

Dieser Newsletter ist ein Service der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH  
in Kooperation mit der BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft

**BEITEN BURKHARDT**  
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT MBH

# Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

## Schwerpunkt Arbeitsrecht

Ausgabe Juli 2018

### Inhalt:

<u>Im Blickpunkt</u> .....	<u>Seite 1</u>
<u>Rechtsprechung</u> .....	<u>Seite 12</u>

### Im Blickpunkt

## Die Gesetzesvorhaben der Großen Koalition – weitere Einschränkungen der Flexibilisierung und erhöhter Verwaltungsaufwand?

Der Koalitionsvertrag enthält zahlreiche Gesetzesvorhaben, die Personalabteilungen und Arbeitsrechtler in gleicher Weise intensiv beschäftigen werden. Insbesondere die geplanten Änderungen im Teilzeit- und Befristungsrecht haben in der Öffentlichkeit für Aufsehen gesorgt.

### 1. Änderungen bei Teilzeitarbeitsverhältnissen

#### Einführung eines Anspruchs auf zeitlich begrenzte Verringerung der Arbeitszeit

Bereits am 21. Dezember 2016 hatte die letzte Bundesregierung einen Referentenentwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts vorgelegt. Nachdem die Umsetzung damals nicht mehr gelang, ist sie nach Aussage des neuen Arbeitsministers Hubertus Heil nun bereits innerhalb der nächsten Monate zu erwarten. Eine der wesentlichen Neuregelungen wird neben dem bereits bekannten Anspruch auf zeitlich unbegrenzte, ein neuer Anspruch auf zeitlich begrenzte Teilzeitarbeit sein. Damit sollen „die vielfältigen Wünsche und neuen Anforderungen der Arbeitszeitgestaltung für Familien und Partnerschaften gestärkt werden, andererseits sollen Arbeitnehmer nicht unfreiwillig in Teilzeit verbleiben müssen“. Voraussetzung hierfür ist, dass das Arbeitsverhältnis

Dieser Newsletter ist ein Service der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH  
in Kooperation mit der BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft



länger als sechs Monate bestanden hat und der Arbeitgeber in der Regel mehr als 45 Arbeitnehmer beschäftigt. Ebenso wie bei der zeitlich unbegrenzten Verringerung der Arbeitszeit genügt künftig ein Antrag in Textform, d. h. auch per E-Mail. Der dann in § 9 a des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) geregelte Anspruch ist ebenso wie der bereits bestehende Anspruch auf unbegrenzte Verringerung der Arbeitszeit nicht an das Vorliegen bestimmter Gründe gebunden. Ein Ablehnungsgrund durch den Arbeitgeber ist gegeben, wenn der Teilzeitwunsch weniger als ein und mehr als fünf Jahre beträgt, wobei die Tarifvertragsparteien Abweichungen vereinbaren können.

Für Unternehmen von 46 bis 200 Arbeitnehmern wird eine Zumutbarkeitsgrenze dergestalt eingeführt, dass lediglich einem pro angefangenen 15 Arbeitnehmern der Anspruch gewährt werden muss. Bei dieser Berechnung werden die ersten 45 Arbeitnehmer mitgezählt. Wird diese Grenze überschritten, kann der Arbeitgeber den Antrag eines (weiteren) Arbeitnehmers auf zeitlich begrenzte Verringerung der Arbeitszeit ablehnen.

## Praxistipp

**Vorsicht ist geboten, wenn einem solchen Antrag freiwillig stattgegeben wird. Denn dann könnte für zukünftige Fälle ein Anspruch aus dem Aspekt der Gleichbehandlung entstehen.**

Gelingt zwischen den Arbeitsvertragsparteien keine Einigung, kann der Arbeitgeber dem zeitlich begrenzten Teilzeitwunsch auch im Hinblick auf den begehrten Zeitraum der Verringerung betriebliche Gründe entgegenhalten. Wie bisher im Zusammenhang mit der unbegrenzten Verringerung der Arbeitszeit birgt dies in der Praxis besondere Probleme. Darüber hinaus ist im Hinblick auf diesen neuen Anspruch als weiterer Ablehnungsgrund z. B. denkbar, dass eine aufwendige und kostenintensive Einarbeitung einer erforderlichen Ersatzkraft völlig außer Verhältnis zum geplanten Zeitraum steht.

Vorsicht ist für Arbeitgeber im Hinblick auf Frist und Form geboten: Die Entscheidung über die Verringerung der Arbeitszeit und ihre Verteilung hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer spätestens einen Monat vor dem gewünschten Beginn – schriftlich – mitzuteilen. Wenn der begehrte und genehmigte Zeitraum der begrenzten Verringerung vorüber ist, kann der Arbeitnehmer auf einen gleichwertigen, jedoch nicht zwingend den gleichen Arbeitsplatz zurückkehren, da das Direktionsrecht nach wie vor Spielräume eröffnet. Frühestens ein Jahr nach diesem Zeitpunkt kann ein neuer Antrag auf Teilzeit gestellt werden.

Dieser Newsletter ist ein Service der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH  
in Kooperation mit der BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft



## Verlängerung der Arbeitszeit

Der bisher bereits bestehende Anspruch teilzeitbeschäftiger Arbeitnehmer auf eine Verlängerung der Arbeitszeit (§ 9 TzBfG) wird zu Lasten der Arbeitgeber geändert. Zukünftig hat der Arbeitgeber im Falle der Ablehnung darzulegen und ggf. zu beweisen, dass im gesamten Unternehmen kein entsprechend freier Arbeitsplatz zur Verfügung steht, der teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer nicht mindestens gleich geeignet wie ein anderer Bewerber ist und – wie schon bisher – dass dringende betriebliche Gründe oder Arbeitszeitwünsche anderer Teilzeitarbeitnehmer dem Verlängerungswunsch entgegenstehen. Diese Änderung der Darlegungs- und Beweislast wird damit begründet, dass nur dem Arbeitgeber die entsprechenden Informationen bezüglich freier Arbeitsplätze gleicher Eignung vorliegen, dem Arbeitnehmer jedoch regelmäßig nicht. Da wie erwähnt das Unternehmen der Bezugspunkt ist, ist von einer aufwendigen Begründung bei einer Ablehnung auszugehen.

## 2. Änderung bei der Befristung von Arbeitsverhältnissen

### Änderungen bei der sachgrundlosen Befristung

Nachdem dieser Punkt in den Koalitionsverhandlungen ein wichtiger Faktor war, ist auch hier von einer raschen Umsetzung auszugehen. Zur Vermeidung von Missbrauch bei der sachgrundlosen Befristung sieht der Koalitionsvertrag eine enge Begrenzung der zulässigen Gesamtdauer und der Verlängerungsmöglichkeiten vor. Sachgrundlose Befristungen sollen nur noch für die Dauer von maximal 18 (bisher 24) Monaten zulässig sein. Bis dahin soll nur eine Verlängerung möglich sein. Bisher waren drei Verlängerungen zulässig.

Es soll zudem eine Höchstquote für sachgrundlos befristete Arbeitsverträge festgelegt werden. Danach sollen Arbeitgeber mit mehr als 75 Beschäftigten zukünftig nur noch mit maximal 2,5 % der Belegschaft sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnisse abschließen dürfen. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung dieses Schwellenwertes ist der jeweilige Abschluss eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags. Ist der Schwellenwert von 75 Arbeitnehmern zu diesem Zeitpunkt erreicht, ist die Befristung ohne Sachgrund nur zulässig, wenn die Höchstquote noch nicht überschritten ist. Andererseits soll sich eine Überschreitung des Schwellenwertes wohl nicht auf die Wirksamkeit der bestehenden sachgrundlos befristeten Arbeitsverträge auswirken. Die Quote ist unternehmens- und nicht betriebsbezogen zu ermitteln, Leiharbeitnehmer sind aber wohl nicht zu berücksichtigen.

Dieser Newsletter ist ein Service der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH  
in Kooperation mit der BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft



## Praxistipp

**Es ist zu erwarten, dass zur Ermittlung der im Unternehmen bestehenden Quote zumindest in Arbeitsverträgen mit sachgrundloser Befristung die Rechtsgrundlage für diese sachgrundlose Befristung zukünftig ausdrücklich genannt werden muss. Nur solche als sachgrundlos befristet ausgewiesene Arbeitsverhältnisse wären dann bei der Ermittlung der Befristungsquote zu berücksichtigen. Alle übrigen Befristungen könnten nicht als sachgrundlos angesehen werden und bedürften dann einer Rechtfertigung durch Sachgrund. Die genaue Umsetzung durch den Gesetzgeber auch im Hinblick auf bereits bestehende befristete Verträge bleibt hier abzuwarten.**

Wenn die Höchstquote überschritten wird, dann bedeutet dies den Ausschluss weiterer sachgrundloser Befristungen. Bei einem Arbeitgeber mit 300 Arbeitnehmern ergibt sich die Zulässigkeit von 7,5 sachgrundlosen Befristungen. Wenn ein neuer Vertrag bei Vorliegen von bereits sieben sachgrundlosen Befristungen abgeschlossen wird, dann liegt dies noch innerhalb der Quote.

