

Nach der Pressemitteilung des Gerichtshofs der Europäischen Union Nr. 202/2021 vom 11.11.2021 zu den Schlussanträgen des Generalanwalts Ramos in der Rechtssache C-485/20 (HR Rail) vertritt dieser die Auffassung, dass ein Arbeitgeber im Rahmen „angemessener Vorkehrungen“ verpflichtet ist, einen Arbeitnehmer, der die Eignung verloren hat, seinen Arbeitsplatz einzunehmen, an einem anderen Arbeitsplatz einzusetzen. Dies gelte jedenfalls dann, wenn der Arbeitnehmer die erforderliche Kompetenz, Fähigkeit und Verfügbarkeit besitzt und diese Maßnahme keine unverhältnismäßige Belastung für den Arbeitgeber darstellt. Diese Regelung stellt eine vorbeugende Maßnahme dar, um die Beschäftigung – dies ist wesentlich – von Menschen mit Behinderung aufrechtzuerhalten, gerade auch wenn der Arbeitnehmer eine Probezeit absolviert. Ein Arbeitgeber sei im Rahmen der im Unionsrecht vorgesehenen „angemessenen Vorkehrungen“ verpflichtet, einen Arbeitnehmer – auch einen Probezeitbeschäftigten –, der wegen des Eintritts einer Behinderung endgültig nicht geeignet ist, den bisherigen Arbeitsplatz im Unternehmen einzunehmen, an einem anderen Arbeitsplatz einzusetzen. Dies ist sicherlich ein mehr als nachvollziehbares Ansinnen. Man könnte sich aber die Frage stellen, ob sich über den vorliegenden Sachverhalt hinaus weitergehende Anforderungen für Tatbestände ergeben könnten, bei welchen ein Arbeitnehmer aufgrund einer personenbedingten Einschränkung – nicht notwendig einer Behinderung – seine Eignung verloren hat, seinen Arbeitsplatz einzunehmen. Wie stellen sich im Einzelfall insbesondere „angemessene Vorkehrungen“ dar, dies unter Berücksichtigung einer arbeitgeberseitigen Fürsorgepflicht i.S.d. § 618 Abs. 1 BGB i.V.m. der Ultima Ratio einer Beendigungskündigung und der vom Generalanwalt angeführten Kriterien, vor allem eines finanziellen und sonstigen Aufwands, finanzieller Ressourcen, Gesamtumsatz des Unternehmens sowie Verfügbarkeit von öffentlichen Mitteln oder anderen Unterstützungsmöglichkeiten?



Prof. Dr. Christian Pelke,  
Redakteur Arbeitsrecht

## Entscheidungen

### **BAG: „Brückenteilzeit“ nach § 9a TzBfG – Verletzung der dreimonatigen Ankündigungsfrist – Verzicht auf die Einhaltung der Mindestankündigungsfrist**

1. Der Arbeitgeber kann auf die Einhaltung der dreimonatigen Mindestankündigungsfrist des § 9a Abs. 3 Satz 1 iVm. § 8 Abs. 2 Satz 1 TzBfG zur Geltendmachung der zeitlich begrenzten Verringerung der Arbeitszeit durch den Arbeitnehmer verzichten. Der Verzicht muss nicht ausdrücklich erklärt werden, sondern kann sich auch aus der Reaktion des Arbeitgebers ergeben, wenn dieser nach dem objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) mit hinreichender Deutlichkeit entnommen werden kann, der Arbeitgeber lege auf die Einhaltung der Frist keinen Wert und werde auch bei der weiteren Behandlung des Verringerungsantrags auf die Fristverletzung nicht zurückkommen (Rn. 14).

2. Allein in der Ablehnung des Antrags auf „Brückenteilzeit“ unter Angabe betrieblicher Gründe, die der beantragten Arbeitszeitverringerung entgegenstehen, liegt kein Verzicht des Arbeitgebers auf die Einhaltung der Mindestankündigungsfrist (Rn. 17).

3. Ein unter Verletzung der Mindestankündigungsfrist gestellter Antrag auf eine zeitlich begrenzte Verringerung der Arbeitszeit lässt sich nicht ohne weiteres als ein zum frühestmöglichen Zeitpunkt geltendes Angebot auslegen. Eine entsprechende Auslegung setzt voraus, dass der Arbeitgeber aufgrund greifbarer Anhaltspunkte erkennen kann, ob der Arbeitnehmer die „Brückenteilzeit“ verkürzen oder verschieben möchte (Rn. 22).

