Az. 2 AZR 224/20 beim BAG anhängig.

## Sachgrundlose Befristung und Vorbeschäftigungsverbot

Vor dem LAG Baden-Württemberg (Urt. v. 11.3.2020 – 4 Sa 44/19) stritten die Parteien über die Wirksamkeit einer Befristung. Die Klägerin war bei der Beklagten vom 6.4.1999 bis 31.7.2000 befristet beschäftigt und als Montagetarbeiterin eingesetzt. Nach fünf Monaten, zum 1.9.1999, ging das Arbeitsverhältnis im Wege eines Betriebsübergangs auf die Firma ALR über. Im Jahr 2014 bewarb sich die Klägerin nach einer familiär bedingten Berufspause erneut bei der Beklagten. Auf die Frage im Personalbogen „Waren Sie schon in einem Betrieb der B-Gruppe [zu dem die Beklagte gehört] beschäftigt?“ antwortete sie mit „ja“. Die Beklagte stellte die Klägerin mit Wirkung ab 8.12.2014 befristet als Montagemitarbeiterin ein. Die Befristung wurde innerhalb von zwei Jahren dreimal bis zum 30.6.2016 verlängert, im Anschluss daran insgesamt sechsmal bis zum 30.9.2018. Dabei stützte sich die Beklagte auf die tarifliche Erweiterung der sachgrundlosen Befristungsmöglichkeiten gemäß dem anwendbaren Tarifvertrag für die Metall- und Elektrobranche.

Der Arbeitsvertrag der Klägerin enthielt unter Nr. 1.1 folgende Regelung: „Sie bestätigen, bisher in keinem befristeten oder unbefristeten Arbeitsverhältnis (einschließlich Ferienbeschäftigung) zu uns gestanden zu haben.“

Sowohl die erste wie auch die zweite Instanz gaben der Klage statt und urteilten, dass die Befristung rechtsunwirksam sei und der Arbeitsvertrag somit auf unbestimmte Zeit abgeschlossen wurde. Seit der Entscheidung des BVerfG vom 6.6.2018 (1 BvL 7/14, AuA 8/18, S. 487) sperrt grundsätzlich jegliche Vorbeschäftigung bei demselben Arbeitgeber die Möglichkeit einer erneuten sachgrundlosen Befristung. Das Verbot der sachgrundlosen Befristung besteht nur dann ausnahmsweise nicht, wenn keine Gefahr einer Kettenbefristung besteht und das Verbot nicht erforderlich ist, um das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform zu erhalten. Dies ist nach den obersten Verfassungshütern dann der Fall, wenn eine Vorbeschäftigung sehr lange zurückliegt, ganz anders geartet war oder von sehr kurzer Dauer gewesen ist. Es müssen die Umstände des Einzelfalls gewürdigt werden. Im konkreten Fall war die Vorbeschäftigung der Klägerin nicht anders geartet als die vertraglich geschuldete Tätigkeit im neuen befristeten Arbeitsverhältnis. Die Vorbeschäftigung war auch nicht von sehr kurzer Dauer. Selbst wenn man nur auf die Zeitspanne von fünf Monaten bis zum Betriebsübergang abstellen würde, wäre diese zwar kurz, jedoch nach Auffassung der Richter nicht sehr kurz. Das BAG hatte bislang noch kei-

nen Fall zu klären, in dem die Vorbeschäftigung zwar länger als drei Monate bestand, aber kürzer als sechs Monate dauerte. Die Vorbeschäftigung lag auch nicht sehr lange zurück. Das BAG geht davon aus, dass eine sehr lange Zeit bis zu einer Dauer von 20 Jahren nicht vorliegt. Denn in dieser Zeit kann der Arbeitnehmer noch einen höheren Bestandsschutz in Form von längeren Kündigungsfristen erwerben. Dementsprechend wurden Zwischenzeiträume von acht Jahren und 15 Jahren vom BAG noch nicht als sehr lang bewertet, wohl aber ein Zwischenzeitraum von 22 Jahren. Insgesamt sah das Gericht daher die Ausnahme vom Vorbeschäftigungsverbot nicht als gegeben an. Die Beklagte konnte sich insbesondere nicht auf die arbeitsvertragliche Klausel berufen, wonach die Klägerin bestätigte, bisher nicht in einem befristeten oder unbefristeten Arbeitsverhältnis zur Beklagten gestanden zu haben. Denn diese Vertragsklausel war nach Auffassung des Gerichts gem. § 309 Nr. 12b BGB unwirksam. Danach sind Bestimmungen in AGB unwirksam, die die Beweislast zum Nachteil des anderen Vertragsteils ändern. Es genügt bereits der Versuch des Verwenders, die Beweisposition des Kunden zu verschlechtern. Zwar veränderte die streitige Klausel die eigentliche Beweislast nicht. Sie versetzt den Arbeitgeber jedoch in die Lage, substantiiert das Vorliegen einer Vorbeschäftigung zu bestreiten und bringt die Klägerin damit in eine erhöhte Darlegungslast in der Erwiderung. Hinzu kommt, dass die Beklagte versuchte, die Tatsachenerklärung für ihren Einwand der treuwidrigen Rechtsausübung nutzbar zu machen und sich damit eine bessere Beweisposition zu verschaffen.

Wegen grundsätzlicher Bedeutung ließ das Gericht die Revision zum BAG zu.

## BEARBEITET UND ZUSAMMENGESTELLT VON



© Fotostudio Feliksa Francer

**Dr. Claudia Rid**  
Rechtsanwältin und  
Fachanwältin für Arbeitsrecht,  
CMS Hasche Sigle, München