Probleme werden sich auch im Zusammenhang mit der Darlegungs-und Beweislast im Prozess ergeben. Denn der Arbeitnehmer hat inhaltlich nur von seinem eigenen Vertrag sichere Kenntnis und keinen Überblick über andere sachgrundlos befristete Verträge. Es ist zu erwarten, dass der Gesetzgeber dies berücksichtigt und wahrscheinlich einen Auskunftsanspruch für Arbeitnehmer regeln wird.

Hinweis: Der zuletzt vom Bundesarbeitsgericht angenommene Dreijahreszeitraum im Hinblick auf eine (verfassungsrechtlich problematische) Vorbeschäftigung soll ins Gesetz aufgenommen werden. Das bedeutet, dass ein erneutes sachgrundlos befristetes Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber wieder nach Ablauf einer Karentzeit von drei Jahren möglich sein soll.

## Änderungen bei der Befristung mit Sachgrund

Darüber hinaus soll es eine Beschränkung der Gesamtdauer der Sachgrundbefristung geben, um die „unendlich langen Ketten von befristeten Arbeitsverhältnissen künftig gesetzlich auszuschließen“. Dementsprechend soll die Befristung eines Arbeitsverhältnisses dann unzulässig sein, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein unbefristetes oder mehrere befristete Arbeitsverhältnisse mit einer Gesamtdauer von fünf oder mehr Jahren bestanden haben. Vorherige Entleihungen des danach befristet eingestellten Arbeitnehmers durch einen oder mehrere Verleihunternehmen sollen dabei angerechnet werden. Bei Erreichen dieser Höchstgrenze von fünf Jahren bedürfte es

Dieser Newsletter ist ein Service der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH  
in Kooperation mit der BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft



somit eines Ablaufs einer Karenzzeit von drei Jahren, um ein erneutes befristetes Arbeitsverhältnis abschließen zu können.

### 3. Weiterbildung

Es soll eine nationale Weiterbildungsstrategie gemeinsam mit den Sozialämtern und den Ländern erarbeitet werden. Die Förderung der beruflichen Weiterbildung soll auch im Sozialgesetzbuch III verbessert werden. Ergänzend zu den bereits bestehenden Regelungen im Betriebsverfassungsgesetz (§§ 96 ff. BetrVG) soll es eine Stärkung des allgemeinen Initiativrechts der Betriebsräte für die Weiterbildung geben. Die Betriebsparteien und die Arbeitnehmer müssen über Maßnahmen der Berufsbildung beraten, im Falle der Nichteinigung soll ein Moderator angerufen werden können. Dies ist im Hinblick darauf wenig verständlich, dass bereits jetzt die Einigungsstelle zuständig ist, wenn Differenzen zwischen den Betriebsparteien im Zusammenhang mit der Durchführung betrieblicher Bildungsmaßnahmen bestehen.

### 4. Arbeitszeit

Von vielen Arbeitgebern werden die Regelungen des Arbeitszeitgesetzes insbesondere im Hinblick auf Höchstarbeits- und Ruhezeiten sowie die Sonntagsarbeit als überholt angesehen. Jedoch befinden sich im Koalitionsvertrag lediglich Regelungen dazu, dass es zunächst Tariföffnungsklauseln für sog. „Experimentierräume“ für tarifgebundene Unternehmen geben soll, um mehr selbstbestimmte Arbeitszeit und mehr betriebliche Flexibilität in der zunehmend digitalisierten Arbeitswelt zu erproben. Bei solchen tarifgebundenen Unternehmen soll es dann auch Öffnungsklauseln für die Betriebsparteien, u. a. eine flexible Regelung von Höchstarbeitszeiten geben. Daneben ist eine Modifizierung der Arbeit auf Abruf geplant, die mehr Planungs- und Einkommenssicherheit für Arbeitnehmer bringen soll. Der Anteil abzurufender und zu vergütender Zusatzarbeit soll danach die individuelle Mindestarbeitszeit und maximal 20 % unter- bzw. 25 % überschreiten dürfen. Für Krankheits- und Feiertage soll der Durchschnittsverdienst der letzten drei Monate maßgeblich sein.

### 5. Sonstige Vorhaben

#### Statusfeststellungsverfahren

Zu begrüßen ist, dass geplant ist, das sog. Statusfeststellungsverfahren für Selbständige zu vereinfachen.

Dieser Newsletter ist ein Service der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH  
in Kooperation mit der BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft



## Vereinfachung des Wahlverfahrens für Betriebsräte

Das vereinfachte Wahlverfahren mit einer Dauer von wenigen Wochen soll zukünftig für alle Betriebe mit fünf bis zehn Wahlberechtigten verpflichtend sein. In Betrieben ab 101 bis einschließlich 200 wahlberechtigten Arbeitnehmern soll es die Wahl zwischen dem vereinfachten und dem allgemeinen Wahlverfahren geben. Das allgemeine Wahlverfahren ist, wie viele Unternehmen 2018 im Rahmen der turnusmäßigen Betriebsratswahlen erneut feststellen durften, aufgrund der großen Komplexität mit sehr vielen Rechtsunsicherheiten verbunden. Insofern kommt es Initiatoren von Betriebsräten erheblich entgegen, wenn in kleineren und mittleren Betrieben zukünftig innerhalb kurzer Zeit vereinfacht gewählt werden kann.

## AÜG/Stärkung des Arbeitsschutzes

Ferner wurde beschlossen, die Evaluierung des in der letzten Legislaturperiode in Kraft gesetzten neuen Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) erst 2020 durchzuführen sowie eine Stärkung des Arbeitsschutzes in Zusammenhang mit der Digitalisierung, u. a. im Hinblick auf psychische Erkrankungen umzusetzen. Diesbezüglich sind Einzelheiten noch nicht bekannt.

## 6. Fazit

Die Große Koalition hat eine Reihe von Gesetzesvorhaben beschlossen, die für die Praxis erhebliche Auswirkungen haben. Sachgrundlose Befristungen wurden erstmals mit dem Beschäftigungsförderungsgesetz 1985 zur Verbesserung der Beschäftigungslage eingeführt.

Aus Arbeitgebersicht hat sich dieses Instrument zur Flexibilisierung, aber auch zur Erprobung späterer Festanstellungen bewährt. Durch die geplante Grenzquote von 2,5 % der Unternehmensbelegschaft wird den Arbeitgebern neben den erheblichen Verschärfungen der Leiharbeit ein weiteres wichtiges Flexibilisierungsinstrument genommen. Zu einem kleinen Teil wird dies in ausgewählten Fällen durch Ausweichen auf die Sachgrundbefristung aufgefangen werden können. Im Bereich der geringeren Qualifikation, in der derzeit die sachgrundlose Befristung besonders stark genutzt wird, werden dann wieder Alternativen wie Fremdvergabe und Werkvertrag eine Rolle spielen. Wo dies nicht möglich ist, werden Arbeitsverhältnisse wieder vermehrt durch Kündigungen beendet werden. Folge wird eine größere Zahl arbeitsrechtlicher Auseinandersetzungen und Rechtsunsicherheit für alle Beteiligten sein. Einige der geplanten Regelungen sind

Dieser Newsletter ist ein Service der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH  
in Kooperation mit der BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft



im Hinblick auf ihren klarstellenden Charakter aber auch zu begrüßen. Die Auswirkungen der befristeten Teilzeit im betrieblichen Alltag bleiben abzuwarten. Auch in dieser Legislaturperiode ist somit wieder mit zahlreichen neuen Gesetzen zu rechnen, die erfahrungsgemäß nicht alle Fragen beantworten werden. Der Verwaltungsaufwand durch das Überwachen von Fristen, Zeiträumen und Schwellenwerten wird zunehmen.

*Markus Künzel, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, München*

## **Das Mindestlohngesetz – Klarheit durch die Rechtsprechung**

Das Mindestlohngesetz (MiLoG) ist nun seit über drei Jahren in Kraft. Seit seiner Einführung zum 1. Januar 2015 ist zu wichtigen Punkten umfangreiche und für die Praxis bedeutsame Rechtsprechung ergangen. Das liegt unter anderem am sehr allgemein gehaltenen Gesetzestext und den sich daraus ergebenden Fragen. Der Beitrag gibt einen Überblick zu bedeutenden Entscheidungen, um so Orientierung bei wichtigen Grundsätzen zu bieten.

### **1. Rechtsnatur und Berechnungszeitraum**

Der Mindestlohnanspruch tritt eigenständig neben einen arbeits- oder tarifvertraglichen Vergütungsanspruch. Nur wenn eine Entgeltvereinbarung den Anspruch auf Mindestlohn unterschreitet, führt das MiLoG zu einem Differenzanspruch (so u.a. BAG vom 25. Mai 2016 – 5 AZR 135/16).