**BAG, Urteil vom 7.9.2021 – 9 AZR 595/20**

(Orientierungssätze)

Volltext: [BB-ONLINE BBL2021-2867-1](#)

unter [www.betriebs-berater.de](#)

### **BAG: Bewerbungsverfahrensanspruch – Verhältnis von Primär- und Sekundärrechtsschutz**

1. Ein übergangener Bewerber kann Schadensersatz wegen der Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung verlangen, wenn ein Arbeitgeber des öffentlichen Diensts eine zu besetzende Stelle zu Unrecht an einen Konkurrenten vergibt, die bei ordnungsgemäßer Auswahl ihm hätte übertragen werden müssen (Rn. 22).

2. Nach der Wertung des § 839 Abs. 3 BGB soll allerdings grundsätzlich nur der Stellenbewerber Schadensersatz erhalten, der sich im Vorfeld der absehbaren Auswahlentscheidung des Arbeitgebers bemüht hat, seine Rechte aus Art. 33 Abs. 2 GG durch die Inanspruchnahme einstweiligen Rechtsschutzes zu wahren und dadurch den Eintritt des Schadens abzuwenden. Ein Wahlrecht des Bewerbers zwischen Primärrechtsschutz gegen eine Auswahlentscheidung des Arbeitgebers und Sekundärrechtsschutz, der einen Schadensersatzanspruch zum Gegenstand hat, besteht nicht (Rn. 24).

3. Zur Sicherung ihres Bewerbungsverfahrensanspruchs ist eine mittellose Partei nicht gehalten, auf eigene Kosten ein Eilverfahren zu betreiben, um dem Arbeitgeber die Besetzung der Stelle gerichtlich untersagen zu lassen. Ausreichend, aber auch erforderlich ist die Durchführung eines Prozesskostenhilfverfahrens, an das sich – für den Fall, dass das Gericht Prozesskostenhilfe gewährt – ein Eilverfahren anschließt (Rn. 26).

4. Lehnt das Arbeitsgericht die Bewilligung von Prozesskostenhilfe ab, obliegt es dem Bewerber im Regelfall, die Entscheidung im Wege der sofortigen Beschwerde anzufechten (Rn. 35).

**BAG, Urteil vom 27.7.2021 – 9 AZR 326/20**

(Orientierungssätze)

Volltext: [BB-ONLINE BBL2021-2867-2](#)

unter [www.betriebs-berater.de](#)

### **BAG: Annahmeverzug – Leistungsunfähigkeit – Darlegungslast**

1. Beruft sich der Arbeitgeber gegenüber einem Anspruch des Arbeitnehmers auf Annahmeverzug auf dessen Leistungsunfähigkeit iSd. § 297 BGB, erhebt er eine Einwendung, zu deren Voraussetzungen er als Gläubiger der Arbeitsleistung die Darlegungs- und Beweislast trägt (Rn. 11).

2. Weil der Arbeitgeber über den Gesundheitszustand des Arbeitnehmers regelmäßig keine näheren Kenntnisse hat, genügt er seiner primären Darlegungslast grundsätzlich schon dadurch, dass er Indizien vorträgt, aus denen auf Leistungsunfähigkeit im Annahmeverzugszeitraum geschlossen werden kann. Dafür reicht der Vortrag von Tatsachen, die einen hinreichenden Anhaltspunkt dafür bieten, dass der Arbeitnehmer im Streitzeitraum für die geschuldete Tätigkeit nicht bzw. nicht uneingeschränkt leistungsfähig war, die also eine entsprechende Schlussfolgerung ermöglichen und als wahrscheinlich erscheinen lassen (Rn. 12).

3. Als Indizien, aus denen auf Leistungsunfähigkeit des Arbeitnehmers geschlossen werden kann, kommen beispielsweise Krankheitszeiten des Arbeitnehmers vor und nach dem Verzugszeitraum sowie privatgutachterliche Stellungnahmen eines Betriebs- oder Vertrauensarztes über die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber im Prozess vorlegt und dessen Einschätzung er sich zu eigen macht, in Betracht (Rn. 12).

**BAG, Urteil vom 21.7.2021 – 5 AZR 543/20**

(Orientierungssätze)

Volltext: [BB-ONLINE BBL2021-2867-3](#)

unter [www.betriebs-berater.de](#)