

Erster Deutscher Restrukturierungs- und  
Insolvenzgerichtstag  
am 22. und 23. September 2022  
In Erfurt

Fundstücke aus der Arbeit des  
Bundesarbeitsgerichts

Inken Gallner  
Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts

# Dank und Überblick

Ich bedanke mich ganz herzlich für Ihre Einladung.

Sie ist eine große Freude und Ehre für mich.

Ich würde gerne die aktuelle Arbeit des Bundesarbeitsgerichts beleuchten, in der spruchrichterlichen Tätigkeit und in den Projekten, die das Haus bewegen.

Damit verändere ich das ursprüngliche Thema in Absprache mit Herrn Rombach, weil ich über die Probleme und Vorteile der Konzentration der Arbeitsgerichte als Mitglied der Arbeitsgerichtsbarkeit wenig nicht Interessengeleitetes sagen kann.

# Arbeitsrecht und Europa I

Bei den Arbeitsschwerpunkten des Bundesarbeitsgerichts möchte ich zunächst Europa in den Blick nehmen.

Wer mich kennt, weiß, dass ich eine überzeugte und leidenschaftliche Europäerin bin.

Besonders arbeitsintensiv sind zurzeit Revisionen und Rechtsbeschwerden, in denen Fragen des Rechts der Europäischen Union zu klären sind. Diese Fälle treten zunehmend auf, weil das deutsche Arbeitsrecht in weiten Teilen unionsrechtlich überformt ist. In diesen Verfahren sind häufig Vorlagen an den Gerichtshof der Europäischen Union nötig.

## Arbeitsrecht und Europa II

Beispiele für unionsrechtlich überformte Rechtsgebiete sind das Arbeitszeitrecht, das Antidiskriminierungsrecht, das Urlaubsrecht, das Leiharbeitsrecht, das Befristungsrecht, das Betriebsübergangsrecht, das Massenentlassungsrecht, das Datenschutzrecht und Fragen der Entgeltgleichheit von Männern und Frauen.

Im Urlaubsrecht wartet der Neunte Senat nach mehreren eigenen Vorlagen auf Antworten des EuGH. Es geht um den Verfall von Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsansprüchen bei langandauernder Krankheit (- 9 AZR 401/19 (A) - und - 9 AZR 245/19 (A) -), eine mögliche Verjährung (- 9 AZR 266/20 (A) -) und die Frage, ob Urlaub nachzugewähren ist, wenn eine behördliche Corona-Quarantäne angeordnet ist (- 9 AZR 76/22 (A) -).

## Arbeitsrecht und Europa III

Gestritten wird auch über Urlaubsansprüche bei Kurzarbeit Null. Sie mindert die Urlaubsansprüche, wie der Neunte Senat mit Urteil vom 30. November 2021 in der Sache - 9 AZR 225/21 - entschieden hat.

Die Abberufung eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten ist Gegenstand eines Vorabentscheidungsersuchens des Neunten Senats vom 27. April 2021 in der Sache - 9 AZR 383/19 (A) -.

Der Zweite Senat hat den EuGH mit Vorlage vom 21. Juli 2022 gefragt, ob ein der katholischen Kirche zugeordnetes Krankenhaus eine Arbeitnehmerin allein deshalb als ungeeignet für eine Tätigkeit ansehen darf, weil sie vor Beginn des Arbeitsverhältnisses aus der katholischen Kirche ausgetreten ist, auch wenn es von seinen Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen im Übrigen nicht verlangt, dass sie der katholischen Kirche angehören (- 2 AZR 130/21 (A) -).

## Arbeitsrecht in Europa IV

Vor dem Zehnten Senat des Bundesarbeitsgerichts sind mehr als 400 Revisionen anhängig, in denen über höhere tarifliche Nachtarbeitszuschläge für Nachtschichtarbeit gestritten wird.

Es geht um viele verschiedene Tarifverträge, die zwischen regelmäßiger und unregelmäßiger Nachtarbeit unterscheiden. Die regelmäßige Nachtarbeit wird nach den Tarifverträgen schlechter bezahlt als die unregelmäßige.

Der EuGH hat am 7. Juli 2022 in den verbundenen Rechtssachen Coca-Cola European Partners Deutschland auf zwei Vorabentscheidungsersuchen des Zehnten Senats vom 9. Dezember 2020 (- 10 AZR 332/20 (A) - und - 10 AZR 333/20 (A) -) geantwortet (C-257/21 und C-258/21). Er hat entschieden, dass diese ungleiche Behandlung das Unionsrecht nicht berührt.