Der Berechnungszeitraum beträgt einen Monat. Längere Berechnungszeiträume schließt das BAG ausdrücklich aus (u. a. in einem Urteil vom 6. September 2017 – 5 AZR 441/16). Nach dem Urteil des BAG vom 25. Mai 2016 (5 AZR 135/16) hat der Arbeitgeber den Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn dann erfüllt, wenn die für einen Kalendermonat gezahlte Bruttovergütung den Betrag erreicht, der sich aus der Multiplikation der Anzahl der in diesem Monat tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden mit dem damaligen Mindestlohn von 8,50 EUR brutto (seit dem 1. Januar 2017: 8,84 EUR) ergibt.

Dieser Newsletter ist ein Service der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH  
in Kooperation mit der BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft



## 2. Der Mindestlohn als Basis für Zahlungen

### Mindestlohn als Basis für Zeiten ohne Arbeitsleistung?

Für Zeiten, in denen keine Arbeit geleistet wird (Arbeitsunfähigkeit, Feiertage, Urlaub) ist der Mindestlohn insoweit maßgeblich, als er als Geldfaktor in die Berechnung des Entgeltanspruchs einzustellen ist. Zur Entgeltfortzahlung wegen eines Feiertages hatte das BAG (Urteil vom 20. September 2017 – 10 AZR 171/16) dies ausdrücklich aus dem maßgeblichen Entgeltausfallprinzip nach § 2 Abs. 1 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) hergeleitet. Nach diesem soll der Arbeitnehmer durch den Feiertag nicht schlechter, aber auch nicht besser gestellt werden, als er stehen würde, wenn er gearbeitet hätte. Der Arbeitgeber hat das Entgelt fortzuzahlen, das dem Arbeitnehmer für seine regelmäßige Arbeitszeit zusteht.

Das BAG hatte im Zusammenhang mit einem Mindestlohntarifvertrag im Urteil vom 13. Mai 2015 (10 AZR 191/14) schon den gleichen Grundsatz für Entgeltfortzahlung wegen Krankheit und an Feiertagen aufgestellt. Ebenso gelte dieser Grundsatz auch für die im Regelfall nach dem Bundesurlaubsgesetz vorzunehmende Berechnung von Urlaubsentgelt und Urlaubsabgeltung, nach der sich das Urlaubsentgelt nach dem durchschnittlichen Arbeitsverdienst bestimmt, den der Arbeitnehmer in den letzten dreizehn Wochen vor dem Beginn des Urlaubs erhalten hat, mit Ausnahme des zusätzlich für Überstunden gezahlten Arbeitsverdienstes. Da dem Mindestlohn nach einem Tarifvertrag und dem gesetzlichen Mindestlohn der gleiche Rechtsgedanke zugrunde liegt, dürfte diese Rechtsprechung auf den gesetzlichen Mindestlohn übertragbar sein.

Für Beschränkungen dieser Entgeltansprüche (z. B. durch Ausschlussfristen) ist nicht das MiLoG, sondern sind die jeweiligen Regelungen der einzelnen Entgeltschutznorm maßgeblich. Das MiLoG gelte für Zeiten ohne Arbeitsleistung nicht unmittelbar (BAG vom 20. September 2017 – 10 AZR 171/16).

### Mindestlohn als Basis für Zuschläge und Sonderzahlungen?

Bezüglich der verschiedenen Zuschläge (z. B. Nachtarbeits-, Mehrarbeits-, Sonn-, Feiertagszuschlag) und Sonderzahlungen ist der Mindestlohn nur für den Nachtarbeitszuschlag nach § 6 Abs. 5 Arbeitszeitgesetz (ArbZG) zwingend die Basis für die Berechnung. Dies gilt nach dem LAG Berlin-Brandenburg (Urteil vom 4. Februar 2016 – 18 Sa 1845/15) auch dann, wenn im Arbeitsvertrag niedergelegt ist, dass die Nachtarbeitszuschläge auf Basis des „vereinbarten Stundenlohns“ berechnet werden. Laut Gericht folge das gesetzlich niedergelegte „zustehende Bruttoarbeitsgelt“ im Sinne von § 6 Abs. 5 ArbZG dem

Dieser Newsletter ist ein Service der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH  
in Kooperation mit der BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft



gesetzlichen Mindestlohnanspruch nach. Im selben Urteil wurde entschieden, dass Sonn- und Feiertagszuschläge nicht auf Basis des Mindestlohns gezahlt werden müssen. Es bestehe keine gesetzliche Verpflichtung zur Zahlung dieser Zuschläge und somit bei der vertraglichen Regelung auch keine Bindung an den Mindestlohn als Berechnungsfaktor. Bei entsprechender Regelung ist daher der arbeitsvertragliche Stundenlohn maßgeblich. Bezuglich Sonn- und Feiertags-, Mehrarbeitszuschlägen und auch Jahressonderzahlungen hat das BAG diese Frage mit Urteil vom 25. Mai 2016 (5 AZR 135/16) bei entsprechender arbeitsvertraglicher Regelung ebenso entschieden. Der gesetzliche Mindestlohn trete neben den arbeits- bzw. tarifvertraglichen Vergütungsanspruch. Eine bestimmte Höhe von Sonderzahlungen sehe das MiLoG nicht vor.

## **Mindestlohn auch für den Bereitschaftsdienst?**

Auch Bereitschaftsdienst ist nach den Urteilen des BAG vom 29. Juni 2016 (5 AZR 716/15) und vom 11. Oktober 2017 (5 AZR 591/16) nach dem Mindestlohn zu vergüten, und zwar für jede tatsächlich geleistete Arbeitsstunde. Dabei wird nicht nach dem Grad der Inanspruchnahme differenziert, also ob Vollarbeit oder lediglich Bereitschaftsdienst geleistet wird. Beim Bereitschaftsdienst muss sich der Arbeitnehmer an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort bereithalten, um im Bedarfsfall die Arbeit aufzunehmen und kann damit nicht frei über die Nutzung des Zeitraums bestimmen. Es handelt sich um vom Arbeitgeber veranlasste Untätigkeit.

## **3. Anrechenbare Zahlungen**

Wenn der Mindestlohn unterschritten wird, stellt sich die Frage, ob weitere Entgeltbestandteile „mindestlohnrelevant“ sind, diese also angerechnet werden können. Folgender Grundsatz hat sich in der Rechtsprechung herausgebildet (u. a. BAG vom 24. Mai 2017 – 5 AZR 431/16; BAG vom 6. September 2017 – 5 AZR 317/16; BAG vom 6. Dezember 2017 – 5 AZR 864/16; BAG vom 20. September 2017 – 10 AZR 171/16): Alle Geldleistungen des Arbeitgebers, die unmittelbar für erbrachte Arbeitsleistung gezahlt werden und daher „funktional gleichwertig“ dazu sind, sind geeignet, den Mindestlohnanspruch zu erfüllen. Nur solche Zahlungen, die der Arbeitgeber ohne Rücksicht auf eine tatsächliche Arbeitsleistung des Arbeitnehmers erbringt oder die auf einer besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung beruhen, erfüllen den Mindestlohnanspruch nicht.

Der Ansicht, dass lediglich der Grundlohn pro Zeitstunde für Normalarbeit mindestlohnrelevant ist und Entgelt, das unter wechselnden Arbeitsbedingungen (z. B. besonders schwere Arbeit, Arbeit in der Spät- oder Nachschicht) verdient wird, nicht anrechenbar

Dieser Newsletter ist ein Service der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH  
in Kooperation mit der BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft



sei, erteilte das BAG eine Absage. Dies ergebe sich aus dem Zweck des Mindestlohns – jedem Arbeitnehmer ein existenzsicherndes Monatseinkommen zu gewährleisten. Diesen Zweck erfülle jede dem Arbeitnehmer endgültig verbleibende Vergütungszahlung (dazu BAG vom 25. Mai 2016 – 5 AZR 135/16; BAG vom 21. Dezember 2016 – 5 AZR 374/16; interessant in diesem Zusammenhang auch zu Freiwilligkeitsvorbehalten: ArbG Stuttgart vom 10. März 2016 – 11 Ca 6834/15), unabhängig davon, zu welcher Tageszeit, unter welchen Umständen oder in welcher Qualität die Arbeit erbracht wurde. Hätte der Gesetzgeber eine Eingrenzung auf eine „Normalleistung“ gewollt, so hätte das gesetzlich niedergelegt werden müssen.

Im Einzelnen sind anrechenbar:

- Akkordzulagen (z. B. BAG vom 6. September 2017 – 5 AZR 317/16): Diese Zulage sei eine unmittelbare Gegenleistung für die vom Arbeitnehmer geleistete Arbeit; das MiLoG knüpfe nicht an bestimmte Leistungserfolge an.
- Wechselschicht- oder Leistungszulagen (z. B. BAG vom 21. Dezember 2016 – 5 AZR 374/16)
- Tarifliche Anwesenheitsprämien (BAG vom 6. Dezember 2017 – 5 AZR 864/16)
- Sonn- und Feiertagszuschläge (BAG vom 24. Mai 2017 – 5 AZR 431/16): Diese werden für die tatsächliche Arbeit gewährt und unterliegen keiner besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung.
- Urlaubsgeld und Sonderzahlung je nach Ausgestaltung: Auch hier ist darauf abzustellen, ob die vom Arbeitgeber erbrachte Leistung ihrem Zweck nach dem unmittelbaren Entgelt dienen soll oder nicht. Das BAG (vom 28. September 2016 – 5 AZR 219/16) hatte über eine als 13. Gehalt bezeichnete Zahlung zu entscheiden, die in Höhe von 1/12 in jedem Kalendermonat gezahlt wurde. Die Bezeichnung der Zahlung stelle klar, dass mit der Zahlung nichts anderes als eine weitere Vergütung der erbrachten Arbeitsleistung bezweckt wird. Dafür sprächen auch Anspruchsvoraussetzungen, die an nichts anderes als dem Bestand des Arbeitsverhältnisses und der Vergütungspflicht des Arbeitgebers anknüpfen.

Diese Zahlungen sind nicht anrechenbar, wenn Voraussetzung für das Entstehen des Anspruchs gewährter Erholungsurlaub, nicht aber eine bestimmte bereits erbrachte Leistung ist. Das gleiche gilt, wenn eine Sonderzahlung eine langjährige Betriebsfreie oder durchgehende Verfügbarkeit ohne krankheitsbedingte Ausfallzeiten honoriert will (z.B. BAG vom 20. September 2017 – 10 AZR 171/16).

Dieser Newsletter ist ein Service der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH  
in Kooperation mit der BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft



Im Einzelnen sind nicht anrechenbar:

- Entgeltfortzahlung für Feiertage und Urlaubsentgelt (BAG vom 20. September 2017 – 10 AZR 171/16): Sie sind gerade keine Gegenleistung für geleistete Arbeit.
- Nachtarbeitszuschläge nach § 6 Abs. 5 Arbeitszeitgesetz (LAG Köln vom 25. Oktober 2017 – 3 Sa 400/17; LAG Mecklenburg-Vorpommern vom 31. Januar 2017 – 5 Sa 28/16; LAG Hamm vom 29. November 2017 – 6 Sa 620/17): Sie unterliegen einer besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung.

#### 4. Mindestlohn und Ausschlussklauseln

Das LAG Nürnberg (9. Mai 2017 – 7 Sa 560/16) hatte über eine Ausschlussklausel zu entscheiden, die den Mindestlohnanspruch nicht explizit ausklammerte. Ein Verstoß gegen § 3 Satz 1 MiLoG, nach dem Vereinbarungen insoweit unwirksam sind, als sie die Geltendmachung der Ansprüche auf Mindestlohn beschränken oder ausschließen, lag durch die Ausschlussklausel nach Ansicht des Gerichts nicht vor. Arbeitsvertragliche Vereinbarungen, die sich auf sämtliche Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis erstrecken, seien nur insoweit unwirksam, als sie die Mindestlohnansprüche erfassen. Sonstige – nicht den Mindestlohn betreffende – Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis könnten dagegen verfallen.

Zu beachten ist aber, dass das BAG mit Urteil vom 24. August 2016 (5 AZR 703/15) entschieden hat, dass Ausschlussfristen, die Ansprüche auf Mindestentgelt nach § 2 Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche (PflegeArbbV) vom 15. Juli 2010 von ihrem Anwendungsbereich nicht ausdrücklich ausnehmen, nach der gesetzlichen Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen intransparent und somit insgesamt unwirksam sind. Das LAG Nürnberg setzte sich in seiner Entscheidung mit dieser Auffassung des BAG nicht auseinander. Gegen die Entscheidung des LAG Nürnberg ist Revision beim BAG anhängig (9 AZR 262/17). Es wird mit Spannung erwartet, wie das BAG in diesem Fall entscheiden wird.

*Sarah-Maria Sterflinger, Rechtsanwältin  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, München*

**Redaktioneller Hinweis:** Kurz vor Drucklegung hat die Mindestlohnkommision eine Anpassung des Mindestlohns empfohlen: zum 1. Januar 2019 auf 9,19 EUR und zum 1. Januar 2020 auf 9,35 EUR. Die Bundesregierung muss diese Empfehlung noch per Verordnung umsetzen.

Dieser Newsletter ist ein Service der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH  
in Kooperation mit der BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft



## Rechtsprechung

### **Freie Befristung mit Erreichen des Regelrentenalters?**

*Europäischer Gerichtshof (EuGH) vom 28. Februar 2018 – C 46/17*

Ist die Beendigung des Arbeitsvertrages mit Erreichen des Renteneintrittsalters vorgesehen, so können Arbeitgeber und Arbeitnehmer den tatsächlichen Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses – ggf. auch mehrfach – hinausschieben. § 41 Satz 3 des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch (SGB VI) ist europarechtskonform.

#### **Sachverhalt**

Die Parteien hatten das ursprünglich auf den Renteneintritt vorgesehene Ende ihres Arbeitsverhältnisses bereits einmal hinausgeschoben und dies auf § 41 Satz 3 SGB VI gestützt. Nach dieser Vorschrift können die Arbeitsvertragsparteien unter bestimmten Voraussetzungen den Beendigungszeitpunkt im Zusammenhang mit dem Erreichen des Renteneintrittsalters hinausschieben. Der Arbeitnehmer, ein Lehrer, hatte Interesse daran, das Ende seines Arbeitsverhältnisses ein weiteres Mal hinauszuschieben, was der Arbeitgeber jedoch ablehnte. Nun stellte sich der Arbeitnehmer auf den Standpunkt, dass die o.g. Vorschrift europarechtswidrig sei, somit schon das erste Hinausschieben des Beendigungszeitpunkts unwirksam gewesen wäre und der Lehrer damit in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis stehe.

#### **Die Entscheidung**

Das Landesarbeitsgericht Bremen hielt die genannte Vorschrift des SGB VI – in Übereinstimmung mit gewichtigen Stimmen in der Literatur – für europarechtswidrig und hat den EuGH zur Entscheidung dieser Frage angerufen. Die Luxemburger Richter aber folgten dieser Einschätzung nicht, sondern haben der deutschen Vorschrift die Übereinstimmung mit den europäischen Rechtsgrundlagen attestiert. Weder liege eine Diskriminierung wegen des Alters vor (denn der rentennahe Arbeitnehmer erfahre ja gar keinen Nachteil durch die Verlängerung seines Arbeitsverhältnisses) noch sei aufgrund dieser Vorschrift ein Befristungsmissbrauch zu befürchten.

Dieser Newsletter ist ein Service der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH  
in Kooperation mit der BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft



## Konsequenzen für die Praxis

Mit dieser Entscheidung steht die Europarechtskonformität von § 41 Satz 3 SGB VI fest. In der Praxis wurde die Regelung bisher ausgesprochen zurückhaltend angewendet und sie führte damit trotz des in Zeiten des Fachkräftemangels bestehenden erheblichen Bedarfs der Weiterbeschäftigung älterer Arbeitnehmer ein Schattendasein. Nun kann die mit dieser Vorschrift bereitgestellte Option uneingeschränkt empfohlen werden, ohne die Sorge haben zu müssen, dass das Arbeitsverhältnis unbegrenzt fortzuführen ist.

## Praxistipp

**Die Vorschrift erlaubt keine „freie Befristung“ bei Erreichen des Regelrentenalters – die erforderlichen Tatbestandsvoraussetzungen müssen vorliegen: Das Arbeitsverhältnis muss (durch Arbeits- oder Tarifvertrag) auf das Erreichen des Regelrenteneintrittsalters befristet sein und der Arbeitnehmer muss Anspruch auf ungekürzte Altersrente haben. Die Vereinbarung muss noch während des laufenden Arbeitsverhältnisses abgeschlossen werden und dessen nahtlose Fortführung erreichen. Ferner ist jedenfalls anzuraten, die übrigen Inhalte des Arbeitsvertrages (Tätigkeit, Vergütung etc.) unangetastet zu lassen. Denn Vertragsänderungen, die zusammen mit einer Befristungsverlängerung vereinbart werden, führen in den „üblichen“ Befristungsfällen zum Entstehen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses. Hier sollte kein unnötiges Risiko durch Veränderungen der Vertragsbedingungen im Übrigen eingegangen werden.**

*Dr. Gerald Peter Müller, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft mbH, Frankfurt am Main*

*Dr. Thomas Barthel, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft mbH, Berlin*

Dieser Newsletter ist ein Service der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH  
in Kooperation mit der BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft



## Neues aus Luxemburg zum Thema Arbeitszeit

*Europäischer Gerichtshof vom 21. Februar 2018 – C-518/15*

Zu Hause verbrachte „Bereitschaftszeit“ kann Arbeitszeit sein.