# Arbeitsrecht in Europa V

Es spricht viel dafür, dass über einen Teil dieser Revisionen nun streitig zu entscheiden ist.

Nach Auskunft der Spitzenverbände sollen in allen drei Instanzen der Arbeitsgerichtsbarkeit etwa 6.000 solcher Fälle anhängig sein.

Gegen zwei Entscheidungen, in denen der Zehnte Senat eine sog. Anpassung nach oben wegen eines Verstoßes gegen das allgemeine Gleichheitsgrundrecht des Art. 3 Abs. 1 GG vorgenommen hat, sind Verfassungsbeschwerden anhängig (- 10 AZR 334/20 - und - 10 AZR 335/20 -).

Die Fälle sind tarifpolitisch „aufgeladen“, weil sich das individuelle Gleichheitsgrundrecht des Art. 3 Abs. 1 GG und die Koalitionsfreiheit und die Tarifautonomie des Art. 9 Abs. 3 GG gegenüberstehen.

# Zusammenarbeit in Europa I

Um auf die Vorlagen zurückzukommen: Ich halte diese mitunter mühevoll zweistufige Arbeit der Arbeitsgerichtsbarkeit durch Vorlagen an den EuGH und abschließende Entscheidungen für wichtig und wertvoll. Gleiches gilt für Entscheidungen, die europäisches Recht in das deutsche Recht „einpassen“, wenn es schon Positionen des EuGH gibt. Auch die nationalen Richterinnen und Richter sind Unionsrichterinnen und -richter.



## Zusammenarbeit in Europa II

Ich halte es für notwendig, die europäische Rechtsgemeinschaft zu schützen. Sie ist ein zerbrechliches Konstrukt, weil sie nicht die besonderen Bindungskräfte eines Nationalstaats erzeugt.

Wie wichtig der Zusammenhalt in der Europäischen Union ist, wird während des Ukrainekriegs besonders deutlich.

Um mich zu wiederholen: Europa tut not. Genauer: Es tut not, in Europa zusammenzustehen. Multilateraler Zusammenhalt tut not, ob nun in der Europäischen Union, im Europarat, in der Nato oder auch in den Vereinten Nationen, obwohl die UN durch das Vetorecht Russlands im Sicherheitsrat teilweise blockiert sind.

## **Europarechtliches Symposium**

Ein bisschen Werbung in eigener Sache: Das Bundesarbeitsgericht hat im Mai 2022 gemeinsam mit dem Deutschen Arbeitsgerichtsverband das 10. Europarechtliche Symposium durchgeführt.

Während des 10. Europarechtlichen Symposiums wurden vor allem die unionsrechtliche und die deutsche Grundrechtsdogmatik beleuchtet.

Darüber sprachen u. a. der Präsident des EuGH, Herr Professor Lenaerts, und Frau Professorin Baer als Richterin des Bundesverfassungsgerichts.

Das 11. Europarechtliche Symposium wird voraussichtlich am 6. und 7. Juni 2024 im Bundesarbeitsgericht stattfinden.

# Statistik

Um auf die spruchrichterliche Tätigkeit des Bundesarbeitsgerichts zurückzukommen:

Ich will an dieser Stelle nicht verschweigen, dass die Eingänge beim Bundesarbeitsgericht im letzten Jahr um 520 Verfahren oder 25,48 % zurückgegangen sind.

Zu den Einzelheiten bitte ich Sie, die Geschäftsentwicklung im Jahresbericht 2021 nachzulesen, der auf der Homepage des Bundesarbeitsgerichts eingestellt ist. Ich will Ihnen nicht zumuten, noch weitere exakte Zahlen im gesprochenen Wort zu verfolgen.

Die Komplexität der Rechtsprechungsarbeit u. a. wegen der unionsrechtlichen Überformung des Arbeitsrechts - aber bei Weitem nicht nur im Zusammenhang damit - führt jedoch dazu, dass alle Senate ausgelastet sind und sehr gut zu tun haben.

## Rechtsprechung: Rückblick in Schlaglichtern I

Ich will nun die europäischen Fragen verlassen. Erlauben sie mir bitte einen kurzen - höchst unvollständigen - Rechtsprechungsrückblick in Schlaglichtern.