### Sachverhalt

Der Kläger war freiwilliges Mitglied einer Feuerwehr in Belgien. Zu seinen Verpflichtungen zählte die Ableistung von vorab bestimmten „Bereitschaftszeiten“. Neben den hauptamtlichen waren auch die freiwilligen Mitglieder hinsichtlich ihres Wohnsitzes oder ihres Aufenthaltsorts verpflichtet, die Dienststelle bei normalem Verkehrsfluss und unter Einhaltung der Straßenverkehrsordnung in höchstens acht Minuten zu erreichen. Die freiwilligen Mitglieder erhielten eine Vergütung für die tatsächlich geleisteten Einsatzstunden. Die Bereitschaftszeit wurde pauschal abgegolten. Hiergegen wendete sich der Feuerwehrmann und verlangte von der Stadt Schadensersatz für die nicht vergütete Bereitschaftszeit, die er zu Hause verbracht hatte, da diese Zeit Arbeitszeit sei.

### Entscheidung

Der EuGH entschied, dass die geleistete Bereitschaftszeit als Arbeitszeit anzusehen ist, weil aufgrund der engen zeitlichen und örtlichen Vorgaben des Arbeitgebers keine Ruhezeit vorliegt. Die Begriffe schließen sich gegenseitig aus. Eine „Zwischenkategorie“, also eine „Arbeitszeit light“, sei nicht vorgesehen. Arbeitszeit ist jede Zeitspanne, während der ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt. Auf die Intensität der geleisteten Arbeit oder die Leistung selbst kommt es nicht an. Entscheidend ist, dass sich der Arbeitnehmer an einem bestimmten Ort – nicht erforderlich ist der Aufenthalt in den Betriebsräumen – bereitzuhalten habe, um gegebenenfalls sofort seine Leistung erbringen zu können. Dann gelte die „Bereitschaftszeit“ als Arbeitszeit.

### Konsequenzen für die Praxis

Die grundsätzlichen Vorgaben, die zur „Arbeit auf Abruf“ in Deutschland bestehen, werden um eine weitere Nuance erweitert. Rufbereitschaft, bei der der Arbeitnehmer für den Arbeitgeber lediglich ständig erreichbar zu sein hat, ohne sich zu einer bestimmten

Dieser Newsletter ist ein Service der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH  
in Kooperation mit der BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft



Zeit an einem bestimmten Ort aufzuhalten, gilt weiterhin als Ruhezeit, da Arbeitnehmer frei über ihren Aufenthaltsort und Zeit verfügen können. Im Unterschied dazu, ist Arbeitszeit gegeben, wenn sich Arbeitnehmer zu einer bestimmten Zeit persönlich an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort aufzuhalten haben, um innerhalb von Minuten einsatzbereit am Arbeitsplatz zu sein. Denn diese Art der „Arbeit auf Abruf“ schränkt Arbeitnehmer erheblich in ihrer Freizeitgestaltung ein, so dass diese Zeit als Arbeitszeit anzusehen ist. Dies sollten Arbeitgeber berücksichtigen.

## Praxistipp

**Der EuGH entschied nicht über die Vergütungshöhe. Diese regelt sich nach nationalem Recht, entweder vertraglich oder tariflich. Hier besteht Raum für Gestaltung. Als Untergrenze müssen Arbeitgeber nach dem BAG für Zeiten des „Bereitschaftsdienstes“ den gesetzlichen Mindestlohn zahlen. Abschließend ist klarzustellen: Bei „Rufbereitschaft“ ohne zeitliche und örtliche Vorgabe handelt es sich weiterhin nicht um Arbeitszeit, sondern um Ruhezeit, sodass sich die Abgrenzung nach dem Grad der Inanspruchnahme des Arbeitnehmers richtet.**

*Markus Künzel, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft mbH, München*

*Dr. Dominik Sorber, Rechtsanwalt,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft mbH, München*

## Vorgeschriebene Religionszugehörigkeit für kirchliche Stellen nur mit gerichtlicher Kontrolle

*Europäischer Gerichtshof vom 17. April 2018 – C-414/16*

Das Erfordernis, dass Bewerber um eine bei der Kirche zu besetzende Stelle einer bestimmten Religion angehören, muss Gegenstand einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle sein können. Dieses Erfordernis muss notwendig und angesichts des Ethos der Kirche aufgrund der Art der in Rede stehenden beruflichen Tätigkeit oder der Umstände ihrer Ausübung objektiv geboten sein und mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Einklang stehen.

Dieser Newsletter ist ein Service der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH  
in Kooperation mit der BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft



## Sachverhalt

Eine konfessionslose Sozialpädagogin bewarb sich auf eine vom Evangelischen Werk für Diakonie und Entwicklung (einem Hilfswerk der Evangelischen Kirche in Deutschland) ausgeschriebene Stelle als Referentin für das Projekt „Parallelberichterstattung zur UN-Antirassismuskonvention“. Laut Ausschreibung wurde die Mitgliedschaft in einer evangelischen bzw. einer der Arbeitsgemeinschaft Christlicher Kirchen in Deutschland angehörenden Kirche vorausgesetzt. Die Bewerberin wurde nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen. Daraufhin klagte sie vor den deutschen Gerichten auf eine Entschädigung wegen Diskriminierung aufgrund der Religion. Das BAG, bei dem der Rechtsstreit mittlerweile anhängig ist, hat den EuGH in diesem Zusammenhang um die Auslegung der Antidiskriminierungsrichtlinie ersucht. Die Unionsrichtlinie erlaubt es Kirchen und weltanschaulichen Organisationen, mit der Religion oder Weltanschauung zusammenhängende Anforderungen aufzustellen, wenn die Religion oder Weltanschauung nach der Art der fraglichen Tätigkeit oder den Umständen ihrer Ausübung „eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt“. Da in Deutschland die gerichtliche Kontrolle zur Einhaltung dieser Kriterien auf eine Plausibilitätskontrolle auf der Grundlage des glaubensdefinierten Selbstverständnisses beschränkt ist, legte das BAG dem EuGH die Frage vor, ob eine solche beschränkte gerichtliche Kontrolle mit der Antidiskriminierungsrichtlinie vereinbar ist.

## Die Entscheidung

Nach der Grundsatzentscheidung des EuGH muss das Erfordernis, dass Bewerber um eine bei der Kirche oder Organisation zu besetzende Stelle einer bestimmten Religion angehören, Gegenstand einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle sein können. Die Antidiskriminierungsrichtlinie sehe vor, dass eine Abwägung zwischen dem Recht auf Autonomie der Kirchen und dem Recht der Arbeitnehmer, insbesondere bei der Einstellung nicht wegen ihrer Religion oder Weltanschauung diskriminiert zu werden, vorzunehmen ist, um einen angemessenen Ausgleich herzustellen. Eine solche Abwägung müsse im Fall eines Rechtsstreits von einem innerstaatlichen Gericht überprüft werden können. Dieses habe zu untersuchen, ob die angeführte berufliche Anforderung der Religionszugehörigkeit notwendig und angesichts des Ethos der Kirche oder Organisation objektiv geboten ist. Dies kann sich zum einen aus der Art der Tätigkeit (z. B. Verbindung zum Verkündungsauftrag) sowie zum anderen aus den Umständen der Ausübung (z.B. Vertretung der Kirche nach außen) ergeben. Die berufliche Anforderung muss überdies verhältnismäßig sein. Kann das einschlägige nationale Recht (hier das Allgemeine

Dieser Newsletter ist ein Service der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH  
in Kooperation mit der BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft



Gleichbehandlungsgesetz) nicht in Einklang mit der Antidiskriminierungsrichtlinie gebracht werden, muss das mit dem Rechtsstreit befasste Gericht das nationale Gesetz unangewendet lassen.

### Konsequenzen für die Praxis

Kirchliche Arbeitgeber dürfen nicht ausnahmslos für jede Stelle eine bestimmte Religionszugehörigkeit fordern. Daher sollten kirchliche Arbeitgeber zukünftig genau prüfen, ob die Nichtberücksichtigung eines Bewerbers wegen fehlender Religionszugehörigkeit im Hinblick auf die konkret ausgeschriebene Stelle zulässig ist. Hier kommt es vor allem darauf an, ob ein direkter Zusammenhang zwischen Konfession und Tätigkeit besteht. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn die Tätigkeit mit dem Verkündungsauftrag der kirchlichen Einrichtung verbunden ist. Im Streitfall prüft das Arbeitsgericht, ob die Forderung der Religionszugehörigkeit notwendig, also objektiv geboten und verhältnismäßig ist. Die Darlegungslast hierfür liegt nach Auffassung des EuGH beim kirchlichen Arbeitgeber. Damit ist das sorgsame Anfertigen eines Stellenanforderungsprofils für den Arbeitgeber unerlässlich, um im Streitfall nachweisen zu können, dass die zu besetzende Position in einem bestimmten Umfang auch der Verkündung dient und somit die Stellenvergabe auch an eine Konfessionsangehörigkeit geknüpft werden kann.

*Nadine Radbruch, Rechtsanwältin,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft mbH, München*

### Nichtigkeit eines Aufhebungsvertrags mit einem Betriebsratsvorsitzenden wegen zu hoher Abfindung?

*Bundesarbeitsgericht vom 21. März 2018 – 7 AZR 590/16*

Es liegt keine unzulässige Begünstigung eines Betriebsratsmitglieds vor, wenn vor dem Hintergrund einer außerordentlichen verhaltensbedingten Kündigung ein Aufhebungsvertrag geschlossen wird, der im Vergleich zu normalen Arbeitnehmern deutlich günstigere finanzielle Konditionen vorsieht.

Dieser Newsletter ist ein Service der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH  
in Kooperation mit der BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft



## Sachverhalt

Der Arbeitnehmer war seit dem Jahr 1983 im Unternehmen beschäftigt und wurde im Jahr 2006 zum Vorsitzenden des Betriebsrats gewählt. Im Jahr 2013 wurden Vorwürfe der sexuellen Belästigung gegen ihn erhoben. Zudem beschwerten sich Kolleginnen über Stalking durch ihn. Deshalb wollte das Unternehmen das Arbeitsverhältnis außerordentlich kündigen. Da der Betriebsrat die dafür notwendige Zustimmung jedoch nicht erteilte, beantragte das Unternehmen Anfang Juli 2013 die Ersetzung der Zustimmung vor dem Arbeitsgericht. Ende Juli 2013 schlossen Unternehmen und Arbeitnehmer einen außergerichtlichen Aufhebungsvertrag, der neben weiteren finanziellen Bestandteilen eine zweijährige Freistellung bei vollständiger Vergütungsfortzahlung sowie eine Abfindung in Höhe von 120.000 EUR (zahlbar in zwei Raten) vorsah. Nachdem der Arbeitnehmer die erste Rate der Abfindung erhalten hatte, bereute er offensichtlich den Entschluss zum Ausscheiden und klagte vor dem Arbeitsgericht auf Feststellung des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses. Der Aufhebungsvertrag sei nichtig, da er eine unzulässige Begünstigung des Betriebsrats darstelle. Die vereinbarte Abfindungssumme liege deutlich über den üblichen Abfindungssätzen in vergleichbaren Fällen bei normalen Arbeitnehmern.

## Entscheidung des Gerichts

Der Arbeitnehmer verlor in allen drei Instanzen. Das BAG entschied, dass der Aufhebungsvertrag das Arbeitsverhältnis beendet hat. Nach Ansicht der Richter ist der Abschluss eines Aufhebungsvertrags mit einem Betriebsratsmitglied regelmäßig keine unzulässige Begünstigung im Sinne des § 78 S. 2 des BetrVG. Daran ändere auch eine im Vergleich zu normalen Arbeitnehmern höher dotierte Abfindung nichts. Die Inhalte eines Aufhebungsvertrags sind stets Folge der konkreten Vertragsverhandlungen, die maßgeblich von den Verhandlungspositionen der Beteiligten abhängen. Der durch § 15 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) eingeräumte Sonderkündigungsschutz eines Betriebsratsmitglieds führt daher typischerweise zu einer besseren Verhandlungsposition, die sich auch in einer erhöhten Abfindung niederschlagen kann. Möchte ein Arbeitgeber daher das Arbeitsverhältnis mit einem Betriebsratsmitglied verhaltensbedingt kündigen, kann auch eine höhere Abfindungssumme gerechtfertigt sein.

## Konsequenzen für die Praxis

Die Entscheidung ist zu begrüßen, da sie die Grenzen der zulässigen Vertragsgestaltung beachtet und stärkt. Es stellt sich ohnehin bereits die Frage, ob vorliegend von einer

Dieser Newsletter ist ein Service der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH  
in Kooperation mit der BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft



außerordentlich hohen Abfindung auszugehen war. Schließlich war der Arbeitnehmer bereits seit 1983 im Unternehmen beschäftigt. Allein die Betriebszugehörigkeit als wesentlicher Faktor bei Abfindungsverhandlungen hätte zu einer hohen Abfindungssumme geführt. Wichtig für Arbeitgeber ist, dass man durch einen Aufhebungsvertrag mehrere langwierige Rechtsstreitigkeiten vermeiden kann. So wäre vorliegend zunächst die Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung zu ersetzen gewesen. Erst im Anschluss daran hätte die Kündigung ausgesprochen werden können, was jedoch zwangsläufig zu einem Kündigungsschutzverfahren geführt hätte. Die Verfahren hätten mehrere Jahre gedauert.

## Praxistipp

**Aufhebungsverträge stellen nach wie vor eine effiziente und „geräuschlose“ Möglichkeit zur Beendigung eines Arbeitsverhältnisses dar. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang zunächst, dass beide Vertragsparteien dadurch zügig eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses und eine damit verbundene umfassende Klärung aller offenen Fragen erreichen können. Gerade im Hinblick auf mögliche sexuelle Belästigungen oder ähnliche Sachverhalte ist auch zu bedenken, dass durch den Abschluss eines Aufhebungsvertrages die Aussage möglicher Opfer vor Gericht vermieden werden kann. Die strafrechtliche Beurteilung des Sachverhalts ist natürlich völlig isoliert zu betrachten.**

*Martin Biebl, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, München*

## Zulässigkeit einer Überwachungsmaßnahme durch einen Privatdetektiv

*Bundesarbeitsgericht vom 29. Juni 2017 – 2 AZR 597/16*

Der verdeckte Einsatz eines Privatdetektivs kann unter bestimmten Voraussetzungen datenschutzrechtlich zulässig sein. Voraussetzung ist, dass die Überwachungsmaßnahme des Arbeitgebers zur Aufdeckung einer schwerwiegenden Pflichtverletzung durchgeführt wird und diesbezüglich ein konkreter Verdacht besteht.

Dieser Newsletter ist ein Service der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH  
in Kooperation mit der BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft



## Sachverhalt

Ein Arbeitnehmer arbeitete seit über 36 Jahren bei einem Arbeitgeber, der Stanzwerkzeuge herstellt. Ab 2014 war der Arbeitnehmer mehrfach krankgeschrieben. Anfang 2015 war er durchgehend arbeitsunfähig. Der Arbeitgeber leistete Entgeltfortzahlung. Ende Mai 2015 erhielt der Arbeitgeber durch eine E-Mail eines Geschäftspartners davon Kenntnis, dass sein krankgeschriebener Arbeitnehmer sehr wahrscheinlich eine Konkurrenzaktivität im Unternehmen seiner eigenen Söhne aufgenommen habe. Daraufhin wandte sich der Arbeitgeber an den Arbeitnehmer und forderte ihn zu einer Stellungnahme zum Verdacht wettbewerbswidriger Konkurrenzaktivität und Vortäuschens einer Erkrankung auf. Der Arbeitnehmer äußerte sich nicht. In der Folge setzte der Arbeitgeber einen Privatdetektiv ein, der sich als Spéditeur Zugang zum Betriebsgelände verschaffte. Wie sich herausstellte, arbeitete der vermeintlich arbeitsunfähige Arbeitnehmer tatsächlich im Unternehmen seiner Söhne. Der Arbeitgeber kündigte. Gegen diese Kündigung erhob der Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage.

## Entscheidung

Dass hier ein Kündigungsgrund in Form einer unzulässigen Konkurrenzaktivität während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses vorlag, ist nicht überraschend und nicht der interessante Aspekt dieser Entscheidung. Auch dass in diesem Fall eine zweite schwere Pflichtverletzung, das Erschleichen von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen, im Raum stand, ist nur eine Randnotiz. Spannender sind hingegen die Ausführungen des BAG, dass kein „Beweisverwertungsverbot“ vorlag. Das LAG war der Auffassung gewesen, dass die Beweise, die der Privatdetektiv über den Arbeitnehmer zusammengetragen hatte, nicht für die Begründung der Kündigung herangezogen werden könnten. Das BAG hielt dies für unzutreffend und entschied, dass die Observation des Arbeitnehmers mit den datenschutzrechtlichen Grundsätzen in Einklang standen, da der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt sei. Somit sind Beweise, die ein Privatdetektiv sammelt, in einem Kündigungsschutzverfahren nicht per se unverwertbar. Zulässig ist der Einsatz eines Detektivs, wenn ein konkreter Verdacht einer schweren Pflichtverletzung gegen den Arbeitnehmer vorliegt und andere Aufklärungsmaßnahmen nicht zur Verfügung standen.