Besonders öffentlichkeitswirksam war ein Urteil des Fünften Senats vom 24. Juni 2021 in der Sache - 5 AZR 505/20 -.

Danach haben ausländische Pflegekräfte, die in Deutschland arbeiten, Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn auch für Bereitschaftszeiten, in denen sie nicht aktiv tätig sind. Die Entscheidung hat große Auswirkungen auf die häusliche Pflegebranche.

## Rechtsprechung: Rückblick in Schlaglichtern II

Inzwischen stellen sich vor dem Bundesarbeitsgericht vermehrt Fragen im Zusammenhang mit Covid-19. In den Verfahren geht es z. B. um die Verpflichtungen im Arbeitsverhältnis, sich testen zu lassen oder eine Schutzmaske zu tragen.

Große Publizität hat eine weitere Entscheidung des Fünften Senats erlangt.

Mit Urteil vom 13. Oktober 2021 hat er in der Sache - 5 AZR 211/21 - entschieden, dass der Arbeitgeber Arbeitnehmern keine Vergütung unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs zahlen muss, wenn er seinen Betrieb während eines staatlich verfügten allgemeinen Corona-Lockdowns schließen muss.

## Rechtsprechung: Rückblick in Schlaglichtern III

Die Frage, ob die Flötistin eines Staatsorchesters verpflichtet ist, sich testen zu lassen, hat der Fünfte Senat am 1. Juni 2022 in der Sache - 5 AZR 28/22 - bejaht.

Der Zehnte Senat hat am 20. Juli 2022 in der Sache - 10 AZR 41/22 - entschieden, dass Reinigungskräfte, die eine Corona-Schutzmaske tragen müssen, keinen Anspruch auf einen Erschwerniszuschlag haben.

Leistet ein Arbeitgeber freiwillig eine Corona-Prämie an seine Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, ist die Prämie regelmäßig unpfändbar nach § 850a Nr. 3 ZPO, wenn sie tatsächlich eine Erschwernis ausgleicht (*BAG 25. August 2022 - 8 AZR 14/22 -*).

## Rechtsprechung: Rückblick in Schlaglichtern IV

Gelöst von Covid-19 hat der Fünfte Senat am 4. Mai 2022 in drei Revisionen über Überstundenvergütungen entschieden (- 5 AZR 359/21 -, - 5 AZR 451/21 - und - 5 AZR 474/21 -).

Auch diese Fälle sind „europäisch verschränkt“. Es ging darum, ob sich aus der Rechtsprechung des EuGH zur Arbeitszeiterfassung Auswirkungen auf die Darlegungs- und Beweislast im Überstundenprozess ergeben (vgl. *EuGH 14. Mai 2019 - C-55/18 - [CCOO]*).

## Rechtsprechung: Rückblick in Schlaglichtern V

Der Fünfte Senat geht davon aus, dass die vom Bundesarbeitsgericht entwickelten Grundsätze zur Verteilung der Darlegungslast und der letztendlichen Beweislast für die Leistung von Überstunden durch die unionsrechtliche Pflicht zur Einführung eines Systems zur Messung der Arbeitszeit nicht verändert werden.

Der Arbeitnehmer muss die geleisteten Überstunden darlegen und vortragen, dass der Arbeitgeber die geleisteten Überstunden ausdrücklich oder konkludent angeordnet, geduldet oder nachträglich gebilligt hat.



## Rechtsprechung: Rückblick in Schlaglichtern VI

Der Erste Senat hat am 13. September 2022 entschieden, dass Arbeitgeber nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG verpflichtet sind, ein System einzuführen, mit dem die von den Arbeitnehmern geleistete Arbeitszeit erfasst werden kann (- 1 ABR 22/21 -).

## Neue Arbeitsformen

Die neuen Arbeitsformen sind auch in jüngerer Vergangenheit wieder in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts angekommen.

Arbeitgeber müssen Fahrradlieferanten - sog. Ridern -, die Essen und Getränke ausliefern und ihre Aufträge über eine Smartphone-App erhalten, in der Regel ein verkehrstüchtiges Fahrrad und ein internetfähiges Mobiltelefon zur Verfügung stellen. Ich beziehe mich auf ein Urteil des Fünften Senats vom 10. November 2021 in der Sache - 5 AZR 334/21 -.