## Konsequenzen für die Praxis

Arbeitgeber sind bei schwerwiegenden Verdachtsmomenten gegenüber Arbeitnehmern und bei ungünstiger Beweislage nicht zwingend die Hände gebunden. Wesentlich ist,

Dieser Newsletter ist ein Service der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH  
in Kooperation mit der BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft

**BEITEN BURKHARDT**  
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT MBH

dass ein verdeckter Detektiveinsatz nicht „ins Blaue hinein“ vorgenommen werden darf. Findet eine anlasslose Überwachung statt, dürfen die gefundenen Beweise nicht gegen den Arbeitnehmer verwertet werden. Generell darf also ein Detektiv erst dann beauftragt werden, wenn ein Anfangsverdacht besteht, auf andere Aufklärungsversuche nicht zurückgegriffen werden kann oder diese bereits erfolglos ausgeschöpft worden sind. Für die Rechtmäßigkeit der Überwachung muss sich diese auf eine bestimmte Person sowie einen bestimmten Zeitraum beschränken. Diese Grundsätze gelten auch nach Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO) am 25. Mai 2018, da die neuen mit den bereits bestehenden Regelungen vergleichbar sind. Allerdings steigen die vom Arbeitgeber einzuhaltenden Dokumentations- und Rechenschaftspflichten (Art. 5 Abs. 2 DS-GVO). Dies bedeutet eine zentrale Änderung im Vergleich zur bisherigen Rechtslage.

## Praxistipp

Kündigungen können allein deshalb unwirksam sein, weil Beweise nicht datenschutzkonform ermittelt worden sind. Die Einbindung des Betriebsrats und des Datenschutzbeauftragten sowie das Ermitteln nach vorab definierten Compliance-Regeln können zur Risikominimierung beitragen, einen Kündigungsschutzrechtsstreit zu verlieren. Zudem sollte frühzeitig ein Rechtsbeistand in den Ermittlungsprozess eingebunden werden, der die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Regeln begleiten kann. Denn zentral ist, dass der gesamte Untersuchungsprozess sorgfältig dokumentiert wird, um die Datenschutzkonformität der Beweiserlangung nachweisen zu können. So kann ein weiteres Risiko auf Arbeitgeberseite eingedämmt werden: Die DSGVO sieht bei unzulässigen Datenerhebungen hohe Bußgelder sowie Schadensersatzansprüche vor, sodass allein eine akkurate Dokumentation den Zulässigkeitsnachweis führen kann.

*Dr. Dominik Sorber, Rechtsanwalt, BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft mbH, München*

## Dynamische Bezugnahmeklausel im Arbeitsvertrag – Änderung durch Betriebsvereinbarung möglich?

*Bundesarbeitsgericht vom 11. April 2018 – 4 AZR 119/17 (Pressemitteilung)*

Eine individualvertraglich vereinbarte Vergütung, die sich an einem Tarifvertrag orientiert, kann nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers durch Betriebsvereinbarung abgeändert werden.

Dieser Newsletter ist ein Service der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH  
in Kooperation mit der BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft



## Sachverhalt

Der Arbeitnehmer ist seit 1991 als Masseur in einem Senioren- und Pflegezentrum tätig. Die Beschäftigung, die mit dem Rechtsvorgänger des Arbeitgebers begann, fand ihre Grundlage im Arbeitsvertrag von 1991 sowie in einer Zusatzvereinbarung dazu, wonach die Arbeitszeit reduziert wurde. In dieser Vereinbarung wurde auf den damaligen Bundesangestelltentarifvertrag (BAT) sowie eine konkrete Vergütungsgruppe hingewiesen. 1993 schlossen der Rechtsvorgänger des Arbeitgebers und der Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung. Danach sollten die Bestimmungen des Lohn- und Vergütungstarifvertrages (BAT aus dem Jahr 1961) für alle in den Geltungsbereich dieser Betriebsvereinbarung fallenden Arbeitnehmer gelten. Weiterhin wurde vereinbart, dass diese Bestimmungen automatisch Bestandteil der Arbeitsverträge der betroffenen Arbeitnehmer werden sollten sowie, dass sie einen entsprechenden Nachtrag zum Arbeitsvertrag erhalten sollten. Dieser Nachtrag wurde zwischen dem Rechtsvorgänger des Arbeitgebers und dem Arbeitnehmer im März 1993 unterzeichnet.

Der Arbeitgeber kündigte im Jahr 2001 die Betriebsvereinbarung. Im März 2006 vereinbarten der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer im Zusammenhang mit einer Arbeitszeit erhöhung, dass das Gehalt der Stelle, die mit 0,78 bewertet wurde, angepasst und erhöht wird. Die weiteren Bestandteile des Arbeitsvertrags sollten unverändert anwendbar sein. Der Arbeitnehmer vertrat die Auffassung, dass ihm aufgrund der arbeitsvertraglichen Bezugnahme die Vergütung nach dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst entsprechend dem TVöD/VKA (Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände) zu stehe bzw. dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L). Der Arbeitgeber war der Ansicht, dass keine dynamische Bezugnahme auf die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes vorliege.

## Entscheidung

Nachdem die Vorinstanzen die Klage abgewiesen hatten, hatte die Revision des Arbeitnehmers Erfolg. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, ihn entsprechend der jeweiligen Entgelttabelle des TVöD/VKA zu vergüten. Begründet wurde dies damit, dass der Arbeitnehmer und der Rechtsvorgänger des Arbeitgebers die Vergütung nach den jeweils geltenden Regelungen des BAT und nachfolgenden TVöD/VKA im Arbeitsvertrag vereinbart hatten. Die 1993 abgeschlossene Betriebsvereinbarung kann dem nicht entgegenstehen, denn die vertragliche Vergütungsabrede ist keine Allgemeine Geschäftsbedingung, sondern eine individuell ausgehandelte Hauptleistungspflicht. Es kam auf die durch die Vorinstanz aufgeworfene Frage der grundsätzlichen Betriebsvereinbarungsoffenheit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gar nicht an.

Dieser Newsletter ist ein Service der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH  
in Kooperation mit der BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft



## Konsequenzen für die Praxis

Die Entscheidung ist konsequent und steht, obwohl dies auf den ersten Blick vermeintlich nicht der Fall zu sein scheint, im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung. In vorausgegangenen BAG-Entscheidungen hat das Gericht stets die Betriebsvereinbarungsopenheit als ausreichend angesehen, um durch Betriebsvereinbarung auch zum Nachteil des Arbeitnehmers von Gesamtzusagen sowie betrieblicher Übung, also individualrechtlichen Ansprüchen abweichen zu können. Betriebsvereinbarungen offen sollen nach diesem Verständnis aber auch Bezugnahmeklauseln in Arbeitsverträgen sein. Deutlich wurde allerdings auch, dass Voraussetzung dafür stets die Einordnung einer Abrede als Allgemeine Geschäftsbedingung ist. Die gesetzliche AGB-Kontrolle erfasst nur Nebenpflichten und gerade nicht Hauptleistungspflichten. Hätte das BAG daher nun anders entschieden, wäre dieser allgemeine Grundsatz außer Kraft gesetzt worden und sämtliche Hauptleistungspflichten müssten auf Angemessenheit hin geprüft werden. Dennoch bleibt die vollständige Begründung der Entscheidung abzuwarten, um sicher beurteilen zu können, ob und wie sich der vierte Senat mit der Rechtsprechung des ersten Senats aus dem Jahr 2013 auseinandersetzt. Arbeitgeber können daher das Instrument der ablösenden Betriebsvereinbarung weiter nutzen, nicht jedoch, um Hauptleistungspflichten oder individuelle Vereinbarungen zu ändern. Dafür steht weiterhin nur der Änderungsvertrag bzw. die Änderungskündigung zur Verfügung.

*Dr. Kathrin Bger, LL.M., Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft mbH, München*

*Martin Biebl, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft mbH, München*

## Nachvertragliches Wettbewerbsverbot – once again

*Bundesarbeitsgericht vom 31. Januar 2018 – 10 AZR 392/17*

Arbeitgeber und Arbeitnehmer können von einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot zurücktreten, wenn die andere Partei die vereinbarte Leistung nicht erbringt (z.B. die Zahlung der Karenzentschädigung). Ein solcher Rücktritt wirkt nur für die Zukunft.

Dieser Newsletter ist ein Service der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH  
in Kooperation mit der BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft



## Sachverhalt

Der Mitarbeiter war seit Dezember 2013 beim beklagten Unternehmen tätig. Im Arbeitsvertrag vereinbarten die Parteien ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot für den Zeitraum von drei Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Nach der arbeitsvertraglichen Regelung war der Arbeitgeber verpflichtet, dem Mitarbeiter für die Dauer des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots eine sog. Karenzentschädigung in Höhe von 50% der monatlich zuletzt bezogenen durchschnittlichen Bezüge zu zahlen. Der Mitarbeiter kündigte sein Arbeitsverhältnis zum 31. Januar 2016. Er forderte das Unternehmen mit E-Mail vom 1. März 2016 zur Zahlung der vereinbarten Karenzentschädigung auf und setzte diesem für die Zahlung eine Frist bis zum 4. März 2016. Da das Unternehmen weiterhin nicht zahlte, teilte der ehemalige Mitarbeiter dem Unternehmen per E-Mail vom 8. März 2016 mit, dass er sich ab sofort nicht mehr an das Wettbewerbsverbot gebunden fühle. Er erhob darauf gegen das Unternehmen Klage auf Zahlung der Karenzentschädigung für den Zeitraum vom 1. Februar bis 30. April 2016.

## Die Entscheidung

Das Landesarbeitsgericht hatte dem früheren Mitarbeiter lediglich für den Zeitraum vom 1. Februar bis 8. März 2016 die Karenzentschädigung zugesprochen. Das BAG bestätigte diese Entscheidung. Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot ist ein gegenseitiger Vertrag, auf den die allgemeinen gesetzlichen Regelungen, insbesondere auch die zum Rücktritt (§ 323 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuchs), Anwendung finden. Der ehemalige Mitarbeiter war zum Rücktritt berechtigt. Denn er hatte dem Unternehmen mit E-Mail vom 4. März 2016 eine angemessene Frist gesetzt, innerhalb derer das Unternehmen nicht zahlte. Die E-Mail war auch als Rücktritt und nicht etwa als bloße „Trotzreaktion“ – wie vom früheren Arbeitnehmer gerichtlich vorgetragen – zu verstehen. Der Rücktritt bewirkte, dass die gegenseitigen Pflichten der Parteien – d. h. die Pflicht des Mitarbeiters, sich an das Wettbewerbsverbot zu halten und die Pflicht des Unternehmens zur Zahlung der Karenzentschädigung – entfielen. Der Rücktritt wirkte jedoch lediglich ab dem Zeitpunkt der Rücktrittserklärung und nicht rückwirkend. Daher war das Unternehmen verpflichtet, für den Zeitraum vom 1. Februar bis 8. März 2016 die Karenzentschädigung zu zahlen. Für den Zeitraum danach bestand hingegen keinen Anspruch.

## Konsequenzen für die Praxis

Arbeitgeber sollten vorsichtig sein, wenn sie ihrer Verpflichtung zur Zahlung der Karenzentschädigung nicht nachkommen. Denn das Urteil zeigt, dass sich Betroffene einseitig

Dieser Newsletter ist ein Service der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH  
in Kooperation mit der BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft



von ihrem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot lösen und entsprechend beim Wettbewerber anheuern können. Ein einseitiges Lösen durch den Mitarbeiter kann im Interesse des Unternehmens sein, wenn es ohnehin auf das nachvertragliche Wettbewerbsverbot keinen Wert legt. Allerdings kann der ehemalige Mitarbeiter auch einen anderen Weg einschlagen und den Arbeitgeber auf Zahlung der Karenzentschädigung – ggf. vor Gericht – in Anspruch nehmen. Sich der Zahlungsverpflichtung zu entziehen, dürfte Arbeitgebern nur in seltenen Fällen gelingen.

## Praxistipp

**Nachvertragliche Wettbewerbsverbote sind immer wieder Gegenstand von – meist außergerichtlichen – Streitigkeiten. Die Vereinbarung der Zahlung einer Karenzentschädigung in Höhe von 50 % der monatlich zuletzt bezogenen durchschnittlichen Bezüge ist Voraussetzung für die Wirksamkeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots. Häufiger bereuen Unternehmen angesichts dieser Zahlungsverpflichtung den Abschluss des nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes insbesondere, wenn sich herausstellt, dass der Mitarbeiter eine unbefriedigende Arbeitsleistung erbracht und sich insofern das Risiko einer Konkurrenzaktivität beim Wettbewerber relativiert hat. Daher sollte sich der Arbeitgeber vor Abschluss hundertprozentig sicher sein, dass ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot erwünscht ist und nicht reflexartig mit Mitarbeitern auf einer bestimmten Hierarchieebene oder sog. (ggf. vermeintlichen) High-Potentials entsprechende Vereinbarungen abschließen. Großer Wert sollte auch auf den Inhalt der Vereinbarung gelegt werden. Denn nicht selten sind nachvertragliche Wettbewerbsverbote mangelhaft gestaltet, so dass sie sich ggf. für den Arbeitgeber als stumpfes Schwert mit einem finanziellen Haftungsrisiko erweisen. Der Arbeitgeber sollte sich in jedem Fall die Möglichkeit vorbehalten, vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf das Wettbewerbsverbot zu verzichten. Das hat zwar die unangenehme Folge, dass der Arbeitnehmer nicht mehr an das nachvertragliche Wettbewerbsverbot gebunden ist und im schlechtesten Fall, wenn er den Verzicht unmittelbar vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erklärt, ein Jahr die Karenzentschädigung zahlen muss. Wenn die Verzichtserklärung jedoch ein Jahr vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfolgt, kann der Arbeitgeber seine finanzielle Verpflichtung auf null reduzieren. Dies kann z. B. eine Option sein, wenn sich im Laufe des Arbeitsverhältnisses das nachvertragliche Wettbewerbsverbot als wenig sinnvoll erweist, z. B. weil der Arbeitnehmer die Erwartungen nicht erfüllt und daher auch beim Konkurrenten keine Gefahr darstellen wird.**

*Dr. Florian Olms, Rechtsanwalt, BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft mbH, München*

Dieser Newsletter ist ein Service der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH  
in Kooperation mit der BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft



## Teure Versetzung

*Landesarbeitsgericht Hessen vom 10. November 2017 – 10 Sa 964/17 (nicht rechtskräftig)*

Der Arbeitgeber muss nach rechtswidriger Versetzung für Zweitwohnung und Heimfahrten zahlen.

### Sachverhalt

Ein Arbeitnehmer war in eine ca. 480 km entfernte Betriebsstätte versetzt worden. Er klagte erfolgreich dagegen und verlangte dann vom Arbeitgeber Ersatz für die ihm infolge der Versetzung entstandenen Kosten.

### Die Entscheidung

Das LAG Hessen verurteilte den Arbeitgeber zur Zahlung von Schadensersatz, weil das Unternehmen mit der rechtswidrigen Versetzung den Arbeitsvertrag verletzt habe. Der Arbeitgeber muss dem Arbeitnehmer die Kosten der erforderlichen Zweitwohnung erstatten, für Heimfahrten alle zwei Wochen zahlen und Tagegeld leisten. Die Höhe der Ansprüche orientiert sich laut LAG Hessen am Leitbild des Reisekostenrechts des öffentlichen Dienstes. Für die für Heimfahrten aufgewendete Zeit erhält der Arbeitnehmer hingegen weder Vergütung noch Schadensersatz. Die Reisezeit diene privaten Interessen und sei daher keine Arbeitszeit. Ein finanzieller Schaden sei nicht entstanden, da der Freizeit kein Vermögenswert zukomme. Gegen die Entscheidung wurde von beiden Seiten Revision eingelegt.

### Konsequenzen für die Praxis

Versetzungen sind für Arbeitgeber zuletzt schon deshalb riskanter geworden, weil unlängige Weisungen nach der neuen Rechtsprechung des BAG vom Arbeitnehmer nicht befolgt werden müssen (Urteil vom 18. Oktober 2017 – 10 AZR 330/16). Leistet ein Arbeitnehmer ihnen dennoch Folge, z. B. um keine Kündigung wegen einer falschen Einschätzung der Rechtslage zu riskieren, besteht für den Arbeitgeber aufgrund des Urteils des LAG Hessen ein zusätzliches finanzielles Risiko. Die Frage, ob und in welcher Höhe nach einer rechtswidrigen Versetzung Ersatzansprüche bestehen, ist bislang höchstrichterlich nicht geklärt. Die Entscheidung des BAG darf daher gespannt erwartet werden.

Dieser Newsletter ist ein Service der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH  
in Kooperation mit der BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft



## Praxistipp

**Arbeitgeber sollten vor Versetzungen genau den Arbeitsvertrag prüfen. In Zweifelsfällen empfiehlt es sich, bei geplanten Ortswechseln das Einvernehmen mit dem betroffenen Arbeitnehmer zu suchen. Ist das nicht möglich, kann eine zusätzliche vorsorgliche Änderungskündigung ratsam sein. Sofern der Ortswechsel nicht ohnehin auf einer Betriebsänderung beruht und ein Sozialplan den Kostenersatz regelt, kann es im Sinne einer Vorwärtsverteidigung sinnvoll sein, dies individuell zu vereinbaren. Andernfalls sollten neben potentiellen Prozesskosten auch mögliche Schadensersatzansprüche einkalkuliert werden.**

*Dr. Corinne Klapper, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, München*