# Kollektivrecht

Im Kollektivrecht möchte ich zwei Beschlüsse des Ersten Senats hervorheben.

Die DHV - Die Berufsgewerkschaft e. V. ist seit dem 21. April 2015 tarifunfähig, weil sie seit diesem Zeitpunkt mit Blick auf ihren satzungsgemäßen Organisationsbereich nicht hinreichend durchsetzungsfähig ist (*BAG 22. Juni 2021 - 1 ABR 28/20 -*).

Das Bundesverfassungsgericht hat die Verfassungsbeschwerde gegen diesen Beschluss nicht zur Entscheidung angenommen.

Mit Beschluss vom 13. September 2022 hat der Erste Senat entschieden, dass die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di tariffähig ist (*- 1 ABR 24/21 -*).

# Projekte des Bundesarbeitsgerichts über die spruchrichterliche Tätigkeit hinaus

Neben der spruchrichterlichen Tätigkeit möchte ich noch auf zwei Projekte des Bundesarbeitsgerichts eingehen:

- die Aufarbeitung der möglichen NS-Belastung des Bundesarbeitsgerichts und
- die elektronische Akte.

# Forschungsvorhaben - Geschichte des Bundesarbeitsgerichts I

Zunächst will ich die Aufarbeitung der Vergangenheit umreißen. Der Blick zurück.

Ich bin meiner Vorgängerin im Amt, Frau Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts a. D. Ingrid Schmidt, sehr dankbar, dass sie für das Bundesarbeitsgericht das interdisziplinäre zeit- und rechtshistorische Forschungsprojekt „Das Bundesarbeitsgericht zwischen Kontinuität und Neuanfang nach 1954“ in Auftrag gegeben hat.

Besonders dankbar bin ich auch dem Haushaltsgesetzgeber für erhebliche Mittel, die dieses außerordentlich wichtige Projekt finanzieren. Sie ergeben sich aus einer Verpflichtungsermächtigung im Bundeshaushalt.

## **Forschungsvorhaben - Geschichte des Bundesarbeitsgerichts II**

Das Projekt leiten ein Historiker, Herr Professor Wirsching, und zwei Juristen, Herr Professor Walter und Herr Professor Franzen. Die operative Forschungsarbeit macht ein Historiker, Herr Dr. Miner, der für das Projekt aus den USA nach Deutschland gekommen ist.

Das Anfang dieses Jahres gestartete Projekt ist auf einen Zeitraum von drei bis vier Jahren angelegt.

# Forschungsvorhaben - Geschichte des Bundesarbeitsgerichts III

Vorgesehen sind zwei Einzelstudien.

Eine historische Kollektivbiographie untersucht in einem ersten Schritt die Lebensläufe der frühen Berufsrichterinnen und -richter sowie der ehrenamtlichen Richterinnen und Richter des Bundesarbeitsgerichts.

Eine juristische Studie soll sich in einem zweiten Schritt der Frage zuwenden, inwieweit sich in der frühen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts Kontinuitäten zu der Zeit des Nationalsozialismus feststellen lassen.

Es ist geplant, die Öffentlichkeit über den Stand der Forschung auch während des laufenden Projekts zu informieren. Ergänzend mache ich auf die Pressemitteilung Nr. 28/21 vom 29. September 2021 aufmerksam.

## Elektronische Akte

Schließlich will ich auf die elektronische Gerichtsakte eingehen, das in die Zukunft gerichtete Projekt.

Hier kann ich es kurz machen. Nach jeweils vorgeschalteten Zeiten der doppelten - hybriden - Aktenführung in Papier und eAkte während eines Zeitraums von drei Monaten werden am Ende dieses Jahres voraussichtlich die letzten der zehn Senate des Bundesarbeitsgerichts ausschließlich elektronisch arbeiten.

Das ist ein sukzessiver Prozess. In diesem Zusammenhang möchte ich Sie auf die Pressemitteilung Nr. 18/21 vom 1. Juli 2021 aufmerksam machen.



## **Ihre konkreten Fragen und Anmerkungen, Ihre Kritik**

Ich wünsche mir jetzt, mit Ihnen über Ihre konkreten Fragen und Anmerkungen, Ihre Kritik ins Gespräch zu kommen, sehr gerne auch diskursiv.